



Licenciement ou départ volontaire : tout savoir sur l'indemnité compensatrice de préavis

Fiche pratique publié le **20/10/2009**, vu **13003 fois**, Auteur : [Maitre JALAIN, AVOCAT AU BARREAU DE BORDEAUX](#)

L'existence du droit au préavis s'apprécie au moment de la notification de la rupture.

Une fois celle-ci établie, il convient de savoir si une indemnité compensatrice de préavis doit être attribuée au salarié qui part.

Ruptures excluant le préavis

Un salarié dispensé d'effectuer son préavis peut en principe prétendre à une indemnité compensatrice. Les juges viennent d'apporter des précisions intéressantes quant au droit à cette indemnité et au calcul de son montant.

L'indemnité compensatrice n'est pas due lorsque le salarié n'est pas dispensé du préavis mais se trouve dans l'incapacité de l'exécuter (exemples : maladie, retrait du permis de conduire d'un VRP). L'employeur, à condition qu'il ait invité le salarié à effectuer son préavis et constaté l'impossibilité de celui-ci à fournir sa prestation de travail, se trouve alors délié de l'obligation de verser l'ICP.

Toutefois, l'employeur restera tenu de verser l'indemnité compensatrice dans de telles hypothèses si la convention collective applicable prévoit expressément le versement de celle-ci (cass. soc. 3 juin 1997, BC V n° 205).

Inaptitude physique

- Inaptitude non professionnelle

L'ICP n'a pas à être versée au salarié qui a été déclaré physiquement inapte par le médecin du travail suite à un accident ou à une maladie non professionnelle (cass. soc. 11 juillet 2000, BC V n° 271 ; cass. soc. 6 février 2001, BC V n° 40).

En effet, le salarié ne peut prétendre au paiement d'une indemnité pour un préavis qu'il est dans l'impossibilité physique d'exécuter en raison d'une inaptitude à son emploi dès lors que l'employeur n'a pas manqué à son obligation de reclassement consécutive à cette inaptitude (cass. soc. 18 mars 2003, BC V n° 99).

L'employeur est cependant tenu de verser une indemnité compensatrice de préavis au salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse en raison du manquement à son obligation de reclassement (cass. soc. 26 novembre 2002, BC V n° 354 ; cass. soc. 2 avril 2003, n° 1061 FD).

- Inaptitude professionnelle

En revanche, en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, l'employeur reste tenu au versement d'une indemnité d'un montant égal à l'indemnité compensatrice de préavis pour le salarié déclaré inapte même s'il n'existe pas de dispense expresse de préavis (cass. soc. 28 janvier 1998, BC V n° 36).

Remarque : Dans ce dernier cas, cette indemnité n'a cependant pas la nature d'indemnité compensatrice de préavis (cass. soc. 15 juin 1999, BC V n° 283).

Salarié étranger en situation irrégulière

La rupture du contrat de travail de l'étranger embauché irrégulièrement ouvre droit, au profit du salarié, à une indemnité de préavis même si celui-ci ne peut être exécuté (cass. soc. 12 mars 2002, BC V n° 90).

En revanche, lorsque la situation irrégulière survient en cours d'exécution du contrat de travail, le salarié ne peut prétendre au paiement du préavis qu'il est dans l'incapacité d'exécuter faute de titre de séjour (cass. soc. 17 octobre 1997, BC V n° 311).

Dispense de préavis et indemnité compensatrice

Un salarié dispensé d'effectuer son préavis pourra, ou non, prétendre à l'indemnité selon que la dispense est à son origine ou à celle de l'employeur.

Dispense du préavis décidée par l'employeur

L'indemnité compensatrice de préavis est due, dès lors qu'un préavis existe lorsque l'employeur a :

- dispensé le salarié d'effectuer son préavis (exemple à propos d'un licenciement motivé par l'incarcération du salarié : cass. soc. 8 février 2000, n° 769 D) ;
- congédié le salarié pour faute grave alors que le conseil de prud'hommes ne reconnaît pas la gravité de la faute, peu importe que le salarié soit ou non en mesure d'exécuter le préavis, l'inexécution résultant de la décision de l'employeur (cass. soc. 29 janvier 2003, n° 244 FD) ;
- modifié le contrat de travail du salarié pendant le préavis et que l'intéressé s'y est refusé, comme il en a le droit

Un salarié ne peut d'ailleurs pas renoncer au paiement de cette indemnité compensatrice de préavis préalablement à la notification de son licenciement dans les formes légales (cass. soc. 18 mai 1999, n° 2268 D).

L'inobservation du délai-congé ouvre droit, sauf faute grave du salarié, à une indemnité compensatrice ne se confondant ni avec l'indemnité de licenciement de l'article L. 122-9 ni avec la réparation prévue aux articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5.

L'inobservation du délai-congé n'a pas, dans ce cas, pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin.

En conséquence, la dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant le délai-congé ne doit entraîner, jusqu'à l'expiration de ce délai, aucune diminution des salaires et avantages y compris l'indemnité de congés payés que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail.

En cas d'inexécution totale ou partielle du délai-congé résultant, soit de la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement, soit de la réduction de l'horaire de travail habituellement pratiqué dans l'établissement en deçà de la durée légale de travail, le salaire à prendre en considération est celui qu'aurait perçu l'intéressé s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai-congé sur la base de la durée légale ou conventionnelle de travail applicable à l'entreprise, dans le cas où il travaillait à temps plein, ou de la durée du travail fixée dans son contrat de travail lorsqu'il travaillait à temps partiel. (Article L122-8 du Code du travail).

Le salarié lié par contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement.

Le taux de cette indemnité, différent suivant que le motif du licenciement est le motif prévu à l'article L. 321-1 ou un motif inhérent à la personne du salarié, et ses modalités de calcul, en fonction de la rémunération brute dont il bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail, sont fixés par voie réglementaire. (Article L122-9 du Code du travail)

Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ;

Si ce licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en

cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité.

Cette indemnité, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité prévue à l'article L. 122-9. Lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1, il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié.

Accord de l'employeur sur demande du salarié.

Lorsque le salarié demande à ne pas exécuter son préavis, et que l'employeur accède à sa demande, il n'a pas à verser l'indemnité compensatrice de préavis au salarié puisqu'il n'est pas à l'origine de la dispense et n'a fait que donner son accord à la demande du salarié (cass. soc. 28 janvier 2005, n° 230 FPB).

Attention cependant, l'employeur, pour être dispensé du versement de l'ICP, devra établir que le salarié a expressément renoncé à son droit à préavis. Ainsi, un salarié est fondé à réclamer le paiement de l'indemnité de préavis même s'il n'a pas contesté le contenu de la lettre de licenciement mentionnant qu'une partie du préavis ne serait pas effectuée « d'un commun accord » (cass. soc. 23 octobre 2002, n° 2993 FD).

EN SAVOIR PLUS : <http://avocat-jalain.fr>