

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La notion de rémunération pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis - Remettre l'accent sur la notion de rémunération 'en cours'

Michaux, Anne-Valérie; Debray, Olivier

Published in:

Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Michaux, A-V & Debray, O 2008, La notion de rémunération pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis - Remettre l'accent sur la notion de rémunération 'en cours'. Dans *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, p. 113-165.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA NOTION DE RÉMUNÉRATION POUR LE CALCUL DE L'INDEMNITÉ COMPENSATOIRE DE PRÉAVIS

Remettre l'accent sur la rémunération « en cours »

par

**Anne-Valérie MICHAUX
Olivier DEBRAY**

Avocats

1. Une notion aux contours encore largement discutés

D'aucuns pourraient questionner la nécessité d'analyser, dans le cadre d'un colloque célébrant les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 (ci-après « loi du 3 juillet 1978 » ou « loi sur les contrats de travail » ou « L.C.T. »), la notion de rémunération pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis. On pourrait en effet penser, de prime abord, que cette notion dont le sens est accessible au commun des mortels ne doit pas poser de difficulté particulière. Les praticiens du droit social savent, eux, combien les discussions qui entourent la détermination de la rémunération à prendre en compte pour l'application de la loi sur les contrats de travail rendent volumineux et souvent complexes les dossiers et litiges relatifs aux fins de relations contractuelles.

Identifier les composantes de la rémunération au sens de la loi du 3 juillet 1978 et leur valeur s'avère utile à un double titre. D'une part, pour évaluer dans quelle mesure les plafonds de rémunération fixés par la L.C.T. sont atteints, avec les conséquences importantes que ce calcul peut emporter (notamment pour les dispositions relatives aux clauses d'essai, aux clauses de non-concurrence, à la détermination de la durée

du délai de préavis). D'autre part, pour la fixation de la base de calcul de certaines indemnités (notamment les indemnités compensatoires de préavis, les indemnités forfaitaires de rupture, les indemnités d'éviction).

Nous nous concentrons, dans la présente contribution, sur la notion de rémunération au sens de l'article 39, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 qui énonce, au sujet de l'indemnité compensatoire de préavis due en cas de rupture avec effet immédiat¹ d'un contrat à durée indéterminée : « *L'indemnité de congé comprend non seulement la rémunération en cours, mais aussi les avantages acquis en vertu du contrat* ».

Nous verrons que pour cerner les contours de la rémunération qui doit être prise en considération pour le calcul de cette indemnité, deux difficultés sont généralement rencontrées : l'une a trait à la question de l'inclusion de tel ou tel avantage rémunérateur dans la base de calcul de l'indemnité de rupture, l'autre concerne l'évaluation de cet avantage.

Pour mener cette analyse, nous n'avons trouvé que peu de secours dans les textes de la loi du 3 juillet 1978 et ses travaux préparatoires. La définition donnée par le législateur laisse en effet, depuis 30 ans déjà², la porte ouverte à de nombreuses difficultés que seule une étude de la jurisprudence (abondante) de la Cour de cassation et des juridictions du travail peut aider à résoudre. C'est le résultat de cette étude qui fait l'objet de la présente contribution. À cette occasion, nous avons accordé une attention toute particulière aux décisions rendues depuis 1998, soit depuis le dernier « anniversaire décennal » de la loi du 3 juillet 1978.

Nous tenterons ainsi, dans un premier temps, de dégager les lignes de force du contour de la notion de rémunération. Nous les appliquerons ensuite à trois hypothèses qui nous ont paru illustrer de façon paradigmatique les difficultés que pose l'imprécision de cette notion : les primes et bonus, les *stock options* et les indemnités de poste en cas d'expatriation.

(1) Ou de préavis insuffisant ouvrant le droit, pour le travailleur, à une indemnité compensatoire de préavis « complémentaire ».

(2) Et en réalité depuis plus longtemps encore, la définition de l'article 39, § 1^{er}, al. 2, reprenant quasiment mot pour mot la définition qui avait été retenue par les lois coordonnées relatives au contrat d'emploi (article 20, al. 1 et 2) qui ont précédé la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail.

2. Lignes de force du contour de la notion de rémunération

Malgré sa faible contribution au débat qui nous intéresse, il nous a paru utile de nous pencher, dans un premier temps, sur la *définition légale* de la notion de rémunération pour le calcul de l'indemnité de rupture, avant d'analyser les enseignements qui peuvent être tirés de la *jurisprudence* (de la Cour de cassation en particulier) en la matière.

2.1 La rémunération comme « *rémunération en cours et avantages acquis en vertu du contrat* » (définition légale)

On l'a dit, l'article 39, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 se contente de préciser, pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis, que : « *L'indemnité de congé comprend non seulement la rémunération en cours, mais aussi les avantages acquis en vertu du contrat* ».

Deux questions surgissent : quelle différence faut-il voir entre la « *rémunération en cours* » et les « *avantages acquis en vertu du contrat* » ? Peut-on rapprocher cette notion de la définition donnée par l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération utilisée en sécurité sociale ?

2.1.1 « *Rémunération en cours* » vs. « *Avantages acquis en vertu du contrat* »

Distinguer ces deux notions pourrait présenter un intérêt autre que purement théorique. En effet, nous verrons dans la suite de l'exposé que la notion de rémunération « *en cours* » revêt une importance capitale pour la détermination des avantages à intégrer dans la base de calcul de l'indemnité de rupture et, plus encore, de leur évaluation. Or, à la lecture de l'article 39, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978, on pourrait être tenté d'opposer la rémunération « *en cours* » aux avantages « *acquis* », avec les conséquences que cette distinction serait susceptible d'entraîner pour les questions que nous venons de poser.

Il semble cependant que telle n'ait pas été la volonté du législateur³.

(3) Sur cette question, voir également M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Anvers, Maklu, 2001, p. 385 à 407.

En effet, dans la mouture du projet de loi relatif aux contrats de travail initialement discutée au Sénat, le législateur s'était contenté de renvoyer, pour le calcul de l'indemnité de rupture, à « la rémunération en cours »⁴. Cette définition était plus succincte que celle donnée par les précédentes lois en la matière qui renvoyaient, elles, aux « appointements mais aussi [aux] avantages acquis en vertu de la convention »⁵. En 1978, le législateur avait cru pouvoir se contenter d'une référence à la « rémunération en cours » au motif que « le projet utilis[ait] désormais la notion de rémunération qui, selon la définition de l'article 2, al. 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, couvr[ait] à la fois le salaire en espèce et les avantages évaluables en argent auxquels le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement »⁶.

La notion de « rémunération » devait donc, à elle seule, couvrir les notions d'« appointements » (compris comme la rémunération en espèce du travailleur) et d'« avantages acquis en vertu de la convention ».

Il fut cependant objecté que l'utilisation du terme « rémunération », sans autre référence aux « avantages acquis en vertu du contrat », risquait d'avoir pour effet d'exclure de la base de calcul de l'indemnité de rupture des avantages rémunérateurs qui y étaient classiquement inclus (tels que les avantages en nature, les compléments aux allocations sociales, les cotisations aux assurances de groupe, etc.) et, au contraire, d'y inclure des éléments habituellement exclus (tels que l'indemnité forfaitaire de frais).

Les discussions ont dès lors abouti à la conclusion, encore répétée par la doctrine et jurisprudence contemporaines, que la loi du 3 juillet 1978 ne pouvait se référer à la seule notion de « rémunération » (avec la volonté implicite d'adopter une notion identique à celle retenue par la loi du 12 avril 1965), mais qu'elle devait également préciser *expressis verbis* que cette rémunération inclurait les « avantages acquis en vertu du contrat »⁷.

On aperçoit donc clairement que l'intention du législateur, en incluant les « avantages acquis en vertu du contrat » à l'article 39 de la

(4) Sénat, S.E. 1974, 381, n° 1, p. 26 (art. 37 du projet de loi discuté à l'époque).

(5) Loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail (art. 22) et lois coordonnées relatives au contrat d'emploi (art. 20, al. 1 et 2).

(6) Chambre, *Doc. parl.*, Sess. ord. 1977-78, 258, n° 2, p. 97.

(7) Chambre, *Doc. parl.*, Sess. ord. 1977-78, 258, n° 2, p. 99.

L.C.T., était d'assurer que certains avantages dont il pourrait être soutenu qu'ils ne constituent pas une « rémunération » (au sens ancien d'appointements) soient inclus dans la base de calcul de l'indemnité de rupture. L'accent n'est en revanche absolument pas placé sur le terme « acquis » qui s'opposerait à la rémunération « en cours ».

On peut dès lors conclure que les termes « en cours » de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 s'appliquent aussi bien à la rémunération qu'aux avantages acquis en vertu du contrat ou, plus exactement, en vertu de la relation de travail entretenue entre le travailleur et l'employeur.

Il n'est donc pas particulièrement intéressant de chercher à classer tel ou tel avantage rémunérateur sous la bannière « rémunération » ou « avantage acquis en vertu du contrat », ces deux notions ne recevant pas un traitement différent au regard de la loi du 3 juillet 1978. Doctrine et jurisprudence qualifient d'ailleurs régulièrement un même avantage tantôt de rémunération, tantôt d'avantage acquis, alimentant ainsi la confusion. La précision apportée par le législateur par les termes « avantages acquis en vertu du contrat » permet de garantir que certains avantages, dont on aurait pu remettre en cause le caractère rémunérateur (au motif qu'ils ne constituent pas à proprement parler la contrepartie du travail effectué⁸ ou qu'ils ne découlent pas d'une obligation contractée directement par l'employeur⁹), soient intégrés de manière certaine dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

2.1.2 Rémunération « au sens de la loi du 3 juillet 1978 » vs. « au sens de la loi du 12 avril 1965 »

L'article 2, al. 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération, auquel se réfère directement l'article 14, § 2, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs définit la rémunération comme le salaire en espèce ou les avantages évaluables en argent auxquels le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement¹⁰.

(8) Tels que le salaire garanti (payé en l'absence de prestations).

(9) Tels que le double pécule de vacances.

(10) L'article 2, al. 1^{er}, 2^o, ajoute les pourboires auxquels le travailleur a droit en raison de son engagement. Nous laissons de côté cette notion pour la présente contribution.

Il n'est plus contesté, aujourd'hui, que cette définition de la rémunération, plus élaborée que celle retenue par la loi du 3 juillet 1978, ne peut pas lui servir de référence.

En effet, la notion de rémunération au sens de la loi du 12 avril 1965 est à un double titre *plus large* que celle retenue par la loi sur les contrats de travail. D'une part, elle comprend les montants et avantages octroyés à des personnes qui ne sont pas engagées dans un contrat de travail (tels que des stagiaires ou des apprentis). D'autre part, elle englobe des indemnités qui, ne constituant pas la contrepartie du travail fourni par le travailleur, ne pourraient pas être considérées comme de la rémunération au sens de la loi du 3 juillet 1978 (telles que les indemnités de rupture, les indemnités de frais, les indemnités de non-concurrence, etc.).

Par d'autres égards, la notion de rémunération au sens de la loi sur la protection de la rémunération est *plus stricte* que celle retenue par la loi sur les contrats de travail. En effet, la loi du 12 avril 1965 exclut par exemple de la notion de rémunération les pécules de vacances et les avantages complémentaires aux branches de la sécurité sociale. En outre, elle limite la rémunération aux salaires et avantages *à charge de l'employeur*, ce qui permet de douter du caractère rémunérateur (au sens de cette loi) d'avantages perçus par le travailleur en raison de son engagement mais qui sont juridiquement et/ou financièrement à charge d'une personne tierce à l'employeur. Nous songeons ici aux avantages octroyés par une société mère aux employés de ses filiales, situation rencontrée dans le contexte des groupes de sociétés. De tels avantages, dont on peut contester le caractère rémunérateur au sens de la législation sur la sécurité sociale, constituent en principe des rémunérations au sens de la loi du 3 juillet 1978.

Il n'est donc pas inutile, pour ces raisons, de distinguer les notions de rémunération adoptées par la loi du 12 avril 1965 et la loi du 3 juillet 1978.

Il ne faudrait pas pour autant en conclure que toute référence aux développements doctrinaux et jurisprudentiels relatifs à l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 serait inopportune pour la compréhension de la notion de rémunération au sens de la loi du 3 juillet 1978. En effet, ainsi que nous le verrons, il n'est pas rare qu'une précision apportée par la Cour de cassation au sujet de la notion de rémunération au sens de la première loi offre toute pertinence pour la compréhension de la notion

de rémunération au sens de la seconde ¹¹. Certains éléments constitutifs de la définition de rémunération sont en effet communs aux deux législations.

2.1.3 Une exclusion prévue par la loi : les participations bénéficiaires

La loi du 22 mai 2001 relative aux régimes de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés a introduit dans la loi sur les contrats de travail un article 2 *bis* qui prévoit que, pour l'application de la L.C.T., les paiements en espèces ou en actions ou parts octroyés aux travailleurs en application de la loi du 22 mai 2001 sont exclus de la notion de rémunération.

Le législateur exclut donc expressément de la notion de rémunération les avantages octroyés aux travailleurs en vertu de cette loi, nonobstant le fait que ces derniers répondent probablement à la définition de rémunération retenue par la jurisprudence.

Sur la base de ce qui a été exposé plus haut au sujet des notions de rémunération et d'avantages acquis en vertu du contrat au sens de l'article 39, il faut considérer qu'en excluant de la notion de « rémunération » les avantages visés à l'article 2 *bis* de la L.C.T., le législateur les exclut tant de la notion de rémunération à proprement

(11) Voir, en ce sens, les arrêts rendus par la Cour de cassation le 3 avril 1978 au sujet des primes de fin d'année, gratifications de Noël et autres primes de productivité dans lesquels la Cour définit de façon strictement identique la notion de rémunération (« Attendu que la rémunération est la contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail ; que le droit à cette contrepartie n'est, en soi, pas caractéristique de la notion de rémunération, mais uniquement la conséquence nécessaire de l'exécution du travail en vertu du contrat »), même si elle précise, en outre, que la notion de rémunération au sens de la loi du 12 avril 1965 est plus large encore que celle offerte par les lois coordonnées sur le contrat d'emploi (Cass., 3 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 845 et s.). Voir également l'arrêt rendu par la Cour de cassation au sujet de la notion de rémunération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale en cas de requalification de la relation de travail en contrat de travail (Cass., 10 janvier 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 334), dont le dispositif, qui concernait la rémunération au sens de la législation de sécurité sociale, peut être transposé en matière de contrats de travail (en ce sens : C. Trav. Liège, 10 novembre 2005, R.G. 7770/2005, *inédit*, www.juridat.be, JS61754_1).

parler que d'avantages acquis au sens de l'article 39. Ils n'entrent donc pas dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ¹².

