



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° C 25-10.107 et 108, X 25-11.252 et 253	26 juin 2026
Décisions attaquées : 11 décembre 2024 de la cour d'appel de Paris	

La société BDL Capital Management C/ MM. [Z] [Q] et [B] [D]	
Anne-Marie Grivel, avocate générale	AVIS de l'avocat général

Audience de la FS1 du 8 septembre 2026

Cet avis est commun aux pourvoi s 25-10107, 25-10108, 25-11252 et 25-11253 , s'agissant de pourvoi s croisés entre la société et les deux salariés développant des moyens communs.

Renvoyant au rapport pour l'exposé des faits et de la procédure , il sera simplement rappelé ici que les deux salarié s, employés depuis 2018 en qualité d'analystes financiers de la société de gestion BDL Capital Management, se sont vu notifier le 9 juin 2020 le motif de leur licenciement pour motif économique , et ont accepté le contrat de sécurisation professionnelle les 26 et 29 juin suivant.

I. Sur les pourvoi s de la société BDL

I.1. Le premier moyen en deux branches de l'employeur reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3141-24 du code du travail en le condamnant à payer un rappel de congés payés sur rémunération variable, sans expliquer en quoi la prise en compte des résultats produits par le travail personnel du salarié conduisait à faire dépendre le montant de la rémunération variable de la prise de congés payés ni constater que ce montant était effectivement affecté par celle-ci (*1^{re} branche*), ni expliquer en quoi cette rémunération variable, dont elle avait constaté que le

montant avait été fixé en fonction de la performance des fonds par suite des préconisations de l'ensemble des analystes de l'équipe, dépendait du travail personnel des intéressés (*2de branche*).

On rappelle que pour calculer le montant de l'indemnité de congés payés , il faut tenir compte de l'ensemble des éléments de salaire qui sont la contrepartie du travail du salarié , à l'exclusion des primes ou indemnités qui sont versées pour l'ensemble de l'année ([Soc., 18 février 1988, n°85-42.059, Bull n° 128](#)) et dont le montant n'est donc pas diminué du fait de la prise des congés payés , car cela reviendrait à les payer deux fois pour cette période . C'est ainsi qu'une prime forfaitaire, versée annuellement ou en plusieurs échéances (Soc., 20 novembre 1974, n° 73-40294, Bull n° 555), ou bien versée tout au long de l'année y compris pendant les périodes de congés (Soc., 16 juin 1998, n° 96-43187) n'a pas à être incluse dans l'assiette de l' indemnité de congés payés . De même d'un treizième mois, calculé pour l'année entière (Soc., 8 juin [2011, n°09-71.056, Bull n°152](#)).

Doit être exclu également de l'assiette de l' indemnité de congés payés un bonus qui serait calculé exclusivement sur les résultats de l'entreprise ou de l'un de ses services , au contraire d'une commission calculée sur les résultats du salarié (Soc., 21 octobre 2020, n° 19-12510).

Mais, dès lors que le bonus annuel dépend au moins pour partie des résultats du salarié , la chambre considère que, rémunérant de ce fait son activité , il est affecté de ce seul fait par la prise des congés payés annuels (Soc., 18 septembre 2019, n° 17-20449) et ce, même si cette part variable a un caractère collectif (Soc., 24 septembre [2014, 12-28.965, Bull n° 202](#), second moyen non publié). Dans ce dernier arrêt, la chambre a elle-même tiré la conséquence, critiquée par le moyen, que la prime assise sur les résultats du salarié était nécessairement affectée par la prise des congés payés (*« la cour d'appel, qui a constaté que la part variable complémentaire, peu important son paiement à l'année et son calcul en fonction des résultats de la société, était assise sur des résultats produits par le travail personnel de l'intéressé, nécessairement affectés pendant la période de congés , a exactement décidé que cet élément de rémunération devait être inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payé . »*) Le raisonnement paraît difficilement critiquable : pas d'activité, pas de résultat, pas de prime.

En l'espèce, la cour d'appel ayant constaté que la rémunération variable était contractuellement assise tant sur les résultats de la société que sur la réalisation d'objectifs personnels a donc légalement justifié sa décision.

