



RAPPORT DE Mme TECHER, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 412 du 24 avril 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-20.415

Décision attaquée : Cour d'appel de Nîmes du 21 juin 2022

la société Eiffage énergie systèmes - indus Provence

C/

M. [Y] [U]

Le présent rapport contient des propositions de rejets non spécialement motivés, formulées en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [U] a été engagé en qualité d'ouvrier professionnel, à compter du 1^{er} avril 2008, par la société Forclum Vallée du Rhône.

Le contrat de travail a été transféré à compter du 1^{er} avril 2015 à la société Eiffage énergie Vallée du Rhône, aux droits de laquelle se trouve la société Eiffage énergie systèmes - indus Provence.

Dans le dernier état de la relation contractuelle, le salarié occupait des fonctions de monteur électricien.

Dans le courant de l'année 2016, il a été placé en activité partielle.

Le 15 décembre 2016, une mise à pied disciplinaire lui a été notifiée.

Le 9 janvier 2017, le salarié a été licencié pour faute grave, après avoir été mis à pied à titre conservatoire le 20 décembre 2016.

Le salarié ainsi que le syndicat CGT Forclum PACA et l'Union régionale CGT des salariés de la construction, du bois et du bâtiment CGT PACA (les syndicats) ont saisi la juridiction prud'homale le 16 juin 2017 de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 25 mars 2019, le conseil de prud'hommes d'Orange a débouté le salarié et les syndicats de leurs demandes, dit n'y avoir lieu à l'application de l'article 700 du code de procédure civile au bénéfice de l'employeur et condamné solidairement le salarié et les syndicats aux dépens.

Par arrêt du 21 juin 2022, la cour d'appel de Nîmes a infirmé le jugement et, statuant à nouveau et y ajoutant :

- annulé la mise à pied disciplinaire,
- dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- condamné l'employeur à payer au salarié diverses sommes à titre de rappel d'indemnités de grand déplacement, de rappel de salaire sur temps de trajet, outre congés payés afférents, de rappel d'indemnités d'activité partielle, d'incidence sur le treizième mois, de rappel de salaire sur mise à pied disciplinaire, de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, de rappel de salaire sur mise à pied conservatoire, d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi qu'en application de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné l'employeur à payer à chacun des syndicats des sommes à titre de dommages-intérêts et au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- débouté le salarié de ses demandes à titre de remboursement des frais de garde, d'indemnité pour travail dissimulé, de rappel d'indemnités de petit déplacement et de dommages-intérêts pour licenciement brutal et vexatoire,
- et condamné l'employeur aux dépens.

L'employeur a formé un pourvoi le 19 août 2022.

Le 15 décembre 2022, il a déposé un mémoire ampliatif qui a été notifié respectivement les 21 et 29 décembre suivant au salarié et aux syndicats, constitués. Il y conclut à la cassation et à l'annulation de l'arrêt et à la condamnation *in solidum* des défendeurs à lui payer la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 21 février 2023, le salarié et les syndicats ont déposé un mémoire en défense qui a été notifié le même jour à l'employeur et dans lequel ils concluent au rejet du pourvoi ainsi qu'à la condamnation de ce dernier à leur payer la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure apparaît régulière en la forme et en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte des moyens

Dans un premier moyen, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié certaines sommes à titre de rappel d'indemnité d'activité partielle et d'incidence sur treizième mois, alors « qu'aux termes de l'article R. 5122-18 du code du travail, dans sa rédaction issue du décret n° 2013-551 du 26 juin 2013, le salarié placé en activité partielle reçoit une indemnité horaire, versée par son employeur, correspondant à 70 % de sa rémunération brute servant d'assiette de l'indemnité de congés payés telle que prévue au II de l'article L. 3141-22 ramenée à un montant horaire sur la base de la durée légale du travail applicable dans l'entreprise ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat de travail ; qu'il en résulte que l'indemnité d'activité partielle se calcule sur la base de la rémunération brute servant d'assiette au calcul de l'indemnité de congés payés et non sur celle de l'indemnité de congés payés ; qu'en calculant l'indemnité d'activité partielle à partir du montant de l'indemnité de congés payés, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Dans un deuxième moyen divisé en deux branches, il fait grief à l'arrêt d'annuler la mise à pied disciplinaire, de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, de le condamner à payer au salarié diverses sommes à titre de rappel d'indemnité de grand déplacement, de rappel de salaire sur mise à pied disciplinaire, de rappel de salaire sur mise à pied conservatoire, d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents, d'indemnité de licenciement, d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, et de le condamner à payer à chacun des syndicats une somme à titre de dommages-intérêts, alors :

