

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du **7 mars 2018**

Cassation partielle sans
renvoi

M. FROUIN, président

Arrêt n° 446 FS-P+B

Pourvoi n° X 16-13.194

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

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

Statuant sur le pourvoi formé par

contre l'arrêt rendu le 7 janvier 2016 par la cour d'appel de Versailles
(11^e chambre), dans le litige l'opposant à la société Total Petrochemicals
France, société anonyme, dont le siège est 2 place Jean Millier,
La Défense 6, 92400 Courbevoie,

défenderesse à la cassation ;

La société Total Petrochemicals France a formé un pourvoi
incident contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son
recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son
recours les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 13 février 2018, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Valéry, conseiller référendaire rapporteur, Mme Farthouat-Danon, conseiller doyen, M. Pion, M. Ricour, Mmes Van Ruymbeke, Capitaine, conseillers, Mme Salomon, MM. Silhol, Duval, conseillers référendaires, Mme Rémerly, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Valéry, conseiller référendaire, les observations de Me Balat, avocat de M. Fesquet, de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Total Petrochemicals France, l'avis écrit de Mme Rémerly, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que [REDACTED], engagé le 1er septembre 1971 en qualité d'ingénieur par la société Pechiney, et au service depuis 2008 de la société Total Petrochemicals France, a été mis à la retraite par cette société selon lettre du 3 septembre 2008 ; qu'il a signé un reçu pour solde de tout compte le 25 mars 2009 mentionnant une indemnité de mise à la retraite ;

Sur le second moyen du pourvoi principal du salarié :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi incident de l'employeur :

Vu l'article L. 1234-20 du code du travail ;

Attendu que pour déclarer recevable la demande du salarié et condamner en conséquence la société à lui verser une somme à titre d'indemnité de mise à la retraite, l'arrêt retient, après avoir rappelé les termes des articles L. 1221-1 du code du travail et 2241 du code civil, que l'intéressé a signé son reçu pour solde de tout compte le 25 mars 2009 puis a saisi la juridiction prud'homale du litige le 18 septembre 2009, soit avant l'expiration du délai de six mois mentionné spécialement par l'article L. 1234-20 du code du travail relatif à la dénonciation du reçu pour solde de tout compte et prévoyant son caractère libératoire pour les sommes qui y sont mentionnées une fois ce délai expiré, que cette demande a été réceptionnée par le greffe le 21 septembre 2009, que la saisine du bureau de conciliation par un salarié produit les effets d'une dénonciation, qu'en conséquence sa demande est recevable ;

Attendu, cependant, que si la convocation devant le bureau de conciliation produit, quant aux chefs de demande qui y sont énoncés, les effets de la dénonciation visée par l'article L. 1234-20 du code du travail, c'est à la condition qu'elle ait été reçue par l'employeur dans le délai de six mois ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait des pièces du dossier que la convocation devant le bureau de conciliation avait été reçue par l'employeur après l'expiration du délai de six mois, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile, après avis donné aux parties conformément aux dispositions de l'article 1015 du même code ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit recevable la demande de rappel d'indemnité de mise à la retraite, et condamne la société Total Petrochemicals France à payer à M. [REDACTED] la somme de 6 300,97 euros à ce titre, l'arrêt rendu le 7 janvier 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare irrecevable la demande de M. Fesquet en paiement d'un rappel d'indemnité de mise à la retraite ;

