

LES SUSPENSIONS À L'INITIATIVE DE L'EMPLOYEUR

MISE À PIED DISCIPLINAIRE

DÉFINITION

La mise à pied est une mesure d'interdiction pour le salarié de rejoindre son poste de travail. Elle entraîne une suspension du contrat de travail. La mise à pied disciplinaire constitue une sanction. À ce titre, elle doit faire l'objet de la procédure disciplinaire obligatoire. La mise à pied disciplinaire est donc la suspension provisoire à l'initiative de l'employeur de l'exécution de la prestation de travail par le salarié à titre de sanction.

DROIT DU TRAVAIL

Comme toute sanction disciplinaire, la mise à pied suppose le respect d'une certaine procédure. L'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable. Cette convocation se fait par lettre remise en main propre contre décharge ou par lettre recommandée avec accusé de réception, en lui indiquant l'objet de la convocation, la date, l'heure, le lieu de l'entretien et en lui rappelant qu'il peut se faire assister par une personne de son choix appartenant à l'entreprise. La personne représentant le salarié n'est pas nécessairement un représentant du personnel.

Article L. 1332-2 du Code du travail

Cass. soc. 17 décembre 1992, n° 89-44.651

La convocation à l'entretien préalable interrompt la prescription de deux mois, un nouveau délai commençant à courir à compter de cette convocation.

Cass. soc. 25 octobre 2007, n° 06-42.493

Lorsqu'il est reporté à une date ultérieure à celle initialement prévue, l'entretien doit malgré tout se tenir dans les deux mois suivant cette date.

Cass. soc. 9 décembre 2003, n° 01-44.501

Il n'y a pas de délai minimum entre la date de la convocation et celle de l'entretien. Toutefois, le salarié doit être averti suffisamment tôt afin de préparer son entretien.

Cass. soc. 14 décembre 1995, n° 94-41.785

Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié.

Article L. 1332-2 du Code du travail

Il ne peut être reproché au salarié de ne pas s'être présenté à l'entretien, celui-ci étant fait dans son seul intérêt afin de lui permettre de s'expliquer.

Cass. soc. 28 novembre 2000, n° 98-41.308

Si jamais l'employeur envisage finalement l'éventualité d'un licenciement, il doit recommencer toute la procédure depuis la convocation à l'entretien préalable, cette fois-ci dans les conditions applicables au licenciement.

Cass. soc. 28 novembre 2001, n° 99-44.209

Aucune sanction ne peut être infligée au salarié sans que celui-ci soit informé des griefs retenus contre lui. Cette information se fait par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge. Les motifs ainsi énoncés fixent les limites du litige, l'employeur ne pouvant plus invoquer un fait distinct pour justifier la sanction prononcée.

Cass. soc. 26 février 1992, n° 89-44.090

A défaut de motivation écrite, la sanction est injustifiée, peu important que l'employeur ait indiqué au salarié au cours de l'entretien préalable les griefs formulés contre lui.

Cass. soc. 23 janvier 1997, n° 95-40.526

L'employeur doit, en plus, attendre un jour franc avant de notifier la sanction : si l'entretien a lieu le lundi, la sanction ne pourra être notifiée au salarié avant le mercredi 0 heure.

Article L. 1332-2 du Code du travail

Cette notification ne doit pas, non plus, être expédiée ou remise plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien sauf si dans l'intervalle, une procédure imposée par une disposition conventionnelle a été mise en œuvre.

Cass. soc. 23 juin 2004, n° 02-41.877

Dans ce cas le salarié doit en être informé avant l'expiration du délai d'un mois.

Cass. soc. 13 février 2001, n° 98-45.912

La notification doit malgré tout intervenir dans le mois suivant le respect des formalités conventionnelles.

Cass. soc. 10 mai 2006, n° 05-43.843

Le fait que le salarié ne se soit pas présenté à l'entretien n'exonère pas l'employeur de respecter le délai d'un mois.

Cass. soc. 6 janvier 1999, n° 96-44.064

Si l'entretien est reporté en raison de l'indisponibilité du salarié, c'est à compter de cette dernière date que court le délai.

Cass. soc. 3 février 2004, n° 01-46.318

Cass. soc. 7 juin 2006, n° 04-43.819

En matière de représentation du personnel, la mise à pied disciplinaire ne suspend pas le mandat représentatif.

Cass. soc. 23 juin 1999, n° 97-41.121

Par conséquent, le salarié mis à pied doit être rémunéré pour les heures passées en réunion avec l'employeur et pour les heures de délégation qu'il utilise afin de mener à bien son mandat. Ces heures sont à prendre en compte au titre du travail effectif.

Pour les autres heures, la mise à pied disciplinaire entraîne le non-paiement de la rémunération.

En matière d'exécution de la mise à pied disciplinaire, la Cour de cassation apporte une précision importante. Elle considère que dès lors que la durée maximale de la mise à pied est respectée, l'employeur peut fixer les dates d'exécution de la sanction de façon discontinue, ce qui peut impacter plusieurs payes. Ainsi, une salariée a fait l'objet d'une mise à pied disciplinaire de quatre jours que l'employeur a répartie sur deux mois, dans une fourchette de 17 jours sans que cela ne pose de problème à la Haute Juridiction.

Cass. Soc. 12 avril 2012, n° 11-13.768

PROTECTION SOCIALE

La mise à pied ne joue pas sur le calcul du plafond de la Sécurité sociale, sauf si elle venait à couvrir une période de paie complète pouvant justifier une neutralisation.

Le fait qu'un salarié soit en arrêt de travail pour maladie le jour où doit commencer une mise à pied disciplinaire, décidée antérieurement par l'employeur, n'autorise pas ce dernier à différer l'exécution de la mise à pied, sauf fraude du salarié.

Cass. soc. 21 octobre 2003, n° 01-44.169

Ainsi, le temps d'absence lié à la mise à pied disciplinaire ne devrait pas être rémunéré. Le salarié pourrait néanmoins prétendre aux indemnités journalières de Sécurité sociale de maladie durant cette période. Si l'absence maladie excédait la durée de la mise à pied, le salarié retrouverait alors droit au maintien de salaire pour la période excédant la mise à pied, en application de la loi sur la mensualisation ou des règles conventionnelles ou usuelles en vigueur dans l'entreprise.

PAIE

Dans la mesure où elle n'est pas assimilée à du travail effectif, l'absence pour mise à pied disciplinaire peut avoir des répercussions en paie qui vont au-delà de la réduction du salaire de base :

impact sur d'éventuelles heures supplémentaires, sur l'acquisition des congés payés légaux ou conventionnels ...

- réduction d'éléments de paie tels que la prime d'assiduité, celle-ci étant destinée à favoriser la régularité et la continuité de la présence des salariés.

Cass. soc. 19 juillet 1994, n° 90-43.785

ÉPARGNE SALARIALE

La participation

Tous les salariés de l'entreprise doivent pouvoir bénéficier de la réserve spéciale de participation.

Article L. 3324-3 du Code du travail

La détermination des bénéficiaires est fondée sur le critère d'appartenance juridique à l'entreprise et se traduit par l'existence d'un contrat de travail (de droit français). Tous les salariés, au sens du droit du travail, doivent pouvoir bénéficier de la répartition de la réserve spéciale de participation. Ainsi, il est impossible d'exclure un salarié en mise à pied disciplinaire du bénéfice de la réserve spéciale de participation. La répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires est calculée proportionnellement au salaire perçu ou au revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente, plafonnée au niveau du salaire le plus élevé versé dans l'entreprise, et dans les limites des plafonds de répartition individuelle.