2.2 La rémunération comme « contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail » (définition jurisprudentielle)

La Cour de cassation définit traditionnellement la rémunération au sens de l'article 39, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 comme : « la contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail » et précisait, à l'origine, que « le droit à cette contrepartie n'est, en soi, pas caractéristique de la notion de rémunération, mais uniquement la conséquence nécessaire de l'exécution du travail en vertu du contrat » ¹³.

La Cour a, par la suite, précisé davantage encore cette approche. Elle a notamment nuancé la question de savoir si le travailleur doit avoir droit à l'élément rémunérateur au moment où le congé lui est donné. Elle s'est, enfin, récemment prononcée sur la question de la détermination de la valeur de la rémunération « en cours » à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de rupture.

(12) Dans le même sens, voir N. BEAUFILS, « Les nouvelles formes de rémunération », in *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, p. 186.

(13) Cass., 20 avril 1977, *R.W.*, 1977-78, p. 1882 (et conclusions de l'avocat général Lenaerts, *R.W.*, 1977-78, p. 1872) ; Cass., 3 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 845.

2.2.1 La rémunération comme « contrepartie du travail »

Suivant en cela les conclusions de l'avocat général Lenaerts qui ont précédé l'arrêt qu'elle a rendu le 20 avril 1977 ¹⁴ au sujet de la notion de rémunération en sécurité sociale, la Cour de cassation a défini la rémunération comme étant la « contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail » ¹⁵. Elle a ensuite constamment adopté la même définition dans les arrêts rendus en droit du travail. Ce faisant, la Cour vise à mettre l'accent sur le caractère synallagmatique du contrat de travail : la rémunération est la contrepartie du travail fourni par le travailleur, sous l'autorité de l'employeur. Elle n'a en revanche ni une fonction indemnitaire, ni réparatrice ¹⁶.

Cette précision peut sembler étrange dans la mesure où divers éléments dont il n'est généralement pas contesté qu'ils constituent des composantes de la rémunération, ne sont pas à proprement parler la contrepartie du travail effectué par le travailleur ou, à tout le moins, n'entretiennent pas une relation directe avec le travail effectué, que ce soit en termes de correspondance ou de proportionnalité. Il en va notamment ainsi de la rémunération garantie pendant une période d'absence ou encore de participations aux résultats de l'entreprise, etc.

Il serait donc inexact de penser que la définition de la rémunération donnée par la Cour de cassation peut être appréhendée *a contrario*, pour aboutir à la conclusion que, si un avantage ne constitue pas la contrepartie du travail effectué, il ne doit pas être considéré comme un élément de rémunération. En ce sens, on serait tenté de dire que tout avantage obtenu en raison de l'engagement du travailleur ¹⁷, fût-il délié de la prestation de travail à proprement parler, constitue un élément de sa rémunération au sens du droit du travail.

Il va cependant de soi que seuls les avantages obtenus en raison de l'engagement du travailleur sont susceptibles de compter parmi les éléments de rémunération au sens de l'article 39, § 1^{er}, al. 2, de la loi sur les contrats de travail. Ainsi, il n'est plus contesté aujourd'hui qu'une indemnité forfaitaire de frais ou les indemnités versées à un travailleur prestant son contrat à l'étranger et visant à compenser certains frais

(14) Cass., 20 avril 1977, *R.W.*, 1977-78, p. 1872.

(15) Cass., 20 avril 1977, *R.W.*, 1977-78, p. 1882.

(16) M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, p. 155.

(17) Cette définition se rapproche en réalité de celle retenue par l'article 2 de la loi du 12 avril 1965, qui définit la notion de rémunération utilisée en sécurité sociale.

engendrés par l'expatriation (*cost of living allowance, housing allowance, etc.*) ne lui procurent pas un *avantage* et ne peuvent, dès lors, être considérées comme des éléments de sa rémunération. Ces montants, qui n'enrichissent pas le travailleur, mais visent uniquement à lui éviter un appauvrissement qui serait causé par la seule exécution de son contrat de travail, sont généralement considérés comme des remboursements de frais propres à l'employeur, exclus de la notion de rémunération.

2.2.2 La rémunération comme élément auquel le travailleur doit « avoir droit au moment du congé »

La question du « droit au moment du congé » est la caractéristique posant le plus de difficultés dans l'appréciation des éléments de rémunération qui doivent être intégrés à la base de calcul de l'indemnité de rupture. La jurisprudence abondante développée par la Cour de cassation et les juridictions du travail révèle que les difficultés posées par cette notion se rapportent le plus souvent aux bonus et autres primes et gratifications payées au travailleur.

La prémisse du raisonnement est certaine : pour qu'un avantage rémunérateur compte parmi les éléments de rémunération participant à la base de calcul de l'indemnité de préavis, il faut que le travailleur y ait droit au moment de la notification du congé¹⁸.

Deux éléments y retiennent l'attention : (i) le travailleur doit avoir droit à l'avantage et ce, (ii) au moment de la notification du congé.

→ *Le travailleur doit avoir droit à l'avantage*

Dans son arrêt du 3 avril 1978¹⁹, la Cour de cassation était amenée à décider si une prime, payée durant plusieurs années et alors qu'une clause dite de libéralité précisait que de telles primes ne seraient considérées ni comme faisant partie du salaire convenu, ni comme un

(18) Cass., 9 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 1163 et *J.T.T.*, 1995, p. 8. Cass., 18 septembre 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 499 ; Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 262 ; Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 183.

(19) Largement inspiré, une nouvelle fois, des conclusions de l'avocat général Lenaerts qui ont précédé l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 avril 1977 sur la question de savoir si une prime accordée par l'employeur qui n'y est pas formellement obligé doit être considérée comme de la rémunération au sens de l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 (Cass., 20 avril 1977, *R.W.*, 1977-78, p. 1872 et s.).

droit acquis pour les années futures, ni comme base de calcul de l'indemnité de congé, devait être considérée comme un élément de rémunération au sens de la loi sur les contrats de travail²⁰.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide :

« *Attendu que la rémunération est la contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail ; que le droit à cette contrepartie n'est, en soi, pas caractéristique de la notion de rémunération, mais uniquement la conséquence nécessaire de l'exécution du travail en vertu du contrat ; qu'il est inconciliable avec la nature du contrat de travail et avec la notion de rémunération de stipuler que le droit à la rémunération n'existe pas dans la mesure où il s'agit d'avantages accordés en contrepartie du travail effectué en exécution d'un contrat de travail* ».

Elle ajoute ensuite, s'agissant des primes et gratifications octroyées alors qu'une clause de libéralité a également été insérée dans le contrat de travail :

« *Attendu que les primes de fin d'année allouées aux travailleurs pour le travail effectué en exécution de leur contrat de travail, de même que les avantages similaires ou comparables tels que les gratifications de Noël, le treizième mois ou les primes de productivité, constituent, dès lors, des rémunérations ; que ces avantages ne peuvent être considérés comme des dons ou autres libéralités ; que, si l'employé formule des réserves quelconques quant à l'attribution de pareils avantages, elles ne peuvent être relatives qu'à l'octroi ou l'importance futurs de ces avantages* ;

Attendu que, pour que des primes de fin d'année et des avantages similaires soient compris dans la notion de « rémunération », il n'est pas requis que leur octroi ait été stipulé par les parties ou que l'employeur ait à cet égard souscrit unilatéralement une obligation ou soit tenu en vertu d'une loi, d'une convention collective de travail ou de l'usage ».

Suivant en cela le raisonnement précédemment exposé par l'avocat général Lenaerts au sujet de la notion de rémunération au sens

(20) La Cour était, en avril 1978, amenée à se prononcer sur la notion de rémunération au sens des lois coordonnées sur le contrat d'emploi et non sur la loi du 3 juillet 1978, naturellement. Nous avons cependant vu, plus haut, que la notion de rémunération pour le calcul de l'indemnité de rupture a été définie de la même manière dans les deux lois, en manière telle que les enseignements de l'arrêt du 3 avril 1978 demeurent pertinents aujourd'hui.

de la législation de sécurité sociale²¹, la Cour de cassation clôt ainsi bizarrement le débat sur la question de savoir s'il est envisageable qu'un employeur octroie à un travailleur un « avantage » qui, parce qu'il est octroyé en dehors de toute obligation de quelque sorte, ne constituerait pas une rémunération mais une pure libéralité.

Le « raisonnement » de la Cour tient presque de la pétition de principe : parce qu'elle est versée dans le cadre d'une relation de travail, une prime constitue nécessairement la contrepartie du travail effectué par le travailleur et, à ce titre, doit être considérée comme un élément de rémunération. La question de savoir si le travailleur doit y avoir *droit*, posée au départ, n'est en réalité pas résolue : pour que les primes soient comprises dans la notion de rémunération, il n'est pas requis que l'employeur qui les a octroyées y ait été tenu d'une quelconque manière. Cette jurisprudence a pour conséquence de mettre quasiment à néant les possibilités, pour l'employeur, d'octroyer au travailleur une véritable libéralité²².

M. Jamoulle analyse également la faiblesse de cette argumentation et conclut que « dans cette nouvelle analyse [...], le droit à la rémunération perd une partie de sa consistance au point de subir une mutation certaine ; il n'est plus le corollaire d'une obligation de versement et se restreint à un droit sur les sommes versées, droit dont l'effet essentiel, dans le champ strictement contractuel, est d'éviter une éventuelle action en répétition de l'indu : le droit d'obtenir a disparu pour ne laisser que le droit de garder »²³.

Ainsi, selon la Cour de cassation, toute prime ou gratification octroyée à un travailleur est, par le seul fait d'avoir été octroyée, un élément de sa rémunération.

(21) Conclusions précédant Cass., 20 avril 1977, *R.W.*, 1977-78, p. 1872 et s. Pour le résumé de l'analyse détaillée des conséquences de cet arrêt, voir M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Anvers, Maklu, 2001, p. 811 à 816.

(22) Sur cette question, voir cependant les conclusions de l'avocat général Lenaerts qui retenait encore quatre hypothèses dans lesquelles l'octroi d'un avantage pourrait encore être compris comme l'octroi d'une libéralité (*R.W.*, 1977-78, p. 1879 et 1880) : les indemnités octroyées au travailleur pour garantir un moyen de subsistance en l'absence de travail (pendant une période d'incapacité ou de privation de revenus pour une autre raison), les indemnités allouées en fin de contrat de travail telles que des « golden handshakes », des indemnités octroyées en raison d'événements personnels ou familiaux et les indemnités octroyées à l'occasion de la relation de travail mais non comme contrepartie du travail fourni (ex : primes de jubilé).

(23) M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, p. 166.

Si cette conclusion est exacte, elle doit cependant, selon nous, être impérativement lue en conjonction avec l'exigence, posée (elle) par le texte de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978, suivant laquelle la rémunération à retenir pour le calcul de l'indemnité de rupture doit être « en cours » au moment de la notification du congé. On peut expliquer que cette exigence n'apparaisse pas dans l'arrêt du 3 avril 1978 par le fait que la Cour de cassation y reprend en réalité mot pour mot les développements exposés le même jour dans un autre arrêt rendu au sujet de la notion de rémunération au sens de la loi du 12 avril 1965 pour laquelle la notion de rémunération « en cours » n'est pas pertinente.

De récents arrêts de la Cour de cassation ont cependant apporté quelques précisions à ce propos, dont nous soutenons qu'elles tempèrent largement les enseignements que l'on tire généralement de l'arrêt du 3 avril 1978 (et des arrêts subséquents dans la même lignée). Ainsi, comme nous le verrons, il serait erroné de soutenir que toute prime ou gratification, dès lors qu'elle a été versée, doit être considérée comme une rémunération en cours au sens de l'article 39 de la L.C.T. et, à ce titre, incluse dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

→ *Le droit à l'avantage doit exister au moment de la notification du congé*

Doctrine et jurisprudence sont unanimes pour considérer que la rémunération « en cours » dont il faut tenir compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis est celle à laquelle le travailleur a droit au moment de la notification du congé.

Les auteurs de la loi avaient déjà eu l'occasion de préciser ce point. Ainsi peut-on lire dans les travaux préparatoires que : « L'indemnité compensatoire se calcule sur la rémunération en cours et non sur celle à venir, au cas où l'employé aurait eu droit à une augmentation de son traitement en cours de préavis [...]. Ce principe ne présente pas que des inconvénients : l'indemnité est exigible immédiatement et le travailleur, dispensé d'accomplir le préavis, peut cumuler éventuellement deux rémunérations avant l'échéance normale du préavis s'il retrouve un emploi entre-temps »²⁴.

On déduit généralement de ce principe plusieurs conséquences.

(24) Chambre, *Doc. parl.*, sess. ord. 1977-78, 293, n° 4, p. 14.

D'une part, les augmentations et indexations qu'aurait dû subir la rémunération pendant la période couverte par le préavis ne sont pas prises en considération pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis²⁵. Seule la rémunération dans sa proportion existant à la date de la notification du congé est retenue. Il en va d'ailleurs de même pour le cas des travailleurs dont le contrat est rompu alors qu'ils ont (même temporairement) réduit leurs prestations de travail, notamment dans le cadre d'un crédit-temps ou d'une interruption de carrière. La Cour de cassation a en effet rappelé, dans son arrêt du 11 décembre 2006, que « l'indemnité de congé due à un travailleur occupé sous un régime de prestations de travail réduites licencié par un acte unilatéral de l'employeur, doit être calculée sur la base de la rémunération à laquelle le travailleur a effectivement droit au moment de la notification de la résiliation du contrat de travail ; la circonstance qu'en principe, le travailleur peut reprendre une occupation à temps plein à l'expiration de la période de réduction des prestations de travail et qu'il est privé de cette possibilité à la suite de la résiliation unilatérale de son contrat par son employeur, est sans incidence »²⁶.

D'autre part, lorsqu'un préavis insuffisant a été notifié au travailleur, ce dernier peut prétendre à une indemnité compensatoire de préavis complémentaire²⁷. Pour le calcul de cette dernière, c'est la rémunération en cours au moment de la notification du congé assorti du préavis (insuffisant) qui doit être retenue et non la rémunération telle qu'elle a éventuellement évolué pendant le cours du préavis presté²⁸.

On peut se demander si une conséquence supplémentaire ne devrait pas être dégagée de l'exigence suivant laquelle seule la

(25) Cass., 6 septembre 1982, *Pas.*, 1983, 1, p. 12 citée par K. DE GEYTER, « De opzeggingsvergoeding en haar berekeningselementen », *Or.*, 1987, p. 143. T. Trav. Bruges, 5 avril 1983, *R.D.S.*, 1983, p. 427 citée par B. PATERNOSTRE, *Le droit de la rupture du contrat de travail*, Bruxelles, De Boeck, 1990, p. 201.

