

RÉMUNÉRATION

1054

Calcul de l'indemnité de rupture du contrat de travail du salarié bénéficiaire de stock-options ou d'attributions gratuites d'actions

Solution. - Ni la distribution d'actions gratuites ni l'attribution d'options sur titres ne constituent des éléments de rémunération entrant dans l'assiette du salaire à prendre en considération pour le calcul des indemnités litigieuses.

Impact. - Malgré un attendu rédigé sous forme de principe, l'instabilité jurisprudentielle entourant la problématique de la prise en compte ou non des outils d'actionariat salarié dans la détermination du salaire de référence pour les besoins du calcul de l'indemnité de licenciement appelle sans aucun doute à la prudence.

PIERRE LALAND,
avocat Counsel, Alva avocats
CÉCILE DEUBEL,
avocat, Alva avocats

Cass. soc., 15 nov. 2023, n° 22-12.501,
F-D : JurisData n° 2023-020491

En l'espèce, un salarié embauché par la société Google France par contrat à durée déterminée a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée et en paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail.

Il faisait notamment valoir devant la cour d'appel que le salaire de référence fixé pour déterminer la base de calcul des indemnités de rupture devait prendre en compte les « *stock-options levées* » au cours de la relation de travail avec la société.

Les juges du fond ont fait droit à la demande du salarié, aux motifs que les « *stock-options* » rémunèrent le travail de l'intéressé et que les sommes afférentes sont soumises à cotisations de sécurité sociale et à impôt : « *s'il est constant que la plus-value réalisée par la levée des stocks options ne constitue pas une rémunération, il n'en est pas de même de la valeur des dites stocks options, celles-ci étant versées au salarié 'cadre de haut niveau' pour rémunérer son travail, étant rappelé que les sommes correspondantes sont soumises au prélèvement*

des cotisations sociales et à une imposition libératoire ».

La société Google France a formé un pourvoi en cassation contre la décision d'appel, soutenant que « *l'attribution gratuite d'actions* » dans le cadre d'un plan défini au niveau du groupe et destiné à intéresser certains collaborateurs au capital de la société mère du groupe ne constitue pas une rémunération liée au travail, et ne doit donc pas être prise en compte pour le calcul des indemnités de rupture.

À titre liminaire, il convient de relever qu'il est difficile, sur la base des arrêts rendus par la cour d'appel et la Cour de cassation, de qualifier le dispositif de rémunération en cause, les juges du fond faisant référence à des stock-options alors que l'employeur évoque le mécanisme d'attribution gratuite d'actions dans son pourvoi.

On notera que la Cour de cassation se garde bien de trancher le point, affirmant, après avoir cité les textes applicables en l'espèce, que « *ni la distribution d'actions gratuites ni l'attribution d'option sur titres ne constituent des éléments de rémunération entrant dans l'assiette du salaire à prendre en considération pour le calcul des indemnités litigieuses* ».

« *Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde* » écrivait Albert Camus en 1944 (*sur une philosophie de l'expression : Revue Poésie 44*). Cette célèbre formule illustre une nouvelle fois le difficile travail du praticien, qui souhaiterait tirer

une règle claire d'une décision à la portée incertaine (2) tant la construction jurisprudentielle s'avère inaboutie en la matière (1).

1. Un arrêt qui s'inscrit dans le cadre d'une construction jurisprudentielle inaboutie

Les actions gratuites et les stock-options constituent en pratique une forme de « *rémunération variable* » (bien que cette qualification puisse être discutée) permettant aux salariés qui bénéficient de ces dispositifs d'acquérir des actions dans le cadre d'un régime social et fiscal de faveur lorsque certaines conditions posées notamment par le Code de commerce sont réunies.

Or, la question de la prise en compte des éléments variables de la rémunération dans le calcul des indemnités de rupture, et en particulier de l'indemnité de licenciement, n'est pas nouvelle et résulte, en l'absence de régime clairement défini par les textes, d'une construction jurisprudentielle dont il n'est pas évident de dégager des principes généraux.