« 1°/ que l'article 8.21 de la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant jusqu'à 10 salariés) du 8 octobre 1990, énonce qu'« Est réputé en grand déplacement l'ouvrier qui travaille sur un chantier métropolitain dont l'éloignement lui interdit - compte tenu des moyens de transport en commun utilisables - de regagner chaque soir le lieu de résidence, situé dans la métropole, - qu'il a déclaré lors de son embauchage et qui figure sur sa lettre d'engagement ; - ou qu'il a fait rectifier en produisant les justifications nécessaires de son changement de résidence. » (...) » ; que selon l'article 8-22 de la même convention collective, « L'indemnité de grand déplacement correspond aux dépenses journalières normales qu'engage le déplacé en sus des dépenses habituelles qu'il engagerait s'il n'était pas déplacé. Le montant de ces dépenses journalières, qui comprennent : a) Le coût d'un second logement pour l'intéressé ; b) Les dépenses supplémentaires de nourriture, qu'il vive à l'hôtel, chez des particuliers ou dans tout autre type de logement proposé par l'employeur ; c) Les autres dépenses supplémentaires qu'entraîne pour lui l'éloignement de son foyer, est remboursé par une allocation forfaitaire égale aux coûts normaux de logement et de nourriture (petit déjeuner, déjeuner, dîner) qu'il supporte. (...) ». » ; que l'article 8.23 de la convention collective prévoit que « le remboursement des dépenses définies à l'article 8.22 est obligatoire pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, pendant lesquels l'ouvrier reste à la disposition de son employeur sur les lieux de déplacement » ; qu'il résulte de ces textes que l'indemnité de grand déplacement est destinée à couvrir les dépenses supplémentaires de nourriture et de logement effectivement exposées par un salarié en déplacement professionnel

sur un chantier dont l'éloignement lui interdit, compte tenu des moyens de transport en commun utilisables, de regagner chaque soir le lieu de résidence qu'il a déclaré et que le salarié ne peut prétendre à une indemnité de grand déplacement qu'au titre de ses frais de repas pour les jours où il a la possibilité de regagner son lieu de résidence le soir ; qu'en l'espèce, l'employeur soutenait que pour les journées du vendredi, il versait seulement une indemnisation de 18 euros (au lieu de 90 euros du lundi au jeudi) correspondant aux seuls frais de repas, dès lors que M. [U] finissant plus tôt ce jour-là, il pouvait regagner son domicile le soir et ne pouvait donc prétendre à l'indemnisation de frais de logement qu'il ne justifiait pas avoir engagés pour ce soir-là (conclusions d'appel, p. 9) ; **qu'en jugeant que la journée du vendredi étant également travaillée et le salarié restant à la disposition de l'employeur sur le lieu du déplacement, ce dernier était tenu de verser l'indemnité complète de grand déplacement, peu important que M. [U] ne démontre pas qu'il aurait été à la disposition de son employeur le vendredi soir et empêché de regagner son domicile**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ que le principe d'égalité ne s'applique qu'entre salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause ; qu'en l'espèce, en se bornant à affirmer que M. [X], autre salarié de la société placé dans une situation identique, avait bénéficié d'une indemnité journalière de 90 euros le vendredi lorsqu'il travaillait sur le même chantier ce qui laissait supposer une inégalité de traitement dont l'employeur ne fournissait pas d'élément justificatif, **sans constater que M. [X] pouvait, comme M. [U], finir plus tôt le vendredi et rentrer sur son lieu de résidence le vendredi soir**, la cour d'appel n'a **pas caractérisé l'identité de situation des deux salariés au regard de l'indemnité de grand déplacement** et a privé sa décision de base légale au regard du principe susvisé. »

Dans un troisième moyen, il fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié certaines sommes à titre de rappel de salaire sur temps de trajet, outre congés payés afférents, et de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, alors « que le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, l'employeur soutenait que le salarié ne déduisait pas de la somme demandée au titre du rappel de salaire pour les heures de trajet la rémunération déjà perçue au titre des heures de trajet ou d'amplitude en application de l'article 8.24 de la convention collective (conclusions d'appel, p. 15) ; **qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen**, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