(26) Cass., 11 décembre 2006, R.G. S040143N, www.juridat.be. En ce sens également : C. Trav. Bruxelles, 16 novembre 2004, *Chron. D. S.*, 2005, p. 234. Ceci ne vaut, bien entendu, que pour le calcul de l'indemnité de rupture à proprement parler. S'agissant de la rémunération pour le calcul de la durée du préavis, l'article 103 de la loi de redressement du 22 janvier 1985 prévoit expressément : « En cas de résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur, le délai de préavis notifié au travailleur qui a réduit ses prestations [...] sera calculé comme s'il n'avait pas réduit ses prestations. Il faut également tenir compte de ce même délai de préavis pour déterminer l'indemnité [compensatoire de préavis] ».

(27) Équivalente à la rémunération afférente à la différence entre la durée du préavis raisonnable qui aurait dû lui être notifié et celle du préavis qui lui a été notifié.

(28) Cass., 6 novembre 1989, *R.W.*, 1989-90, p. 885.

rémunération à laquelle le travailleur a droit « au moment du congé » doit être retenue.

En effet, il est donc unanimement admis qu'en cas de licenciement avec effet immédiat, les éventuelles indexations et augmentations qu'aurait connues la rémunération pendant le cours du préavis ne seront pas prises en considération. Il est argué, à cet égard, que comme le travailleur quitte l'entreprise au jour du licenciement avec effet immédiat, il ne peut prétendre aux augmentations et indexations qu'aurait subies sa rémunération s'il était demeuré au service de l'employeur.

Si ce raisonnement est exact, on peut se demander pourquoi ne pas l'appliquer, *mutatis mutandis*, aux hypothèses de primes et gratifications dont l'octroi est subordonné à une condition de présence dans l'entreprise²⁹. Cette clause, fréquemment rencontrée dans des conventions collectives ou individuelles, consiste à prévoir que l'employeur ne versera au travailleur une prime (de fin d'année, par exemple) qu'à la condition que celui-ci soit encore au service de l'entreprise au moment habituel de son paiement.

La Cour de cassation a déjà décidé à ce sujet, dans son arrêt du 9 mai 1994, que « en règle, une prime de fin d'année constitue la contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail ; le droit à la contrepartie du travail effectué au moment de la notification du congé est, en principe, acquis à ce moment en vertu du contrat de travail ; en principe, le montant de cette contrepartie doit être compris dans la rémunération en cours, au sens de la disposition précitée, même si, en raison de la résiliation du contrat de travail, le travailleur ne peut plus remplir les autres conditions requises pour l'octroi de la prime »³⁰. Il s'agirait donc de considérer que, même affecté d'une condition, le droit à la prime existe au moment du licenciement et, donc,

(29) Nous laissons de côté, ici, la question de savoir si de telles conditions, subordonnant l'octroi d'une prime à une condition de présence dans l'entreprise, sont licites ou non (notamment au regard de l'article 1178 C. civ.). Voir à ce sujet J.-F. NEVEN, « La base de calcul de l'indemnité compensatoire de préavis : quelques questions controversées », *J.T.T.*, 2005, p. 100. Il y cite notamment les décisions suivantes, qui ont admis la validité de telles clauses : Arbrb. Brussel, 2^e ch., 24 décembre 2001, *inédit*, R.G. n° 91.693 et T. Trav. Bruxelles, 18^e ch., 15 septembre 2003, *inédit*, R.G. n° 41.968/01.

(30) Cass., 9 mai 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 9 et *R.W.*, 1994-95, p. 1163, note W. RAUWS « Lopend loon en oudejaarspremie: een beslissing op wankle grond ». »

la prime doit être prise en compte pour le calcul de l'indemnité de rupture ³¹.

Le raisonnement de la Cour prête le flanc à la critique ³². En effet, lorsque le droit à la prime est affecté d'une telle condition, on pourrait soutenir que le travailleur, lorsqu'il est licencié en cours d'exercice, n'a en réalité plus droit à la prime « au moment du congé » puisque la notification même du congé entraîne la perte du droit à la prime. Soutenir que le droit à la prime subsiste, même s'il est devenu clair que la condition dont il est assorti ne se réalisera jamais, revêt un caractère artificiel. En effet, le droit assorti d'une condition dont il est devenu certain qu'elle ne se réalisera jamais n'offre plus aucun titre à son bénéficiaire.

Le raisonnement de la Cour étonne également en ce qu'il considère que « le droit à la contrepartie du travail effectué au moment de la notification du congé est, en principe, acquis à ce moment en vertu du contrat de travail ». En effet, on sait que dans son arrêt de principe du 9 septembre 1985, la Cour de cassation a décidé que les primes et autres gratifications payées annuellement constituent, en principe, la contrepartie du travail effectué au jour le jour par le travailleur et, à ce titre, s'acquiescent par ce dernier au fur et à mesure de ses prestations. On y a vu la consécration du principe de *divisibilité* de ces primes ³³. La Cour n'a cependant pas invalidé les clauses par lesquelles les parties conviennent du principe d'indivisibilité d'une prime, c'est-à-dire du principe suivant lequel une prime est versée pour le tout, annuellement, et qu'aucun montant n'est dû en cas de départ du travailleur avant l'échéance habituelle du paiement de la prime. Si de telles clauses sont valides, il faut bien reconnaître alors que même si « en principe », la partie de la prime afférente aux prestations livrées par le travailleur jusqu'à la date de la notification du congé lui est acquise à ce moment (pour reprendre les termes de l'arrêt du 9 mai 1994), tel n'est pas le cas lorsque les parties ont assorti l'octroi de cette prime d'une condition de présence dans l'entreprise (ce qui était le cas de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 9 mai 1994). La prémisse du raisonnement de la Cour de

(31) J.-F. NEVEN, « La base de calcul de l'indemnité compensatoire de préavis : quelques questions controversées », *J.T.T.*, 2005, p. 100.

(32) Pour une critique de cet arrêt, voir également W. RAUWS, « Lopend loon en oudejaarspremie : een beslissing op wankel gronden », note sous Cass., 9 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 1164 et s.

(33) Sur ce thème, voir H. FUNCK, « Les primes acquises, divisées, indivises », *Chron. D. S.*, 1987, p. 265.

cassation, dans son arrêt du 9 mai 1994, est donc erronée : lorsque les parties sont convenues d'une condition de présence dans l'entreprise (dont la validité semble admise par la Cour ³⁴), on ne peut plus considérer que la prime relative à l'exercice au cours duquel intervient le licenciement est (pour partie) acquise au travailleur à la date de la notification du congé. On peut y voir une raison supplémentaire de soutenir que le travailleur, dont le licenciement signifie qu'il ne remplira pas la condition de présence dans l'entreprise, ne peut être considéré comme ayant « droit » à cette prime « au moment de la notification du congé ».

Il n'en demeure pas moins que, pour l'heure, doctrine ³⁵ et jurisprudence tendent plutôt à s'aligner sur l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1994 et à considérer que le travailleur dont le licenciement empêche la réalisation de la condition de présence dans l'entreprise peut encore se prévaloir d'un *droit* à cet avantage au moment du congé et, donc, postuler l'inclusion de l'avantage dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

2.2.3 La rémunération « en cours » et les clauses de libéralité

Nous souhaitons à présent nous attacher aux récents arrêts de la Cour de cassation au sujet de la notion de rémunération « en cours ». À notre sens, la précision suivant laquelle seule la rémunération « en cours » au moment de la notification du congé peut être incluse à la base de calcul de l'indemnité de rupture revêt une importance toute particulière à un double niveau : lors de l'analyse du principe de l'inclusion de l'avantage dans cette base de calcul, mais également lors de l'évaluation du montant de cet avantage. Seul le premier aspect est abordé dans cette section.

(34) Cass., 9 septembre 1985, *J.T.T.*, 1986, p. 162.

(35) J.-F. NEVEN, « La base de calcul de l'indemnité compensatoire de préavis : quelques questions controversées », *J.T.T.*, 2005, p. 99 et 100 ; « Rémunération et autorité, les éléments constitutifs du contrat de travail dans la jurisprudence de la Cour de cassation postérieure au 1er janvier 1990 », *J.T.T.*, 1999, p. 19 qui remet en cause, plus fondamentalement, la validité même des conditions de présence dans l'entreprise. Sur un aperçu de la jurisprudence acceptant la validité de ce type de clause dans les plans d'options sur actions, voir M. GOLDFAYS, « Options sur actions et indemnité de congé : évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2002 », *Chron. D. S.*, 2006, p. 63 et s.

Des divers arrêts rendus par la Cour de cassation depuis celui du 3 avril 1978³⁶, on déduit que seule la rémunération à laquelle le travailleur a droit au moment de la notification du congé³⁷ doit être intégrée à la base de calcul de l'indemnité compensatoire de préavis.

S'agissant des primes et autres gratifications au caractère *a priori* aléatoire parce que les parties sont convenues d'une clause de libéralité, la Cour de cassation ajoute en outre que le seul fait qu'elles soient payées entraîne la constatation que leur bénéficiaire y a droit.

Comme annoncé plus haut, à supposer même que l'on admette que les primes et gratifications, dès lors qu'elles sont octroyées, constituent un élément de rémunération parce qu'elles représentent forcément la contrepartie du travail fourni, il n'en résulte pas pour autant que ces avantages constituent, au jour de la notification du congé, des rémunérations « en cours ». Pour le dire autrement, le paiement d'une prime ou gratification avant le licenciement démontre tout au plus que le travailleur y a eu droit, mais non qu'il y a encore droit au moment du congé. Cette nuance revêt toute son importance.

Dans son arrêt du 18 juin 1980³⁸, analysant une situation où les parties étaient convenues d'une clause de libéralité par laquelle il était donc expressément précisé que l'octroi d'une prime n'entraînait aucun droit pour le bénéficiaire à recevoir une prime de même nature pour le futur, la Cour a décidé que « *la validité de pareilles [clauses] ne s'étend qu'aux avantages qui pourront être accordés ultérieurement et [...] elles ne peuvent empêcher que le traitement en cours qui [...] doit être pris en considération pour le calcul de l'indemnité de congé, comprend la gratification annuelle qui lui a été payée régulièrement chaque année jusqu'à ce moment, en contrepartie des prestations fournies en exécution du contrat d'emploi* ». Elle a ajouté que « *rien ne s'oppos[e] à ce que le traitement en cours constitue la rémunération d'un travail déjà accompli, il importe peu que cette gratification ait été payée en une seule fois chaque année, en considération des prestations de l'année écoulée* ».

(36) Cass., 9 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 1163 et *J.T.T.*, 1995, p. 8. Cass., 18 septembre 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 499 ; Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 262 ; Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 183.

(37) Cass., 16 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1258 (pour une hypothèse où le contrat a été rompu avant tout début d'exécution).

(38) Cass., 16 juin 1980, *J.T.T.*, 1981, p. 48.

Cet arrêt, qui s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt du 3 avril 1978 qui s'était penché sur la question du « droit » à la prime de fin d'année payée en présence d'une clause de libéralité, laisse donc penser que toute prime ou gratification octroyée à un travailleur, parce qu'elle lui est octroyée, constitue non seulement d'office une rémunération, mais doit en outre être considérée comme une rémunération « en cours » au moment de la notification du congé. La Cour, après avoir évacué la question du *droit* à l'avantage rémunérateur (voir ci-dessus), néglige ensuite la dimension temporelle de l'expression « en cours » pour considérer qu'une prime versée avant la notification du congé et afférente à des prestations antérieures constitue la rémunération « en cours » du travailleur et ce, même si, en raison de l'existence d'une clause de libéralité (dont elle ne discute pas la validité), il n'est pas acquis que le travailleur aurait encore bénéficié d'une telle prime à la fin de l'exercice au cours duquel intervient le licenciement.

Cette jurisprudence nous paraît devoir être revisitée à la lumière des arrêts ultérieurs du 14 novembre 1994³⁹, du 18 septembre 2000⁴⁰ et du 3 février 2003⁴¹.

Dans ces arrêts, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la question de savoir s'il fallait intégrer dans la base de calcul de l'indemnité de rupture des primes octroyées au cours des douze mois ayant précédé la rupture du contrat de travail mais dont le principe de l'octroi avait été expressément révoqué entre-temps et/ou dont le caractère tout à fait exceptionnel était établi.

Dans les affaires ayant donné lieu à ces arrêts, les parties étaient convenues d'une clause de libéralité. La particularité de ces espèces tient cependant au fait que, chaque fois, l'employeur avait expressément informé le travailleur, dans l'année précédant le licenciement, que la prime octroyée par le passé ne le serait certainement plus pour le futur.

On aurait pu penser que la Cour de cassation, suivant en cela la jurisprudence amorcée par ses précédents arrêts et notamment l'arrêt du 18 juin 1980, aurait maintenu le fait que les primes octroyées peu de temps avant le licenciement étaient par nature de la « rémunération en cours » (par le seul fait qu'elles avaient été payées) et qu'elles devaient donc être intégrées dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

(39) Cass., 14 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 349.

(40) Cass., 18 septembre 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 499.

(41) Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 262.

La Cour estime cependant que les avantages, mêmes versés peu de temps avant le licenciement, pour lesquels l'employeur a expressément informé le travailleur qu'ils étaient « révoqués » pour le futur, ne constituent pas ou plus de la rémunération à laquelle le travailleur « a droit au moment de la notification du congé »⁴² ou, en d'autres termes, de la rémunération « en cours » au sens de l'article 39 de la L.C.T. Partant, ils doivent être exclus de la base de calcul de l'indemnité de rupture.

Le raisonnement de la Cour est logique : dès lors que le travailleur ne peut plus faire valoir un droit à la prime, parce que le principe même de l'octroi de cette prime a été révoqué avant la date du licenciement, le travailleur ne peut plus prétendre que cet avantage rémunérateur fait partie de la rémunération « en cours » au moment de la notification du congé. La Cour rend en définitive à la notion de rémunération « en cours » sa dimension temporelle et remet l'accent sur le fait que c'est la rémunération à laquelle le travailleur a droit « au moment du congé » (et non pas celle à laquelle il a eu droit par le passé, fût-il récent) qui doit être prise en considération.

Elle précise en toutes lettres, dans l'arrêt du 3 février 2003, que par les termes « rémunération en cours », l'article 39 de la L.C.T. signifie que l'indemnité compensatoire de préavis doit être calculée en tenant compte de la rémunération et des avantages auxquels le travailleur a droit au moment de la notification du congé⁴³.

Dans la rigueur des principes, le même raisonnement devrait aboutir à considérer que doivent également être exclues de la base de calcul de l'indemnité de rupture les primes et gratifications octroyées alors que les parties sont convenues d'une clause de libéralité et ce, même lorsque l'employeur n'a pas expressément fait connaître son intention de ne pas ou plus octroyer l'avantage pour l'avenir⁴⁴. Nous nous en expliquons.