Sur ce point, on rappellera que le salaire de référence pris en compte pour le calcul de l'indemnité légale de licenciement est la moyenne mensuelle des 12 derniers mois précédant le licenciement ou, si la formule est plus favorable, le tiers des 3 derniers mois (*C. trav., art. R. 1234-4*). Dans cette dernière hypothèse, le texte ajoute que

« toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion ».

Une telle précision devrait donc conduire à prendre en compte la rémunération variable versée au salarié, y compris celle versée à titre exceptionnel, dans le calcul de l'indemnité légale de licenciement.

Ce n'est toutefois pas la position qu'a adoptée la Cour de cassation, laquelle a jugé dans un arrêt publié au Bulletin qu'une « gratification bénévole dont l'employeur fixe discrétionnairement les montants et les bénéficiaires et qui est attribuée à l'occasion d'un événement unique » ne doit pas être prise en compte pour le calcul des indemnités de rupture (Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 07-45.587 : *JurisData* n° 2009-049895 ; *JCP S* 2010, 1102, note B. Bossu).

En revanche, un bonus qui « avait été versé au salarié chaque année et sans exception depuis l'engagement de la relation contractuelle remontant à plus de dix ans et [dont seul le] montant annuel était variable et discrétionnaire » a été réintégré dans l'assiette de l'indemnité légale de licenciement (Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-23.421 : *JurisData* n° 2015-001130).

Le critère dégagé par la Cour pour déterminer si un élément de rémunération variable doit être pris en compte pour calculer l'indemnité légale de licenciement semble donc reposer sur le caractère constant et régulier de son versement. S'il peut paraître contestable au regard de la lettre du texte, force est de constater qu'il est utilisé par les juges du fond.

Aussi, une cour d'appel ayant considéré que le paiement d'un bonus résultait d'un engagement unilatéral, notamment en raison de la régularité de son versement, l'a réintégré dans l'assiette des indemnités de rupture (CA Paris, 31 mai 2018, n° 16/13116). À l'inverse, tel n'a pas été le cas pour une prime versée mensuellement sur une période de 7 mois dont le montant a varié (CA Aix-en-Provence, 5 mai 2023, n° 19/09635 : *JurisData* n° 2023-012855. - V. également, pour des plans incitatifs à long terme (LTIP) : CA Aix-en-Provence, 28 mai 2021, n° 18/14146). Il est d'autant plus difficile de rationaliser la jurisprudence rendue sur le sujet que, lorsque le salarié licencié bénéficie d'une in-

demnité conventionnelle de licenciement, l'assiette de calcul est fixée par la convention collective applicable.

Dans ce cadre conventionnel, le plus souvent, le sort des avantages liés aux actions gratuites et aux stock-options n'est pas expressément prévu ; en revanche, quand tel est le cas, les juges appliquent strictement les termes de la convention collective (CA Versailles, 9 juin 2016, n° 14/02864 : en l'espèce, les avantages liés aux stock-options étaient expressément exclus de l'assiette).

À cet égard, on observe qu'en dépit du caractère hétérogène des stipulations conventionnelles sur la définition du salaire de référence, on retrouve fréquemment, de façon plus ou moins marquée, le critère tenant au caractère discrétionnaire (ou exceptionnel) de l'avantage versé, et ce quelle que soit la nature de la rémunération variable ou ses modalités de versement (numéraire, différé, long terme, cash indexé). Ainsi, la prise en compte de l'avantage concerné dans l'assiette de calcul de l'indemnité de licenciement est subordonnée au fait que celui-ci revête un caractère contractuel ou qu'il résulte d'un usage ou d'un engagement unilatéral (exclusion : CA Angers, 1^{er} févr. 2018, n° 16/02281. - CA Versailles, 11 mars 2021, n° 18/04250, confirmé par Cass. soc., 14 déc. 2022, n° 21-16.446. - Intégration : CA Toulouse, 18 mai 2018, n° 16/06010 confirmé par Cass. soc., 25 sept. 2019, n° 18-18.509 et 18-19.808 : *JurisData* n° 2019-016603. - CA Versailles, 18 avr. 2019, n° 17/00779, confirmé par Cass. soc., 10 mars 2021, n° 19-18.078 : *JurisData* n° 2021-003289. - CA Versailles, 7 janv. 2021, n° 18/02974).