► **Le premier moyen sera en conséquence rejeté.**

I.2. S'agissant du second moyen en quatre branches de l'employeur , il reproche à la cour d'appel d'avoir dit les licenciements sans cause réelle et sérieuse et de le condamner à des dommages-intérêts à ce titre ainsi qu'au remboursement de six mois d'indemnités de chômage, alors que , en refusant de reconnaître l'existence de difficultés économiques, au motif que la baisse du chiffre d'affaires au cours des deux premiers trimestres 2020 en comparaison avec la même période de l'année précédente ne pouvait s'analyser comme une évolution significative, sérieuse et durable , quand cette baisse est, selon l'article L. 1233-3 du code du travail , suffisamment durable pour caractériser des difficultés économiques, peu important qu'elle ne se poursuive pas postérieurement au licenciement, la cour d'appel a violé cet article (*1^{re} branche*) ; qu'en retenant que les deux trimestres en question n'étaient pas significatifs au motif qu'ils correspondaient à la période

de pandémie du covid-19 sans s'expliquer sur la baisse des frais de gestion et honoraires de performance constituant le chiffre d'affaires de la société avant cette période et la poursuite de l'effondrement de son chiffre d'affaires le trimestre postérieur aux licenciements, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de cet article (2^e branche) ; qu'en se bornant à relever que la société reconnaissait elle-même que les marchés financiers s'étaient redressés en novembre 2020, sans rechercher si ce redressement était prévisible en juin 2020, la société a encore privé sa décision de base légale (3^e branche) ; que la suppression d'emploi s'appréciant à la date du licenciement et résultant de l'absence de remplacement sur le même poste immédiatement avant ou après le licenciement, la cour d'appel, qui a constaté qu'une embauche n'avait eu lieu que plus de huit mois plus tard, n'a pas tiré les conclusions légales de ses constatations (4^e branche).

Rappelons que l'article L. 1233-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dispose que :

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

1 ° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;

b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés [...]. »

Notons immédiatement le présent de l'indicatif employé à deux reprises (« *Constitue un licenciement pour motif économique ...* », « *Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée ...* »), à valeur d'impératif, qui ne laisse de marge d'appréciation aux juges que dans la limite de la définition précise donnée. Ce qui ne veut pas dire que celle-ci soit totalement fermée, dès lors que les difficultés économiques peuvent être caractérisées soit par l'évolution d'un des indicateurs économiques listés par le législateur, soit par tout autre élément de nature à justifier des difficultés économiques, l'absence de caractérisation de l'un des indicateurs ne suffisant pas à exclure l'existence de difficultés économiques, ce que la chambre a eu l'occasion de rappeler (Soc., 21 septembre 2022, n° 20-18511, publié). Et ce « *tout autre élément de nature à...* » est suffisamment large et vague pour permettre aux employeurs et aux juges de caractériser la réalité de la situation économique de l'entreprise et l'effectivité de ses difficultés. La marge d'appréciation laissée au juge porte également sur la notion même « d'évolution significative », dont l'importance quantitative n'a pas été chiffrée par le législateur de 2016.

En revanche, celui-ci a entendu sécuriser la preuve des difficultés économiques en prévoyant quelle période devait être prise en considération pour considérer qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires était significative, et sur ce point, il m'apparaît

totallement exclu que les juges puissent en décider autrement, sous peine de violer les dispositions impératives de l'article L. 1233-3 («... est constituée ... »). La chambre veille d'ailleurs à l'application stricte des conditions légales dans le cadre de sa mission normative habituelle. C'est ainsi qu'elle contrôle qu'il a bien été procédé par les juges du fond :

- d'une part, à la recherche du caractère significatif de l'évolution d'un des indicateurs économiques consacrés par le législateur (Soc., 18 octobre 2023, n°22-18852 , publié : « *Doit être censuré l'arrêt qui, pour dire fondé sur une cause réelle et sérieuse un licenciement pour motif économique, retient que l'employeur produit un tableau faisant apparaître, s'agissant du secteur d'activité en cause, l'existence, nonobstant un chiffre d'affaires en hausse, des pertes en 2015, 2016 et 2017 et en déduit que les difficultés sont avérées, sans rechercher si l'évolution de l'indicateur économique retenu était significative, les motifs retenus étant insuffisants pour caractériser le caractère sérieux et durable des pertes d'exploitation dans le secteur d'activité considéré.* ») ;