Article L. 3324-5 du Code du travail

Une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise ou le groupe peut être exigée pour bénéficier de la participation. Cette condition d'ancienneté ne peut excéder 3 mois. L'accord peut être plus favorable pour le salarié et fixer une durée d'ancienneté plus courte. L'ancienneté est considérée ici comme la durée totale d'appartenance à l'entreprise sans que soient déduites les périodes de suspension du contrat de travail.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. La durée d'appartenance juridique à l'entreprise doit être déterminée en tenant compte de la totalité de l'ancienneté acquise par le salarié, que celle-ci soit acquise au titre d'un ou de plusieurs contrats de travail.

Les critères de répartition sont en principe fonction des clauses prévues dans l'accord instituant la participation. Faute d'accord entre les signataires, la répartition se fait en totalité proportionnellement aux salaires perçus dans la limite du plafond fixé à l'article D. 3324-10 du Code du travail (4 plafonds annuels de Sécurité sociale). D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de la réserve spéciale de participation doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité.

Circulaire interministérielle du 6 avril 2005

L'article L. 3324-5 du Code du travail fixe les règles en matière de répartition de la réserve spéciale de participation. Celle-ci peut être répartie :

- proportionnellement au salaire perçu ;
- de façon uniforme ;
- proportionnellement à la durée de présence ;
- conjointement entre ces différents critères.

Répartition en fonction du salaire

La répartition de la réserve spéciale de participation peut se faire en totalité ou en partie, proportionnellement aux salaires perçus par chaque bénéficiaire au cours de l'exercice. Par salaire, il faut entendre les salaires à prendre en compte au sens de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

Lorsque le salarié est en mise à pied disciplinaire, sa rémunération n'est pas maintenue, de ce fait, le montant de la réserve spéciale de participation qui lui sera accordée sera amputé.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. C'est pourquoi, la mise à pied disciplinaire, non légalement assimilée à du travail effectif, ampute le montant de sa réserve spéciale de participation.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord de participation une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de la RSP est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence.

Chaque salarié percevant le même montant, il n'y a pas lieu de prendre en compte les absences résultant d'une mise à pied disciplinaire.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Utilisation des critères de répartition

Lorsque le critère de salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères, sous réserve de l'application de clauses plus favorables. L'entreprise ne peut, par conséquent, surpénaliser l'absentéisme. Au contraire, l'entreprise peut instaurer un salaire plancher pour la répartition de la réserve spéciale de participation et/ou un salaire plafond. En cas d'utilisation conjointe des différents critères, ceux-ci ne peuvent s'appliquer à une masse unique de participation : la répartition d'une masse unique de participation au prorata des salaires effectivement perçus, affectés d'un coefficient de présence surpénalisant l'absentéisme est, par conséquent, prohibée. Par contre, un calcul effectué sur deux masses distinctes conserve un caractère proportionnel. Chaque critère doit donc s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'intéressement

Tous les salariés de l'entreprise ou des établissements du groupe, entrant dans le champ d'application de l'accord, doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement.

Article L. 3344-1 du Code du travail

L'article L. 3313-2 du Code du travail permet à l'entreprise de limiter le champ d'application de l'intéressement à certains établissements de l'entreprise. L'accord peut, par conséquent, exclure un ou plusieurs établissements de l'entreprise. Un établissement peut être considéré comme tel dès lors qu'il y a une implantation géographique distincte, un caractère de stabilité et qu'il présente une autonomie administrative et économique suffisante. Cette autonomie se traduit par l'existence d'une structure de direction dotée de pouvoirs en matière de gestion du personnel et d'organisation du service. Lorsqu'il existe des comités d'établissements, l'accord d'intéressement peut moduler son champ d'application en considérant les différents centres d'activité de l'entreprise ayant donné lieu à l'institution de ces comités. A défaut, la notion d'établissement est appréciée en fonction des critères retenus pour la mise en place d'un comité. Si l'accord peut exclure un établissement, l'accord ne peut exclure, à l'intérieur d'une entreprise ou d'un établissement ou d'une unité de travail, une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'accord peut exiger une durée minimum d'ancienneté qui ne peut excéder 3 mois.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. L'ancienneté correspond à la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise. Il est tenu compte du temps de travail effectif sans que les périodes de suspension du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit, puissent être déduites. Un accord d'intéressement ne peut écarter les salariés ayant moins de 3 mois d'ancienneté ainsi que ceux qui, remplissant les conditions d'ancienneté, ne justifieraient pas du minimum d'ancienneté du fait d'absences non assimilées à du travail effectif.

Cass. soc. 21 octobre 2003, n° 01-21.353

L'intéressement peut être modulé en fonction des unités de travail de l'entreprise ou de l'établissement. Cette notion n'est pas définie par le Code du travail. Les critères constitutifs de l'unité de travail sont les suivants :

- salariés travaillant habituellement ensemble ;
- salariés exerçant des tâches proches ou identiques ;
- salariés ayant des conditions de travail analogues ;
- salariés étant placés sous la responsabilité d'un même encadrement.

L'unité de travail peut être constituée par différentes structures, variant selon l'activité de l'entreprise. Il peut s'agir :

- d'un bureau ;
- d'un service ;
- d'un atelier ;
- d'une unité de production, d'un magasin, d'un chantier ;
- du service nouveau d'une entreprise.

L'unité de travail ne peut se confondre avec un salarié unique, sous peine de constituer un intéressement personnalisé ou avec une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition de l'intéressement

L'accord peut prévoir une répartition uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence ou retenir conjointement ces différents critères. L'accord d'intéressement ne peut, par contre, fonder la répartition sur des critères de performances individuelles des salariés.

*Article L. 3314-5 du Code du travail
Cass. soc. 13 avril 1995, n° 93-15.295*

Modalités d'appréciation des critères

D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de l'intéressement doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité. Ainsi, la Cour de cassation exclut toute réduction sur la prime individuelle d'intéressement plus que proportionnelle à la durée des absences intervenues au cours de l'exercice. De la même façon, la définition du salaire ne peut conduire à restreindre le droit à intéressement de certaines catégories de salariés, voire à les exclure du bénéfice de l'intéressement, ce qui remettrait en cause le caractère collectif de l'intéressement.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Modalités d'application des critères

La répartition de l'intéressement peut être différenciée en fonction du ou des critères retenus. Si le critère du salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères. La solution est identique en cas d'utilisation conjointe des différents critères. Dans ce cas, il convient de considérer que les critères ne peuvent être combinés pour s'appliquer à une masse unique d'intéressement. Au contraire, chaque critère doit s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

Répartition en fonction du salaire

L'accord doit définir la notion de salaire retenue pour la répartition de l'intéressement. La répartition peut se faire en fonction du salaire effectivement versé au salarié durant l'année ou en fonction du salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle des salariés. Il peut être tenu compte, en cas d'absence (maladie, accident du travail, ...) d'un salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle du salarié. Lors d'une mise à pied disciplinaire il est opéré un abattement sur le salaire et par conséquent un abattement sur la prime d'intéressement.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. Étant donné que la mise à pied disciplinaire n'est pas assimilée légalement à du temps de travail effectif, le salarié voit sa prime d'intéressement abattue.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Un accord prévoyant une réduction de l'intéressement en fonction de certaines absences, institue une pénalisation de ces absences et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise.

Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-21.033

De la même façon, toute clause d'un accord prévoyant une réduction du montant de l'intéressement plus que proportionnelle à la durée de l'absence est contraire au caractère collectif de l'intéressement. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation, la prime d'intéressement était pondérée chaque mois en fonction des absences autres que celles dues aux accidents du travail, maladie professionnelle, maternité, heures de délégation des représentants du personnel, de façon plus que proportionnelle à la durée de l'absence. La Cour se fonde sur ce caractère plus que proportionnel pour juger la clause illégale. De la même façon, la clause d'un accord d'intéressement instaurant une minoration de la prime d'intéressement jusqu'à un seuil de 40 jours d'absence, seuil au-delà duquel les absences n'ont plus aucune incidence n'institue pas une répartition uniforme et ne peut donner lieu à exonération de cotisations sociales des primes distinguées.

Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2003, n° 02-30.904

De même, la clause d'un accord d'intéressement ayant pour effet d'instituer une pénalisation des absences, et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, prive les primes du caractère de rémunération collective de sorte que celles-ci ne peuvent ouvrir droit aux exonérations légales.

Cass. soc. 1^{er} avril 1999, n° 97-17.515

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord d'intéressement une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de l'intéressement est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. De ce fait, les absences n'ont aucun impact dans cette répartition.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

MISE À PIED CONSERVATOIRE

DÉFINITION

Contrairement à la mise à pied disciplinaire, la mise à pied conservatoire n'est pas une sanction. Il s'agit d'une mesure provisoire dite « conservatoire », que l'employeur prend pour se laisser le temps nécessaire pour déterminer la sanction qu'il va prononcer à l'encontre du salarié et, le cas échéant, pour mener son enquête. Ainsi, la mise à pied conservatoire permet à l'employeur d'éloigner temporairement un salarié de l'entreprise en le dispensant de travailler et en suspendant son contrat.

Cass. soc. 27 septembre 2007, n° 06-43.867

Les faits reprochés au salarié doivent justifier une mesure conservatoire de mise à pied immédiate, ce qui implique qu'ils soient de nature à rendre impossible le maintien immédiat du salarié dans l'entreprise.

Article L. 1332-3 du Code du travail

En pratique, l'employeur va prononcer une mise à pied conservatoire lorsqu'il envisage de sanctionner un salarié par un licenciement pour faute grave ou faute lourde.

Cass. soc. 6 novembre 2001, n° 99-43.012

Cass. soc. 27 septembre 2007, n° 06-43.867

Pour conserver son caractère conservatoire, la mise à pied doit être concomitante à l'engagement de la procédure disciplinaire ou intervenir dans les plus brefs délais.

Cass. soc. 18 mars 2009, n° 07-44.185

La mise à pied conservatoire est le plus souvent prononcée pour une durée indéterminée, dans l'attente de la décision définitive de l'employeur. Mais elle peut aussi l'être pour une durée déterminée, pourvu qu'elle soit bien prise dans l'attente de la décision de l'employeur. C'est ce qui a été jugé à propos d'une mise à pied conservatoire prononcée pour un nombre déterminé de jours, qui correspondait à celui séparant la convocation à un entretien préalable à un licenciement de la date même de cet entretien.

Cass. soc. 18 mars 2009, n° 07-44.185

DROIT DU TRAVAIL

La mise à pied conservatoire a un effet immédiat et n'est pas soumise à la procédure disciplinaire. L'employeur peut donc la notifier sur-le-champ. Un écrit paraît incontournable (de préférence, LRAR ou remise en main propre contre décharge), mais ce n'est pas obligatoire. L'employeur doit préciser sans ambiguïté qu'il s'agit d'une mise à pied « conservatoire », prononcée dans l'attente d'une sanction. Dans la plupart des cas, la mise à pied conservatoire est notifiée soit dans une lettre distincte, soit dans la convocation du salarié à l'entretien préalable à la sanction définitive envisagée.

Cass. soc. 14 janvier 1998, n° 95-45.437

En revanche, pour prononcer la sanction définitive, l'employeur doit bien veiller à respecter toutes les contraintes de la procédure disciplinaire. La mise à pied conservatoire n'oblige pas l'employeur à prononcer au final un licenciement pour faute grave ou faute lourde. La procédure engagée à l'encontre du salarié peut donc se terminer, par exemple, par :

- un avertissement ;
- une mise à pied disciplinaire ;
- un licenciement pour faute ou pour cause réelle et sérieuse.

Cass. soc. 4 juillet 2007, n° 05-45.293

Par ailleurs, le fait que l'employeur ait prononcé une mise à pied conservatoire n'implique pas que le licenciement ultérieur ait un caractère disciplinaire. Le cas échéant, l'employeur peut prononcer, par exemple, un licenciement pour insuffisance professionnelle. Ainsi, le fait que l'employeur n'ait pas procédé à une sanction disciplinaire n'est donc pas un argument qui permet, à lui seul, au salarié d'obtenir la condamnation de son employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cass. soc. 3 février 2010, n° 07-44.491

En cas de licenciement d'un représentant du personnel, l'employeur doit demander l'autorisation de l'inspecteur du travail. En cas de refus d'autorisation de licenciement :

- la mise à pied est annulée et ses effets sont supprimés de plein droit ;
- le représentant du personnel doit être immédiatement réintégré dans l'entreprise et son salaire versé pour toute la durée de la mise à pied.

Il est admis que plusieurs jours s'écoulent entre le prononcé de la mise pied conservatoire et l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable à un licenciement, pour permettre à l'employeur de mener à bien les investigations sur les faits reprochés et se déterminer sur la nécessité d'engager une procédure de licenciement pour faute grave et non pas simple.

Cass. soc. 13 septembre 2012, n° 11-16.434

La Cour de cassation admet également que lorsque les faits reprochés au salarié donnent lieu à l'exercice de poursuites pénales, l'employeur puisse, sans engager immédiatement une procédure de licenciement, prendre une mise à pied conservatoire si les faits le justifient.

Cass. soc. 4 décembre 2012, n° 11-27.508

PAIE

La mise à pied conservatoire sera ou non rémunérée selon la mesure définitive prise par l'employeur. Elle n'est pas rémunérée :

- si la sanction définitive est un licenciement pour faute grave ou lourde.

Cass. soc. 7 décembre 1989, n° 89-45.625

- si elle est transformée en mise à pied disciplinaire de même durée ou d'une durée plus longue couvrant la mise à pied conservatoire.

Cass. soc. 29 mars 1995, n° 93-41.863

Elle doit, au contraire, être rémunérée :

- si elle est suivie d'un licenciement pour un motif autre que la faute grave comme, par exemple, un licenciement pour faute simple ou un licenciement pour un motif non disciplinaire (insuffisance professionnelle, etc.) ;
- si elle n'est suivie d'aucune sanction ou s'il s'agit d'une sanction moins importante que la mise à pied conservatoire ;

Cass. soc. 5 novembre 1987, n° 84-44.971

- si elle est transformée en mise à pied disciplinaire pour la durée excédant celle de la mise à pied disciplinaire.

PROTECTION SOCIALE

Que se passe-t-il si le salarié est malade lors d'une mise à pied conservatoire ? Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une sanction disciplinaire le salarié peut prétendre aux indemnités journalières de Sécurité sociale de maladie durant cette période ainsi que de l'éventuel droit au maintien de salaire, en application de la loi sur la mensualisation ou des règles conventionnelles ou usuelles en vigueur dans l'entreprise.

IMPACTS EN ÉPARGNE SALARIALE

La participation

Tous les salariés de l'entreprise doivent pouvoir bénéficier de la réserve spéciale de participation.

