



RAPPORT DE M. FLORES, CONSEILLER

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]

Avec une proposition de rejet non spécialement motivé des deuxième, troisième et quatrième moyens en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [X] a été engagée en qualité d'ambulancier à compter du 18 novembre 2013 par la société TADP Ambulances.

Le 18 novembre 2017, le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail. Il a saisi, le 26 mars 2018, la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail.

Par jugement du 3 octobre 2019, le conseil de prud'hommes de Roubaix a dit que la prise d'acte n'était pas justifiée, condamné l'employeur au paiement de sommes à titre de rappel de salaire sur l'indemnité compensatrice de congé payé, a débouté le salarié de ses autres demandes et l'a condamné au paiement d'une somme à titre d'indemnité compensatrice de préavis.

Par arrêt du 8 juillet 2022, la cour d'appel de Douai a notamment :

- Infirmé le jugement entrepris en date du 3 octobre 2019, sauf en ses dispositions déboutant M. [U] [X] 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 la société TADP Ambulances à M. [U] [X] les 13 juillet et 15 décembre 2017 ;
- Dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de M. [U] [X] a les effets d'un licenciement nul à la date du 18 décembre 2017 ;
- Déclaré M. [U] [X] recevable en sa demande indemnitaire fondée sur l'entrave à ses fonctions de délégué du personnel ;
- Condamné la société TADP Ambulances à payer à M. [U] [X] les sommes suivantes :
- 1 049,42 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés,
- 1 000 euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par les sanctions disciplinaires abusives,
- 3 000 euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par l'entrave à ses fonctions de délégué du personnel,
- 6 000 euros en réparation de son préjudice moral causé par le harcèlement moral qu'il a subi,
- 55 414,10 euros à titre d'indemnité pour la violation de son statut protecteur,
- 11 082,78 euros à titre d'indemnité pour licenciement nul,
- 3 694,26 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 369,42 euros pour les congés payés y afférents,
- 1 962,60 euros d'indemnité légale de licenciement ;
- Condamné la société TADP Ambulances à payer à M. [U] [X] une somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;
DÉBOUTE les parties du surplus de leurs demandes ;

L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 8 septembre 2022. Le mémoire ampliatif a été déposé le 3 janvier 2023. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 500 euros. Le mémoire en défense a été déposé le 3 mars 2023. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 500 euros.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. - Premier moyen

La société TADP FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué de l'AVOIR condamnée à payer à M. [X] la somme de 1 049,42 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés

ALORS 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 ; qu'en jugeant que cette retenue devait se calculer sur la base du salaire de base brut sans tenir compte à ce stade des heures supplémentaires et éventuels jours fériés ou dimanche travaillés le mois précédent, la cour d'appel a violé l'article L 3141-24 du code du travail.

2.2. - Deuxième moyen

La société TADP FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR annulé l'avertissement du 13 juillet 2017 et de l'AVOIR condamnée à payer à M. [X] la somme de 1.000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par les sanctions disciplinaires abusives

1/ ALORS QU'il appartient au salarié de justifier ses absences et, en conséquence, d'établir qu'il a obtenu de son employeur une autorisation d'absence; qu'en faisant peser sur la société TADP la charge d'établir qu'elle avait expressément refusé la demande d'absence de M. [X], la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation de l'article 1315 devenu 1353 du code civil ;

2/ ALORS QU'qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que dans un échange de SMS du 27 juin 2017, veille de l'absence de M. [X], la société TADP avait rappelé à son salarié qu'il devait être présent le lendemain, et que ce dernier avait répondu qu'ils avaient convenu qu'il ne travaillait pas le lendemain pour cause de rendez-vous médical ; qu'il résultait de ce même échange de SMS que la société TADP avait répondu à M. [X] : « nous n'avons rien convenu, tu es au planning depuis un mois. Si tu n'es pas présent, tu seras en absence injustifiée » ; qu'en ne tenant pas compte de ce refus exprès de l'employeur au motif inopérant qu'il était trop tardif, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations desquelles il ressortait que l'absence de M. [X] le 28 juin 2017 était injustifiée, en violation de l'article L 1333-1 du code du travail.

2.3. - Troisième moyen

La société TADP FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué de l'AVOIR condamnée à payer à M. [X] la somme de 1.000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par les sanctions disciplinaires abusives

1/ ALORS QUE l'octroi de dommages et intérêts suppose l'existence d'un préjudice qu'il appartient aux juges de caractériser ; qu'en affirmant que le caractère abusif des deux avertissements prononcés à l'égard de M. [X] en moins de 6 mois lui avait « nécessairement » causé un préjudice, la cour d'appel a violé l'article 1147 devenu 1231-1 du code civil ;

2/ ALORS QU'en retenant que le caractère abusif des deux avertissements prononcés à l'égard de M. [X] en moins de 6 mois lui avait nécessairement causé un préjudice dès lors qu'ils étaient « susceptibles » d'avoir une influence sur la suite de sa carrière au sein de l'entreprise, la cour d'appel, qui s'est prononcée par un motif hypothétique, a violé l'article 455 du code de procédure civile.