On relèvera également le fait que certaines décisions excluent de l'assiette de l'indemnité de licenciement un élément de rémunération variable au motif qu'il ne constitue pas la contrepartie du travail effectué par le salarié durant la période de référence (CA Versailles, 11 mars 2021, n° 18/04250, confirmé par Cass. soc., 14 déc. 2022, n° 21-16.446. - CA Versailles, 6 oct. 2022, n° 20/01022). On retrouve également ce critère en ce qui concerne les modalités de calcul de l'indemnité légale de licenciement, en particulier s'agissant du paiement des bonus différés (CA Paris, 30 mai 2018, n° 16/11529 : *JurisData* n° 2018-013781. - CA Paris, 3 févr. 2022, n° 20/02389 : *JurisData* n° 2022-001464, confirmé par Cass.

soc., 17 mai 2023, n° 22-15.143 : *JurisData* n° 2023-007990. - CA Paris, 8 juin 2022, n° 19/05434).

2. Une décision à la portée incertaine

Au regard de ce qui précède, et malgré une appréciation *in concreto* dont il est toujours difficile de tirer des règles générales, on aurait donc pu croire que le sort des actions gratuites et des stock-options devait suivre les principes jurisprudentiels précités.

Cette analyse était corroborée par l'arrêt rendu le 4 novembre 2021 par la Cour de cassation, par lequel celle-ci jugeait que des « unités d'actions », pour partie versées au salarié en numéraire en fonction du cours de l'action (CSPU), et pour partie acquises sous forme d'actions (MSU), devaient être prises en compte pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement, dès lors que celles-ci « avaient été payées en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, ce dont [la cour d'appel] aurait dû déduire qu'ayant le caractère de salaire, elles étaient obligatoires et devaient être prises en compte dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture » (Cass. soc., 4 nov. 2021, n° 19-23.681 : *JurisData* n° 2021-017618 ; *JCP E* 2022, 1032, note K. El Moujahid et A. de Louvigny).

Dans son arrêt de renvoi, la cour d'appel justifie la qualification d'engagement unilatéral par l'existence d'une lettre adressée par le directeur général dans laquelle est évoquée l'attribution du LTI (*long-term incentives*), sa mention sur le bulletin de paie et sa perception durant plusieurs années consécutives (CA Versailles, 4 janv. 2023, n° 22/00028).

Certes, la Cour ne s'était pas, dans le cadre de cette décision, prononcée sur la définition de l'assiette de l'indemnité légale de licenciement contrairement à l'arrêt commenté. Mais l'attendu semblait suffisamment général pour pouvoir raisonner par analogie.

Or, dans son arrêt du 15 novembre dernier, la Cour semble délaisser sa jurisprudence antérieure et refuser d'appliquer les critères précités pour déterminer si les avantages liés aux actions gratuites et aux stock-options devaient faire partie de l'assiette des indemnités de rupture.

À ce titre, il est intéressant de noter que la cour d'appel avait, considérant que les stock-options étaient « versées » au requérant « pour rémunérer son travail » et que les sommes y afférentes étaient soumises à cotisations sociales et à une imposition libératoire, jugé que leur valeur devait être prise en compte pour la détermination du salaire de référence (CA Paris, 13 janv. 2022, n° 21/00985). Ces critères, qui rappellent ceux utilisés en matière de rémunération variable pour déterminer l'assiette des indemnités de rupture, ne sont même pas discutés par la Cour de cassation.

Celle-ci casse l'arrêt d'appel aux termes d'un attendu relativement bref par lequel elle juge que « ni la distribution d'actions gratuites ni l'attribution d'option sur titres ne constituent des éléments de rémunération entrant dans l'assiette du salaire à prendre en considération pour le calcul des indemnités litigieuses ».

Aussi, grande est la tentation de considérer que la Cour de cassation tranche clairement et définitivement la question de la prise en compte des avantages liés aux actions gratuites et aux stock-options dans le calcul des indemnités de rupture.

Une analyse plus approfondie appelle néanmoins à la prudence.