Article L. 3324-3 du Code du travail

La détermination des bénéficiaires est fondée sur le critère d'appartenance juridique à l'entreprise et se traduit par l'existence d'un contrat de travail (de droit français). Tous les salariés, au sens du droit du travail, doivent pouvoir bénéficier de la répartition de la réserve spéciale de participation. Ainsi, il est impossible d'exclure un salarié en mise à pied conservatoire du bénéfice de la réserve spéciale de participation. La répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires est calculée proportionnellement au salaire perçu ou au revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente, plafonnée au niveau du salaire le plus élevé versé dans l'entreprise, et dans les limites des plafonds de répartition individuelle.

Article L. 3324-5 du Code du travail

Une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise ou le groupe peut être exigée pour bénéficier de la participation. Cette condition d'ancienneté ne peut excéder 3 mois. L'accord peut être plus favorable pour le salarié et fixer une durée d'ancienneté plus courte. L'ancienneté est considérée ici comme la durée totale d'appartenance à l'entreprise sans que soient déduites les périodes de suspension du contrat de travail.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. La durée d'appartenance juridique à l'entreprise doit être déterminée en tenant compte de la totalité de l'ancienneté acquise par le salarié, que celle-ci soit acquise au titre d'un ou de plusieurs contrats de travail.

Les critères de répartition sont en principe fonction des clauses prévues dans l'accord instituant la participation. Faute d'accord entre les signataires, la répartition se fait en totalité proportionnellement aux salaires perçus dans la limite du plafond fixé à l'article D. 3324-10 du Code du travail (4 plafonds annuels de Sécurité sociale). D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de la réserve spéciale de participation doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité.

Circulaire interministérielle du 6 avril 2005

L'article L. 3324-5 du Code du travail fixe les règles en matière de répartition de la réserve spéciale de participation. Celle-ci peut être répartie :

- proportionnellement au salaire perçu ;
- de façon uniforme ;
- proportionnellement à la durée de présence ;
- conjointement entre ces différents critères.

Répartition en fonction du salaire

La répartition de la réserve spéciale de participation peut se faire en totalité ou en partie, proportionnellement aux salaires perçus par chaque bénéficiaire au cours de l'exercice. Par salaire, il faut entendre les salaires à prendre en compte au sens de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

Lorsque le salarié est en mise à pied conservatoire, sa rémunération peut ou pas être maintenue selon la décision finale de l'employeur. De ce fait, le montant de la réserve spéciale de participation qui lui sera accordée sera amputé ou pas selon les cas.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. Ce cas de figure mérite plus de développement. Si la mise à pied conservatoire se solde par un licenciement pour faute grave ou lourde, il n'y a pas de maintien de rémunération et ce n'est pas du temps de travail effectif. C'est pourquoi, dans ce cas, la mise à pied conservatoire, ampute le montant de la réserve spéciale de participation accordée au salarié.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

En revanche, il nous semble douteux d'adopter la même solution en cas de mise à pied conservatoire n'entraînant pas licenciement pour faute grave ou lourde. En effet, les faits reprochés au salarié ne sont pas graves au point de devoir le dispenser d'effectuer sa prestation de travail. C'est pour ce motif que l'employeur doit le rémunérer s'il ne licencie pas le salarié pour faute grave ou lourde. Aussi même si le salarié n'est pas présent dans l'entreprise durant la mise à pied conservatoire, cette absence n'est pas de son fait et il ne devrait en résulter aucun préjudice. Il nous apparaît donc opportun de ne pas amputer le montant de la réserve spéciale de participation accordée au salarié dans ce cas.

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord de participation une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de la RSP est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Chaque salarié percevant le même montant, il n'y a pas lieu de prendre en compte les absences résultant d'une mise à pied conservatoire.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Utilisation des critères de répartition

Lorsque le critère de salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères, sous réserve de l'application de clauses plus favorables. L'entreprise ne peut, par conséquent, surpénaliser l'absentéisme. Au contraire, l'entreprise peut instaurer un salaire plancher pour la répartition de la réserve spéciale de participation et/ou un salaire plafond. En cas d'utilisation conjointe des différents critères, ceux-ci ne peuvent s'appliquer à une masse unique de participation : la répartition d'une masse unique de participation au prorata des salaires effectivement perçus, affectés d'un coefficient de présence surpénalisant l'absentéisme est, par conséquent, prohibée. Par contre, un calcul effectué sur deux masses distinctes conserve un caractère proportionnel. Chaque critère doit donc s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'INTÉRESSEMENT

Tous les salariés de l'entreprise ou des établissements du groupe, entrant dans le champ d'application de l'accord, doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement.

Article L. 3344-1 du Code du travail

L'article L. 3313-2 du Code du travail permet à l'entreprise de limiter le champ d'application de l'intéressement à certains établissements de l'entreprise. L'accord peut, par conséquent, exclure un ou plusieurs établissements de l'entreprise. Un établissement peut être considéré comme tel dès lors qu'il y a une implantation géographique distincte, un caractère de stabilité et qu'il présente une autonomie administrative et économique suffisante. Cette autonomie se traduit par l'existence d'une structure de direction dotée de pouvoirs en matière de gestion du personnel et d'organisation du service. Lorsqu'il existe des comités d'établissements, l'accord d'intéressement peut moduler son champ d'application en considérant les différents centres d'activité de l'entreprise ayant donné lieu à l'institution de ces comités. A défaut, la notion d'établissement est appréciée en fonction des critères retenus pour la mise en place d'un comité. Si l'accord peut exclure un établissement, l'accord ne peut exclure, à l'intérieur d'une entreprise ou d'un établissement ou d'une unité de travail, une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'accord peut exiger une durée minimum d'ancienneté qui ne peut excéder 3 mois.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. L'ancienneté correspond à la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise. Il est tenu compte du temps de travail effectif sans que les périodes de suspension du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit, puissent être déduites. Un accord d'intéressement ne peut écarter les salariés ayant moins de 3 mois d'ancienneté ainsi que ceux qui, remplissant les conditions d'ancienneté, ne justifieraient pas du minimum d'ancienneté du fait d'absences non assimilées à du travail effectif.

Cass. soc. 21 octobre 2003, n° 01-21.353

L'intéressement peut être modulé en fonction des unités de travail de l'entreprise ou de l'établissement. Cette notion n'est pas définie par le Code du travail. Les critères constitutifs de l'unité de travail sont les suivants :

- salariés travaillant habituellement ensemble ;
- salariés exerçant des tâches proches ou identiques ;
- salariés ayant des conditions de travail analogues ;
- salariés étant placés sous la responsabilité d'un même encadrement.

L'unité de travail peut être constituée par différentes structures, variant selon l'activité de l'entreprise. Il peut s'agir :

- d'un bureau ;
- d'un service ;
- d'un atelier ;
- d'une unité de production, d'un magasin, d'un chantier ;
- du service nouveau d'une entreprise.

L'unité de travail ne peut se confondre avec un salarié unique, sous peine de constituer un intéressement personnalisé ou avec une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition de l'intéressement

L'accord peut prévoir une répartition uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence ou retenir conjointement ces différents critères. L'accord d'intéressement ne peut, par contre, fonder la répartition sur des critères de performances individuelles des salariés.