2.4. - Quatrième moyen

La société TADP FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué de l'AVOIR condamnée à verser à M. [X] la somme de 6000 euros à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral, d'AVOIR dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de M. [U] [X] a les effets d'un licenciement nul à la date du 18 décembre 2017 et de l'AVOIR en conséquence condamnée à lui verser les sommes de 55 414,10 euros à titre d'indemnité pour la violation de son statut protecteur, 11 082,78 euros à titre d'indemnité pour licenciement nul, 3 694,26 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 369,42 euros pour les congés payés y afférents et 1 962,60 euros d'indemnité légale de licenciement

1/ ALORS QUE pour retenir l'existence d'un harcèlement moral, la cour d'appel s'est fondée sur le prononcé de sanctions abusives qu'elle a annulées ; que la cassation à intervenir des chefs de dispositif de l'arrêt annulant l'avertissement du 13 juillet 2017 et condamnant la société TADP au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé, entraînera par voie de conséquence la cassation de ces chefs de dispositif en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2/ ALORS QU'interdiction est faite au juge de dénaturer les conclusions des parties ; que dans les conclusions d'appel de la société TADP, figurait un tableau récapitulatif, à partir de ses bulletins de paie, le nombre d'heures supplémentaires effectuées par M. [X] au cours des mois de juillet 2016 et de février à octobre 2017 ; qu'au titre des mois de juin et septembre 2017, figuraient respectivement 15, 42 et 17, 66 heures supplémentaires ; qu'en affirmant qu'il ressortait de ce tableau que le nombre d'heures supplémentaires n'avait, à compter du mois de mai 2017, jamais excédé 15 heures mensuelles, pour en déduire la baisse du nombre d'heures supplémentaires confiées au salarié, la cour d'appel a dénaturé les conclusions d'appel de l'exposante en violation du principe susvisé ;

3/ ALORS QUE pour retenir que M. [X] avait fait l'objet de harcèlement moral, la cour d'appel a retenu que les faits établis à l'encontre de la société TADP avaient entraîné une dégradation de ses conditions de travail et de son état de santé au vu des deux arrêts maladie dont il a fait l'objet du 7 au 18 juin 2017 et du 5 au 9 juillet 2017 ; qu'en statuant ainsi lorsque les faits retenus à l'encontre de l'employeur consistant en deux avertissements des 13 juillet et 15 décembre 2017, une mention dénigrante apposée sur le rapport de l'inspection du travail établi en octobre 2017 et l'envoi tardif de la déclaration d'accident du travail du salarié à la CPAM au mois d'octobre 2017, étaient tous postérieurs aux arrêts maladie, si bien qu'ils ne pouvaient en être à l'origine, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations en violation de l'article L 1152-1 du code du travail.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- Calcul de l'indemnité de congé payé selon la formule du maintien de salaire.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. - Premier moyen

L'article L. 3141-24 du code du travail, qui est d'ordre public, dispose :

.- Le congé annuel prévu à l'article L. 3141-3 ouvre droit à une indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence.

Pour la détermination de la rémunération brute totale, il est tenu compte :

1° De l'indemnité de congé de l'année précédente ;

2° Des indemnités afférentes à la contrepartie obligatoire sous forme de repos prévues aux articles L. 3121-30, L. 3121-33 et L. 3121-38 ;

3° Des périodes assimilées à un temps de travail par les articles L. 3141-4 et L. 3141-5 qui sont considérées comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement.

Lorsque la durée du congé est différente de celle prévue à l'article L. 3141-3, l'indemnité est calculée selon les règles fixées au présent I et proportionnellement à la durée du congé effectivement dû.

II.-Toutefois, l'indemnité prévue au I du présent article ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler.

Cette rémunération, sous réserve du respect des dispositions légales, est calculée en fonction :

1° Du salaire gagné dû pour la période précédant le congé ;

2° De la durée du travail effectif de l'établissement.

III.-Un arrêté du ministre chargé du travail détermine les modalités d'application du présent article dans les professions mentionnées à l'article L. 3141-32.

L'indemnité de congé payé doit donc être définie au regard de deux assiettes de calcul, la règle des 10 % ou bien le maintien de salaire, la plus favorable des deux devant être versée.