Dans un quatrième et dernier moyen, qualifié de subsidiaire, il fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme à titre de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, alors « qu'il résulte de l'article 1153 devenu 1231-6 du code civil que le juge ne peut allouer au créancier des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires qu'à la condition de caractériser la mauvaise foi du débiteur et l'existence d'un préjudice indépendant du retard de paiement ; qu'en l'espèce, pour accorder au salarié des dommages et intérêts pour exécution fautive du contrat de travail venant s'ajouter au rappel d'indemnité de grand déplacement et au rappel d'heures de trajet, la cour d'appel a notamment retenu que l'employeur avait méconnu les dispositions conventionnelles relatives aux indemnités de grand déplacement et avait considéré que les temps de trajet du salarié pour se rendre sur le chantier étaient des heures d'amplitude et non des heures de travail effectif ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel, qui n'a

caractérisé ni la mauvaise foi de l'employeur ni l'existence d'un préjudice distinct du retard de paiement des indemnités de grand déplacement et des heures de trajet, a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé. »

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

- Détermination de l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle.
- Montant d'indemnité de grand déplacement différencié selon les frais réellement engagés.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

À titre liminaire, il convient de noter que la cour d'appel n'a pas précisé quelle était la convention collective applicable au litige.

Pour les ouvriers du bâtiment, il existe en effet deux conventions collectives :

- la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant jusqu'à 10 salariés) du 8 octobre 1990,
- la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant plus de 10 salariés) du 8 octobre 1990.

Dans le jugement, il est indiqué que l'employeur est régi par la seconde.

Dans les conclusions d'appel du salarié et des syndicats, il est également indiqué que la convention collective applicable est la seconde (p. 2 et 12).

L'employeur invoque la première dans son mémoire ampliatif, mais, dans ses conclusions d'appel, p. 14, il a cité la seconde, les dispositions en cause au présent litige, les articles 8.21 à 8.24, relatives à l'indemnité de grand déplacement, contenant des termes identiques, à l'exception d'une virgule à l'article 8.24, alinéa 1^{er}, qui figure dans la seconde convention et non dans la première.

Les parties pourraient utilement indiquer ce qu'il en est précisément à réception du rapport.

4.1. Sur le premier moyen, relatif à l'indemnité d'activité partielle

Aux termes de l'article R. 5122-18, alinéa 1^{er}, du code du travail, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2016-1551 du 18 novembre 2016, applicable jusqu'au 1^{er} janvier 2017 :

*« Le salarié placé en activité partielle reçoit une indemnité horaire, versée par son employeur, correspondant à 70 % de sa **rémunération brute servant d'assiette de l'indemnité de congés payés** telle que prévue au II de l'article L. 3141-22 ramenée à un montant horaire sur la base de la durée légale du travail applicable dans l'entreprise ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat de travail. »*

Aux termes de l'article L. 3141-22 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

« I.-Le congé annuel prévu par 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 en repos prévues à l'article L. 3121-11 ;

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 ci-dessus et proportionnellement à la durée du congé effectivement dû.

II.-Toutefois, l'indemnité prévue au I 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. 3141-30. »

Cette disposition a été transférée à l'article L. 3141-24 après la loi du 8 août 2016 :

« I.-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. »

Le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social a publié une circulaire d'application de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, qui a poursuivi les réformes engagées sur l'activité partielle : la circulaire DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de l'activité partielle.

Cette circulaire contient une documentation technique proposant diverses fiches.

Parmi ces fiches (version juillet 2015), il en est une, la « Fiche 6 : Caractéristiques de l'indemnité d'activité partielle et de l'allocation complémentaire au titre de la rémunération mensuelle minimale (RMM) », qui fournit des indications notamment sur le calcul de l'indemnité d'activité partielle.

Elle prévoit, entre autres :

« 6.1 L'indemnité versée par l'employeur au salarié »

L'indemnité due par l'employeur au salarié est calculée, pour les heures chômées ouvrant droit au versement de cette indemnité, sur la base de 70 % de la rémunération brute du salarié, servant d'assiette à l'indemnité de congés payés telle que prévue au II de l'article L.3141-22 du code du travail, ramenée à un montant horaire sur la base de la durée légale du travail applicable dans l'entreprise ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat de travail

L'assiette des indemnités de congés payés inclut le salaire brut avant déduction des charges sociales, les majorations pour travail supplémentaire, les avantages en nature dont le travailleur ne continuerait pas à jouir pendant la durée de son congé, les pourboires, les primes et indemnités versées en complément du salaire si elles sont versées en complément du travail et si elles ne rémunèrent pas déjà la période des congés (primes annuelle assise uniquement sur le salaire des périodes de travail, exclusion faite de la période des congés payés, primes compensant une servitude de l'emploi, primes liées à la qualité du travail).