Article L. 3314-5 du Code du travail

Cass. soc. 13 avril 1995, n° 93-15.295

Modalités d'appréciation des critères

D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de l'intéressement doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité. Ainsi, la Cour de cassation exclut toute réduction sur la prime individuelle d'intéressement plus que proportionnelle à la durée des absences intervenues au cours de l'exercice. De la même façon, la définition du salaire ne peut conduire à restreindre le droit à intéressement de certaines catégories de salariés, voire à les exclure du bénéfice de l'intéressement, ce qui remettrait en cause le caractère collectif de l'intéressement.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Modalités d'application des critères

La répartition de l'intéressement peut être différenciée en fonction du ou des critères retenus. Si le critère du salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères. La solution est identique en cas d'utilisation conjointe des différents critères. Dans ce cas, il convient de considérer que les critères ne peuvent être combinés pour s'appliquer à une masse unique d'intéressement. Au contraire, chaque critère doit s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

Répartition en fonction du salaire

L'accord doit définir la notion de salaire retenue pour la répartition de l'intéressement. La répartition peut se faire en fonction du salaire effectivement versé au salarié durant l'année ou en fonction du salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle des salariés. Il peut être tenu compte, en cas d'absence (maladie, accident du travail, ...) d'un salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle du salarié. Lorsque le salarié est en mise à pied conservatoire, sa rémunération peut ou pas être maintenue selon la décision finale de l'employeur. De ce fait, le montant de la prime d'intéressement qui lui sera accordée sera amputé ou pas selon les cas.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. Ce cas de figure mérite plus de développement. Si la mise à pied conservatoire se solde par un licenciement pour faute grave ou lourde, il n'y a pas de maintien de rémunération et ce n'est pas du temps de travail effectif. C'est pourquoi, dans ce cas, la mise à pied conservatoire, ampute le montant de la prime d'intéressement accordée au salarié.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

En revanche, il nous semble douteux d'adopter la même solution en cas de mise à pied conservatoire n'entraînant pas licenciement pour faute grave ou lourde. En effet, les faits reprochés au salarié ne sont pas graves au point de devoir le dispenser d'effectuer sa prestation de travail. C'est pour ce motif que l'employeur doit le rémunérer s'il ne licencie pas le salarié pour faute grave ou lourde. Aussi même si le salarié n'est pas présent dans l'entreprise durant la mise à pied conservatoire, cette absence n'est pas de son fait et il ne devrait en résulter aucun préjudice. Il nous apparaît donc opportun de ne pas amputer le montant de la prime d'intéressement accordée au salarié dans ce cas.

Un accord prévoyant une réduction de l'intéressement en fonction de certaines absences, institue une pénalisation de ces absences et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise.

Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-21.033

De la même façon, toute clause d'un accord prévoyant une réduction du montant de l'intéressement plus que proportionnelle à la durée de l'absence est contraire au caractère collectif de l'intéressement. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation, la prime d'intéressement était pondérée chaque mois en fonction des absences autres que celles dues aux accidents du travail, maladie professionnelle, maternité, heures de délégation des représentants du personnel, de façon plus que proportionnelle à la durée de l'absence. La Cour se fonde sur ce caractère plus que proportionnel pour juger la clause illégale. De la même façon, la clause d'un accord d'intéressement instaurant une minoration de la prime d'intéressement jusqu'à un seuil de 40 jours d'absence, seuil au-delà duquel les absences n'ont plus aucune incidence n'institue pas une répartition uniforme et ne peut donner lieu à exonération de cotisations sociales des primes distinguées.

Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2003, n° 02-30.904

De même, la clause d'un accord d'intéressement ayant pour effet d'instituer une pénalisation des absences, et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, prive les primes du caractère de rémunération collective de sorte que celles-ci ne peuvent ouvrir droit aux exonérations légales.

Cass. soc. 1^{er} avril 1999, n° 97-17.515

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord d'intéressement une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié).

Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de l'intéressement est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. De ce fait, les absences n'ont aucun impact dans cette répartition.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

LA DISPENSE DE PRÉAVIS

DÉFINITION

L'employeur peut dispenser le salarié d'effectuer son préavis de licenciement ou de démission, partiellement ou totalement. Il appartient au salarié de prouver que la dispense de préavis a été accordée par l'employeur. Ses conséquences varient selon que la dispense de préavis est à l'initiative de l'employeur ou du salarié. La dispense de préavis est donc la dispense de la fourniture de la prestation de travail par le salarié dont la rupture du contrat de travail est notifiée.

DROIT DU TRAVAIL

La dispense de préavis accordée par l'employeur au salarié qu'il a licencié ou dont il refuse l'exécution du préavis de démission n'a pas pour effet d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin : le salarié fait partie de l'effectif de l'entreprise et son ancienneté continue à courir. Il perçoit une indemnité compensatrice de préavis et a droit aux mêmes avantages que les autres salariés de l'entreprise, même si une condition de présence est normalement exigée.

La dispense de préavis à l'initiative de l'employeur n'ayant pas pour effet d'avancer la rupture du contrat, le salarié peut, le cas échéant, bénéficier de la portabilité du DIF pendant la durée du préavis.

Lorsqu'un employeur reproche à un salarié une faute lourde commise pendant la période de dispense de préavis, l'employeur reste redevable de l'intégralité de l'indemnité compensatrice de préavis. Celui-ci peut seulement prétendre à des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il a subi à cause de cette faute.

Cass. soc. 22 mai 2002, n° 00-40.446

S'il s'agit d'une faute grave, l'employeur reste aussi redevable de l'intégralité de l'indemnité compensatrice la seule différence avec la faute lourde étant qu'il ne peut mettre en jeu la responsabilité du salarié pour lui réclamer des dommages-intérêts.

Cass. soc. 9 mai 2000, n° 97-45.294

Si l'employeur accorde au salarié qui le demande l'autorisation de ne pas effectuer son préavis de démission ou de licenciement, le contrat prend fin immédiatement par accord des parties. L'employeur n'a aucune obligation de verser une indemnité compensatrice de préavis. Il est préférable de faire figurer cet accord et ses conditions sur un document écrit signé des deux parties.

Le préavis non exécuté à la demande de l'employeur ouvre droit à congés payés. Il entre donc dans la base de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés. Le préavis qu'il soit effectué ou non permet d'acquérir des congés payés.

Article L. 1234-5 du Code du travail

Cass. soc. 10 avril 2002, n° 99-45.230

Toutefois, si le salarié demande une dispense de préavis, cette période ne sera pas assimilée à du temps de travail effectif et n'ouvrira pas de droit à congés. Il en est de même s'il ne peut exécuter son préavis de son fait.

Cass. soc. 21 mars 1991, n° 89-42.761

En revanche, un préavis non effectué à la demande de l'employeur ou en raison de l'incapacité du salarié due à un accident ou une maladie professionnels ouvrent des droits à congés payés.

Cass. soc. 21 mai 1996, n° 92-43.824

Lorsque la dispense de préavis émane de l'employeur, cette dernière ne doit entraîner aucune diminution des salaires et avantages, y compris l'indemnité de congés payés, que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail.

Article L. 1234-5 du Code du travail

Aussi les périodes de dispense de préavis sont assimilées à du travail effectif et doivent être prise en compte pour l'attribution de l'indemnité compensatrice de congés payés.

Cass. soc. 24 novembre 1992, n° 90-42.764

Le délai de préavis est un délai préfix, non susceptible de prolongation ou de suspension. Par exception, en cas de congés payés, le préavis peut s'interrompre ou être différé. Le préavis ne peut être imputé sur le temps de congé du salarié.

Réponse ministérielle n° 7993 du 28 novembre 1957

Cass. soc. 4 décembre 1986, n° 84-41.693

En pratique les dates de congé ont pu être arrêtées avant que la rupture du contrat n'intervienne et coïncider avec le préavis. Suivant le moment précis où intervient la rupture du contrat, l'application de cette règle conduit à plusieurs solutions.