L'indemnité de congé payé doit tenir compte des jours fériés inclus dans la période de prise des congés :

*Qu'en se déterminant ainsi, alors que pour le calcul de l'indemnité de congés-payés, la comparaison à opérer entre l'indemnité calculée en application de la règle du dixième et celle calculée en application de la règle du maintien du salaire, **doit être effectuée sur la base du même nombre de jours de congés sans exclusion de la rémunération des jours fériés et chômés inclus dans la durée desdits congés-payés**, le conseil de prud'hommes qui n'a pas procédé à cette comparaison, n'a pas donné de base légale à sa décision ; (Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-22.818, 12-22.819, 12-22.820, 12-22.821, 12-22.822, 12-22.823, 12-22.825, 12-22.824, 12-22.826, 12-22.827, 12-22.828, 12-22.829, 12-22.830, 12-22.831, 12-22.809, 12-22.810, 12-22.811, 12-22.812, 12-22.813, 12-22.814, 12-22.815, 12-22.817).*

Mais attendu que le salarié ne peut prétendre, pour la durée totale du congé payé, à une indemnité supérieure au dixième de la rémunération perçue au cours de la période de référence que s'il eut perçu une rémunération plus élevée en continuant à travailler pendant ses jours de congé, y compris le jour de remplacement du jour férié accordé ; Et attendu qu'ayant constaté dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le syndicat CGT ne rapportait pas une telle preuve, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-13.725)

En l'espèce, le litige ne porte que sur la détermination de l'indemnité de congé payé en application de la règle dite du "maintien de salaire".

La règle du maintien de salaire conduit à déterminer le salaire que le travailleur aurait dû percevoir durant la période de congés sur la base de l'horaire de travail prévu. Ainsi en cas d'alternance de périodes hautes et de périodes basses, sans lissage du salaire, il faut retenir l'horaire réel que le salarié aurait accompli et non une moyenne de durée de travail :

Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Poitiers, 17 décembre 1984), que M [X...] salarié de la société Gipelec, était astreint à un horaire de travail alterné, savoir 33 heures une semaine et 44 heures la suivante, soit un horaire moyen de 38 heures 50 ; que l'employeur ayant décidé de fixer un congé pendant la cinquante deuxième semaine de l'année 1983, a décidé que l'horaire pour cette période de congé

serait de 38 heures 50 et a en conséquence payé l'indemnité sur cette base ; que M [X...] contestant le mode de calcul utilisé par l'employeur, a saisi le conseil de prud'hommes qui a fait droit à sa demande de rappel d'indemnités de congés payés ;

Attendu que la société Gipelec fait grief à la décision de l'avoir condamnée à payer à M [X...] un rappel de salaires pour congés payés, un rappel de prime de fin d'année ainsi qu'un rappel de prime d'ancienneté et un rappel de prime d'équipe, alors que, selon le moyen, d'une part, l'article L 223-11 du Code du travail énonce que " l'indemnité afférente au congé prévu par l'article L 223-2 est égale au dixième de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence ; toutefois, l'indemnité ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler, cette rémunération étant, sous réserve de l'observation des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, calculée à raison tout à la fois du salaire gagné pendant la période précédant le congé et de la durée du travail effectif de l'établissement " ; que le conseil de prud'hommes de Poitiers, en relevant que l'horaire effectif pratiqué à la société Gipelec depuis octobre 1982 est de 38 heures 50 par semaine répartie de telle façon que les salariés effectuent 44 heures une semaine, puis 33 heures la semaine suivante, n'a pas déduit de ses propres constatations de fait les conséquences légales qu'elles imposaient et qu'il a ainsi violé l'article L 223-11 du Code du travail par fausse interprétation ; alors que, d'autre part, la société Gipelec a fait valoir dans ses conclusions qu'en décidant de fermer l'établissement au titre de la cinquième semaine de congés payés du 26 décembre au 31 décembre 1983, ce qui l'a nécessairement conduit à suspendre l'aménagement d'horaires sur deux semaines pour chaque équipe dans le but de rétablir un équilibre entre celles-ci, elle n'a agi que dans le cadre de son pouvoir de direction ; qu'en s'abstenant de répondre à ces conclusions qui étaient de nature à influencer sur la solution du litige, le conseil de prud'hommes de Poitiers a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte de l'article L 223-11 du Code du travail que l'indemnité de congés payés doit être calculée en tenant compte du salaire qui aurait été perçu pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler ; que dès lors, **ayant constaté que l'horaire de travail de M [X...] aurait été de 44 heures pour la cinquante deuxième semaine de 1983, si celui-ci ne s'était pas trouvé en congés, les juges du fond, répondant ainsi en les rejetant aux conclusions invoquées, ont pu en déduire que l'indemnité de congés payés due à ce salarié devait être calculée sur la base de 44 heures** ; que le moyen ne peut donc être accueilli ; (Soc., 2 juin 1988, pourvoi n° 85-41.200, Bulletin 1988 V N° 341)

