



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 833 du 4 septembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-21.233

Décision attaquée : Cour d'appel de Douai du 8 juillet 2022

la société TADP

C/

M. [U] [X]

M. [U] [X] a été engagé à compter du 18 novembre 2013 par la société TADP Ambulances en qualité d'ambulancier dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée signé le 29 octobre 2013.

Par lettre du 18 décembre 2017, le salarié a notifié à son employeur la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail, en dénonçant notamment son refus de lui régler les congés payés.

Le 26 mars 2018, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Roubaix afin d'obtenir le règlement de congés payés, l'annulation pour abus de pouvoir des avertissements prononcés à son encontre, la requalification de sa prise d'acte en licenciement nul compte tenu du harcèlement moral dont il aurait été victime, ainsi que le versement de diverses sommes dont la réparation du préjudice causé par le délit d'entrave à ses fonctions de délégué du personnel.

Par jugement du 3 octobre 2019, le conseil de prud'hommes a notamment dit que la prise d'acte du contrat de travail du salarié n'est pas justifiée et produit les effets d'une démission ; condamné l'employeur à verser au salarié diverses sommes au titre de rappel de salaire sur l'indemnité compensatrice de congés payés et du préavis non effectué ; débouté le salarié du surplus de ses demandes.

Sur appel du salarié, la cour d'appel de Douai, dans un arrêt prononcé le 8 juillet 2022, a notamment infirmé le jugement déféré sauf en ses dispositions déboutant le salarié de sa demande tendant à l'annulation d'un avertissement notifié le 16 mars 2017 et en celles relatives aux frais irrépétibles et dépens de première instance ; statuant à nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant, annulé les avertissements notifiés par l'employeur au salarié les 13 juillet et 15 décembre 2017 ; dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail du salarié a les effets d'un licenciement nul à la date du 18 décembre 2017 ; déclaré le salarié recevable en sa demande indemnitaire fondée sur l'entrave à ses fonctions de délégué du personnel ; condamné l'employeur à payer au salarié diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de congés payés, de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par les sanctions disciplinaires abusives, de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par l'entrave à ses fonctions de délégué du personnel, en réparation de son préjudice moral causé par le harcèlement moral qu'il a subi, à titre d'indemnité pour la violation de son statut protecteur, à titre d'indemnité pour licenciement nul, à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre une somme pour les congés payés y afférents, à titre d'indemnité légale de licenciement.

L'employeur s'est pourvu en cassation.

Je m'associe aux propositions de rejet non spécialement motivé présentées par Monsieur le conseiller rapporteur sur les deuxième, troisième et quatrième moyens pour les motifs exposés dans le rapport.

Contrepartie du travail, le salaire cesse d'être dû lorsque le salarié ne satisfait pas à son obligation de travail. Toutefois, pendant la période de suspension de son contrat de travail du fait de congés payés, le salarié a le droit à une indemnité destinée à compenser la perte de son salaire et à maintenir son niveau de vie.

Les règles de calcul de l'indemnité de congés payés sont fixées aux articles L. 3141-24 à L. 3142-31 du code du travail. D'ordre public, elles s'appliquent tant aux congés payés légaux qu'aux congés payés conventionnels.

L'article L. 3141-24 du code du travail énonce deux méthodes de calcul de l'indemnité à laquelle ouvrent droit les congés payés : la règle du 10^{ème} selon laquelle l'indemnité correspond au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence et la règle du maintien de salaire selon laquelle l'indemnité ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue par le salarié pendant la période de congés s'il avait travaillé. S'agissant de cette seconde méthode, le texte précise que la rémunération visée est calculée, sous réserve des dispositions légales, en fonction du « *salaire gagné dû pour la période précédant le congé* » et de « *la durée du travail effectif de l'établissement* ». La valorisation d'un jour de congé lorsqu'il est posé n'est définie par aucune disposition légale.

En l'espèce, s'agissant du calcul de l'indemnité de congés payés, l'employeur a appliqué la méthode du maintien de salaire.

Il convient donc d'analyser les éléments à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité de congés payés selon les énonciations de l'article L. 3141-24-II du code du travail.