Condamne M. [REDACTED] aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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 sept mars deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par Me Balat, avocat aux Conseils, pour M. Fesquet.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement du conseil de prud'hommes de Nanterre du 12 décembre 2011 en ce qu'il avait fixé la moyenne mensuelle des salaires de M. [REDACTED] à 13.175,17 €, condamné la société Total Petrochemicals France à payer à M. [REDACTED] la somme de 6.300,97 € à titre de rappel d'indemnité de mise à la retraite, et débouté M. [REDACTED] du surplus de sa demande à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE l'article L.1237-7 du code du travail dispose que « la mise à la retraite d'un salarié lui ouvre droit à une indemnité de mise à la retraite au moins égale à l'indemnité de licenciement prévue à l'article L.1234-9 » ; qu'en application de l'article R.1234-4 du code du travail, « le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié : 1° soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement, 2° soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion » ; qu'en l'espèce, M. [REDACTED] a travaillé pour le groupe Total avec une reprise d'ancienneté au 1er septembre 1971 ; qu'il a été détaché à l'étranger au sein de la société Elf International Services devenue Total Gestion Internationale du 1er septembre 1998 au 30 juin 2008 ; qu'ainsi qu'il résulte d'un courrier du 15 juillet 2004, la société Atofina s'était engagée à remettre en vigueur le contrat de travail initial de M. [REDACTED] au terme de son expatriation et qu'elle lui faisait connaître que cet engagement de réintégration était repris à compter du 1er octobre 2004 par Total Petrochemicals France ; que la société Atofina s'était également Jean-Christophe BALAT Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation 4 bis, rue de Lyon 75012 PARIS engagée dans son courrier du 8 juin 2004 à prendre en compte dans l'appréciation de l'ancienneté le temps passé au service de la société Total Gestion Internationale ; que M. [REDACTED] était finalement réintégré à compter du 1er juillet 2008 dans le groupe Total en qualité de chargé de mission Sécurité au sein de la filiale Total Petrochemicals France ; que si M. [REDACTED] n'avait travaillé que trois mois pour le compte de la société Total Petrochemicals France à la date de la notification de sa mise à la retraite, il apparaît qu'au-delà de la simple reprise d'ancienneté susvisée, le contrat de travail en vigueur avec la société Atofina et plus généralement avec le groupe Total n'avait jamais été rompu mais seulement suspendu avec engagement de réintégration dès le 1er octobre 2004 par la société Total Petrochemicals France ; que dans ces conditions,

les premiers juges ont justement fixé la moyenne mensuelle des salaires de M. [REDACTED] à 13.175,17 €, prenant en compte, par application du texte précité, les douze derniers mois d'activité, en ce compris les sommes perçues au cours de l'expatriation ; qu'en outre, l'assiette de calcul de l'indemnité de mise à la retraite n'intègre que les éléments ayant le caractère de salaire ; qu'il est justifié par suite de ne pas prendre en compte dans cette assiette de calcul l'indemnité de « conservation de résidence », ni l'indemnité de « coût de la vie », lesquelles s'analysent en des remboursements de frais, qui ne sont pas la contrepartie d'un travail exécuté mais visent à couvrir des frais supportés par le salarié dans le cadre d'une mobilité géographique ; que leur régime est différent, notamment, de celui des avantages en nature, intégrés au salaire de base ; que de même l'indemnité compensatrice de congés payés, qui tient lieu de rémunération des congés qui n'ont pu être pris – à la différence d'une indemnité de congés payés – ne constitue pas un élément du salaire se rapportant à la période de référence et par suite n'a pas à être prise en compte dans la base de calcul ; qu'il y a lieu en revanche de prendre en compte les parts variables versées en avril 2008 au titre de l'année 2007 et en décembre 2008 au titre de l'année 2008 au prorata des mois pris en considération dans la période de référence, soit 1.488,57 € pour la période d'octobre à décembre 2007 et 1.639,97 € pour la période de juillet à septembre 2008 ; qu'en conséquence, le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a condamné la société Total Petrochemicals France à payer à M. [REDACTED] la somme de 6.300,97 € à titre de rappel d'indemnité de mise à la retraite, avec intérêts au taux légal à compter de la date de la notification de la convocation au bureau de conciliation à l'employeur, soit la date du 24 novembre 2009 ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le salarié mis à la retraite a droit à une indemnité égale à l'indemnité légale de licenciement et que l'ensemble des éléments de rémunération, qu'elle soit fixe ou variable, l'ensemble des primes, avantages en nature et complément de salaire, doit être pris en compte pour le calcul de l'indemnité légale de licenciement ; qu'en considérant qu'il y avait lieu d'exclure de l'assiette de calcul de l'indemnité de mise à retraite due à M. [REDACTED] l'indemnité de « conservation de résidence » et l'indemnité de « coût de la vie », au motif que ces indemnités ne constitueraient pas un élément de salaire ou une contrepartie d'un travail exécuté (arrêt attaqué, p. 6, alinéa 4), cependant que les indemnités en cause, forfaitaires, avaient une nature contractuelle et ne constituaient pas de simples gratifications bénévoles versées à l'occasion d'un événement particulier, de sorte qu'elles devaient nécessairement être incluses dans l'assiette de calcul de l'indemnité de mise à la retraite, la cour d'appel a violé les articles L.1237-7 et R.1234-4 du code du travail ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE dans ses conclusions d'appel (p. 22), M. [REDACTED] faisait valoir qu'une partie des congés payés non pris était afférente à l'année 2008, constituant la période de référence ; qu'en