De même en cas de dimanches qui auraient dû être travaillés sur la période de congés :

Attendu que le salaire des travailleurs postés de l'usine de [Localité 4] de la Société A.T.O. Chimie est majoré de 30 % lorsqu'ils travaillent le dimanche ; que la société ayant tenu compte de cette majoration à partir de 1977 pour le calcul des indemnités de congé payé, le jugement attaqué a dit [H] fondé à prétendre que ses indemnités de congé payé des trois années précédentes auraient dû être majorées dans les mêmes conditions, et lui a alloué un rappel de 307,44 francs ;

Attendu qu'il est fait grief aux juges du fond d'avoir fait droit à la demande, alors, d'une part, qu'ils n'ont pas recherché si le salarié avait travaillé trois dimanches sur quatre tout au long de l'année, de sorte que le paiement de la gratification aurait véritablement présenté tous les caractères de certitude et de régularité nécessaire à sa qualification comme supplément de salaire, et d'avoir seulement retenu qu'il aurait travaillé trois dimanches sur quatre en 1974, 1975 et 1976 s'il n'avait pas pris ses congés payés, se

déterminant ainsi par un motif hypothétique, et alors, d'autre part, qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 1976, modifiant l'article L. 223-11, du Code du travail les avantages accordés pour compenser un service rendu en dehors des conditions normales de travail, quelle qu'en fût la nature, majoration de salaire ou repos compensateur, n'entraient pas, sauf dispositions contractuelles contraires ou constatation de critères permettant de la considérer comme de véritables suppléments de salaires, dans la base de calcul de l'indemnité de congés payés;

Mais attendu sur la première branche du moyen que le Tribunal d'instance a relevé que l'avantage en cause consistait en une majoration de salaire, ce qui impliquait qu'il faisait partie de la rémunération, à supposer même qu'il n'eût pas été constamment perçu pendant tout le cours de l'année; **qu'après avoir rappelé qu'en vertu de l'article L. 223-11 du Code du travail, l'indemnité de congé payé ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler, il a déduit des témoignages recueillis lors d'une enquête que [H] aurait travaillé trois dimanches sur quatre s'il n'avait pas pris de congés en 1974, 1975 et 1976; que par cette appréciation de fait, qui n'a rien d'hypothétique et échappe au contrôle de la Cour de cassation, il a justifié sa décision; Et attendu qu'en sa seconde branche le moyen, mélangé de fait et de droit, est nouveau et par suite irrecevable.** (Soc., 19 février 1981, n° 79-41.353).

Il est nécessaire de tenir compte des jours qui auraient été effectivement travaillés durant la période de congés :

Vu les articles L. 223-2, L. 223-11 et L. 223-14 du Code du travail;

Attendu que l'indemnité compensatrice de congé est égale au douzième de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence sans pouvoir être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler et qui est calculée à raison notamment de la durée du travail effectif de l'établissement; que lorsque l'horaire hebdomadaire de travail est réparti sur 5 jours, le samedi étant chômé et non payé, ce sixième jour demeure ouvrable pour la détermination du congé, sans l'être pour le calcul du salaire ni de l'indemnité de congé;

Attendu que pour calculer l'indemnité compensatrice de congé à laquelle [X...] avait droit au moment de sa démission, le jugement attaqué a tenu compte du nombre de jours ouvrables compris dans le congé;

Attendu cependant que l'indemnité compensatrice des salaires perdus pendant la durée des congés payés doit être calculée compte tenu des journées qui auraient été effectivement travaillées au cours de cette période; que les juges du fond ont donc fait une fausse application des textes susvisés. (Soc., 29 novembre 1979, n° 78-41.137).

L'application de la formule du maintien de salaire ne s'oppose pas à ce que les sommes perçues par le salarié au titre du mois pendant lequel le congé payé est exercé, puissent être supérieures au salaire mensuel :

Attendu que la société reproche également aux juges du fond d'avoir décidé que l'indemnité de congés payés calculée conformément à l'article 321 de la convention collective ne couvrait que la période d'absence au titre des congés du salarié et que toute autre période travaillée devait être normalement indemnisée, alors, selon le moyen, que le total de l'indemnité de congés payés et de la rémunération correspondant aux jours travaillés ne peut être supérieur au montant du salaire mensuel ; que la cour d'appel a violé l'article L. 223-11 du Code du travail ;

Mais attendu que les dispositions de l'article L. 223-11 du Code du travail, qui imposent seulement que l'indemnité de congés payés soit au moins égale à la rémunération que