Sauf stipulations contractuelles plus favorables, une prime annuelle allouée globalement pour l'ensemble de l'année rémunérant périodes de travail et période de congé confondues, est donc à exclure de l'assiette. La même solution s'applique à des primes versées trimestriellement ou semestriellement. En effet, dès lors qu'une prime n'est pas affectée par le départ en congés, elle doit être exclue.

Ne doivent donc pas en principe être intégrés dans l'assiette de calcul de l'indemnité, le 13^e mois, la prime de vacances, les primes d'assiduité et de rendement semestrielles, une prime d'ancienneté ou d'assiduité versées pour l'année entière, une prime d'efficacité semestrielle, des primes d'intéressement, le pourcentage annuel sur le chiffre d'affaires alloué en fin d'exercice en fonction d'une production globale, etc.

Pendant les actions de formation mentionnées à l'article L.5122-2 du code du travail mises en œuvre pendant les heures chômées, cette indemnité horaire est portée à 100 % de la rémunération nette antérieure du salarié.

Un accord de branche, d'entreprise ou une décision unilatérale d'une entreprise sur l'activité partielle peut préciser des modalités spécifiques d'indemnisation, étant entendu que l'indemnisation versée aux salariés pour les heures chômées ne pourra être inférieure aux taux (70 % du salaire horaire brut ou 100 % du salaire net horaire si le salarié suit des actions de formation) mentionnés au R.5122-18 du code du travail. »

Le Ministère du travail, du plein emploi et de l'insertion a publié sur son site Internet, le 17 avril 2020, des questions-réponses sur le thème de l'activité partielle et du chômage partiel.

En réponse à la question « Comment est calculé le taux horaire pour l'indemnité d'activité partielle et l'allocation d'activité partielle ? », il est proposé une fiche qui prévoit notamment :

« ETAPE 2 : Le taux horaire de référence de l'indemnité d'activité partielle et de l'allocation d'activité partielle »

Le taux horaire de référence au titre de l'activité partielle est le taux horaire de base (1)

Si le salarié a des primes, il faut également calculer le taux horaire des primes calculées en fonction du temps de présence (2)

Si le salarié a une rémunération variable, il faut également calculer le taux horaire correspondant aux éléments de rémunération variable (s'il y en a) (3)

1. Taux horaire de base

o Durée du travail égale ou inférieure à la durée légale du travail

La rémunération à prendre en compte est celle que le salarié aurait perçue dans le mois s'il n'avait pas été en activité partielle, incluant les majorations (travail de nuit, le dimanche...) de ce salaire, hors heures supplémentaires et leur majoration dans la limite de 4,5 SMIC.

Cette rémunération est divisée par le nombre d'heures mensuelles correspondant à la durée légale sur la période considérée (151,67 heures sur le mois, et 1 607 heures sur l'année pour un salarié à temps plein) ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat. Le résultat de cette division donne le taux horaire de base.

o Durée du travail supérieure à la durée légale du travail éligible à l'activité partielle

Pour rappel : sont concernés les régimes d'équivalence, les heures supplémentaires résultant soit d'une convention individuelle de forfait incluant des heures supplémentaires, soit d'une durée collective du travail supérieure à la durée légale pratiquée en application d'une convention ou d'un accord collectif à l'exclusion de toute autre heure supplémentaire.

La rémunération à prendre en compte est celle que le salarié aurait perçue dans le mois s'il n'avait pas été en activité partielle, incluant les majorations (travail de nuit, le dimanche, équivalence...) ainsi que les heures supplémentaires conventionnelles ou contractuelles et leur majoration, dans la limite de 4,5 SMIC

Il est possible de se référer au dernier salaire perçu au titre de la période précédant le placement en activité partielle. En l'absence de salaire ou d'une référence sur un mois complet, pour la durée précédente, la base de calcul du taux horaire correspond au montant du salaire qui aurait perçu pendant la période considérée si le salarié avait continué à travailler ou travailler normalement.

Cette rémunération est divisée par le nombre d'heures mensuelles correspondant à la durée collective ou individuelle de travail sur la période considérée le cas échéant mensualisée (ex : 169 heures pour une durée collective de 39 heures hebdomadaires, 186 heures pour une durée d'équivalence de 43 heures par semaine).