Lorsque la rupture du contrat intervient avant le départ en congé, la période de préavis chevauche la période fixée pour le congé du salarié. Le préavis commence à courir à partir de la date à laquelle le licenciement a été régulièrement notifié. Il est suspendu pendant toute la durée des congés que le salarié est en droit de prendre aux dates prévues et il reprend à l'expiration du congé payé.

Cass. soc. 22 juin 1994, n° 90-45.861

Pour éviter la coupure de la période de préavis, l'employeur peut toujours dans un souci de simplification, dispenser le salarié d'effectuer tout ou partie de son préavis. Dans ce cas, il doit verser au salarié une indemnité pour le temps de préavis non effectué, à laquelle s'ajoute l'indemnité de congés payés.

Lorsque la rupture du contrat intervient juste avant le congé, ce dernier et le préavis ont, théoriquement, le même point de départ. Dans ce cas, c'est le congé qui commence à courir et le début du préavis se situera après l'expiration de la période de congé.

Cass. soc. 4 décembre 1986, n° 84-41.693

Enfin, si la rupture intervient alors que le salarié est en congés payés, le préavis ne commence à courir qu'à son retour, et ce, quel que soit l'initiative de la rupture.

Cass. soc. 8 novembre 1995, n° 92-40.186

PROTECTION SOCIALE

Selon le principe général, les indemnités journalières de Sécurité sociale dues au titre de la maladie d'un salarié ne se cumulent pas avec l'indemnité compensatrice de préavis.

Cass. soc. 27 novembre 1991, n° 87-42.750

Cass. soc. 3 mars 1994, n° 90-43.023

Cependant, lorsque le salarié a été privé de la possibilité d'exécuter son préavis en raison du manquement de son employeur, les IJSS ne peuvent pas être déduites de l'indemnité compensatrice de préavis. C'est ce qui a été jugé dans une affaire où était en cause une indemnité compensatrice de préavis, due suite à un licenciement pour inaptitude physique non professionnelle, jugé sans cause réelle et sérieuse en raison du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement.

Cass. soc. 9 juillet 2008, n° 06-44.240

Reste à confirmer que cette solution vaut dans tous les cas où l'inexécution du préavis est liée à un manquement de l'employeur, comme la généralité des termes employés par la Cour de cassation peut le laisser penser. Une décision analogue avait déjà été rendue en cas de nullité du licenciement.

Cass. soc. 10 mai 2006, n° 04-40.901

Lorsqu'un employeur prend l'initiative de dispenser un salarié d'exécuter son préavis, il est tenu de lui verser l'intégralité de l'indemnité compensatrice de préavis, quand bien même le salarié serait malade c'est-à-dire sans déduction des IJSS, peu important que le salarié fût déjà en arrêt de travail pour maladie non professionnelle lors de la dispense.

Cass. soc. 31 octobre 2012, n° 11-12.810

Le fait que le salarié ne puisse pas exécuter son préavis est sans incidence. Remarquons que si l'employeur n'avait pas dispensé le salarié de préavis, il aurait pu faire une paie « classique » de salarié en arrêt de travail pour maladie non professionnelle, avec maintien de salaire sous déduction des IJSS.

PAIE

La dispense de préavis ne doit entraîner aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait reçus s'il l'avait accomplie. L'indemnité de préavis est calculée sur la base du salaire qui aurait été perçu si le salarié avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis. Ainsi, la rémunération variable versée en fonction de la réalisation d'objectifs doit être intégrée à l'indemnité.

Article L. 1234-5 du Code du travail

Cass. soc. 22 septembre 2010, n° 08-43.113

Cass. soc. 24 février 2009, n° 07-44.906

Si le salarié est malade pendant la période de préavis dont il est dispensé, l'employeur est en droit de déduire le montant des indemnités journalières de Sécurité sociale, puisqu'elles ne se cumulent pas avec l'indemnité compensatrice de préavis.

Cass. soc. 27 novembre 1991, n° 87-42.750

Cass. soc. 3 mars 1994, n° 90-43.023

Le préavis non effectué n'ayant pas pour effet d'avancer la date de rupture, le plafond doit être calculé en tenant compte de la durée du préavis. Si l'indemnité compensatrice de préavis est versée par anticipation, le plafond applicable est le même que si elle avait été versée par fractions, à échéance normale.

Cass. soc. 21 juin 1979, n° 77-15.716

Exemple

Un salarié est licencié et quitte physiquement l'entreprise le 31 janvier 2011. Son préavis de 3 mois, bien que non effectué, lui est payé en une seule fois.

Son plafond annuel de référence pour **2011** est de 2 946 € X 4 = **11 784 €**.

La dispense d'exécution du préavis n'entraîne pas automatiquement la disparition des avantages en nature qui étaient octroyés au salarié (voiture, téléphone, etc.). Il doit continuer à en bénéficier pendant tout son préavis ou, à défaut, en recevoir la contre-valeur en espèces. Ainsi, un salarié démissionnaire dispensé d'exécuter son préavis n'est pas tenu de restituer pendant celui-ci le véhicule de fonction mis à sa disposition par l'entreprise pour un usage professionnel et personnel. Dans le cas contraire, il convient de verser au salarié une indemnité compensant la privation de cet avantage.

Cass. soc. 4 mars 1998, n° 95-42.858

Cass. soc. 8 mars 2000, n° 99-43.091

Cass. soc. 25 octobre 2007, n° 06-43.201

L'employeur est redevable de l'indemnité dès lors que la non-exécution du préavis lui est imputable.

Cass. soc. 20 septembre 2006, n° 05-41.385

L'indemnité doit être égale à la rémunération et à tous les avantages que le salarié aurait perçus s'il avait effectué son préavis, compte tenu de l'horaire réel pratiqué dans l'entreprise au cours de la période de préavis et d'une éventuelle augmentation générale des salaires.

Cass. soc. 7 février 2007, n° 05-42.145

Cass. soc. 22 septembre 2010, n° 08-43.112

Pour le salaire de base, on prend en référence le salaire de base du dernier mois travaillé assorti des augmentations générales de salaire intervenant pendant le préavis. Mais l'employeur doit calculer l'indemnité compensatrice de préavis en prenant en compte tous les éléments de rémunération qu'aurait perçus le salarié s'il avait travaillé pendant cette période.

Cass. soc. 29 janvier 2003, n° 00-44.882

Aussi, lorsque le salarié est rémunéré en tout ou partie par des commissions, la part variable de l'indemnité peut être calculée à partir de la moyenne des 12 derniers mois.

Cass. soc. 24 février 2004, n° 02-40.682

Lorsqu'un salarié perçoit, au titre de la part variable de sa rémunération, une prime d'objectifs, cette prime doit être prise en compte dans l'indemnité compensatrice de préavis.

Cass. soc. 24 février 2009, n° 07-44.906

De même les heures supplémentaires sont prises en compte si elles sont effectuées régulièrement et s'il est établi que le salarié aurait accompli le même nombre d'heures supplémentaires s'il avait travaillé. Si leur nombre est très variable, il est prudent dans la pratique de faire une moyenne sur un nombre de mois significatif.

Un autre exemple de conservation des avantages, un employeur a exigé de l'un de ses salariés, dispensé d'exécuter son préavis, la restitution du véhicule de fonction à usages professionnel et personnel qu'il a mis à sa disposition. Ce salarié s'y est opposé en se prévalant de la jurisprudence selon laquelle il lui est possible de conserver pendant le préavis un véhicule mis à sa disposition pour des usages à la fois professionnel et personnel, même en cas de dispense d'exécution.