*le salarié aurait perçue s'il avait travaillé, impliquent, contrairement aux énonciations du moyen, que le total de la rémunération des jours travaillés et de l'indemnité de congés payés peut, dans certains cas, être supérieur au salaire mensuel ;
Que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 12 janvier 1994, pourvoi n° 91-20.443).*

Du fait de la mensualisation, le salarié ne peut prétendre au titre des jours ouvrables travaillés pendant le mois où le congé payé est exercé qu'au salaire proportionnel :

*ATTENDU QUE [J], AJUSTEUR P 2 AU SERVICE DE LA SOCIETE SKF DEPUIS 1960 ET REMUNERE MENSUELLEMENT A PRIS, EN 1971, SON CONGE ANNUEL DE VINGT-QUATRE JOURS OUVRABLES DU 1ER AU 29 AOUT INCLUS;
QU'AYANT PERCU UNE INDEMNITE DE CONGE PAYE EGALE AUX 24/26 DE SON SALAIRE MENSUEL POUR UN MOIS COMPRENANT VINGT-SIX JOURS OUVRABLES, IL LUI A ETE PAYE POUR LES DEUX JOURNEES DE TRAVAIL DES 30 ET 31 AOUT UNE REMUNERATION EGALE AUX 2/26 RESTANTS;
QUE SE FONDANT SUR CE QU'IL N'ETAIT TRAVAILLE, EN MOYENNE, QUE VINGT-DEUX JOURS PAR MOIS DANS L'ENTREPRISE, IL A RECLAME UN COMPLEMENT DE SALAIRE DE 18,54 FRANCS REPRESENTANT LA DIFFERENCE ENTRE LES 2/22 ET LES 2/26 DE SON TRAITEMENT MENSUEL;
QUE LE CONSEIL DES PRUD'HOMMES A ACCUEILLI SA DEMANDE AUX MOTIFS ESSENTIELS QU'UNE NOTE DE LA DIRECTION POUR LE CALCUL DU SALAIRE MENSUEL DU PERSONNEL EMBAUCHE EN COURS DE MOIS, TENAIT COMPTE DE VINGT-DEUX JOURS TRAVAILLES PAR MOIS;
ATTENDU QU'EN STATUANT AINSI, ALORS QUE, D'UNE PART, [J], RETRIBUE MENSUELLEMENT EN VERTU DES ACCORDS SUSVISES SUR LA MENSUALISATION, AYANT PERCU LES 24/26 DE SON SALAIRE MENSUEL A TITRE D'INDEMNITE POUR UN CONGE DE VINGT-QUATRE JOURS OUVRABLES, NE POUVAIL PRETENDRE POUR LE TRAVAIL ACCOMPLI AU COURS DES DEUX JOURS OUVRABLES QUI RESTAIENT A COURIR DANS LE MEME MOIS QU'AU SALAIRE CORRESPONDANT AUX 2/26 DUDIT SALAIRE MENSUEL QUI SE TROUVAIT AINSI COMPLETE, ALORS QUE, D'AUTRE PART, LA NOTE D'INFORMATION DE LA SOCIETE RELATIVE AU MODE DE CALCUL DE LA REMUNERATION MENSUELLE DES SALARIES EMBAUCHES EN COURS DE MOIS NE POUVAIL ETRE ETENDUE A DES SITUATIONS QU'ELLE NE CONCERNAIT PAS ET ETAIT INAPPLICABLE, EN L'ESPECE, ET ALORS, ENFIN, QUE [J] N'AURAIT PU PRETENDRE QUE LES DEUX JOURNEES TRAVAILLEES SOIENT REMUNEREES SUR LA BASE DE 2/22 DU SALAIRE MENSUEL QUE SI LA PERIODE DE CONGE, DECOMPTEE DE LA MEME MANIERE D'APRES LE NOMBRE DES JOURNEES TRAVAILLEES ET NON D'APRES CELUI DES JOURS OUVRABLES, AVAIT DONNE LIEU AU VERSEMENT D'UNE INDEMNITE CALCULEE EGALEMENT SUR 20/22 DUDIT SALAIRE, LES JUGES D'APPEL ONT VIOLE LES TEXTES SUSVISES; (Soc., 16 janvier 1974, n° 72-40.681, Bull. N° 43).*

La Cour de Justice de l'Union européenne se réfère également aux éléments de rémunération qui auraient été perçus par le salarié s'il avait travaillé durant la période de congé payé : Le salarié doit jouir, durant sa période de repos et de détente, de conditions économiques comparables à celles concernant l'exercice de son travail :

À cet égard, une augmentation des droits au congé annuel payé au-delà du minimum requis à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 ou la possibilité d'obtenir un droit au congé annuel payé d'un seul tenant sont des mesures favorables aux travailleurs qui vont au-delà des exigences minimales prévues à cette disposition et, dès lors, ne sont pas régies par celle-ci. Ces mesures ne peuvent servir à compenser l'effet négatif, pour le travailleur, d'une réduction de la rémunération due au titre de ce congé, sous peine de remettre en

cause le droit au congé annuel payé au titre de ladite disposition, dont fait partie intégrante le droit pour le travailleur de jouir, durant sa période de repos et de détente, de conditions économiques comparables à celles concernant l'exercice de son travail.

