



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

Arrêt n° 834 du 4 septembre 2024 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-10.520

Décision attaquée : Cour d'appel de Riom du 22 novembre 2022

la société de Diffusion florale

C/

M. [G] [P]

Audience FS 4 du 19 juin 2024

M. [G] [P] a été embauché en qualité de VRP par la société Sodif le 30 mai 2008 selon contrat de travail à durée indéterminée à temps complet puis promu au poste de responsable de dépôt et soumis à une convention de forfait en jours par avenant du 30 juin 2011.

Par lettre du 11 juin 2018, le salarié a été convoqué à un entretien préalable à une éventuelle sanction disciplinaire. Il a été placé en arrêt de travail pour maladie le 15 juin 2018, prolongé jusqu'au terme du contrat.

Le salarié a été licencié le 6 juillet 2018.

Le 2 janvier 2019, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Clermont Ferrand pour voir notamment juger son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, dire que la convention de forfait-jours du 30 juin 2011, modifié par avenant du 12 février 2015, lui est inopposable et obtenir la condamnation de l'employeur à lui payer diverses sommes.

Par jugement du 9 mars 2020, le conseil de prud'hommes a notamment déclaré inopposable au salarié la convention de forfait en jours de 2011 modifiée en 2015 ; dit

et jugé que le licenciement du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse ; condamné l'employeur à lui payer diverses sommes à titre de rappel de salaire des 50 jours supplémentaires non payés sur l'année 2016, outre au titre des congés payés afférents, à titre de rappel de salaires pour les années 2017 et 2018 et congés payés afférents, à titre de dommages et intérêts sur les contreparties obligatoires en repos non prises en 2017 et 2018, au titre des jours d'autonomie non pris sur les années 2017 et 2018, au titre des congés payés afférents, à titre de dommages et intérêts pour atteinte au droit au repos, à titre d'indemnité de travail dissimulé, à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, toutes causes de préjudices confondus.

Sur appel de l'employeur, dans un arrêt prononcé le 22 novembre 2022, la cour d'appel de Riom a notamment confirmé le jugement déféré en ce qu'il a dit que le licenciement du salarié n'est pas fondé sur une cause réelle et sérieuse ; condamné l'employeur à payer au salarié des sommes à titre de rappel d'heures supplémentaires des années 2017 et 2018 et des congés payés afférents, en indemnisation des contreparties obligatoires en repos non prises en 2017 et 2018, à titre de dommages et intérêts pour atteinte au droit au repos ; rejeté la demande de dommages et intérêts pour licenciement abusif ; condamné l'employeur à rembourser à Pôle Emploi le montant des indemnités chômage susceptibles d'avoir été versées au salarié dans la limite de six mois d'indemnités ; infirmé le jugement en toutes ses autres dispositions et, statuant à nouveau et y ajoutant, rejeté la demande de rappel de salaire au titre des 50 jours travaillés au-delà du forfait durant l'année 2016 ; rejeté la demande de paiement des jours d'autonomie non pris durant les années 2017 et 2018 ; dit que la convention de forfait annuel en jours conclue le 30 juin 2011 et la convention de forfait annuel en jours conclue le 12 février 2015 sont privées d'effet ; condamné l'employeur à payer au salarié diverses sommes à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, à titre de rappel de complément de salaire, à titre de rappel d'indemnité de licenciement, à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur s'est pourvu en cassation.

Je m'associe à la proposition de rejet non spécialement motivé présentée par Monsieur le conseiller rapporteur sur le premier moyen pour les motifs développés au rapport.

S'il décide de rompre le contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur est tenu, en principe, de verser une indemnité de licenciement au salarié, laquelle peut être versée en application des dispositions légales, d'une convention ou d'un accord collectif, d'usages, ou du contrat de travail. L'indemnité légale est donc l'indemnité minimale due en cas de licenciement, dont le versement est soumis aux conditions suivantes : rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée, 8 mois d'ancienneté ininterrompue pour le salarié, une rupture à l'initiative de l'employeur et un licenciement qui ne soit pas justifié par une faute grave du salarié¹. Des conditions plus avantageuses peuvent être prévues par la convention collective ou le contrat de travail.

¹ Article L. 1234-9 du code du travail : « Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement.

Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire.

»

Le montant minimum de l'indemnité légale de licenciement varie selon l'ancienneté du salarié² ; une période de référence, relative au salaire définitivement acquis à prendre en compte, est fixée par voie réglementaire³ ; et l'article L. 1234-9 du code du travail énonce que les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ne doivent donc être pris en considération que les éléments répondant à la notion de salaire.

Quelles sont donc les rémunérations correspondant à ce critère, prises en compte pour l'assiette de calcul de l'indemnité légale de licenciement ?

Le salaire de base est la rémunération principale du travail définie par le contrat de travail. Il ne peut être inférieur au SMIC ou, le cas échéant, au minimum conventionnel prévu par la convention collective applicable dans l'entreprise. En outre, en considération de la notion de salaire, s'y ajoutent, pour établir le salaire brut, les majorations pour heures supplémentaires, les primes et gratifications ayant un caractère obligatoire ou résultant d'un usage ou d'un engagement unilatéral, les indemnités de congés payés, un rappel de salaire, les majorations pour heures effectuées la nuit ou pour le travail du dimanche correspondant à la période de référence.

Sont en revanche notamment exclus de l'assiette le remboursement des frais, l'indemnité compensatrice de congés payés qui n'est pas un élément de salaire se rapportant à la période de référence, l'indemnité compensatrice de préavis, les sommes versées au titre de la participation aux résultats de l'entreprise et de l'intéressement, les primes facultatives, les droits capitalisés sur un CET.