Cass. soc. 8 mars 2000, n° 99-43.091

De son côté, l'employeur se prévalait d'une clause du contrat de travail selon laquelle le salarié s'engageait à restituer le véhicule mis à sa disposition en cas de dispense de préavis. Cette clause du contrat de travail est dépourvue d'effet selon les juges. Le salarié dispensé d'exécuter son préavis ne peut être contraint de restituer pendant cette période le véhicule de fonction qu'il pouvait utiliser à des fins professionnelles et personnelles. Cette solution est parfaitement conforme au principe selon lequel le salarié dispensé d'exécuter son préavis ne doit subir, jusqu'à l'expiration de ce délai, aucune perte en matière de salaire et d'éventuels avantages qu'il aurait perçus s'il avait continué à travailler. Or, la voiture de fonction constitue bien ici un avantage en nature, puisqu'elle peut être utilisée à titre personnel. Dans cette affaire, la question était posée à propos d'un licenciement. À notre sens, cette solution est transposable en cas de démission.

Le sort du véhicule de fonction à usages professionnel et personnel n'est pas le même en cas de suspension du contrat de travail. Une clause du contrat de travail peut, en effet, prévoir sa restitution à l'employeur durant cette période.

Cass. soc. 24 mars 2010, n° 08-43.996

Cass. soc. 11 juillet 2012, n° 11-15.649

Exemple

Les heures supplémentaires qui constituent un élément stable et constant de la rémunération sur lequel le salarié est en droit de compter doivent être prises en compte dans la base de calcul de l'indemnité compensatrice de préavis.

Cass. soc. 20 avril 2005, n° 04-45.683

Cass. soc. 28 février 1973, n° 71-40.817

Il convient de reconstituer au plus près les primes dont le salarié aurait bénéficié en travaillant durant le préavis. Doivent ainsi entrer dans la base de calcul une prime de productivité, une prime d'objectif même si, d'évidence, l'objectif ne peut être atteint en situation de dispense de préavis, une prime de rendement, une prime d'intéressement aux ventes, des primes de chantier faiblement variables. Il en a été jugé de même pour des primes de 13ème mois et de fin d'année.

Cass. soc. 14 novembre 1990, n° 87-41.134

Cass. soc. 24 février 2009, n° 07-44.906

Cass. soc. 7 mai 1996, n° 94-43.283

Cass. soc. 5 mai 1998, n° 85-45.224

Cass. soc. 15 janvier 2002, n° 99-43.256 et n° 99-43.309

Cass. soc. 15 novembre 2006, n° 05-43.224

Contrairement aux primes obligatoires (car prévues par la loi ou la convention collective, ou versées en application d'un usage ou d'un engagement unilatéral), les primes facultatives n'entrent pas dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture. Il n'y a donc pas lieu de les intégrer à la rémunération pour déterminer le montant de l'indemnité compensatrice de préavis. Une gratification bénévole dont l'employeur fixe discrétionnairement les montants et les bénéficiaires, et qui est attribuée à l'occasion d'un événement unique n'entre pas dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture. Ce principe a été précisé à propos d'un bonus exceptionnel de **75 000 €** versé aux dirigeants et aux cadres du groupe à l'occasion d'une cession de capital.

Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 07-45.587

On considère qu'une prime est facultative ou bénévole lorsque l'employeur est totalement libre de l'attribuer ou non et décide de manière discrétionnaire de son montant.

Cass. soc. 20 juin 1962, n° 61-40.011

Cass. soc. 17 mars 1988, n° 85-45.587

Le préavis peut, en pratique, ne pas être exécuté (en totalité ou en partie) en raison d'un recours au chômage partiel. Dans ce cas, le calcul de l'indemnité compensatrice de préavis prend en compte le salaire qu'aurait perçu le salarié sur la base de son horaire habituel. Pour les salariés à temps plein, il s'agit de la durée légale ou conventionnelle applicable à l'entreprise et, pour les salariés à temps partiel, de la durée fixée par le contrat de travail.

Article L. 1234-6 du Code du travail

La rémunération versée au titre de l'indemnité compensatrice de préavis doit être prise en compte dans le calcul de tous les éléments liés à la rémunération du salarié et notamment :

- calcul du dixième de la rémunération servant à déterminer le montant de l'indemnité compensatrice de congés payés ;
- détermination de la base de calcul de l'indemnité de licenciement ;
- calcul de la participation ou de l'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise.

L'employeur n'est tenu au paiement d'une indemnité compensatrice que lorsqu'il a unilatéralement décidé de dispenser le salarié d'exécuter son préavis. S'il accorde au salarié qui le demande l'autorisation de ne pas effectuer son préavis, l'inexécution du préavis est réputée convenue d'un commun accord et aucune indemnité compensatrice n'est due. Le contrat prend fin immédiatement par accord des parties.

Cass. soc. 28 janvier 2005, n° 03-47.403

Ainsi, l'employeur n'a pas à verser d'indemnité compensatrice lorsqu'il ne fait que répondre positivement à une demande du salarié.

Cass. soc. 10 avril 2013, n° 12-13.685

L'indemnité compensatrice de préavis constitue un salaire : elle est donc soumise à cotisations et figure sur le bulletin de paie. Elle peut être payée à chaque échéance de paie, pendant toute la durée du préavis, et donc faire l'objet d'un bulletin de paie à chaque échéance normale de paie. Elle peut aussi être versée en une seule fois, lors du départ du salarié, avec sa dernière paie mais un rappel de salaire devra alors, le cas échéant, être versé au salarié si des événements venaient modifier le montant de l'indemnité compensatrice.

ÉPARGNE SALARIALE

La participation

Tous les salariés de l'entreprise doivent pouvoir bénéficier de la réserve spéciale de participation.

Article L. 3324-3 du Code du travail

La détermination des bénéficiaires est fondée sur le critère d'appartenance juridique à l'entreprise et se traduit par l'existence d'un contrat de travail (de droit français). Tous les salariés, au sens du droit du travail, doivent pouvoir bénéficier de la répartition de la réserve spéciale de participation. Ainsi, il est impossible d'exclure un salarié en dispense de préavis du bénéfice de la réserve spéciale de participation. La répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires est calculée proportionnellement au salaire perçu ou au revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente, plafonnée au niveau du salaire le plus élevé versé dans l'entreprise, et dans les limites des plafonds de répartition individuelle.

Article L. 3324-5 du Code du travail

Une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise ou le groupe peut être exigée pour bénéficier de la participation. Cette condition d'ancienneté ne peut excéder 3 mois. L'accord peut être plus favorable pour le salarié et fixer une durée d'ancienneté plus courte. L'ancienneté est considérée ici comme la durée totale d'appartenance à l'entreprise sans que soient déduites les périodes de suspension du contrat de travail.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. La durée d'appartenance juridique à l'entreprise doit être déterminée en tenant compte de la totalité de l'ancienneté acquise par le salarié, que celle-ci soit acquise au titre d'un ou de plusieurs contrats de travail.

Les critères de répartition sont en principe fonction des clauses prévues dans l'accord instituant la participation. Faute d'accord entre les signataires, la répartition se fait en totalité proportionnellement aux salaires perçus dans la limite du plafond fixé à l'article D. 3324-10 du Code du travail (4 plafonds annuels de Sécurité sociale). D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de la réserve spéciale de participation doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité.

Circulaire interministérielle du 6 avril 2005

L'article L. 3324-5 du Code du travail fixe les règles en matière de répartition de la réserve spéciale de participation. Celle-ci peut être répartie :

- proportionnellement au salaire perçu ;
- de façon uniforme ;
- proportionnellement à la durée de présence ;
- conjointement entre ces différents critères.