44 Il convient de rappeler à ce propos que l'obtention de la rémunération ordinaire durant la période de congé annuel payé vise à permettre au travailleur de prendre effectivement les jours de congé auxquels il a droit (voir, en ce sens, arrêts du 16 mars 2006, *Robinson-Steele e.a.*, C-131/04 et C-257/04, EU:C:2006:177, point 49, ainsi que du 22 mai 2014, *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, point 20). Or, lorsque la rémunération versée au titre du droit au congé annuel payé prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 est, comme dans la situation en cause au principal, inférieure à la rémunération ordinaire que le travailleur reçoit pendant les périodes de travail effectif, celui-ci risque d'être incité à ne pas prendre son congé annuel payé, du moins pendant les périodes de tel travail, dans la mesure où cela conduirait, pendant ces périodes, à une diminution de sa rémunération.

45 Il convient d'ajouter, à cet égard, que, si l'article 8, point 1.1, de la convention collective du bâtiment fixe la durée du congé annuel de repos à 30 jours, indépendamment des périodes de chômage partiel au cours desquelles le travailleur n'a pas fourni de travail effectif, il ressort de l'article 8, point 4.3, de cette convention que, en cas de congé pris partiellement, l'indemnité de congés payés est proportionnellement réduite. Ainsi, la convention collective du bâtiment a pour effet qu'un travailleur qui ne prend pas l'intégralité des jours de congé auxquels il a droit au titre de cette convention, mais uniquement les jours de congé auxquels il a droit en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88, compte tenu des périodes de chômage partiel, se voit accorder une indemnité de congé payé inférieure à celle à laquelle il a droit en vertu de cet article 7.

46 **Enfin, quant à la règle selon laquelle les heures supplémentaires accomplies par le travailleur sont prises en compte aux fins du calcul de la rémunération due au titre des droits au congé annuel payé, il y a lieu de relever que, en raison de son caractère extraordinaire et imprévisible, la rémunération reçue pour des heures supplémentaires accomplies ne fait pas, en principe, partie de la rémunération ordinaire à laquelle le travailleur peut prétendre au titre du congé annuel payé prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88.**

47 Toutefois, lorsque les obligations découlant du contrat de travail exigent du travailleur qu'il effectue des heures supplémentaires ayant un caractère largement prévisible et habituel, et dont la rémunération constitue un élément important de la rémunération totale que le travailleur perçoit dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, la rémunération reçue pour ces heures supplémentaires devrait être incluse dans la rémunération ordinaire au titre du droit au congé annuel payé prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88, afin que le travailleur jouisse, lors de ce congé, de conditions économiques comparables à celles dont il bénéficie lors de l'exercice de son travail. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans le cadre du litige au principal.

48 S'agissant du rôle du juge national lorsqu'il doit trancher un litige entre particuliers dans lequel il apparaît que la réglementation nationale en cause est contraire au droit de l'Union, il convient encore de rappeler qu'il incombe audit juge national d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables des dispositions du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celles-ci (arrêts du 19 janvier 2010,

Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, point 45, et du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 29).

49 À cet égard, l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles (arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 30 et jurisprudence citée).

50 Il s'ensuit que, en appliquant le droit national, les juridictions nationales appelées à l'interpréter sont tenues de prendre en considération l'ensemble des règles de ce droit et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa, TFUE (arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 31 et jurisprudence citée).

51 Si l'obligation pour le juge national de se référer au droit de l'Union lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne est limitée par les principes généraux du droit et si elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national, l'exigence d'une interprétation conforme inclut, cependant, l'obligation, pour les juridictions nationales, de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive (voir, en ce sens, arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, points 32 et 33 ainsi que jurisprudence citée).