(42) Cass., 14 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 349.

(43) Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 262.

(44) En ce sens également, P. BLONDIAU, Th. CLAEYS, B. MAINGAIN et E. CARLIER, *La rupture du contrat de travail – Chronique de jurisprudence 1992 – 1995*, Bruxelles, Larcier, p. 175 ; J. DE WORTELAER, *Financière participative en loon*, Gand, Rys & Breesch, 1996, p. 85. *Contra* : V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 862.

Selon C. Wantiez et B. Nyssen⁴⁵, ainsi que J.-F. Neven⁴⁶, la jurisprudence plus récente de la Cour de cassation est parfaitement compatible avec celle précédemment développée dans son arrêt de 1980 (notamment). En effet, il suffirait de considérer que (i) les primes et gratifications octroyées à un travailleur sont par principe de la rémunération et même de la rémunération « en cours », nonobstant le fait que les parties aient conclu une clause de libéralité, sauf si (ii) l'employeur a fait usage de la faculté, offerte par la clause de libéralité, de révoquer l'avantage pour le futur.

Il nous apparaît, au contraire, que lorsque les parties sont convenues d'une clause de libéralité par laquelle il est précisé que l'octroi d'un avantage, même pendant plusieurs années, ne fait naître aucun droit à cet avantage pour le futur (notamment en vertu d'un éventuel usage), il faut considérer que le travailleur n'a en réalité jamais droit à cet avantage, sauf lorsque ce dernier lui est octroyé. En d'autres termes, comme l'indique la Cour de cassation, lorsque cet avantage est octroyé au travailleur, il revêt nécessairement un caractère rémunérateur par la seule relation entretenue avec le travail fourni et ce, peu importe que l'on puisse déterminer ou non si le travailleur pouvait faire valoir un quelconque droit à cet avantage. L'unique fait de l'avoir perçu (et de pouvoir se prévaloir d'un « droit de garder » l'avantage⁴⁷) entraîne le fait qu'il s'agit d'une rémunération. Il ne s'agit cependant pas pour autant d'une rémunération à laquelle le travailleur peut prétendre pour l'avenir puisque la clause de libéralité, dont la validité n'est pas remise en cause par la Cour de cassation, prévoit expressément que le paiement de cet avantage ne crée aucun droit pour l'avenir (et certainement pas en vertu d'un usage, source de droit hiérarchiquement inférieure à la clause de libéralité convenue par les parties).

Pour le dire autrement, si la Cour de cassation admet qu'un avantage auquel le travailleur n'a « plus » droit au moment du licenciement (parce que le principe même de son octroi a été expressément dénié avant la date du licenciement) doit être exclu de la

(45) C. WANTIEZ et B. NYSSSEN, « Assiette de l'indemnité de congé – Traitement en cours – Gratification », note sous Cass., 14 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 350 ; C. WANTIEZ, « Rémunération et autorité, les éléments constitutifs du contrat de travail dans la jurisprudence de la Cour de cassation postérieure au 1^{er} janvier 1990 », *J.T.T.*, 1999, p. 17.

(46) J.-F. NEVEN, « La base de calcul de l'indemnité compensatoire de préavis : quelques questions controversées », *J.T.T.*, 2005, p. 100.

(47) M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, p. 166.

base de calcul de l'indemnité de rupture, on ne voit pas à quel titre il faudrait estimer qu'un avantage auquel le travailleur n'a « pas » droit au moment du licenciement (parce que la clause de libéralité prévoit que le paiement de cette prime est constamment aléatoire) devrait connaître un autre traitement.

Conclure que, pour qu'une prime ou gratification payée en présence d'une clause de libéralité soit exclue de la base de calcul de l'indemnité de rupture, il faut que l'employeur ait expressément fait usage de la faculté de révocation offerte par la clause de libéralité revient finalement à analyser l'effet de cette clause à contresens. En effet, ces clauses prévoient généralement que le travailleur est susceptible de recevoir une prime et que le paiement de cette prime ne crée aucun droit pour l'avenir. Elles ne prévoient en revanche pas que le travailleur a droit à une prime et que l'employeur peut révoquer ce droit à tout moment (une telle clause serait, du reste, contraire à l'article 25 de la L.C.T.). On doit donc nécessairement analyser la clause comme précisant que le travailleur n'a pas de droit à la prime, même si la prime, si et lorsqu'elle lui est octroyée, constitue alors un élément de sa rémunération.

En ce sens, il nous semble que la jurisprudence récente de la Cour de cassation au sujet des primes et avantages exceptionnels ou révoqués peu de temps avant le licenciement a nécessairement un impact sur l'analyse tout entière des primes et gratifications versées alors que les parties sont convenues d'une clause de libéralité.

Cette analyse est confortée par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 janvier 1993⁴⁸. Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, un travailleur pouvait démontrer qu'il avait reçu, au moment de la crise pétrolière, du mazout de chauffage pour son habitation privée pris en charge par son employeur. Il ne pouvait cependant démontrer aucun droit à cet avantage (les conditions d'existence d'un usage n'étaient, notamment, pas remplies). La cour du travail d'Anvers avait dès lors exclu cet avantage de la base de calcul de l'indemnité de rupture, à défaut pour le travailleur d'avoir pu démontrer l'existence d'un droit à l'avantage au moment de la rupture du contrat. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi intenté contre l'arrêt de la cour du travail, confirmant que seuls les avantages auxquels le travailleur a droit pour l'avenir sont

(48) Cass., 4 janvier 1993, *Chron. D. S.*, 1993, p. 302, cité et commenté dans P. BLONDIAU, Th. CLAEYS, B. MAINGAIN et E. CARLIER, *La rupture du contrat de travail - Chronique de jurisprudence 1992 - 1995*, Bruxelles, Larcier, p. 175.

susceptibles d'être pris en compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis :

« *Overwegende dat het arrest oordeelt dat kan worden aangenomen dat "gratis stookolie gedurende een bepaalde periode (oliecrisis) aan enkele kaderleden, waaronder [eiser], [is] toebedeeld vóór 1978" en beslist dat "dit niet kan beschouwd worden als een verworven voordeel maar wel als een gratificatie in de zin van artikel 10 van de arbeidsovereenkomst, d.w.z. een individueel spontaan toegekend en in de tijd beperkt voordeel" ; dat het arrest aldus te kennen geeft dat partijen met artikel 10 overeengekomen zijn dat de toekenning van voordelen, zoals de levering van stookolie, tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voor de werkgever geen verplichting inhield deze ook in de toekomst toe te kennen zodat eiser daarop geen verkregen recht voor de toekomst kon doen gelden ; dat de appelrechters zodoende hun beslissing naar recht verantwoordden ; dat het middel, al was het gegrond, niet tot cassatie kan leiden en wegens gebrek aan belang niet ontvankelijk is ».*

En définitive, dans la rigueur des principes, ce n'est que si le travailleur peut démontrer qu'il est certain qu'il aurait reçu cette prime pour l'exercice en cours (par exemple parce qu'un montant lui a déjà été annoncé ou que des échanges de correspondance attestent qu'une prime serait versée cette année-là, ou encore que les autres travailleurs de la même entreprise ont tous reçu une prime pour cet exercice, etc.) qu'il pourrait soutenir que cette prime fait partie de sa rémunération « en cours » au moment de la notification du congé.

2.3 L'évaluation du montant de la rémunération incluse dans la base de calcul de l'indemnité de rupture

2.3.1 Évaluation de l'avantage

Le calcul du montant des avantages en espèces à inclure dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ne pose en principe pas de difficulté. On s'accorde à considérer que ce sont les montants bruts de ces avantages qui doivent être retenus.

Une question neuve est cependant récemment apparue à ce propos, dans le cadre des débats relatifs aux conséquences d'une requalification d'un contrat d'entreprise ou de prestation de services en contrat de travail. En effet, amenée à se prononcer sur la notion de rémunération au sens de l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 pour le

calcul des cotisations de sécurité sociale dues par l'employeur sur les émoluments versés au « faux indépendant » pendant la relation de travail, la Cour de cassation a estimé ⁴⁹ :

« Attendu que le montant de la rémunération convenue entre le maître de l'ouvrage et l'ouvrier indépendant dans le cadre du louage d'une activité indépendante peut être fixé en fonction des cotisations dont le travailleur indépendant sera redevable aux caisses d'assurances sociales des travailleurs indépendants ;

Que la partie de la rémunération originellement prévue par les parties pour le paiement de la cotisation du travailleur indépendant aux caisses d'assurances sociales des travailleurs indépendants est propre au contrat de louage d'une activité indépendante et non au contrat de travail ; que cette partie n'acquiert pas à la suite de la requalification du contrat le caractère d'avantage ou de salaire auxquels le travailleur a droit "en raison de son engagement" ; qu'en conséquence, elle ne peut servir de base pour le calcul des cotisations de sécurité sociale des travailleurs ».

La Cour considère donc que la partie des émoluments versée au faux indépendant et avec laquelle ce dernier s'est acquitté des cotisations de sécurité sociale dans le régime des indépendants n'est pas une rémunération au sens de la loi du 2 avril 1965 car le travailleur n'y a pas droit « en raison de son engagement ». Les récentes dispositions législatives consacrées à la question de la fausse indépendance ont d'ailleurs repris cette approche à leur compte. L'article 340 du titre XIII de la loi portant des dispositions diverses du 27 décembre 2006, intitulé « Nature des relations de travail », prévoit en effet que, en cas de requalification, « sans préjudice des barèmes salariaux, la rémunération mensuelle du travailleur salarié, hors cotisations patronales de sécurité sociale et avant déduction du précompte professionnel, est réputée être égale à la moyenne mensuelle des revenus attribués en tant que travailleur indépendant et diminuée de la moyenne mensuelle des cotisations de sécurité sociale dues à l'organisme percepteur des cotisations de sécurité sociale des travailleurs indépendants ».

On peut évidemment se demander dans quelle mesure cette jurisprudence est transposable en droit du travail. On est tenté de considérer que si la partie des émoluments versée à un faux indépendant

(49) Cass., 10 janvier 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 334.

et destinée au paiement des cotisations dans le régime des indépendants ne lui est pas due « en raison de son engagement » (cf. loi du 12 avril 1965), *a fortiori* ne constitue-t-elle pas pour lui la « contrepartie du travail effectué » dans le cadre du contrat de travail (cf. loi du 3 juillet 1978 telle qu'interprétée par la Cour de cassation). Si cette conclusion est exacte, la fraction de ses émoluments dévolue au paiement des cotisations de sécurité sociale dans le régime des indépendants devrait également être exclue de la base de calcul de l'indemnité de rupture éventuellement due suite à la requalification de la relation de travail. C'est ce qu'a déjà décidé la cour du travail de Liège, qui étend même l'enseignement de cette jurisprudence aux autres montants alloués au faux indépendant pour supporter des frais normalement à charge de son contractant ⁵⁰ :

« En ce qui concerne l'indemnité compensatoire de préavis, celle-ci est due sur la base de la rémunération en cours.[...]

Or, la Cour de cassation a considéré qu'en cas de requalification par le juge d'un contrat pour un travail indépendant en un contrat de travail, la partie de l'indemnité payée par le maître de l'ouvrage et qui est destinée à permettre au travailleur indépendant de payer ses cotisations pour la sécurité sociale des travailleurs indépendants ne peut servir de base de calcul des cotisations sociales pour travailleurs salariés.

Il doit en être de même pour la partie de la rétribution allouée au travailleur indépendant en vue de supporter des frais qu'il doit assumer seul alors que s'il avait été salarié, ils auraient été supportés par son employeur.

C'est pourquoi il faut déterminer le montant brut de la rémunération en le reconstituant par référence au montant net effectivement perçu par le travailleur au cours de sa période de travail. »

On peut encore se demander si, lorsque le faux indépendant ne s'est acquitté que de cotisations de sécurité sociale provisoires, c'est ce montant ou celui (plus élevé) des cotisations définitives qui doit être déduit des émoluments pour le calcul de sa rémunération brute. À suivre le libellé de l'article 340 de la loi portant des dispositions diverses du 27 décembre 2006, il faudrait considérer que ce sont les cotisations définitives qui doivent servir de base à ce calcul puisqu'il se réfère aux

(50) C. Trav. Liège, 10 novembre 2005, *inédit*, R.G. n° 7770/05, www.juridat.bc.

cotisations « dues » et non payées par le faux indépendant. Cette conclusion peut poser des difficultés pratiques, le montant des cotisations définitives étant fixé, après le démarrage d'une activité indépendante, plusieurs années plus tard.

Quant à l'évaluation des avantages en nature, qui peut soulever plus de difficultés, la Cour de cassation estime que seule la « valeur réelle de l'avantage » peut être retenue, c'est-à-dire le montant des « frais que le [travailleur] devrait réellement supporter pour acquérir le même avantage »⁵¹. Elle ajoute que « le juge appelé à procéder à l'évaluation d'un avantage en nature dont la valeur réelle ne peut être déterminée avec précision est tenu d'apprécier au mieux cette valeur réelle à la lumière des éléments concrets de la cause susceptibles d'influer sur cette évaluation »⁵².

Elle a en outre précisé à diverses reprises⁵³ que seuls les avantages dont le montant (à tout le moins minimum) peut être déterminé de manière certaine doivent être pris en compte dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

Ainsi a-t-elle décidé, dans son arrêt du 9 mars 1992 relatif à l'exclusion, de la base de calcul de l'indemnité de rupture, de primes à l'assurance de groupe dont le montant n'était pas individualisable :

« Que cette rémunération et ces avantages sont ceux dont les dispositions légales et les stipulations conventionnelles permettent de fixer avec certitude le montant ou à tout le moins le montant minimum au moment du licenciement ;

Attendu que, sans être critiqué de ce chef, l'arrêt considère que l'avantage qui résulte pour chaque employé des versements effectués annuellement par l'employeur sur la base d'un calcul actuariel est "indéterminable" ;

Qu'en décidant que pareil avantage "ne peut être inclus dans la base de calcul de l'indemnité de préavis", l'arrêt ne viole pas l'article 39 précité ».

Cette jurisprudence, dont la pertinence par rapport à la question précise des primes à l'assurance de groupe devrait être revue à la lumière de l'actuelle loi du 28 avril 2003 sur les pensions complémentaires, peut avoir des conséquences importantes si elle est

(51) Cass., 26 septembre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 495.

(52) *Ibidem*.

(53) Cass., 17 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1094 ; Cass., 9 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 219.

appliquée avec rigueur à d'autres types d'avantages. Nous le verrons notamment au sujet de certaines rémunérations variables et des *stock options*.