Répartition en fonction du salaire

La répartition de la réserve spéciale de participation peut se faire en totalité ou en partie, proportionnellement aux salaires perçus par chaque bénéficiaire au cours de l'exercice. Par salaire, il faut entendre les salaires à prendre en compte au sens de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

Lorsque le salarié est absent en raison d'une dispense de préavis, il perçoit l'intégralité de sa rémunération, de ce fait, son absence n'aura aucun impact sur la réserve spéciale de participation qui lui sera accordé, calculée jusqu'à sa sortie effective de l'entreprise.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. C'est pourquoi, la dispense de préavis permet au salarié de percevoir l'intégralité de sa réserve spéciale de participation.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord de participation une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de la RSP est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Chaque salarié percevant le même montant, il n'y a pas lieu de prendre en compte les absences résultant d'une dispense de préavis.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Utilisation des critères de répartition

Lorsque le critère de salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères, sous réserve de l'application de clauses plus favorables. L'entreprise ne peut, par conséquent, surpénaliser l'absentéisme. Au contraire, l'entreprise peut instaurer un salaire plancher pour la répartition de la réserve spéciale de participation et/ou un salaire plafond. En cas d'utilisation conjointe des différents critères, ceux-ci ne peuvent s'appliquer à une masse unique de participation : la répartition d'une masse unique de participation au prorata des salaires effectivement perçus, affectés d'un coefficient de présence surpénalisant l'absentéisme est, par conséquent, prohibée. Par contre, un calcul effectué sur deux masses distinctes conserve un caractère proportionnel. Chaque critère doit donc s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'intéressement

Tous les salariés de l'entreprise ou des établissements du groupe, entrant dans le champ d'application de l'accord, doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement.

Article L. 3344-1 du Code du travail

L'article L. 3313-2 du Code du travail permet à l'entreprise de limiter le champ d'application de l'intéressement à certains établissements de l'entreprise. L'accord peut, par conséquent, exclure un ou plusieurs établissements de l'entreprise. Un établissement peut être considéré comme tel dès lors qu'il y a une implantation géographique distincte, un caractère de stabilité et qu'il présente une autonomie administrative et économique suffisante. Cette autonomie se traduit par l'existence d'une structure de direction dotée de pouvoirs en matière de gestion du personnel et d'organisation du service. Lorsqu'il existe des comités d'établissements, l'accord d'intéressement peut moduler son champ d'application en considérant les différents centres d'activité de l'entreprise ayant donné lieu à l'institution de ces comités. A défaut, la notion d'établissement est appréciée en fonction des critères retenus pour la mise en place d'un comité. Si l'accord peut exclure un établissement, l'accord ne peut exclure, à l'intérieur d'une entreprise ou d'un établissement ou d'une unité de travail, une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'accord peut exiger une durée minimum d'ancienneté qui ne peut excéder 3 mois.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. L'ancienneté correspond à la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise. Il est tenu compte du temps de travail effectif sans que les périodes de suspension du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit, puissent être déduites. Un accord d'intéressement ne peut écarter les salariés ayant moins de 3 mois d'ancienneté ainsi que ceux qui, remplissant les conditions d'ancienneté, ne justifieraient pas du minimum d'ancienneté du fait d'absences non assimilées à du travail effectif.

Cass. soc. 21 octobre 2003, n° 01-21.353

L'intéressement peut être modulé en fonction des unités de travail de l'entreprise ou de l'établissement. Cette notion n'est pas définie par le Code du travail. Les critères constitutifs de l'unité de travail sont les suivants :

- salariés travaillant habituellement ensemble ;
- salariés exerçant des tâches proches ou identiques ;
- salariés ayant des conditions de travail analogues ;
- salariés étant placés sous la responsabilité d'un même encadrement.

L'unité de travail peut être constituée par différentes structures, variant selon l'activité de l'entreprise. Il peut s'agir :

- d'un bureau ;
- d'un service ;
- d'un atelier ;
- d'une unité de production, d'un magasin, d'un chantier ;
- du service nouveau d'une entreprise.

L'unité de travail ne peut se confondre avec un salarié unique, sous peine de constituer un intéressement personnalisé ou avec une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition de l'intéressement

L'accord peut prévoir une répartition uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence ou retenir conjointement ces différents critères. L'accord d'intéressement ne peut, par contre, fonder la répartition sur des critères de performances individuelles des salariés.

*Article L. 3314-5 du Code du travail
Cass. soc. 13 avril 1995, n° 93-15.295*

Modalités d'appréciation des critères

D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de l'intéressement doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité. Ainsi, la Cour de cassation exclut toute réduction sur la prime individuelle d'intéressement plus que proportionnelle à la durée des absences intervenues au cours de l'exercice. De la même façon, la définition du salaire ne peut conduire à restreindre le droit à intéressement de certaines catégories de salariés, voire à les exclure du bénéfice de l'intéressement, ce qui remettrait en cause le caractère collectif de l'intéressement.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Modalités d'application des critères

La répartition de l'intéressement peut être différenciée en fonction du ou des critères retenus. Si le critère du salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères. La solution est identique en cas d'utilisation conjointe des différents critères. Dans ce cas, il convient de considérer que les critères ne peuvent être combinés pour s'appliquer à une masse unique d'intéressement. Au contraire, chaque critère doit s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

Répartition en fonction du salaire

L'accord doit définir la notion de salaire retenue pour la répartition de l'intéressement. La répartition peut se faire en fonction du salaire effectivement versé au salarié durant l'année ou en fonction du salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle des salariés. Il peut être tenu compte, en cas d'absence (maladie, accident du travail, ...) d'un salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle du salarié. Lors d'une absence pour dispense de préavis, il n'est opéré aucun abattement sur le salaire et par conséquent aucun abattement non plus sur la prime d'intéressement.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Le salarié en préavis a droit à l'intéressement dû au titre de la période de préavis dispensé.

Cass. soc. 28 janvier 1998, n° 95-42.250

La dispense de préavis accordée par l'employeur ne doit entraîner aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçu s'il l'avait accompli.

Article L. 1234-5 du Code du travail

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. Lors d'une dispense de préavis, le salarié doit nécessairement percevoir une prime d'intéressement (si les critères de déclenchement sont remplis).

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Un accord prévoyant une réduction de l'intéressement en fonction de certaines absences, institue une pénalisation de ces absences et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise.

Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-21.033

De la même façon, toute clause d'un accord prévoyant une réduction du montant de l'intéressement plus que proportionnelle à la durée de l'absence est contraire au caractère collectif de l'intéressement. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation, la prime d'intéressement était pondérée chaque mois en fonction des absences autres que celles dues aux accidents du travail, maladie professionnelle, maternité, heures de délégation des représentants du personnel, de façon plus que proportionnelle à la durée de l'absence. La Cour se fonde sur ce caractère plus que proportionnel pour juger la clause illégale. De la même façon, la clause d'un accord d'intéressement instaurant une minoration de la prime d'intéressement jusqu'à un seuil de 40 jours d'absence, seuil au-delà duquel les absences n'ont plus aucune incidence n'institue pas une répartition uniforme et ne peut donner lieu à exonération de cotisations sociales des primes distinguées.

Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2003, n° 02-30.904

De même, la clause d'un accord d'intéressement ayant pour effet d'instituer une pénalisation des absences, et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, prive les primes du caractère de rémunération collective de sorte que celles-ci ne peuvent ouvrir droit aux exonérations légales.

Cass. soc. 1^{er} avril 1999, n° 97-17.515

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord d'intéressement une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de l'intéressement est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. De ce fait, les absences n'ont aucun impact dans cette répartition.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C