52 En l'occurrence, dans un litige tel que celui au principal, qui oppose des personnes privées, à savoir M. [Z] et [K], la juridiction de renvoi est tenue d'interpréter sa réglementation nationale de manière conforme à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88. À cet égard, il y a lieu de préciser qu'une telle interprétation devrait aboutir à ce que l'indemnité de congés payés versée aux travailleurs, au titre du congé minimum prévu par cette disposition, ne soit pas inférieure à la moyenne de la rémunération ordinaire perçue par ceux-ci pendant les périodes de travail effectif. En revanche, ladite disposition n'oblige pas à interpréter la réglementation nationale comme donnant droit à une prime conventionnelle qui s'additionne à cette moyenne de la rémunération ordinaire, ni à ce que la rémunération reçue pour des heures supplémentaires soit prise en compte, à moins que les conditions énoncées au point 47 du présent arrêt ne soient remplies.

53 Il résulte des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la première partie de la première question que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la Charte doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, aux fins du calcul de l'indemnité de congés payés, permet de prévoir par convention collective la prise en compte des réductions de rémunération résultant de l'existence, au cours de la période de référence, de jours où, en raison d'un chômage partiel, aucun travail effectif n'est fourni, ce qui a pour conséquence que le salarié perçoit, pour la durée du congé annuel minimum dont il bénéficie au titre de cet article 7, paragraphe 1, une indemnité de congés payés inférieure à la rémunération ordinaire qu'il reçoit pendant les périodes de travail. **Il appartient à la juridiction de renvoi d'interpréter la réglementation nationale, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive 2003/88, de manière à ce que l'indemnité de congés payés versée aux travailleurs, au titre du congé**

minimum prévu audit article 7, paragraphe 1, ne soit pas inférieure à la moyenne de la rémunération ordinaire perçue par ceux-ci pendant les périodes de travail effectif. (CJUE, 13 décembre 2018, Torsten Hein, C - 385/17)

Le moyen pose une question de valorisation des jours de congés qui vont être retirés du salaire mensuel avant d'être remplacés par l'indemnité de congé payé correspondante, doivent-ils inclure les heures supplémentaires et jours fériés du mois de référence ?

La cour d'appel a énoncé :

En l'espèce, les parties s'opposent sur l'application du L. 3141-24 II et plus précisément sur la méthode de calcul des sommes à retirer au titre des absences prises sur le bulletin de salaire, avant de les compenser par la rémunération susvisée.

Il est constant qu'afin d'éviter une double rémunération au titre d'un jour de congé, il convient de déduire du salaire la part correspondant aux jours d'absence pris avant d'y ajouter le montant de l'indemnité compensatrice de congé payés calculée selon les modalités susvisées en retenant les plus favorables.

Or, si dans la seconde méthode de calcul qu'entend appliquer la société TADP Ambulances, la rémunération au titre du jour de congé payé doit conformément aux dispositions précitées être calculée à partir du salaire brut réellement perçu le mois précédent (salaire brut de juillet si congés en août), le salaire de référence sur lequel asseoir le calcul des sommes à retirer préalablement 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.

C'est le sens du rapport de Mme [G] établi à la demande de plusieurs salariés et auquel la société TADP Ambulances n'oppose d'ailleurs aucune démonstration objective contraire. Seul le salaire brut de base de M. [X] doit donc être pris en compte sur la base de 26 jours ouvrables pour calculer les sommes à retirer au titre des absences prises, avant d'ajouter l'indemnité de congés payés due pour cette même période.

Ainsi que le fait à juste titre observer M. [X] à partir de ses bulletins de salaire, la société TADP Ambulances a d'ailleurs modifié sa méthode de calcul dès l'année 2017, en adoptant comme salaire de référence le salaire brut de base complétée de la prime d'ancienneté, ce qui confirme la justesse des revendications de l'appelant.

4.2. - Deuxième moyen

La cour d'appel a énoncé :

Les parties s'accordent sur le fait que M. [X] savait depuis début juin 2017 qu'il était inscrit sur le planning du 28 juin 2017. Il est acquis aux débats que ce jour là, il n'a pas travaillé en raison d'un RDV auprès d'un médecin agréé en vue du renouvellement de son autorisation de conduire comme ambulancier, l'intéressé produisant au demeurant les justificatifs du RDV.

Il ressort d'une attestation suffisamment circonstanciée d'une autre salariée, Mme [V] qui, en dépit de l'absence de carte d'identité jointe à son attestation, est parfaitement identifiée par la société TADP Ambulances dans la mesure où elle a également attesté en sa faveur sur un autre incident, les 2 signatures étant au demeurant identiques, qu'une semaine avant le RDV médical, elle a entendu une discussion entre M. [X] et M. [B] au cours de laquelle le premier a confirmé son absence le 28 juin en raison d'un RDV planifié qu'il lui avait déjà signalé.

Il sera aussi relevé que M. [B] a interpellé son salarié la veille du RDV à 19h17 par SMS pour s'assurer de sa présence le lendemain, ce qui tend à confirmer qu'il avait

connaissance d'une potentielle difficulté. Or, M. [X] a de nouveau rappelé qu'ils étaient convenus qu'il ne travaillait pas le lendemain pour 'cause de RDV médical'.