2.3.2 Rémunération « en cours » et méthode des « douze mois antérieurs au congé »

Comme annoncé plus haut, la notion de rémunération « en cours » revêt également une importance toute particulière pour l'évaluation des avantages dont il n'est pas contesté qu'ils doivent être inclus dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

En effet, après avoir déterminé les éléments qui doivent être retenus pour le calcul de l'indemnité de rupture, encore faut-il en fixer le montant. À cet égard, les praticiens du droit social, confortés par une doctrine⁵⁴ et une jurisprudence quasiment unanimes, se sont longtemps satisfaits du consensus suivant lequel c'étaient les avantages octroyés au cours des douze mois ayant précédé le congé qui devaient être intégrés à la base de calcul de l'indemnité de rupture⁵⁵. Il était également entendu que si le travailleur n'avait pas encore presté douze mois de travail, les rémunérations versées pendant le cours de son emploi seraient portées sur une période de douze mois.

Cette méthode consistant à se référer aux douze mois antérieurs au congé ne reposait pas réellement sur une quelconque base légale. Il était cependant souvent affirmé que l'article 131 de la loi du 3 juillet 1978, qui prévoit que pour l'application de divers articles (au nombre desquels ne figure pas l'article 39 de la L.C.T.) « les commissions et avantages variables sont calculés sur le montant de la rémunération des douze mois antérieurs », pouvait être appliqué, par analogie, à l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978. Il était soutenu que cette lecture donnerait également le gage d'une certaine cohérence, pour l'application de cette loi, quant au calcul des rémunérations variables à retenir pour le calcul des divers plafonds et indemnités.

Cette approche semblait d'autant plus cohérente que l'article 131 de la loi du 3 juillet 1978 se réfère notamment à l'article 82 de la même loi, lequel fixe les divers seuils de rémunération pour le calcul des délais

(54) Pour une objection par rapport à ce consensus, voir R. CLAES, « De variabele beloning in het arbeidsovereenkomstrecht », *Ors*, 2001, p. 119 et s.

(55) La question faisait cependant débat de savoir s'il fallait retenir les avantages payés ou promérités au cours des douze mois précédant le congé.

de préavis des employés en cas de rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée. Il était alors argué, à raison selon nous, qu'il y avait une certaine logique à considérer que les rémunérations variables devaient être calculées de la même manière pour établir la rémunération servant de base au calcul du délai de préavis de l'employé (L.C.T., art. 82) et à l'indemnité compensatoire de préavis éventuellement due (L.C.T., art. 39) ⁵⁶.

Revenant à une lecture littérale des textes, la Cour de cassation a cependant rappelé, dans son arrêt du 24 octobre 2005 ⁵⁷, que :

« Attendu qu'en vertu de l'article 131 de la loi du 3 juillet 1978, pour l'application des articles 65, 67, 69, 82, 84, 85, 86 et 104 de la loi, les commissions et avantages variables sont calculés sur le montant de la rémunération des douze mois antérieurs ;

Attendu qu'en vertu de l'article 39 de la loi précitée, l'indemnité de congé est fixée en tenant compte de la rémunération en cours et des avantages acquis en vertu du contrat de travail ;

Qu'à cet égard, il y a lieu de tenir compte de la rémunération en cours au moment de la résiliation du contrat de travail ;

Que, la détermination de la rémunération en cours servant de base au calcul de l'indemnité de congé n'étant réglée par aucun des articles visés à l'article 131 précité, cet article n'est pas applicable en l'espèce ».

Dans l'espèce soumise à la Cour, la cour du travail de Gand avait retenu, pour le calcul de l'indemnité de rupture, les primes et fractions de primes qui avaient été versées en contrepartie du travail *presté* au cours des douze mois ayant précédé le licenciement, se référant explicitement à l'article 131 de la loi sur les contrats de travail qu'elle appliquait, par analogie, à l'article 39 de la même loi pourtant non cité par l'article 131.

(56) On objectera cependant que, s'agissant du calcul du délai et de l'indemnité de préavis dont peut bénéficier un travailleur ayant réduit ses prestations dans le cadre d'un crédit-temps ou d'une interruption de carrière, il n'est pas recouru à la même notion de rémunération pour le calcul du délai de préavis et de l'indemnité compensatoire de préavis.

(57) Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 183, note D. VOTQUENNE.

Comme l'indique D. Votquenne qui commente cet arrêt ⁵⁸, ce n'est pas la première fois que la Cour rappelle que rien, dans la loi du 3 juillet 1978, ne commande d'appliquer à l'article 39 la méthode de calcul « des douze mois antérieurs » prescrite par l'article 131 pour le calcul des rémunérations variables ⁵⁹.

On soulignera d'ailleurs que l'application, par analogie, de l'article 131 à l'article 39 de la loi sur les contrats de travail négligeait un aspect : l'article 39 de la loi sur les contrats de travail se réfère à la « rémunération *en cours* », au contraire de chacun des autres articles auxquels renvoie expressément l'article 131, qui précisent, eux, qu'il faut tenir compte de la « rémunération *annuelle* ». On peut donc soutenir, sur cette base, que l'application de la méthode des « douze mois antérieurs au congé » prescrite par l'article 131 de la L.C.T. ne peut valablement rencontrer l'exigence de l'article 39 qui renvoie expressément à la rémunération « en cours » au moment du congé.

Mais s'il ne peut être fait application de l'article 131 de la loi du 3 juillet 1978, quelle méthode appliquer ?

Dans son arrêt du 24 octobre 2005 ⁶⁰, la Cour de cassation ne donne aucune précision à cet égard. On peut uniquement trouver une base de raisonnement dans la référence faite aux termes de l'article 39 de la L.C.T. et en particulier à l'expression « rémunération en cours ».

Dans l'arrêt du 6 avril 1967 ⁶¹ rendu sur la même question, la Cour de cassation admettait qu'il soit tenu compte, sur la base d'une « estimation *ex aequo et bono* », de la moyenne des rémunérations variables versées au cours des cinq années précédant le licenciement. Il faut cependant souligner que, dans l'espèce qui lui était soumise, la durée du préavis était fixée à quatre ans et que cette circonstance semble avoir encouragé la Cour à accepter qu'il soit tenu compte de la moyenne des *cinq* dernières années ⁶².

Ce sont là les seuls enseignements que l'on peut tirer des arrêts rendus par la Cour de cassation sur la question.

(58) D. VOTQUENNE, « De opname van het variable loon in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding », note sous Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 185.

(59) Cass., 6 avril 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 920 et Cass., 13 juin 1983, *R.W.*, 1983-84, p. 205.

(60) Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 183.

(61) Cass., 6 avril 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 920.

(62) Voir à ce sujet le dernier paragraphe des attendus de la Cour relatifs au premier moyen.

Or, la question de la détermination des rémunérations variables (bonus, gratifications, primes liées aux résultats, etc.) à intégrer à la base de calcul de l'indemnité de rupture est souvent cruciale, les montants en jeu pouvant représenter une partie non négligeable de la rémunération du travailleur.

Plusieurs méthodes peuvent être envisagées, qui suivent une certaine gradation.

Tout d'abord, si l'on considère que seule la rémunération « en cours au moment du congé » doit servir de base au calcul de l'indemnité de rupture, le juge devrait en premier lieu analyser la mesure dans laquelle il lui est possible de déterminer quelle est la rémunération variable à laquelle le travailleur a droit pour l'exercice au cours duquel intervient le licenciement. En effet, il n'est pas exclu que ce calcul soit possible, notamment lorsque les critères et modes de calcul de cette rémunération variable sont fixés de manière précise et objective et lorsque les résultats pris en compte pour ce calcul sont connus (en particulier au moment d'une procédure intervenant plusieurs mois après le licenciement). Cette rémunération variable, à laquelle le travailleur a droit (sous réserve de l'analyse des effets d'une éventuelle clause de libéralité ou clause de présence dans l'entreprise) pour l'exercice au cours duquel intervient le licenciement, représente la rémunération la plus proche de ce que l'on peut entendre par la rémunération « en cours » au moment du congé. Si la rémunération variable due pour l'exercice en cours n'est due que *pro rata temporis* parce que le licenciement intervient en cours d'exercice, il va de soi que son montant devra ensuite être porté sur une période de référence de douze mois pour l'application de l'article 39 L.C.T., comme c'est du reste le cas de toute rémunération intégrée à la base de calcul de l'indemnité de rupture.

Ensuite, il n'est pas exclu que, lorsque l'évaluation de la rémunération variable due pour l'exercice en cours n'est pas possible, le juge estime que la rémunération versée pendant les douze mois ayant précédé le licenciement reflète le mieux la rémunération « en cours » du travailleur⁶³. À cet égard, le débat qui a animé doctrine et jurisprudence, quant à la question de savoir si la rémunération variable à retenir devait être celle qui a été versée ou gagnée au cours des douze mois antérieurs

(63) Voir, en ce sens, C. Trav. Bruxelles, 4^e ch., 27 février 2007, inédit, où la Cour soutient : « L'article 131 de la L.C.T.] ne renvoie pas à l'article 39 de la loi. La logique et l'équité veulent, cependant, qu'en l'absence de précision légale, le même mode de calcul soit appliqué par analogie pour l'article 39 [...] ».

au congé, a perdu de sa pertinence. La Cour de cassation excluant l'application de l'article 131 de la L.C.T. et renvoyant à une estimation *ex aequo et bono*, il pourra s'avérer que c'est tantôt la rémunération versée, tantôt la rémunération gagnée avant le licenciement qui reflète le mieux la rémunération « en cours » du travailleur⁶⁴. Nous soutenons donc qu'il est parfaitement possible, pour les parties comme pour le juge, de prendre en considération, pour le calcul de l'indemnité de rupture, la rémunération variable payée au cours des douze derniers mois et ce, au titre d'une estimation *ex aequo et bono*. Il serait en effet paradoxal que, parce que l'article 131 de la L.C.T. ne renvoie pas à l'article 39 de la L.C.T., la méthode des « douze mois antérieurs » doive systématiquement être rejetée. En effet, cette méthode peut, selon nous, continuer à s'appliquer mais cette application doit désormais être justifiée par l'estimation *ex aequo et bono* recommandée par la Cour de cassation et non par l'application de l'article 131 de la L.C.T. (lequel n'interdit au demeurant pas l'application de cette méthode de calcul pour les besoins de l'article 39).

Puis, il se peut également que ce soit la moyenne des rémunérations variables octroyées au cours de « n » années précédant le licenciement qui reflète au mieux la rémunération en cours au sens de l'article 39 de la L.C.T. Il devrait notamment en être ainsi lorsque cette rémunération a connu des fluctuations importantes au cours de ces années et lorsqu'il apparaît manifestement déraisonnable (dans un sens comme dans l'autre) de ne retenir que la dernière rémunération variable versée. La cour du travail de Liège a déjà décidé en ce sens⁶⁵ :

« L'arrêt rendu le 24 octobre 2005 par la Cour de cassation permet de retenir la rémunération variable selon une formule adaptée aux circonstances de l'espèce.

Il doit généralement être tenu compte de la rémunération variable à laquelle l'employé a droit pour les douze derniers mois précédant soit le congé s'il a presté effectivement pendant cette période, soit le début de la suspension de son contrat si au moment du congé, le contrat est suspendu.

(64) On soulignera cependant que si la rémunération gagnée au cours des douze mois antérieurs au licenciement peut être déterminée, il faut alors en principe se référer à la première méthode d'évaluation que nous avons exposée et, donc, calculer la rémunération gagnée pour l'exercice en cours et l'extrapoler sur douze mois.

(65) C. Trav. Liège, 26 juin 2007, inédit, R.G. n° 7924/2005.

Les parties, comme le juge, n'étant tenues par aucune disposition légale peuvent en effet déterminer librement le mode de calcul pour le faire correspondre au plus près à la situation rencontrée.

Il peut arriver qu'il soit préférable de prendre les rémunérations variables s'étalant sur une longue période (cinq ans) ou sur une période d'une année ou de quelques mois parce que cette période reflète mieux les revenus tirés de l'activité exercée. En l'absence de mode de calcul imposé par la loi, le juge peut en effet apprécier la rémunération variable la plus adéquate en statuant *ex aequo et bono* ».

On soulignera que, dans cette espèce et à la suite de ces développements théoriques, la cour du travail de Liège a finalement retenu une période de référence de douze mois, aux motifs suivants : « Afin de cerner la rémunération perdue par l'intimée du fait de la rupture au jour du congé, il s'indique de retenir les pourboires versés au cours de l'année précédant la suspension du contrat antérieure au congé. En effet, les pourboires apparaissent comme étant fort variables selon les mois de l'année en telle sorte qu'il y a lieu d'étaler la période de référence sur un an afin de ne pénaliser ni l'employée, ni l'employeur »⁶⁶.

Dans un arrêt plus récent encore, la cour du travail de Liège a retenu une période de référence de cinq années, mentionnant notamment l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 avril 1967. On peut cependant déplorer que, dans cet arrêt, la cour du travail ne justifie pas les raisons qui motivent la prise en considération d'une période de cinq années précisément⁶⁷.

Enfin, une conception plus radicale peut aboutir à la conclusion que, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la rémunération variable « en cours au moment du congé », il faudrait alors considérer qu'elle doit être exclue de la base de calcul de l'indemnité de rupture, à défaut de pouvoir être déterminée de façon certaine⁶⁸.

Le recours à l'estimation *ex aequo et bono* de la rémunération variable devrait également avoir des conséquences sur le débat relatif au calcul de cette indemnité dans les hypothèses où le travailleur est licencié pendant ou après une longue période de suspension du contrat de travail. Le juge devrait en effet estimer, en fonction des circonstances

de l'espèce, quelle est la rémunération qui correspond au plus près à la rémunération « en cours » du travailleur : celle perçue avant la suspension, celle perçue après la suspension s'il y a eu réintégration (même brève), celle qui aurait été perçue lors de la réintégration qui n'a pas eu lieu ? Il ne pourra se référer à la seule méthode des « douze mois antérieurs au congé »⁶⁹.

En définitive, le rappel (justifié) opéré par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 octobre 2005, suivant lequel l'article 131 ne commande pas qu'il soit fait application de la méthode des « douze mois antérieurs » pour le calcul de la rémunération variable au sens de l'article 39 de la L.C.T. aura certainement pour effet de relancer de plus belle les débats relatifs au mode de calcul des rémunérations variables à intégrer dans la base de calcul de l'indemnité de rupture. On imagine évidemment sans peine que chacune des parties tentera d'invoquer à son profit les circonstances propres à la cause pour tirer à elle la couverture et soutenir tantôt qu'il faut prendre en considération la rémunération variable due pour l'année en cours, tantôt la dernière rémunération variable versée, tantôt la moyenne des rémunérations perçues pendant x ou y années.

Cet arrêt a également pour conséquence qu'il peut y avoir une divergence entre la rémunération retenue pour le calcul du délai de préavis qui devra nécessairement tenir compte des rémunérations variables et commissions octroyées au cours des douze mois antérieurs au congé (l'article 131 se référant explicitement à l'article 82 de la L.C.T.) et la rémunération retenue pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis.