L'indemnité de licenciement se cumule notamment avec les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et elle n'est pas prise en compte pour la fixation du montant de cette dernière, laquelle fait l'objet d'un barème obligatoire⁴. Les dispositions légales prévoient, en considération de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, des indemnités minimale et maximale en « mois de salaire brut ».

Qu'en est-il des indemnités versées au titre du repos compensateur non pris ? Doivent-elles intégrer l'assiette de calcul des indemnités légales de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ? Constitue-t-elle un élément de la rémunération présentant un caractère obligatoire pour l'employeur et étant la contrepartie du travail ?

En l'espèce, la cour d'appel, pour le calcul de l'indemnité de licenciement et l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, a réintégré au salaire de référence l'indemnité qu'elle a allouée au salarié au titre des repos compensateurs non pris en raison d'heures supplémentaires demeurées impayées. Le pourvoi soutient que

² Article R. 1234-2 du code du travail

³ Article R. 1234-4 du code du travail

⁴ Article L. 1235-3 du code du travail : « Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous. [...] »

l'indemnité précitée a le caractère de dommages et intérêts et n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité légale de licenciement, ni dans celle de l'indemnité due en application de l'article L. 1235-3 du code du travail.

Les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire légale de travail, ou de la durée considérée comme équivalente, sont des heures supplémentaires. Elles ouvrent droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent⁵. Le contingent est un volume d'heures supplémentaires déterminé par an et par salarié qui déclenche l'obligation d'accorder une contrepartie obligatoire en repos lorsqu'il est atteint⁶. Fixé prioritairement par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement, il peut résulter, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche. En l'absence de fixation conventionnelle, le contingent réglementaire de 220 heures s'applique⁷.

L'absence de demande de prise de repos par le salarié ne peut entraîner la perte de son droit au repos. L'employeur doit lui demander de prendre effectivement ses repos dans un délai maximum d'un an⁸. La Cour juge que, si du fait de son employeur, le salarié n'a pas été en mesure de bénéficier de la contrepartie en repos à laquelle il avait droit, il obtiendra une indemnité en réparation du préjudice subi (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 06-46.303 ; Soc., 1 mars 2023, pourvoi n° 21-12.068).

Si le contrat de travail prend fin ou en cas de décès du salarié, la contrepartie en repos est transformée en indemnité en espèces, dont le montant correspond à ses droits acquis. Elle a le caractère de salaire⁹.

Par ailleurs, la Cour a déjà jugé qu'« *Attendu cependant que la prescription quinquennale instituée par l'article L. 143-14 du code du travail s'applique à toute action engagée à raison des sommes afférentes aux salaires dus au titre du contrat de travail ; que tel est le cas d'une demande tendant au versement de sommes qui auraient dû être payées au titre du repos compensateur ;* » (Soc., 27 septembre 2006, pourvoi n° 04-48.661 ; Soc., 24 février 2009, pourvoi n° 07-43.308).

Le repos compensateur, pour être acquis en contrepartie d'un travail effectué au-delà de la durée légale du travail, revêt, à mon sens, une nature salariale. En l'espèce, le salarié n'a pas pu bénéficier des repos compensateurs du fait de l'employeur qui a mis en oeuvre une convention de forfait non valable. Si cette convention n'avait pas existé, le salarié aurait eu le droit au repos compensateur qui se serait exercé en nature. En revanche, du fait de la rupture du contrat de travail et de l'impossibilité pour

⁵ Article L. 3121-28 du code du travail

⁶ Article L. 3121-30 du code du travail :

« Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel. Les heures effectuées au-delà de ce contingent annuel ouvrent droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos.

Les heures prises en compte pour le calcul du contingent annuel d'heures supplémentaires sont celles accomplies au-delà de la durée légale.

Les heures supplémentaires ouvrant droit au repos compensateur équivalent mentionné à l'article L. 3121-28 et celles accomplies dans les cas de travaux urgents énumérés à l'article L. 3132-4 ne s'imputent pas sur le contingent annuel d'heures supplémentaires. »

⁷ Article D. 3121-24 du code du travail

⁸ Article D. 3121-17 du code du travail

⁹ Article D. 3121-23 du code du travail

le salarié de prendre ses repos compensateurs, la contrepartie en repos est transformée en indemnité en espèces.

En outre, je considère qu'une contrepartie pour un travail réalisé au-delà du contingent d'heures supplémentaires légal étant définitivement acquise au salarié dès la réalisation des heures supplémentaires, l'indemnité de repos compensateur due quand ce repos n'a pas pu être pris rentre donc dans la période de référence. Ecarter l'indemnité de repos compensateur de l'assiette de calcul de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse reviendrait à une absence de rémunération pour les heures supplémentaires accomplies par le salarié au-delà du contingent, au moment où elles l'ont été.

Si l'indemnité compensatrice de congés payés n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité de licenciement, le salarié a néanmoins été payé pour les jours travaillés qui lui ont ouvert les droits à congés payés qu'il n'a pas pu prendre et qui sont compensés par l'indemnité. Ce n'est pas le cas pour le salarié qui n'a pas bénéficié du repos compensateur, puisque celui-ci est la seule contrepartie des heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent. L'indemnité de repos compensateur non pris, correspond donc à une rémunération devant être prise en compte, au titre de salaire de la période de référence, dans l'assiette de calcul de l'indemnité de licenciement ainsi que pour l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

► Je conclus au rejet sur les deuxième et troisième moyens.