Force est de constater que la société TADP Ambulances ne produit aucune pièce pour contredire les pièces adverses qui tendent ainsi à établir que les parties ont évoqué à plusieurs reprises l'absence de l'intéressé le 28 juin 2017.

L'intimée ne justifie pas non plus avoir expressément refusé cette demande d'absence, le SMS de la veille au soir étant trop tardif pour constituer une notification régulière d'un éventuel refus.

Au regard de ces éléments pris dans leur ensemble, il existe donc un doute quant au fait que M. [X] n'aurait pas prévenu son employeur de son absence prévue de longue date et que celui-ci aurait refusé qu'il s'absente, et ce d'autant plus que le RDV médical était lié à l'exercice de son emploi.

A défaut pour la société TADP Ambulances d'établir avec certitude la faute alléguée, il convient d'annuler cet avertissement.

Sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause le pouvoir d'appréciation des juges du fond qui, après avoir examiné les éléments de faits et de preuve qui leur étaient soumis, ont considéré que le caractère fautif de l'absence reprochée au salarié n'était pas établi.

Le deuxième moyen pourrait faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé conformément à l'article 1014 du code de procédure civile.

4.3. - Troisième moyen

La cour d'appel a énoncé :

“Le caractère abusif des deux avertissements prononcés à l'encontre de l'appelant en moins de 6 mois et qui viennent d'être annulés, a nécessairement causé à M. [X] un préjudice dès lors qu'ils étaient susceptibles d'avoir une influence sur la suite de sa carrière au sein de l'entreprise, de sorte qu'il convient de lui accorder à titre de réparation une somme de 1 000 euros.”

La première branche critique des motifs surabondants, la cour d'appel ayant caractérisé le préjudice subi en relevant que les deux avertissements annulés étaient abusifs et de nature à influencer sur la carrière du salarié.

La première branche est donc inopérante.

La seconde branche manque en fait, la cour d'appel n'ayant pas statué par des motifs hypothétiques, l'emploi des termes “étaient susceptibles” ayant été employés au sens de “nature à” avoir une influence sur la suite de la carrière du salarié.

Le troisième moyen pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 CPC.

4.4. - Quatrième moyen

La première branche invoque une cassation par voie de conséquence du troisième moyen, de sorte que son sort lui est lié. En cas de rejet du troisième moyen, la première branche serait privée de portée.

La deuxième branche critique des motifs surabondants, la cour d'appel ayant également énoncé que “la comparaison des bulletins de salaire de M. [X] entre 2016 et

2017, et plus particulièrement à partir de mai 2017, confirme la baisse du nombre d'heures supplémentaires qui dépassait régulièrement 30 heures par mois en 2016, avant de ne jamais excéder 15 heures mensuelles à compter de mai 2017". Cette branche paraît donc inopérante.

La troisième branche ne paraît pas fondé.

La cour d'appel a énoncé :

M. [X] insiste sur la courte période pendant laquelle ces faits se sont déroulés et leur concomitance avec ses démarches pour que soient organisées des élections professionnelles puis avec l'exercice de son mandat.

Il entend également établir à travers des certificats médicaux que ces faits ont eu un impact sur son état de santé et sont notamment à l'origine de son état anxio dépressif réactionnel et de ses arrêts maladie de juin et juillet 2017.

Il résulte des précédents développements qu'est établie la matérialité des faits tirés de:

- l'existence de sanctions disciplinaires abusives et de menaces d'éventuelles autres sanctions, dans la mesure où entre mars et décembre 2017, soit en 9 mois, M. [X] a fait l'objet des 2 avertissements annulés par le présent arrêt ainsi que d'une menace de poursuite suivant le courrier du 16 mars 2017 dont le contenu rappelé plus haut pouvait légitimement le laisser craindre qu'une sanction disciplinaire sévère soit prise à son égard, et d'une convocation le 8 novembre 2017 à un entretien en vue de son licenciement pour faute grave, source évidente de stress, qui a finalement abouti au prononcé de l'avertissement de décembre 2017 au demeurant annulé,

- la tenue de propos visant à le dénigrer aux yeux de ses collègues, compte tenu de la teneur du commentaire précédemment évoqué fait par M. [B] sur le rapport de l'inspecteur du travail du 26 octobre 2017.

La cour d'appel qui a retenu l'existence de faits imputables à l'employeur qui se sont déroulés de mars à décembre 2017, antérieurs et postérieurs aux arrêts maladie de juin et juillet 2017, a tiré les conséquences légales de ses constatations et n'encourt donc pas le grief visé à la troisième branche.

Le quatrième moyen pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 CPC.