De lege feranda, on ne peut que souhaiter que le législateur précise la méthode de calcul à retenir pour cet exercice. Dans un souci de cohérence, il serait sans doute indiqué d'ajouter simplement la référence à l'article 39 de la L.C.T. dans l'énumération d'articles déjà présente à l'article 131 de la même loi et, pourquoi pas, de préciser en outre si « la rémunération des douze mois antérieurs » renvoie à la rémunération versée ou gagnée au cours de cette période.

(66) *Ibidem*.

(67) C. Trav. Liège, 28 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 2.

(68) Cass., 17 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1094 ; Cass., 9 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 219.

(69) Cette dernière posant d'ailleurs déjà des difficultés dans l'hypothèse énoncée. Voir à ce sujet, notamment, B. PATERNOSTRE, *Le droit de la rupture du contrat de travail*, Bruxelles, De Boeck, 1990, p. 202.

3. Une définition de la rémunération au sens de l'article 39 de la L.C.T. ?

Sur la base de l'ensemble des considérations exposées ci-dessus, nous nous risquons à proposer une définition de la rémunération au sens de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978. Il s'agit bien entendu d'une gageure. Elle a cependant le mérite d'alimenter le débat.

Ainsi, avançons-nous que la rémunération en cours et les avantages acquis en vertu du contrat au sens de l'article 39, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 correspondent aux salaires et avantages auxquels le travailleur a droit au moment de la notification du congé, qui constituent la contrepartie du travail fourni en exécution de son contrat et dont le montant peut être fixé de manière certaine, tenant compte de la valeur réelle de ces salaires et avantages pour le travailleur au moment de la notification du congé.

4. Illustrations paradigmatiques

Nous nous proposons, dans la présente section, d'appliquer les enseignements jurisprudentiels développés plus haut à trois types d'avantages qui posent souvent des difficultés : (i) les primes variables, (ii) les *stock options* et (iii) les indemnités de poste allouées à un travailleur détaché ou expatrié.

4.1 Les primes variables

À plusieurs reprises, au cours des développements qui ont précédé, il a été question de la jurisprudence de la Cour de cassation et des juridictions du travail développée au sujet des gratifications de fin d'année et primes variables payées annuellement. Ce type d'avantage rémunérateur pose en effet des difficultés très fréquentes, tant en ce qui concerne la question de l'inclusion que de l'évaluation de ces avantages pour le calcul de l'indemnité de rupture. Nous tentons d'apporter un éclairage neuf et synthétique sur ces questions, à la lumière des principes dégagés ci-dessus.

→ *Quelles primes variables exclure de la base de calcul de l'indemnité de rupture ?*

En principe, les primes variables (gratifications, primes, bonus, etc.) versés annuellement à un travailleur constituent nécessairement la contrepartie de son travail et, à ce titre, un élément (parfois substantiel) de sa rémunération.

Si le paiement de la prime variable est convenu, sans autre réserve, dans une convention collective de travail, une convention individuelle ou découle d'un usage dont l'existence n'est pas contestée et pour autant que la source de droit en question soit encore en vigueur à la date de la notification du congé, il peut être argué que la prime constitue non seulement une rémunération, mais encore une rémunération « en cours » au sens de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978. À ce titre, elle doit être incluse dans la base de calcul de l'indemnité de rupture (sous réserve des questions susceptibles de surgir quant à son évaluation).

En revanche, cette même prime variable devrait, selon nous, être exclue de la base de calcul de l'indemnité de rupture dans les hypothèses suivantes ⁷⁰ :

a) *une clause de libéralité a été convenue dans le contrat de travail et l'octroi de la prime pour l'exercice en cours n'est pas certain*

La clause de libéralité consiste en ce que les parties sont convenues, dans le contrat de travail, que, si une prime était allouée au travailleur ⁷¹, cet octroi n'ouvrirait aucun droit au paiement d'une prime de même nature pour les années ultérieures. En d'autres termes, l'octroi de la prime revêt perpétuellement un caractère aléatoire.

Dans cette hypothèse, il faut considérer que le travailleur n'a en réalité jamais droit à cette prime, même si elle lui est versée pendant de nombreuses années. Le paiement de la prime pendant ces années est tout au plus susceptible de faire naître un usage (si les conditions de permanence, fixité et généralité sont remplies) qui restera cependant toujours une source de droit hiérarchiquement inférieure à la clause de libéralité convenue dans le contrat de travail. On aurait pu penser, à cet

(70) Ces hypothèses peuvent bien entendu être rencontrées dans le cas de primes et autres avantages octroyés directement par l'employeur, mais également par une société tierce telle que la société mère du groupe auquel appartient l'employeur.

(71) Autre qu'une prime due en vertu d'une source de droit hiérarchiquement supérieure (telle une convention collective de travail).

égard, que l'usage, plus favorable au travailleur que la clause de libéralité, pouvait être retenu en ce qu'il ne serait pas « contraire » à cette clause. La Cour de cassation a cependant rappelé que tant l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les commissions paritaires et les conventions collectives de travail que les articles 1135 et 1160 du Code civil s'opposent à ce que l'on considère que la clause de libéralité puisse être modifiée ou supprimée par l'usage ⁷².

Le travailleur n'ayant jamais *droit* à cette prime, cette dernière ne pourra pas être considérée comme faisant partie de sa rémunération *en cours* au moment de la notification du congé, sauf si, en raison des circonstances propres à la cause ⁷³, il est en mesure de démontrer que le paiement de cette prime pour l'exercice en cours lui était acquis de manière certaine. On ne peut soutenir, à l'inverse, que le travailleur lié par une clause de libéralité a *en principe droit* à la prime variable, sauf révocation expresse par l'employeur avant le licenciement. Il s'agirait là d'une lecture à contresens des effets de la clause de libéralité.

b) *une prime au caractère tout à fait exceptionnel a été accordée*

Le caractère exceptionnel, unique et ponctuel d'une prime octroyée en dehors de tout engagement conventionnel de l'employeur, voire même suite à un tel engagement mais dont il a été convenu qu'il ne se répéterait pas dans le temps, a pour conséquence que, une fois cette prime payée, le droit du travailleur au paiement de celle-ci est « consommé ».

Au moment d'un licenciement intervenant plus ou moins longtemps après l'octroi de cette prime, le travailleur ne peut donc plus faire valoir un quelconque droit à l'octroi d'une prime de même nature. Elle ne constitue pas une rémunération « en cours » au moment de la notification du congé et doit, à ce titre, être exclue de la base de calcul de

(72) Cass., 3 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 849, Cass., 18 septembre 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 499. M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, p. 161 qui cite également Cass., 13 février 1984, *Pas.*, I, p. 665 (arrêt qui admet que le contrat de travail a pu, même implicitement, écarter l'usage à titre de source d'obligation). Pour une analyse approfondie de la portée de l'article 1135 du Code civil en cette matière, voir M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Anvers, Maklu, 2001, p. 357 et s.

(73) Communication de l'employeur à toute l'entreprise, échange de correspondances, annonce du montant qui serait payé pour l'année en cours, etc.

l'indemnité de rupture ⁷⁴.

c) *l'octroi de la prime est subordonné à une condition de présence dans l'entreprise ?*

Diverses conventions (collectives ou individuelles) prévoient que le travailleur ne pourra prétendre au paiement d'une prime ou gratification qu'à la condition qu'il soit encore au service de l'entreprise à la date habituelle du paiement de cette prime.

Si l'on admet la licéité de ce type de condition suspensive ⁷⁵ dont on ne peut raisonnablement soutenir qu'elle est purement potestative, on peut alors considérer que le travailleur dont le licenciement en cours d'exercice a pour effet de réaliser la condition n'aura en réalité jamais droit à cette prime pour l'exercice en cours. Il ne peut dès lors plus être soutenu que cette prime constitue encore une rémunération « en cours » au moment de la notification du congé.

Le même raisonnement pourrait être suivi, s'agissant d'une prime dont le paiement est assorti d'une condition d'ancienneté que le travailleur n'a pas eu le temps de remplir à la date de son licenciement. Dans cette hypothèse, la survenance du licenciement, qui a pour effet d'empêcher la réalisation de la condition, a également pour conséquence que le travailleur n'aura jamais droit à cette prime. Cette dernière perd, du même coup, son caractère de rémunération « en cours » et ne doit, dès lors, pas être incluse dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

d) *des arriérés de primes versés peu de temps avant le licenciement ?*

Bien que, dans son arrêt du 3 février 2003, la Cour de cassation décide que des arriérés de primes versés au cours des douze mois précédant le licenciement mais afférents à une période antérieure ne doivent pas être intégrés dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ⁷⁶, nous estimons que cette conclusion doit être nuancée, à la lumière de l'arrêt rendu par la même cour le 24 octobre 2005 ⁷⁷.

(74) Cass., 2003, 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 262.

(75) C. WANTIEZ, « 'Stock options' dans la loi du 26 mars 1999 – droit du travail et de la sécurité sociale », *J.T.T.*, 1999, p. 345 à 350.

(76) Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 262.

(77) Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 183.

En effet, la question de l'inclusion de telles primes dans la base de calcul doit être résolue en deux temps. Il s'agit d'abord de vérifier dans quelle mesure le travailleur peut encore faire valoir, au moment du licenciement, un *droit* à l'octroi de primes de même nature. Si tel est le cas, elles doivent en principe être incluses dans la base de calcul.

Il s'agit cependant, ensuite, de procéder à l'évaluation de l'avantage à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité. Or, à ce stade, nous avons vu que l'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2005 rappelle que ce ne sont pas nécessairement les avantages versés ou gagnés au cours des douze mois antérieurs au congé qui doivent être retenus. Il faut en conclure que les arriérés de primes versés au cours des douze mois antérieurs au congé mais afférents à une période antérieure sont susceptibles d'être pris en compte pour le calcul de l'indemnité de rupture, suivant la période de référence retenue par le juge pour le calcul de la rémunération en cours. Ce sera le cas, notamment, dans l'hypothèse où les parties ou le juge ont estimé que seule la moyenne des primes versées au cours des « n » années antérieures au congé est susceptible de refléter la rémunération « en cours » du travailleur. Les arriérés seront, dans ce cas, pris en considération s'ils se rapportent aux années retenues.

→ *Comment évaluer les primes variables qui doivent être incluses dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ?*

Comme indiqué plus haut, la pratique courante avait coutume, jusqu'il y a peu, de considérer que c'étaient les primes gagnées (ou payées, la question faisant débat) au cours des douze mois antérieurs au congé qui devaient être retenues dans la base de calcul. Il était soutenu que l'article 131 de la L.C.T., qui prescrit la méthode des « douze mois antérieurs », devait être appliqué à l'article 39 de la même loi, par analogie, même s'il n'y renvoyait pas expressément.

Depuis le rappel opéré par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 octobre 2005⁷⁸, suivant lequel l'article 131 de la loi sur les contrats de travail ne s'applique pas à l'article 39 de la L.C.T., les parties et le juge sont invités à procéder à une évaluation *ex aequo et bono* du montant des primes et avantages variables qui reflèterait au mieux la

(78) Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 183.

rémunération « en cours » du travailleur⁷⁹. Il faut bien reconnaître qu'une telle méthode d'évaluation est pour le moins imprécise.

Dans ce contexte, il nous apparaît que quatre méthodes pourraient être envisagées, qui devraient en principe s'appliquer en ordre subsidiaire.

a) *Le montant de la prime se rapportant aux prestations de l'exercice en cours au moment du congé*

Il nous paraît que, dans la rigueur des principes, la priorité devrait être donnée à une évaluation de la rémunération variable qui se rapporte aux prestations de l'exercice au cours duquel intervient le congé et ce, sur la base des données valables au moment du licenciement uniquement (même si elles sont connues ultérieurement). En effet, la Cour de cassation rappelle de façon constante que les éléments intervenant postérieurement au congé ne peuvent être pris en considération pour le calcul de l'indemnité de rupture.

Par exemple, si un système de rémunération variable détermine clairement les critères de calcul de la prime annuelle variable, sur la base de résultats objectifs tels que les performances d'un groupe, d'une entreprise ou d'un département, le montant de la prime variable à intégrer dans la base de calcul devrait être celui qui est calculé sur la base des résultats obtenus pendant les (premiers) mois de l'exercice au cours duquel intervient le licenciement. Le montant obtenu, s'il se fonde sur les résultats obtenus au cours d'une période inférieure à une année, doit ensuite être porté sur douze mois.

À notre sens, ce montant se rapproche de la notion de rémunération « en cours » au moment de la notification du congé de façon plus précise que le montant de la dernière prime payée (éventuellement au cours des douze derniers mois) mais rémunérant les prestations de l'exercice antérieur.

On objectera que, pour certains types d'entreprises, les résultats d'une année partielle ne peuvent refléter adéquatement le montant auquel aurait équivalu la prime en fin d'exercice car les résultats obtenus sont parfois notoirement plus importants en fin d'exercice qu'au début. Prendre en compte les résultats relatifs à une période postérieure au licenciement serait cependant contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle les événements postérieurs au

(79) Cass., 6 avril 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 920.

congé ne peuvent influencer l'évaluation de l'indemnité de rupture.

b) *Le montant de la dernière prime payée*

Il arrive fréquemment qu'une évaluation du montant de la prime se rapportant aux prestations de l'exercice en cours au moment du congé ne soit pas possible. C'est notamment le cas lorsque les critères d'évaluation de la prime sont fondés, au moins pour partie, sur une appréciation subjective des performances individuelles du travailleur ou encore lorsque la valeur de la prime variable est déterminée chaque année de façon tout à fait discrétionnaire par l'employeur.

Dans cette hypothèse, le montant de la prime variable à intégrer à la base de calcul de l'indemnité de rupture devrait, à défaut d'autre référent fiable, équivaloir au montant de la dernière prime payée et ce, même si celle-ci se rapporte à un exercice antérieur à celui au cours duquel intervient le congé.

