

**COUR DE CASSATION**  
Chambre sociale  
24 février 2009

N° de pourvoi : 07-44906  
Mme COLLOMP

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a été engagée suivant contrat du 28 mai 1996, par la société NRJ Régies en qualité de chef de publicité junior, catégorie cadre ; qu'elle a fait l'objet de promotions régulières et occupait, depuis le 1er octobre 2001, les fonctions de directeur de publicité pôle print moyennant un salaire fixe de 64 028,64 euros et une rémunération variable de 52 000 euros à objectifs atteints ; que le 1er juin 2003 elle se voyait confier le poste de directrice d'NRJ Events à titre probatoire jusqu'en octobre 2003 ; que le 24 octobre 2003 la société lui indiquait qu'elle n'était pas maintenue à ce poste et lui proposait un nouveau poste de directrice de publicité qu'elle refusait, le considérant comme un déclassement ; qu'ayant été licenciée le 29 décembre 2003 en raison de ce refus, elle a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article L. 122-8 devenu L. 1234-5 du code du travail ;

Attendu que pour rejeter la demande en paiement d'un complément d'indemnité compensatrice de préavis non effectué, l'arrêt retient que la salariée ayant refusé les nouvelles fonctions de directrice de publicité qui lui étaient proposées, ne peut prétendre obtenir le versement d'une rémunération variable en fonction d'objectifs à la réalisation desquels elle s'est refusée à participer ;

Attendu, cependant, que l'inexécution du préavis ne doit entraîner aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration de ce préavis ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la salariée avait été dispensée de l'exécution de son préavis par son employeur, la cour d'appel a violé le texte sus-visé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a statué sur la demande en rappel d'indemnité compensatrice de congés payés, l'arrêt rendu le 13 septembre 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les

parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne les sociétés NRJ Régies et NRJ Events aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à Mme X... la somme de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre février deux mille neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Spinosi, avocat aux Conseils pour Mme X....

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme Barbara X... de sa demande d'indemnité pour rupture abusive de son contrat de travail ;

Aux motifs que : « Barbara X... était, aux termes du dernier contrat de travail signé, Directrice de publicité rattachée au produit CHERIE FM ;

Qu'il s'agissait de fonctions commerciales et qu'elle disposait d'un portefeuille de clients ;

... qu'au terme de la période probatoire il lui a été proposé un poste de Directrice de publicité chargée de vendre les « événements » de la nouvelle structure ;

... qu'il résulte du courrier de Jean-Charles Z... le Directeur de la société NRJ REGIES en date du 24 octobre 2003 que les clients internes de la salariée sont prescripteurs en matière d'événements ;

Qu'il en résulte que seul changeait le produit à vendre, Barbara X... gardant d'une part ses fonctions commerciales, d'autre part, son portefeuille client ;

... que le témoignage de Karine A... ... selon lequel ce poste serait d'un niveau inférieur à celui de Directrice Pôle Print ne peut être retenu en l'absence de toute démonstration de son propos et alors surtout que s'agissant de nouvelles fonctions, elle n'était pas en mesure d'en apprécier les différents aspects ;

... enfin que, se fondant toujours sur cet unique témoignage, Barbara X... ne saurait encore prétendre que ce poste n'était pas disponible du seul fait qu'une personne s'en chargeait à l'époque de la proposition, ce qu'aucun organigramme ne démontre, alors que s'agissant de fonctions importantes, il ne pouvait être laissé vacant dans l'attente d'une nomination définitive » ;

Alors que le refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail, et,

notamment, de ses modalités de rémunération, ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement ; qu'il en va également ainsi en cas de modification portant sur la partie variable de la rémunération, peu important, à cet égard, que l'employeur prétende que la révision proposée serait, en définitive, plus avantageuse pour le salarié ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a estimé que n'était pas légalement fondé le refus opposé par Mme X... à la proposition de son employeur de l'affecter au nouveau poste de « Directrice de Publicité, en charge des Opérations Spéciales », aux motifs que, dans le cadre de ce poste, la salariée aurait conservé, d'une part, ses fonctions commerciales et, d'autre part, son portefeuille de clientèle ; que ce faisant, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 121-1 et L. 122-14-3 du Code du Travail en se déterminant sur cette seule circonstance, sans rechercher si la révision de la rémunération variable de Mme X... « selon des objectifs et des modalités restant à définir », telle que ceci était énoncé par la proposition de son employeur, ne constituerait pas une modification de sa rémunération et, partant, n'entraînerait pas modification de son contrat de travail.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme Barbara X..., salariée licenciée par la société NRJ REGIES, de sa demande de rappel au titre de son indemnité de préavis ;

Aux motifs que : « Barbara X... a été dispensée d'exécuter son préavis de trois mois, qui débutait le 1er janvier 2004 pour s'achever le 31 mars suivant ;

... qu'elle a perçu la partie fixe de son salaire et réclame ... un complément correspondant à une partie variable fixée à 4.333,33 , subsidiairement à 2.802,86 , ou à 1.717,56 calculés à partir du salaire moyen perçu au titre de ses trois derniers mois ou de sa dernière année d'emploi ;

... que l'indemnité prévue par l'article L. 122-8 du Code du travail, compensatrice de l'inobservation du délai-congé, doit être calculée en prenant en compte tous les éléments de rémunération qu'aurait perçus le salarié s'il avait travaillé pendant cette période, comprenant, le cas échéant, une part variable dépendant de son activité ;

... cependant que Barbara X... ayant refusé les fonctions de Directrice du publicité (sic) des opérations spéciales, ne peut prétendre obtenir le versement d'une rémunération variable en fonction d'objectifs à la réalisation desquels elle s'est refusée à participer ;

Qu'au surplus, en l'absence d'avenant définissant les modalités de la rémunération variable affectée à cette mission, elle ne peut davantage soumettre à la Cour des propositions de calcul fondées sur l'année 2003, période probatoire au cours de laquelle ses fonctions n'avaient pas la même nature que celles qu'elle était appelée à exercer pendant son préavis » ;

Alors que l'indemnité compensatrice de préavis doit être calculée en prenant en compte tous les éléments de rémunération qu'aurait perçus le salarié s'il avait travaillé pendant cette période, comprenant, le cas échéant, une part variable dépendant de son activité ; que le salarié ne saurait être privé du bénéfice de cette part variable au motif, notamment, qu'en pratique, n'exécutant pas son préavis, il serait insusceptible d'exercer des activités donnant lieu à l'octroi d'une prime sur objectifs ; qu'en l'espèce, pour exclure la part variable de sa rémunération du calcul de l'indemnité de délai-congé due à Mme X..., la Cour d'appel s'est fondée sur la circonstance qu'ayant refusé les fonctions de « Directrice de Publicité, en charge

des Opérations Spéciales », la salariée ne pouvait prétendre obtenir le versement d'une rémunération variable en fonction d'objectifs à la réalisation desquels elle avait refusé de participer ; que, ne pouvant, toutefois, exclure du calcul de son indemnité de préavis toute prise en compte de la part variable de la rémunération à laquelle la salariée pouvait contractuellement prétendre, sauf à lui faire subir une diminution illicite de ses droits, la Cour d'appel a violé les articles L. 122-6 et L. 122-8 du Code du Travail, ensemble l'article 1134 du Code civil.