- d'autre part, au respect de la période définie par la loi lorsqu'il s'agit des commandes ou du chiffre d'affaires (Soc., 11 février 2026, n° 24-14.390 : « *En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié avait été licencié le 20 février 2019 et que l'effectif de la société était de vingt-trois salariés en sorte qu'il lui appartenait de comparer le chiffre d'affaires, non pas des années 2017 et 2018, mais des quatrième et troisième trimestres de l'année 2018 et des quatrième et troisième trimestres de l'année 2017, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé les difficultés économiques, a violé le texte susvisé.* »)

On voit donc que la cour d'appel s'est assurément fourvoyée en considérant que la période considérée de deux trimestres (la société comptant à l'époque une trentaine de salariés) n'était pas significative, au regard du caractère conjoncturel de la pandémie de covid qu'elle recouvrait. Le législateur n'exclut pas les évolutions conjoncturelles de la définition des difficultés économiques qu'il retient, on peut même dire que compte tenu du mode de comparaison auquel il invite à procéder, ce sont les difficultés conjoncturelles qu'il vise, et non des difficultés structurelles qui seraient plus difficiles à démontrer. Car c'est bien un souci de preuve et de sécurité juridique qui l'a animé, afin précisément que les juges, qui analysent une situation qui a, depuis le licenciement, évolué, n'en tirent pas des conclusions définitives sur le bien-fondé d'un licenciement décidé au regard d'une toute autre réalité. On sait que ce même souci de sécurité juridique n'est pas non plus étranger à la Cour de cassation , qui a été obligée de rappeler dans son arrêt SAT de l'Assemblée plénière du 8 décembre 2000, n°97-44219, Bull n°11 ¹, qu'il n'appartenait pas au juge de se substituer à l'employeur dans les choix économiques qu'il effectue. Il importe peu, dès lors, que le chiffre d'affaires de la société soit par la suite reparti à la hausse, dès lors que le législateur impose, pour les deux indicateurs que constituent le chiffre d'affaires et les commandes, la prise en considération d'un certain nombre de trimestres précis, variant selon la taille de l'entreprise, à comparer avec la même période de l'année précédant le licenciement .

► **La cassation est donc encourue sur la première branche du moyen .**

La deuxième branche , qui, à titre nécessairement subsidiaire , reproche aux juges de ne pas avoir examiné l'évolution du chiffre d'affaires sur une période plus longue avant et après le licenciement , n'est pas pertinente au regard des observations qui précèdent, pas

plus que **la troisième** , dès lors que la cour d'appel sera censurée pour avoir à tort pris en compte la période postérieure au licenciement .

Reste la quatrième branche , qui vient reprocher à la cour d'appel de ne pas s'être placée à la date du licenciement pour vérifier si la suppression de l'emploi était bien effective, étant observé que la motivation attaquée relative au remplacement du salarié suffirait à elle seule justifier le licenciement .

Il est en effet de jurisprudence constante que le juge doit se placer à la date du licenciement ou dans une période proche de celui-ci pour contrôler la réalité de l'élément matériel du licenciement : les arrêts retiennent les remplacements intervenus « immédiatement après le licenciement et pendant le préavis » (Soc., 2 juin 2004, n° 01-41413 ; 29 juin 2017, n° 16-17255), « peu après l'expiration du contrat de travail » (Soc., 29 avril 1997, n° 94-42423).

Et la chambre censure au contraire les cours d'appel qui retiennent, comme en l'espèce, une embauche sur un poste similaire intervenue plusieurs mois après le licenciement : Soc., 25 septembre 2024, n° 23-10597 ; 8 janvier 2020, n° 18-14373). Le fait que l'employeur ait publié une petite annonce concomitamment à la rupture des deux contrats ne change rien à l'affaire, le remplacement devant être effectif pour remettre en cause la suppression de poste.

► **Vous casserez donc également les arrêts sur la quatrième branche du second moyen de l'employeur .**

II. Sur les pourvois des salariés

II. 1. Le premier moyen qui reproche à la cour d'appel d'avoir débouté les salariés de leur demande d'indemnité pour travail dissimulé faute de preuve du caractère intentionnel de la dissimulation d'emploi n'appelle pas d'autres observations ni réponse que le **rejet non spécialement motivé** de votre rapporteur.