À cet égard, il ne nous semble plus pertinent de soutenir que les parties ou le juge devraient fractionner l'exercice au cours duquel intervient le licenciement et l'exercice antérieur pour recomposer le montant de la prime variable rémunérant les douze derniers mois de prestations effectives⁸⁰. En effet, dès lors qu'il est rappelé que la référence à l'article 131 de la L.C.T. est sans pertinence pour le calcul de la prime variable à intégrer dans la base de calcul de l'indemnité de rupture, il n'y a plus de raison de considérer que les fractions de primes afférentes aux douze derniers mois de prestations effectives refléteraient mieux la rémunération « en cours ». Du reste, c'est précisément cette méthode de fractionnement des primes qui avait été retenue par la cour du travail de Gand dans la décision du 19 novembre 2003, qui a été cassée par la Cour de cassation le 24 octobre 2005⁸¹. Enfin, si la recombinaison de la rémunération *gagnée* au cours des douze

(80) Par exemple : une prime variable est versée chaque année en contrepartie des prestations afférentes à une année civile. En mars de l'année n, le travailleur perçoit une prime de 10.000 EUR rémunérant les prestations de l'année n-1. Le 1^{er} août de l'année n, le travailleur est licencié. On a soutenu par le passé que le juge devait, dans ce cas, considérer que le montant de la prime variable à intégrer dans la base de calcul de l'indemnité de rupture devait équivaloir à la valeur des primes variables se rapportant aux prestations fournies entre le mois d'août de l'année n-1 et le mois d'août de l'année n. Ainsi, la prime de 10.000 EUR versée pour les prestations de l'année n-1 serait valorisée à hauteur de 5/12 (soit les mois d'août à décembre de cette année) et complétée par la valeur de la prime promérite pour les 7 mois prestés durant l'année n (soit les mois de janvier à juillet de cette année).

(81) Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 183.

derniers mois est possible, il faut alors en déduire que l'évaluation de la prime due pour l'exercice au cours duquel intervient le licenciement est forcément possible. Or, dans cette hypothèse, il nous apparaît que c'est la première méthode exposée ci-dessus qui devrait être retenue.

c) *La moyenne des primes versées au cours de « n » années ou mois antérieurs*

Une nouvelle fois, cette méthode ne nous paraît indiquée que lorsque la détermination de la rémunération variable afférente aux prestations de l'exercice en cours n'est pas possible.

Elle s'avère en outre uniquement appropriée lorsque les diverses primes variables payées au cours des années antérieures au licenciement ont fluctué de manière importante, en manière telle qu'il apparaîtrait inéquitable (tantôt pour l'employeur, tantôt pour le travailleur) de ne retenir que la dernière prime payée⁸².

Cette méthode, consistant à retenir la moyenne des rémunérations variables payées au cours de « n » années précédant le licenciement, a été approuvée par la Cour de cassation, dans un arrêt certes ancien, puisqu'il date de 1967⁸³. Comme exposé plus haut, dans cet arrêt, la Cour a retenu la moyenne des primes versées au cours des cinq années ayant précédé le licenciement. Il ne faudrait pas pour autant en déduire que cette période de référence (cinq années), lorsqu'elle est praticable⁸⁴, devrait être automatiquement retenue. En effet, dans l'arrêt en question, la Cour semble avoir notamment accordé de l'attention au fait que la durée du préavis équivalait à quatre années. On pourrait voir dans cette considération un souci d'équité par lequel, par l'effet d'un jeu de miroir, la période de référence devrait être similaire (même si pas identique) à la durée du préavis.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que, dans l'exercice consistant à déterminer la période de référence à retenir pour le calcul de la moyenne des primes variables, le juge doit également avoir égard aux systèmes de primes qui se sont éventuellement succédé dans le temps. Par exemple, si les quatre dernières primes ont été versées en vertu d'un système de rémunération variable A toujours en cours au moment du licenciement et que les primes versées antérieurement étaient calculées

(82) C. Trav. Liège, 26 juin 2007, *inédit*, R.G. n° 7924/2005.

(83) Cass., 6 avril 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 920.

(84) C'est-à-dire lorsque le travailleur est demeuré au moins cinq années au service de l'employeur.

sur la base d'un système de rémunération variable B, il paraît indiqué de ne retenir, tout au plus, que la moyenne des primes versées sur la base du système de rémunération variable A, soit celui qui était en vigueur au moment du congé. Cette démarche est, elle aussi, dictée par le souci de déterminer au mieux la rémunération du travailleur « en cours » au moment du congé.

Pour le reste, nous n'apercevons pas réellement de critère objectif qui puisse guider le juge dans le choix de la période de référence à retenir pour effectuer cette moyenne des primes variables. Tout est affaire de circonstances, comme l'a déjà souligné la cour du travail de Liège au sujet de cette méthode, dans un récent arrêt⁸⁵ : « *Il peut arriver qu'il soit préférable de prendre les rémunérations variables s'étalant sur une longue période (cinq ans) ou sur une période d'une année ou de quelques mois parce que cette période reflète mieux les revenus tirés de l'activité exercée. En l'absence de mode de calcul imposé par la loi, le juge peut en effet apprécier la rémunération variable la plus adéquate en statuant ex aequo et bono* ».

d) *Une prime équivalente à zéro, à défaut de pouvoir en fixer un montant (minimum) avec certitude*

Si l'on fait une application stricte de la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle, à défaut de pouvoir déterminer avec certitude le montant (au moins minimum) d'un avantage, ce dernier doit être exclu de la base de calcul de l'indemnité de rupture⁸⁶, il faut conclure que, lorsque la détermination de la prime variable due pour l'exercice au cours duquel intervient le licenciement n'est pas possible, le montant de cette prime ne peut être pris en considération.

Cette solution, défendable sur le plan des principes, apparaît peu équitable, en particulier lorsque le montant de la prime variable représente une partie substantielle du *package* de rémunération du travailleur.

4.2 Les stock options

Les options sur actions (ou *stock options*) ont connu un succès certain durant les années nonante et continuent à être fréquemment octroyées, notamment dans les grands groupes de sociétés.

(85) C. Trav. Liège, 26 juin 2007, inédit, R.G. n° 7924/2005.

(86) Cass., 17 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1094 ; Cass., 9 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 219.

Le mécanisme de l'option sur action consiste, pour une société, à attribuer à certains membres de son personnel salarié une option d'achat d'actions qui leur permet, à une date future, d'acquérir, à un prix fixé au moment où l'option est attribuée (le prix de l'option), un certain nombre d'actions de la société employeur ou d'une société du groupe de la société employeur⁸⁷. Si le même mécanisme porte sur des actions qui doivent encore être émises, on parle alors de warrants. Enfin, les actions sur lesquelles portent l'option ou le warrant sont appelées « actions sous-jacentes ».

→ *Les options sur actions doivent-elles toujours être incluses dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ?*

La question de savoir si l'octroi d'options sur actions à un travailleur constitue un avantage acquis en vertu du contrat au sens de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 ne fait plus réellement débat⁸⁸, depuis l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 4 février 2002⁸⁹. Dans cet arrêt, la Cour décide que l'attribution de l'option constitue l'octroi d'une chance de gain et que c'est cette chance de gain qui doit être analysée comme une rémunération constituant la contrepartie du travail presté.

Ce faisant, la Cour écarte les thèses suivant lesquelles ce serait la plus-value (virtuelle) réalisée lors de l'exercice de l'option ou encore la plus-value (réelle) réalisée lors de la revente de l'action sous-jacente qui constitueraient les avantages acquis en vertu du contrat au sens de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978⁹⁰.

(87) J. GHYSBRECHT et B. COLMANT, « Quelques aspects juridiques, fiscaux et financiers du nouveau régime des stock options », *R.G.F.*, 1999, p. 256.

(88) On notera, au passage, la réponse étonnante de la ministre de l'Emploi et du Travail (en 2005) qui, interrogée sur la question de savoir s'il fallait intégrer les options sur actions dans la base de calcul de l'indemnité de préavis et, si oui, comment évaluer l'avantage résultant de l'octroi de telles options, a répondu que « la jurisprudence et doctrine actuelles sont, pour différentes raisons, d'avis que les options sur actions ne doivent pas être prises en considération pour la détermination de l'indemnité compensatoire de préavis ». Cette affirmation était d'autant plus étonnante que la ministre n'hésite pas à la justifier par l'exposé d'une doctrine et d'une jurisprudence toutes deux antérieures à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2002.

(89) Cass., 4 février 2002, *Chron. D. S.*, 2002, p. 319 et note O. DEBRAY et A.-V. MICHAUX.

(90) O. DEBRAY et A.-V. MICHAUX, « L'option sur action, un avantage acquis ? », note sous Cass., 4 février 2002, *Chron. D. S.*, p. 321 et s.

Est-ce à dire que, dès que des options sur actions sont attribuées au travailleur, elles doivent automatiquement être intégrées à la base de calcul de l'indemnité de rupture ?

Outre les questions qui surgiront au niveau de l'évaluation de la chance de gain que représente l'octroi de l'option (voir ci-dessous), au moins deux circonstances peuvent aboutir à ce que des options sur actions, bien qu'attribuées même peu de temps avant le licenciement, doivent être exclues de la base de calcul de l'indemnité de préavis. Il se peut en effet que les options aient été octroyées sur la base d'un plan n'ayant plus cours à la date du congé, soit parce qu'il a été révoqué⁹¹, soit parce qu'il était prévu pour une durée déterminée échue.

Dans ces circonstances, sur la base des enseignements de la Cour de cassation relatifs aux primes variables et à la notion de rémunération « en cours », il faudra considérer que les options octroyées, bien que constituant des éléments de la rémunération du travailleur, ne font plus partie de sa rémunération « en cours » au moment du congé et, à ce titre, doivent être exclues de la base de calcul de l'indemnité de rupture⁹².

→ *Comment évaluer le montant des options sur actions qui doivent être incluses dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ?*

Comme nous le constatons peu de temps après que la Cour de cassation eut rendu son arrêt du 4 février 2002, la Cour ne nous fournit aucun indice, dans cet arrêt, sur la méthode d'évaluation de l'avantage que représente l'octroi de l'option sur action, à savoir une chance de gain⁹³.

(91) En ce sens, au sujet d'un système de rémunération variable : C. Trav. Bruxelles, 29 mars 2006, *inédit*, R.G. n° 45.097.

(92) En ce sens, voir T. Trav. Courtrai, 12 janvier 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 297 ; C. Trav. Bruxelles, 7 novembre 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 125. On peut également se demander dans quelle mesure les options sur actions dont le travailleur perd le droit d'exercice en raison même du licenciement peuvent encore continuer à être considérées comme des rémunérations « en cours » au moment du congé. La cour du travail de Bruxelles a déjà suivi ce raisonnement pour exclure de telles options de la base de calcul de l'indemnité de rupture (C. Trav. Bruxelles, 20 octobre 2004, *inédit*, R.G. n° 44.685). Pour une critique de cette décision, voir M. GOLDFAYS, « Options sur actions et indemnité de congé : évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2002 », *Chron. D. S.*, 2006, p. 60.

(93) O. DEBRAY et A.-V. MICHAUX, « L'option sur action, un avantage acquis ? », note sous Cass., 4 février 2002, *Chron. D. S.*, p. 323.

Nous nous interrogeons alors sur la méthode qui serait adoptée par les juridictions du travail, constatant que, si l'évaluation d'une chance de gain est possible, elle est cependant malaisée.

Cinq années plus tard, nous relevons parmi les décisions rendues par les juridictions du travail, trois attitudes⁹⁴ : les premières excluent l'avantage de l'assiette de l'indemnité de rupture au motif que sa valeur ne peut pas être déterminée avec certitude ; les autres adoptent l'évaluation fiscale forfaitaire de l'avantage ; enfin, certaines juridictions ordonnent la réouverture des débats pour permettre aux parties de proposer leurs méthodes d'évaluation de la valeur réelle de l'avantage.

a) *L'exclusion de l'avantage au motif qu'on ne peut l'évaluer de manière certaine*

Certaines juridictions, suivant en cela la jurisprudence de la Cour de cassation rendue notamment au sujet des primes à l'assurance de groupe non individualisables, estiment que les options sur actions doivent être écartées de la base de calcul de l'indemnité de rupture au motif que leur valeur réelle ne peut être évaluée de façon certaine⁹⁵.

Suivant cette approche, l'évaluation d'une chance de gain, précisément parce qu'elle repose en partie sur des probabilités (s'agissant d'évaluer une *chance*), ne peut être établie de façon certaine. Tout au plus pourrait-on estimer que seul le montant minimum de l'avantage peut être déterminé : si la chance de gain ne se réalise pas, le montant de l'avantage équivaut à zéro.

b) *L'évaluation forfaitaire fiscale de la valeur de l'avantage*

Il est évident que, face aux difficultés suscitées par l'application de formules et modèles mathématiques peu accessibles aux juristes, la tentation est grande de calquer l'estimation de l'avantage acquis en vertu du contrat au sens de la loi du 3 juillet 1978 sur l'estimation forfaitaire qui a été arrêtée par le législateur fiscal dans la loi du 26 mars

(94) Pour une analyse approfondie, voir J.-F. NEVEN, « La base de calcul de l'indemnité compensatoire de préavis : quelques questions controversées », *J.T.T.*, 2005, p. 102 et s. ; M. GOLDFAYS, « Options sur actions et indemnité de congé : évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2002 », *Chron. D. S.*, 2006, p. 57 et s.

(95) T. Trav. Gand, 7 juin 2002, *inédit*, R.G. n° 152013/01 ; C. Trav. Bruxelles, 20 octobre 2004, *inédit*, R.G. n° 44.685.

1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, estimation qui se fonde précisément sur la valeur de l'option au moment de l'octroi.

Diverses décisions ont déjà adopté cette approche pragmatique⁹⁶. Ce choix est motivé comme suit :

« Certes, cette formule n'est pas obligatoire : elle a été arrêtée après la période litigieuse ; ce n'est pas une règle de droit du travail, mais bien de droit fiscal et de sécurité sociale. Cependant, cette formule est pertinente parce que le législateur l'a choisie et qu'il est supposé décider de manière rationnelle ; aucun élément n'indique que les options sur action avaient une valeur très différente avant et après 1999. Les options sur action seront donc évaluées conformément à la formule de la loi du 26 mars 1999 »⁹⁷

« Certes, il est toujours possible de se demander si cette évaluation fiscale correspond, au plus près, à l'évaluation de la chance de gain. Cette discussion est cependant sans fin. Elle supposerait que, dans chaque cas particulier, des critères spécifiques et toujours discutables soient pris en compte. La fixation de l'indemnité de rupture deviendrait dès lors particulièrement complexe et incertaine. Il apparaît dès lors préférable de retenir une méthode d'évaluation qui, non seulement s'appuie sur des critères objectifs, mais en outre, assure un minimum de sécurité juridique »⁹⁸.

Le recours à cette méthode prête le flanc à la critique et ce, pour deux raisons.

D'une part, la jurisprudence de la Cour de cassation enseigne, notamment au sujet de l'avantage tiré de l'utilisation privée d'un véhicule de société, que l'évaluation fiscale forfaitaire ne peut être

retenue et que seule l'évaluation de la valeur réelle que représente l'avantage pour le travailleur peut être retenue⁹⁹.

D'autre part, l'évaluation fiscale, justement parce qu'elle est forfaitaire, occulte plusieurs facteurs qui influencent la valeur réelle de l'option sur action au moment de son octroi.