Le résultat de cette division donne le taux horaire de base.

Si le salaire du salarié ne comporte ni prime ni élément variable : passez directement à l'Etape 3

2. Taux horaire des primes mensuelles calculées en fonction du temps de présence

Seules sont prises en compte les primes versées mensuellement qui sont calculées en fonction du temps de présence du salarié, et donc affectées par l'activité partielle (primes de pause payée, par exemple).

Le montant des primes à prendre en compte est celui que le salarié aurait perçu s'il avait travaillé.

Lorsque ces primes connaissent une variation importante d'un mois sur l'autre, un montant mensuel moyen calculé selon les modalités mentionnées au 3 peut être utilisé.

Ce montant est divisé par le nombre d'heures mensuelles correspondant :

- à la durée légale sur la période considérée (151,67 heures sur le mois, 1 607 heures sur l'année) ;
- lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat (même dénominateur que celui prévu pour le calcul du taux horaire de base) ;
- lorsqu'elle est supérieure, la durée collective du travail conventionnelle ou la durée stipulée au contrat (même dénominateur que celui prévu pour le calcul du taux horaire de base.).

Le résultat de cette division donne le taux horaire des primes mensuelles calculées en fonction du temps de présence.

3. Taux horaire des éléments de rémunération variable

Sont pris en compte ici :

- Les éléments de rémunération variable (commissions, pourboires...) ;
- Le cas échéant, les primes mensuelles qui connaissent une variation importante d'un mois sur l'autre ;
- Les primes versées selon une périodicité non mensuelle, qui répondent aux mêmes critères que les primes visées au 2. (primes calculées en fonction du temps de présence du salarié, et donc affectées par l'activité partielle) : prime annuelle d'ancienneté ou d'assiduité calculée selon le temps de travail effectif.

Le montant mensuel de référence de ces éléments est égal à la moyenne de ces éléments de rémunération variables perçus au cours des 12 mois, ou sur la totalité des mois travaillés si le salarié a travaillé moins de 12 mois, précédant le premier jour de placement en activité partielle de l'entreprise indépendamment de la mise en activité partielle du salarié (par exemple période du 1^{er} avril 2021 au 31 mars 2022).

Ce montant est divisé par le nombre d'heures mensuelles correspondant :

- à la durée légale sur la période considérée (151,67 heures sur le mois, 1 607 heures sur l'année) ;

- lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat (même dénominateur que celui prévu pour le calcul du taux horaire de base.) ;
 - lorsqu'elle est supérieure, la durée collective du travail conventionnelle ou la durée stipulée au contrat (même dénominateur que celui prévu pour le calcul du taux horaire de base.).
- Le résultat de cette division donne le taux horaire des éléments de rémunération variable.

4. Eléments exclus du calcul du taux horaire

o Les heures supplémentaires exceptionnelles

Les heures supplémentaires exceptionnelles et leur majoration ne sont pas éligibles à l'activité partielle, elles ne sont pas prises en compte dans le calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle à l'exception :

- des heures supplémentaires habituelles résultant d'un accord ou d'une convention collective
- des heures supplémentaires habituelles prévue par la convention de forfait en heures au sens des articles L. 3121-56 et L. 3121-57 du code du travail

Le texte conventionnel doit prévoir une durée collective de travail applicable à l'entreprise et appliquée par cette-dernière.

o Les autres éléments exclus

Sont également exclues :

les primes ou indemnités ayant le caractère de remboursement de frais professionnels la prime d'intéressement ;

• la prime de participation ;

• les primes qui ne sont pas affectées par la mise en activité partielle ;

• la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat. »

Nous savons qu'entrent dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, que ce soit pour la règle du dixième ou pour la règle du maintien de salaire, les éléments qui présentent un caractère obligatoire pour l'employeur, qui sont versés en contrepartie du travail effectué par le salarié, qui ne rémunèrent pas les congés payés ni un risque ou un inconvénient qui cesse en période de repos, et qui ne correspondent pas à un remboursement de frais.

Il en est ainsi, *a minima*, du salaire brut versé au salarié en contrepartie des heures de travail qu'il a accomplies, ce salaire brut s'entendant du salaire avant prélèvement des cotisations sociales.

La question a pu se poser, notamment, de l'inclusion ou non des primes annuelles et des primes de vacances dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.