En premier lieu, on ne peut que souligner l'ambiguïté relative à la qualification juridique du dispositif dont bénéficiait l'intéressé. En effet, on comprend de l'arrêt d'appel que ce dernier a procédé à la levée de stock-options durant sa relation de travail avec la société Google France.

Les juges du fond appliquent alors la jurisprudence de la Cour de cassation rendue au sujet de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et aux termes de laquelle les plus-values réalisées par un salarié lors de la levée des actions ne doivent pas être prises en compte dans le calcul

de cette indemnité (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-42.105 et 10-11.488 : *JurisData* n° 2011-004879).

Ils décident toutefois d'y inclure la « valeur » des stock-options. Or, les options sur titres (ou stock-options), contrairement aux actions gratuites, n'ont pas de valeur intrinsèque mais constituent le droit pour le salarié de lever des actions à un prix fixé à l'attribution. À supposer qu'il s'agisse d'un abus de langage et que la cour d'appel ait visé la valeur des actions levées, ce qui semble être le cas, on ne peut qu'être circonspect quant à une telle position, puisque les actions sont acquises à titre onéreux (généralement à un prix préférentiel fixé à l'attribution) par le salarié. On voit donc mal comment la valeur de ces actions, lesquelles ne peuvent donc être « versées », pourrait constituer un élément de rémunération. À cet égard, notons que la Cour de cassation a déjà jugé que « l'attribution de stock-options ne constitue ni le versement d'une somme, ni l'octroi d'un avantage immédiatement perçu, mais un droit au profit du bénéficiaire de lever ou non une option » (Cass. soc., 7 sept. 2017, n° 16-12.473 : *JurisData* n° 2017-017186).

Surtout, le moyen de cassation développé par l'employeur fait uniquement référence à l'attribution gratuite d'actions. On peine donc à appréhender le mécanisme de rémunération mis en place par la société concernée, d'autant que la Cour de cassation prend soin d'éviter de qualifier l'opération en cause, alors même qu'en tant que juge du droit, on aurait légitimement pu s'attendre à ce qu'elle y procède. Peut-être la cour d'appel de renvoi s'y risquera-t-elle...

Par ailleurs, on ne peut que regretter le manque de précision de l'attendu de la Cour de cassation, qui évoque la « distribution d'actions gratuites », alors que le Code de commerce préfère les termes d'attribution et

d'acquisition (C. com., art. L. 225-197-1), et l'« attribution d'option sur titres », alors que ce même code fait référence aux « options de souscription ou d'achat d'actions » consenties ou levées (C. com., art. L. 225-177).

En deuxième lieu, l'arrêt commenté n'a pas été publié au Bulletin et a été rendu en formation restreinte composée de trois magistrats, à laquelle sont soumises les affaires dans lesquelles, selon les propres termes figurant sur le site de la Cour de cassation, « la décision paraît s'imposer » (www.courdecassation.fr/la-cour/lorganisation-de-la-cour-de-cassation/les-formationen-de-jugement-de-la-cour-de-cassation). Or, on peut imaginer que si la Cour avait souhaité trancher de manière définitive et sans équivoque la question, la décision aurait été publiée, ce qui a d'ailleurs été le cas pour les arrêts précités rendus en la matière (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-42.105 et 10-11.488, préc. - Cass. soc., 7 sept. 2017, n° 16-12.473, préc.).

Enfin, rappelons que la solution résultant de cet arrêt n'est pas nécessairement transposable lorsqu'est en cause l'application de stipulations conventionnelles. Sur ce point, relevons que des juges du fond ont considéré qu'une rémunération « LTI » versée sous forme d'actions de performance entrait dans l'assiette de l'indemnité conventionnelle de licenciement dès lors que leur attribution résultait d'un engagement unilatéral, que les LTI figuraient sur les bulletins de paie et qu'ils étaient soumis à cotisations sociales et à impôt (CA Versailles, 23 juin 2022, n° 21/01040. - *V. contra* : CA Angers, 19 mai 2022, n° 19/00644 : *JurisData* n° 2022-010257). À nouveau, il faut constater que ces décisions s'appuient sur les critères évoqués ci-dessus, auxquels la Cour n'a, et on peut le regretter, pas pris la peine de faire référence.