La période de référence est le mois qui précède immédiatement le mois au cours duquel les congés payés sont posés. La rémunération brute totale acquise sur la période de référence comprend toute somme versée en contrepartie du travail effectué. Il s'agit des mêmes éléments de rémunération que ceux qui sont inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité lorsqu'elle est établie par la méthode du dixième : l'indemnité de congés payés de l'année précédente, les sommes versées au titre des périodes de travail ou assimilées, des avantages qui, considérés en eux-mêmes, seraient susceptibles d'être affectés par la prise du congé. Les primes exceptionnelles ou établies pour l'année entière sont exclues du calcul.

Le salaire maintenu au salarié pendant la durée de ses congés est calculé en fonction de la durée de travail effectif de l'établissement. Doivent donc être pris en compte l'horaire réellement pratiqué dans l'établissement pendant la période au cours de laquelle le salarié prend ses congés payés et l'horaire de travail propre au salarié.

Ainsi, lorsque des heures supplémentaires sont effectuées de manière habituelle dans un établissement, elles sont incluses dans l'horaire de travail. Il en est de même pour le travail le dimanche ainsi que le travail de nuit donnant lieu à majoration, s'il est effectué de manière habituelle. Lorsque le salarié travaille selon un horaire alterné avec des semaines de forte et de faible activité : l'horaire retenu est celui que le salarié aurait effectué au cours de cette période et non un horaire moyen.

Toutefois, dans le pourvoi examiné, la problématique soulevée ne porte pas sur le calcul de l'indemnité de congés payés en elle-même mais sur la nature du salaire à prendre en considération pour déterminer la réduction de rémunération effectuée au titre des jours non travaillés pour cause de congés payés.

En effet, la fixation de la rémunération d'un salarié, pour un mois au cours duquel des congés payés ont été posés, nécessite de calculer d'une part l'indemnité de congés payés compensant les absences pour ce motif, la retenue sur salaire due au titre de ces absences ainsi que le salaire dû pour les journées travaillées. Ainsi la rémunération sera composée du salaire brut mensuel duquel sera retirée la rémunération au titre des jours de congés payés posés, le salarié ne pouvant pas percevoir une double rémunération, puis ajoutée l'indemnité de congés payés.

Toutefois, le salaire brut sur lequel asseoir le calcul de la réduction au titre des jours non travaillés doit-il être le salaire brut de base ou le salaire brut perçu ?

En l'espèce, la cour d'appel a jugé que « *le salaire de référence sur lequel asseoir le calcul des sommes à retirer [...] au titre des absences prises sur une base mensuelle de 26 jours ouvrables ne peut qu'être le salaire de base brut dans la mesure où il n'y a pas lieu de tenir compte à ce premier stade des heures supplémentaires et éventuels jours fériés ou dimanche travaillés le mois précédent.* »

Le pourvoi soutient que la retenue sur salaire pratiquée au titre de l'absence pour congés payés est calculée sur la base d'un salaire mensuel correspondant à l'horaire effectif de travail du salarié.

La retenue sur salaire doit être strictement proportionnelle au temps d'absence et donc être égale, par heure d'absence, au quotient du salaire mensuel par le nombre d'heures de travail dans l'entreprise pour le mois considéré. En l'espèce, l'employeur a retenu la méthode des jours ouvrables. En effet, le nombre moyen de jours ouvrables compris dans un mois étant de vingt-six, cette méthode consiste à diviser le salaire

mensuel par vingt-six afin d'obtenir le montant d'un jour ouvrable de congés, puis à multiplier par le nombre de jours ouvrables de congé.

Dans la mesure où les majorations versées régulièrement pour les heures supplémentaires, pour le travail le dimanche et les jours fériés voient leur montant affecté par la prise de congés payés, elles sont intégrées dans l'assiette du dixième pour le calcul de l'indemnité de congés payés. Or, les majorations prises en compte dans l'assiette du dixième, le sont également dans la méthode de calcul du maintien de salaire.

Dès lors, je considère que le salaire brut devant servir de base au calcul de la retenue pour les congés payés posés est le salaire brut de base et non le salaire brut perçu. En effet, prendre en compte le salaire de base versé et donc les majorations précitées reviendrait à pénaliser le salarié puisque le montant de l'indemnité de congés payés serait neutralisé dans la mesure où ces majorations, ajoutées lors du calcul de l'indemnité de congés payés auraient été précédemment retirées en ayant été intégrées dans le calcul de la réduction de rémunération pour les jours d'absence. Une telle situation ne répondrait pas à l'exigence de l'article L. 3141-24 du code du travail selon laquelle l'indemnité ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue par le salarié pendant la période de congés s'il avait travaillé.

► Je conclus au rejet sur le premier moyen.