On admettra cependant que ce mode d'évaluation, à défaut d'être strictement conforme aux principes applicables en matière d'évaluation des avantages de toute nature, présente l'avantage de la facilité.

c) L'évaluation de la valeur réelle de l'avantage

D'autres juridictions, enfin, estiment que seule l'évaluation de la valeur réelle de l'avantage constitué par l'octroi de l'option sur action doit être retenue.

À ce jour, au moins deux décisions judiciaires ont suivi cette voie, invitant les parties à soumettre aux juges l'évaluation de la valeur réelle de l'avantage¹⁰⁰. Nous n'avons cependant pas connaissance de décisions procédant au calcul précis de l'avantage par le biais de l'une de ces méthodes ou intégrant dans sa décision l'évaluation qui aurait été établie par un expert. Il semble en effet que les parties, devant la tâche qui leur est ainsi dévolue par les juges, préfèrent généralement transiger¹⁰¹.

4.3 Les indemnités octroyées aux travailleurs en poste à l'étranger

Lorsqu'un travailleur est détaché par une entreprise belge vers l'étranger ou, inversement, par une entreprise étrangère en Belgique, il est fréquent que son employeur lui octroie, outre sa rémunération habituelle, des indemnités de poste. Ces indemnités peuvent consister, notamment, dans la prise en charge des frais de logement (*housing allowance*), dans le paiement d'un montant destiné à compenser le coût

(96) T. Trav. Bruxelles, 25 mars 2002, *inédit*, R.G. n° 4178/01 ; C. Trav. Bruxelles, 2 mars 2004, *inédit*, R.G. 43.688 ; C. Trav. Bruxelles, 21 septembre 2004, *inédit*, R.G. n° 43.134 et C. Trav., Bruxelles, 5 avril 2005, *inédit*, R.G. n° 43.134 (après réouverture des débats) ; T. Trav. Nivelles, 12 novembre 2004, *Chron. D. S.*, 2006, p. 109.

(97) C. Trav., Bruxelles, 5 avril 2005, *inédit*, R.G. n° 43.134.

(98) T. Trav. Nivelles, 12 novembre 2004, *Chron. D. S.*, 2006, p. 109.

(99) Cass., 4 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 329 ; C. Trav. Liège, 29 novembre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 213.

(100) T. Trav. Bruxelles, 21 mai 2003, *Chron. D. S.*, 2006, p. 97 ; T. Trav. Bruxelles, 18 mai 2004, *Chron. D. S.*, 2006, p. 102.

(101) Ce fut notamment le cas dans l'espèce ayant mené à la décision du tribunal du travail du 18 mai 2004. Voir à ce sujet M. GOLDFAYS, « Options sur actions et indemnité de congé : évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2002 », *Chron. D. S.*, 2006, p. 62.

de la vie estimé plus cher dans le pays d'accueil (*cost of living allowance*), dans la neutralisation de la fiscalité plus lourde qui frappera le revenu du travailleur dans le pays d'accueil (*tax equalization*), dans les frais de scolarité des enfants du travailleur à l'étranger (*school allowance*), etc. Dans la suite de l'exposé, nous regroupons ces indemnités sous le titre générique d'indemnités de poste.

→ *Les indemnités de poste doivent-elles toujours être exclues de la base de calcul de l'indemnité de rupture ?*

Il est généralement admis que les indemnités de poste, en ce qu'elles compensent des frais propres à l'employeur encourus par le travailleur en raison de son expatriation pour l'exécution de son contrat, ne constituent pas des éléments de sa rémunération. On considère en effet qu'elles ne constituent pas la contrepartie de son travail ¹⁰².

Il ne sera question de rémunération que si le montant octroyé au travailleur l'enrichit, soit qu'il reçoive un avantage qui augmente son patrimoine, soit qu'il n'ait pas à supporter lui-même une dépense qui n'est pas exposée en exécution du contrat de travail ¹⁰³.

Or, en principe, les indemnités de poste n'ont pas pour effet d'enrichir le travailleur, mais uniquement d'éviter qu'il ne subisse une perte financière liée à l'exécution de son contrat de travail. À ce titre, elles ne constituent en principe pas un élément de sa rémunération ¹⁰⁴.

Toutefois, si le montant des indemnités allouées dépasse le montant des dépenses que le travailleur est susceptible d'avoir engagées pour l'exécution de son travail à l'étranger (loyer, différence du coût de la vie, taxation, frais de scolarité, etc.), la partie du montant de ces indemnités qui n'a manifestement pas dû être affectée à la prise en charge de ces coûts devra logiquement être considérée comme un élément de sa rémunération. L'indemnité n'est donc pas toujours exclue ou incluse, pour le tout, du calcul de l'indemnité de rupture.

(102) Voir notamment V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 857.

(103) T. Trav. Bruxelles, 2 novembre 1988, *R.A.B.*, 1989, p. 29 ; T. Trav. Bruxelles, 19 juin 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 88. ; C. trav. Bruxelles, 29 avril 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 501 ; C. Trav. Bruxelles, 10 octobre 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 145. TAQUET et C. WANTIEZ, *Congé, préavis, indemnité*, vol. 2, 1975, p. 80.

(104) Cass., 15 janvier 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 135 ; T. Trav. Bruxelles, 23 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 397.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 janvier 2001 confirme cette analyse ¹⁰⁵ :

« Attendu que l'arrêt constate que [...] le contrat signé par les parties [...] prévoit le paiement à l'agent d'un traitement et, pendant la durée de son séjour en poste uniquement, d'une indemnité mensuelle de poste ainsi qu'éventuellement d'un supplément mensuel s'il est accompagné de son épouse ;

Attendu que pour déterminer si l'indemnité forfaitaire de poste due par l'employeur et reprise au contrat sous la qualification d'émoluments est de nature compensatoire, il appartenait à la cour du travail d'examiner concrètement si, et dans quelle mesure, cette indemnité compensait des frais supplémentaires réellement supportés par le travailleur et liés à son occupation dans le pays d'affectation ».

La Cour condamne ensuite l'approche qui avait été adoptée par la cour du travail de Liège, qui s'était refusée à une analyse approfondie, *in concreto*, de la nature compensatoire ou rémunératoire de l'indemnité de poste ¹⁰⁶ :

« Attendu qu'en considérant qu'il est peut-être partiellement exact que l'indemnité versée, alors que le demandeur était en poste en France, dissimule de la rémunération parce que (le demandeur) ne devait pas faire face à des dépenses supplémentaires liées à l'expatriation [...] ; que lorsqu'il opte pour une indemnité forfaitaire, l'employeur place chaque membre du personnel occupant la même fonction sur un strict pied d'égalité [...] ; que par ailleurs, il ne serait pas judicieux de qualifier différemment l'indemnité de poste selon les pays dans lesquels l'agent travaille en telle sorte qu'au cours de sa carrière, elle aurait par moment, en tout ou en partie, un caractère rémunératoire et ne l'aurait pas en cas d'affectation dans un pays où le train de vie est particulièrement élevé et où elle serait manifestement insuffisante' et en n'examinant pas si cette indemnité de poste couvrirait des frais réellement supportés par le demandeur en raison de son expatriation, la cour du travail n'a pas légalement décidé que cette indemnité était de nature compensatoire ».

Il s'agit donc, au cas par cas, d'analyser la mesure dans laquelle les indemnités versées revêtent un caractère compensatoire (et, par conséquent, ne sont que le remboursement de frais exposés en raison de

(105) Cass., 15 janvier 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 135.

(106) *Ibidem*.

l'expatriation) ou, au contraire, rémunérateur (et, par conséquent, procurent au travailleur un véritable enrichissement) ¹⁰⁷.

Cette analyse peut aboutir à ce qu'une même indemnité soit considérée comme un remboursement de frais propres à l'employeur ou une rémunération, suivant les circonstances propres à la cause. Par exemple, une indemnité de logement (*housing allowance*) est généralement considérée comme une indemnité compensatoire lorsque le travailleur a conservé un logement dans son pays d'origine et que l'indemnité compensant les frais de logement dans le pays d'accueil ne lui permet que d'éviter de devoir supporter le coût de deux logements. En revanche, s'il est démontré que le travailleur n'a pas conservé de logement de son pays d'origine et que l'indemnité destinée à couvrir les frais de logement dans le pays d'accueil lui permet en réalité de ne plus supporter aucun coût lié à un quelconque logement, on pourra soutenir que l'indemnité revêt – au moins partiellement – un caractère rémunérateur ¹⁰⁸.

→ *Comment évaluer le montant de l'indemnité de poste ou la partie de ce montant à inclure dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ?*

Il découle des principes exposés ci-dessus que c'est une analyse *in concreto* du caractère compensatoire ou rémunérateur de l'indemnité de poste qui doit en principe être menée. De cette analyse découlera la constatation que tout ou partie de l'indemnité doit être intégré dans la base de calcul de l'indemnité de rupture.

Une question particulière, cependant, concerne le système dit de *tax equalization*, soit celui en vertu duquel l'employeur verse au travailleur une indemnité de neutralisation fiscale, qui couvre la différence d'impôt entre le pays d'origine et le pays d'accueil du travailleur, de façon à lui garantir, dans le pays d'accueil, un revenu net équivalent à celui qu'il aurait perçu dans le pays d'origine, à rémunération brute égale.

(107) Pour une application minutieuse de cette analyse, voir T. Trav. Bruxelles, 23 octobre 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 10. Voir également T. Trav. Bruxelles, 16 février 1999, *J.T.T.*, 1999, p. 487.

(108) Cass., 17 mai 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 258.

La jurisprudence considère traditionnellement que, lorsque le travailleur bénéficie d'un système de *tax equalization*, ce régime doit également s'appliquer à l'indemnité de rupture qui lui est versée ¹⁰⁹.

À cet égard, deux méthodes peuvent être appliquées, pour qu'il soit tenu compte de ce système au moment du paiement de l'indemnité de rupture.

La première consiste à intégrer le montant annuel de la *tax equalization* dans la base de calcul de l'indemnité de rupture ¹¹⁰. Bien entendu, suivant le régime fiscal applicable aux indemnités de rupture dans le pays d'accueil et d'origine, il n'est pas garanti, au travers de ce système, que le travailleur perçoive au bout du compte une indemnité de rupture nette, dans le pays d'accueil, d'un montant équivalent à celui qu'aurait représenté la même indemnité dans le pays d'origine.

La seconde méthode consiste à calculer l'indemnité de rupture sans tenir compte de l'indemnité de neutralisation fiscale et de lui appliquer ensuite, au moment de la taxation, le système de *tax equalization* ¹¹¹. L'indemnité de rupture nette versée dans le pays d'accueil doit alors correspondre au montant de l'indemnité nette qui aurait été obtenue dans le pays d'origine si l'indemnité de rupture y avait été taxée. Il ne faut pas perdre de vue, dans l'application de cette méthode, que l'indemnité supplémentaire versée en sus de l'indemnité de rupture pour atteindre ce but d'égalisation fiscale constitue elle-même une indemnité soumise aux cotisations de sécurité sociale et à imposition.

5. Replacer la rémunération « en cours » au centre des débats

Au terme de cette (re)lecture des décisions jurisprudentielles récentes et plus anciennes rendues au sujet de la notion de rémunération, il apparaît que la tendance dessinée au cours de cette dernière décennie vise à replacer au centre des débats la notion de rémunération « en cours », d'ailleurs expressément reprise par l'article 39 de la loi sur les contrats de travail.

(109) C. Trav. Bruxelles, 4 mai 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 227-231.

(110) T. Trav. Bruxelles, 16 février 1999, *J.T.T.*, 1999, p. 487 ; C. Trav. Bruxelles, 10 octobre 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 145.

(111) C. Trav. Bruxelles, 16 janvier 1988, *R.D.S.*, 1990, p. 76.

En effet, les arrêts rendus jusqu'au début des années nonante par la Cour de cassation s'attachaient en particulier à définir la notion de rémunération, souvent en demeurant dans le sillon des arrêts rendus au sujet de la même notion en matière de sécurité sociale. Ces arrêts disaient peu de la notion de rémunération « en cours ». Cette sobriété peut précisément s'expliquer par le fait que la jurisprudence en la matière était directement influencée par la jurisprudence relative à la notion de rémunération en matière de sécurité sociale. Or, pour les besoins de cette dernière, seule importe la question de savoir la mesure dans laquelle tel ou tel avantage constitue une rémunération. La notion de rémunération « en cours » n'est, en revanche, d'aucune utilité.

Dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts rendus récemment par la Cour de cassation, il lui a été donné l'occasion de (re)préciser que les éléments à intégrer dans la base de calcul de l'indemnité de rupture doivent non seulement être des éléments de rémunération, mais en outre constituer la rémunération « en cours » au moment du congé.

Cette précision oblige les parties et le juge à procéder à une double analyse, une fois établi le caractère rémunérateur d'un avantage. D'une part, il convient de vérifier dans quelle mesure le travailleur peut encore faire valoir un quelconque *droit* à cet avantage au moment du congé. D'autre part, s'il est démontré que le travailleur peut encore faire valoir un droit à cet avantage rémunérateur, il s'agit d'en déterminer la *valeur* en ayant soin de retenir la valeur se rapprochant le plus possible de ce qui peut être considéré comme constituant sa rémunération en cours.

Replacer l'accent sur le fait que la rémunération à intégrer dans l'indemnité de rupture doit être celle qui est en cours au moment du congé n'est pas sans conséquence.

Cette exigence oblige tout d'abord à procéder à une analyse plus approfondie des *droits* du travailleur au moment du licenciement. Cette analyse devrait aboutir, selon nous, à exclure en principe de l'assiette de calcul de l'indemnité de rupture non seulement les avantages dont l'octroi pour l'avenir a été clairement révoqué avant le licenciement ou dont la nature exceptionnelle et ponctuelle n'est pas discutée, mais également les avantages octroyés alors que les parties sont convenues d'une clause de libéralité ¹¹², voire même ceux dont l'octroi est assorti d'une condition de présence dans l'entreprise.

(112) Sauf s'il est établi, par toutes voies de droit, que le travailleur aurait certainement perçu l'avantage en question pour l'exercice au cours duquel intervient le licenciement.

Elle contraint ensuite les praticiens du droit social, au niveau de l'analyse du montant des avantages à prendre en considération dans la base de calcul, à faire preuve de plus d'imagination que par le passé. En effet, la méthode dite « des douze mois antérieurs au congé » ne peut plus être automatiquement retenue, nous dit la Cour de cassation. Nous sommes donc renvoyés à une évaluation *ex aequo et bono* des avantages, dont il est difficile à ce stade d'identifier les principes directeurs.

En l'absence d'une modification législative (simple – puisque consistant à intégrer dans l'énumération de l'article 131 de la L.C.T. le fameux article 39 de la même loi), la détermination des avantages rémunérateurs et des valeurs à intégrer dans la base de calcul de l'indemnité de rupture fera selon toute vraisemblance encore couler de l'encre dans la décennie à venir.

* * *