affirmant qu'il y avait lieu d'exclure de l'assiette de calcul de l'indemnité de mise à retraite due à M. [REDACTED] l'indemnité compensatrice de congés payés, au motif que celle-ci ne constituait pas un élément du salaire se rapportant à la période de référence (arrêt attaqué, p. 6, alinéa 5), sans répondre à ces conclusions du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, ENFIN, QUE dans ses conclusions d'appel (p. 21), M. [REDACTED]

[REDACTED] mois de décembre 2008 correspondait au montant de cette part variable pour la période de janvier à juin 2008, de sorte qu'elle devait être totalement incluse dans la période de référence, sans calcul de prorata ; qu'en affirmant que la part variable du salaire de M. [REDACTED] n'était due que jusqu'au mois de septembre 2008, de sorte qu'un prorata devait être appliqué (arrêt attaqué, p. 6, alinéa 6), sans répondre à ces conclusions pertinentes du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. [REDACTED] de ses demandes tendant à voir ordonner sous astreinte à la société Total Petrochemicals France de notifier à la société CNP Assurances que le montant de l'allocation complémentaire de retraite brute qui lui était due s'élevait à 48.147,88 € pour 2009, sans déduction d'aucune somme à titre de rente ou à un quelconque autre titre, ou à condamner la société Total Petrochemicals France à lui verser des dommages et intérêts à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE M. [REDACTED] forme une demande nouvelle en cause d'appel, à laquelle s'oppose la société Total Petrochemicals France, relative à l'allocation complémentaire de retraite (ACR) perçue de la part de l'organisme d'assurance CNP en faisant valoir qu'aucune somme ne pouvait être déduite de l'ACR au titre de l'assurance souscrite auprès de la société SwissLife par la société Total Gestion Internationale ; que le règlement du régime de retraite à prestations définies (IRP-RP) détermine les modalités de calcul de l'ACR ; que son article 27 prévoit que les prestations déductibles du « montant total des ressources » (MTR) « sont retenues pour leur valeur à la date de départ effectif à la retraite » et que figurent notamment parmi celles-ci, les « allocations de tout régime de retraite complémentaire » et d'une façon générale les « prestations de toute nature acquises par les salariés tant en France qu'à l'étranger en raison de leurs services à la Société » ; qu'aux termes du contrat de travail de M. [REDACTED] au sein de la société Total Gestion Internationale, TGI cotisait à un fonds de pension à hauteur de 15% du salaire de base au titre de la retraite complémentaire du salarié (article 7) ; que cet engagement était souscrit auprès de SwissLife qui percevait les cotisations ainsi versées par l'employeur ; que l'intimée se réfère en outre à un document de reprise des statuts IRP-RP par la société