II.2. Le second moyen en 3 branches fait grief aux arrêts de débouter les salariés de leur demande au titre de la rémunération variable, alors que, l'absence de fixation d'objectifs par l'employeur les fondant à prétendre à la rémunération variable maximum versée à un collègue, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations , violant ainsi l'article 1104 du code civil et du principe d'égalité de traitement (*1^{re} branche*) ; qu'en se référant aux indices P&L du salarié référent, la cour d'appel s'est encore déterminée par des motifs impropres à justifier une différence de traitement au regard de l'avantage revendiqué (*2^e branche*) ; et qu'enfin, en justifiant la différence de traitement par la définition contractuelle différente de cette rémunération variable dans le contrat de travail du salarié référent, sans rechercher si cette différence était elle-même objectivement justifiée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (*3^e branche*).

La première branche se réfère à la jurisprudence classique selon laquelle, lorsqu'il est prévu contractuellement que les objectifs seront fixés unilatéralement par l'employeur , ce qui était le cas en l'espèce, sa carence ouvre droit pour le salarié au montant maximal de la rémunération variable (Soc 14 octobre 2009, n° 09-44.965 ; Soc., 10 juillet 2013, n° 12-17.921 ; Soc., 7 juin 2023, n° 21-23.232 : « *lorsque la rémunération variable dépend d'objectifs définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, à défaut de fixation desdits objectifs, la rémunération variable doit être payée* »).

intégralement . » Mais il s'agit dans ces espèces de la rémunération maximale variable prévue au contrat de travail de l'intéressé, non d'un salarié tiers. Or ici, les salariés se réclamaient du principe d'égalité, ce que relève la cour d'appel (page 7, 4^e paragraphe). C'est donc un tout autre raisonnement qui devait être tenu et qui a été tenu. **La première branche n'est en conséquence pas fondée.**

Sur l'application du principe d'égalité, la cour d'appel a analysé la situation des salariés en deux temps comme l'exige la jurisprudence : d'une part sur l'identité de situation ([Soc., 4 avril 2018, n°17-11.814, Bull. n°64](#)), d'autre part sur l'existence ou non d'éléments objectifs et pertinents justifiant la disparité de traitement ([Soc., 13 janvier 2004, n°01-46.407, Bull n°1](#) : « *En application du principe "à travail égal, salaire égal" et de l'article 1315 du code civil, s'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une discrimination salariale de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de traitement, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination justifiant l'inégalité de traitement dont se plaignent les salariés.* »)

Elle a ainsi d'abord constaté pour chacun des deux salariés qu'ils se comparaient à un analyste financier exerçant les mêmes fonctions qu'eux qui ne s'était pas davantage vu assigner d'objectifs et qui avait perçu une rémunération variable en 2019 infiniment supérieure à la leur .

Cette première étape franchie, les critiques se focalisent donc sur la seconde, celle des justifications apportées.

Il importe peu à cet égard que la cour d'appel ait relevé que le contrat de travail du salarié référent ne prévoyait pas, comme pour les deux demandeurs, que sa rémunération variable serait fixée sur la réalisation d'objectifs personnels mais en fonction de ses performances, car aucun objectif n'ayant été fixé aux deux salariés, la comparaison ne pouvait en tout état de cause être fondée sur ceux-ci. Et le seul élément commun justifiant de façon pertinente et objective la différence de traitement ne pouvait donc être que les résultats personnels de chacun. C'est à cette comparaison que procède la cour d'appel et cette comparaison est cruelle pour nos deux salariés puisque leur activité (celle de leur équipe) sur la période concernée a généré une perte sérieuse quand leur collègue (celle de son équipe) rapportait un profit non négligeable (plus de 31 millions).

► **Le rejet du second moyen s'impose donc et les pourvois des salariés seront en conséquence totalement rejetés.**

► **En conclusion, la cassation partielle n'interviendra donc que sur le second moyen de l'employeur , sur sa condamnation à payer des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à rembourser les indemnités de chômage versées aux intéressés.**

¹ reprise dans [Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n°08-40.046, Bull. n°17](#)