Total Petrochemicals France ainsi qu'au fait que M. [REDACTED] lui-même n'avait jamais auparavant contesté le principe de la déduction de cet avantage mais demandé qu'il soit précisé à CNP « qu'ils doivent prendre en compte pour le calcul de la rente seulement la partie du placement chez SwissLife issue des cotisations employeur-employé » mais non « la partie financée par mes contributions volontaires » ; que si les deux régimes (IRP-RP et engagement souscrit auprès de SwissLife) comportent des spécificités, les circonstances que M. [REDACTED] ait envisagé une possible réversion de la rente, option comportant un caractère aléatoire, ou choisi de retirer son épargne apparaissent indifférentes compte tenu des dispositions susvisées des statuts de l'IRP-RP ; que par suite les éléments invoqués par M. [REDACTED] ne permettent pas de remettre en cause le montant de la rente calculé par SwissLife ni de caractériser une faute à l'encontre de la société Total Petrochemicals France ayant communiqué à CNP ce montant et qu'une expertise n'apparaît pas justifiée ; qu'en conséquence, il y a lieu de débouter M. [REDACTED] de ses demandes tendant à voir ordonner à la société Total Petrochemicals France de notifier à la société CNP Assurances que le montant de l'allocation complémentaire de retraite brute qui lui est due s'élève à 48.147,88 € pour 2009, sans déduction d'aucune somme à titre de rente ou à un quelconque autre titre, sous astreinte ou à condamner la société Total Petrochemicals France à lui verser des dommages et intérêts à ce titre, ainsi que de sa demande d'expertise ; qu'au surplus, Total Petrochemicals France n'était pas garante du montant de la rente versée par SwissLife, laquelle n'a pas été appelée en la cause ;

ALORS, D'UNE PART, QUE dans ses conclusions d'appel (p. 11, alinéas 3 à 6), M. [REDACTED] faisait valoir que la société Total Gestion International n'était pas adhérente aux statuts de l'IRP-RP, de sorte qu'aucune déduction ne pouvait s'opérer conformément à l'article 27 de ce texte au titre de la convention conclue par cette société auprès de la compagnie SwissLife ; qu'en laissant sans réponse ces conclusions pourtant déterminantes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en considérant que le fait que M. [REDACTED] ait choisi de retirer l'épargne constituée auprès de la société SwissLife apparaissait une circonstance indifférente au regard des dispositions des statuts de l'IRP-RP (arrêt attaqué, p. 7, alinéa 3), cependant que le fait que le salarié ait été en mesure de retirer son épargne en capital caractérisait à l'évidence une différence de nature entre le contrat souscrit auprès de la société SwissLife et un contrat de retraite ordinaire, tel que visé à l'article 27 des statuts de l'IRP-RP, le paiement d'une indemnité en capital ne pouvant être assimilé à une pension de retraite, déductible du montant total des ressources (MTR), la cour d'appel a en tout état de cause méconnu le sens des statuts de l'IRP-RP et a ainsi violé l'article 1134 du code civil.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Total Petrochemicals France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que les demandes de M. [REDACTED] étaient recevables, et d'AVOIR en conséquence condamné la société TPF à verser à M. Fesquet la somme de 6300, 97 euros à titre de rappel d'indemnités de mise à la retraite

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « Sur la recevabilité des demandes. Considérant que l'article L.1221-1 du code du travail prévoit que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun ; Qu'aux termes de l'article 2241 du code civil, 'la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion' ; Qu'en l'espèce, Monsieur [REDACTED] a signé son solde de tout compte le 25 mars 2009 puis a saisi le Conseil de prud'hommes de Nanterre du litige le 18 septembre 2009, soit avant l'expiration du délai de 6 mois mentionné spécialement par l'article L.1234-20 du code du travail relatif à la dénonciation du solde de tout compte et prévoyant son caractère libératoire pour les sommes qui y sont mentionnées une fois ce délai expiré ; Que cette demande a été réceptionnée au greffe le 21 septembre 2009 ; Que la saisine du bureau de conciliation par un salarié produit les effets d'une dénonciation ; Qu'en outre Monsieur [REDACTED] forme également une demande ayant pour objet le montant de l'allocation complémentaire de retraite dont les éléments de calcul ont été transmis par la société TOTAL PETROCHIMICALS FRANCE à la société CNP ASSURANCE ; Que le montant dû à ce titre n'est pas visé par le solde de tout compte ; Considérant en conséquence qu'il y a lieu de déclarer recevables les demandes formées par Monsieur [REDACTED] ;»

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE : « Sur la demande d'irrecevabilité de la société Total Petrochemicals. La société TPF ayant opposé à M. [REDACTED] une fin de non-recevoir tirée de la valeur libératoire du reçu pour solde de tout compte qu'il a signé sans réserve le 25 mars 2009, ce dernier soutient que cette demande ne pourra qu'être écartée par le Conseil aux motifs suivants : 1. L'article 2241 du code civil dispose que la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion ; 2. L'article 2242 du même code énonce que l'interruption de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance ; Qu'il a bien signé un reçu pour solde de tout compte le 25 mars 2009 mais qu'il a saisi le Conseil de céans par lettre datée du 18 septembre 2009, soit avant l'expiration du délai de 6 mois mentionné par l'article L. 1234-40 du code du travail ; Que sa demande en justice a interrompu le délai de forclusion ou de prescription et que cette interruption produit encore ses effets à ce jour ; Qu'en conséquence, sa saisine du

Conseil réceptionnée au greffe le 21 septembre 2009 constituant la contestation du reçu pour solde de tout compte en date du 25 mars 2009 est recevable ».

1) ALORS QUE la dénonciation régulière du reçu pour solde de tout compte doit intervenir dans le délai de six mois à compter de sa signature, l'employeur étant, à défaut, libéré pour les sommes qui y sont mentionnées ; que la dénonciation peut résulter de la saisine du conseil de prud'hommes, à la condition que la convocation de l'employeur devant le bureau de conciliation intervienne dans le délai précité ; qu'il était constant, en l'espèce, que la convocation de l'employeur devant le bureau de conciliation était datée du 20 novembre 2009 (jugement entrepris p. 1 ; conclusions d'appel de l'exposante, p. 5 ; conclusions d'appel du salarié, p. 7) de sorte que la convocation avait été reçue par l'employeur après l'expiration du délai de six mois, le reçu ayant été signé le 25 mars 2009 ; que la cour d'appel, pour juger que la dénonciation était régulièrement intervenue dans le délai de six mois et qu'aucun effet libératoire n'était donc attaché au reçu pour solde de tout compte, a relevé que la demande du salarié était intervenue le 18 septembre 2009 et qu'elle avait été reçue par le greffe du conseil de prud'hommes le 21 septembre suivant ; qu'en se déterminant par de tels motifs erronés, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-20 du code travail.

2) ALORS QUE le respect de la réglementation spéciale du reçu pour solde de tout compte, qui déroge au droit commun, est un préalable nécessaire à l'interruption de la prescription par la saisine du conseil de prud'hommes ; qu'en relevant néanmoins, pour écarter tout effet libératoire du reçu pour solde de tout compte, qui n'avait pas été dénoncé selon les conditions de l'article L. 1234-20 du code du travail, que le contrat de travail était soumis au droit commun et que la demande en justice avait un effet interruptif, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-20 du code travail et, par fausse application, les articles 2241 du code civil et L. 1221-1 du code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société TPF à verser à M. [REDACTED] la somme de 6300, 97 euros à titre de rappel d'indemnités de mise à la retraite, et d'AVOIR confirmé le jugement entrepris de ce chef.

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « Sur l'indemnité de mise à la retraite. Considérant que l'article L.1237-7 du code du travail dispose que 'la mise à la retraite d'un salarié lui ouvre droit à une indemnité de mise à la retraite au moins égale à l'indemnité de licenciement prévue à l'article L.1234-9 ; Qu'en application de l'article R.1234-4 du code du travail, 'le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié : 1° soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement, 2° soit le

tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion' ; Qu'en l'espèce, Monsieur [REDACTED] a travaillé pour le groupe TOTAL avec une reprise d'ancienneté au 1er septembre 1971 ; qu'il a été détaché à l'étranger au sein de la société ELF INTERNATIONAL SERVICES devenue TOTAL GESTION INTERNATIONALE du 1er septembre 1998 au 30 juin 2008 ; qu'ainsi qu'il résulte d'un courrier du 15 juillet 2004, la société ATOFINA s'était engagée à remettre en vigueur le contrat de travail initial de Monsieur [REDACTED] au terme de son expatriation et qu'elle lui faisait connaître que cet engagement de réintégration était repris à compter du 1er octobre 2004 par TOTAL PETROCHIMICALS FRANCE ; que la société ATOFINA s'était également engagée dans son courrier du 8 juin 2004 à prendre en compte dans l'appréciation de l'ancienneté le temps passé au service de la société TOTAL GESTION INTERNATIONALE ; que Monsieur [REDACTED] était finalement réintégré à compter du 1er juillet 2008 dans le groupe TOTAL en qualité de chargé de mission Sécurité au sein de la filiale TOTAL PETROCHIMICALS FRANCE ; Que si Monsieur [REDACTED] n'avait travaillé que 3 mois pour le compte de la société TOTAL PETROCHIMICALS FRANCE à la date de la notification de sa mise à la retraite, il apparaît qu'au-delà de la simple reprise d'ancienneté susvisée, le contrat de travail en vigueur avec la société ATOFINA et plus généralement avec le groupe TOTAL n'avait jamais été rompu mais seulement suspendu avec engagement de réintégration dès le 1er octobre 2004 par la société TPF ; Que dans ces conditions, les premiers juges ont justement fixé la moyenne mensuelle des salaires de Monsieur [REDACTED] à 13.175,17 euros, prenant en compte, par application du texte précité, les 12 derniers mois d'activité, en ce compris les sommes perçues au cours de l'expatriation ; »

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE : « Sur le montant de l'indemnité de mise à la retraite. Attendu que sur le premier point de contestation, il est établi que TPF a bien procédé à la comparaison entre l'indemnité de mise à la retraite et celle de licenciement et qu'elle a retenu l'indemnité de licenciement qui était la plus favorable ; qu'il n'y a pas de contestation concernant l'ancienneté de Monsieur [REDACTED] retenue par TPF pour le calcul de l'indemnité de licenciement ; [...] qu'il convient de calculer le salaire moyen mensuel perçu par le salarié servant de base de calcul à la l'indemnité de licenciement sur une période de 12 mois précédant son départ et non de trois mois comme l'a fait TPF ; [...] ; Qu'il ressort de ces éléments que la rémunération mensuelle moyenne du salarié à retenir au titre de ses 12 derniers mois d'activité s'élève à 13 175, 17 euros et qu'il aurait dû percevoir une indemnité de mise à la retraite calculée comme l'indemnité de licenciement d'un montant de 146 390,74 euros ; qu'en conséquence la société TPF sera condamné à verser à Monsieur [REDACTED] rappelle indemnités de mise à la retraite pour un montant net de

6300,97 euros et à lui remettre un bulletin de salaire une attestation pôle emploi rectifiée ; »

1) ALORS QUE sauf l'hypothèse du détachement réglementé par l'article L. 1231-5 du code du travail, une société n'a pas à prendre en compte, pour la détermination du montant de l'indemnité de rupture du contrat de travail d'un salarié, les salaires qui lui ont été auparavant versés par une autre société du groupe, juridiquement distincte ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a relevé que M. [REDACTED] n'avait travaillé que trois mois pour le compte de la société TPF à la date de sa mise à la retraite, en vertu du contrat de travail du 16 juin 2008, a néanmoins retenu que la moyenne mensuelle des salaires devant servir pour le calcul de l'indemnité de mise à la retraite, était celle des 12 derniers mois d'activité incluant ceux passés au service de la société étrangère TGI, en relevant que le contrat de travail qui le liait, avant son expatriation, à la société Atofina et plus généralement au groupe Total n'avait jamais été rompu mais seulement suspendu (arrêt attaqué, p. 6, § 2 et 3) ; qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser que la société TPF pouvait être regardée comme la société mère du groupe Total ayant détaché le salarié à l'étranger, au sens du texte précité du code du travail, la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte précité du code du travail ;

2) ALORS, en outre, QU'il résultait des propres constatations de l'arrêt que c'est la société ATOFINA qui avait pris l'engagement de réintégrer M. [REDACTED] à l'issue de son expatriation, dans son courrier du 15 juillet 2004 (arrêt attaqué p 5 § 12) ; que dès lors en affirmant que la société TPF avait pris cet engagement de réintégration à l'égard du salarié dès le 1er octobre 2004 (arrêt attaqué, p. 6, § 2) pour justifier la prise en compte des salaires versés au salarié lors de son expatriation pour le calcul de son indemnité de mise à la retraite, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations en violation de l'article 1165 du Code civil.