Les primes annuelles, qui sont versées aux salariés globalement pour l'année, périodes de travail et de congés confondues, sont exclues de cette assiette.

En effet, l'idée est que, si une prime est allouée globalement pour l'année, périodes de travail et de congés payés confondues, son inclusion dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés aboutirait à la faire payer, pour partie, une seconde fois.

C'est ce que notre chambre juge de manière constante (prime de treizième mois : Soc., 29 novembre 1973, pourvoi n° 72-40.686, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 623 P575 àG, Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 92-41.884, Soc., 2 avril 1997, pourvoi n° 94-41.389, Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 13-10.586, Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-71.056, Bull. 2011, V, n° 152 ; prime d'assiduité et de rendement : Soc., 3 décembre 1975, pourvoi n° 74-40.288 ; prime d'intéressement : Soc., 15 juin 1978, pourvoi n° 77-41.196, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 489 p369, Soc., 25 octobre 1995, pourvoi n° 91-45.502 ; prime annuelle : Soc., 17 mars 1993, pourvoi n° 90-41.551, Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-44.273 ; prime d'assiduité et de ponctualité : Soc., 26 mai 1999, pourvoi n° 97-43.681 ; prime locale : Soc., 22 février 2000, pourvoi n° 97-44.949 ; prime de résultats : Soc., 20 septembre 2005, pourvoi n° 03-41.549).

Voir pour des exemples relatifs à des primes de vacances :

- Soc., 5 janvier 1978, pourvoi n° 76-41.136, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 025 p018 :

« VU L'ARTICLE L 223-11 DU CODE DU TRAVAIL ;

ATTENDU QUE POUR CONDAMNER LA SOCIETE MINITUBES A PAYER UN COMPLEMENT D'INDEMNITE DE CONGES PAYES AU SIEUR GIRAUD, CHEF COMPTABLE, DE CETTE ENTREPRISE, L'ARRET ATTAQUE A ESTIME QUE DEVAIENT ETRE INCLUSES DANS LA REMUNERATION A PRENDRE EN CONSIDERATION POUR LE CALCUL DE CETTE INDEMNITE LA GRATIFICATION DE TREIZIEME MOIS ET LA PRIME DE VACANCES AUX MOTIFS QUE CES INDEMNITES ETAIENT CALCULEES SUIVANT LES MEMES MODALITES ET VERSEES A L'ENSEMBLE DU PERSONNEL OU A L'ENSEMBLE DE LA CATEGORIE DE PERSONNEL A LAQUELLE APPARTENAIT GIRAUD, PRESENTAIENT LE CARACTERE D'ELEMENTS FIXES DU SALAIRE ;

QU'EN STATUANT AINSI, ALORS QUE SI L'INDEMNITE DE CONGES PAYES EST CALCULEE PROPORTIONNELLEMENT A LA REMUNERATION TOTALE DU SALAIRE, ELLE NE PEUT DONNER LIEU, POUR PARTIE, A UN NOUVEAU PAIEMENT DE PRIMES ALLOUEES GLOBALEMENT POUR L'ENSEMBLE DE L'ANNEE, PERIODE DE TRAVAIL ET PERIODE DE CONGES PAYES CONFONDUS, SANS FAIRE DOUBLE EMPLOI, LES JUGES DU FOND ONT FAIT UNE FAUSSE APPLICATION DU TEXTE SUSVISE ; »

- Soc. 19 novembre 1987, pourvoi n° 83-45.490 (Legifrance) :

« Attendu que M. Z..., employé par la société l'Air-Liquide du 16 mai 1959 au 31 janvier 1982 en dernier lieu en qualité de technicien de gestion administrative, fait grief au jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Nantes, 7 septembre 1983) de l'avoir débouté de sa demande de complément d'indemnité compensatrice de congé payé alors, selon le pourvoi, d'une part que l'employeur aurait dû inclure l'allocation de fin d'année et la prime de vacances dans l'assiette de cette indemnité, comme il le faisait jusqu'au mois de juillet 1982, alors d'autre part, que les juges du fond ont dénaturé une lettre que l'inspecteur du travail lui avait adressée, alors encore qu'ils ont qualifié à tort d'accord paritaire un document que le conseil de la société avait dénommé circulaire et alors enfin qu'ils ont repris à leur compte les appréciations et les erreurs contenues dans les conclusions de la société sans examiner, de façon critique, les pièces qu'il avait lui-même versées au débats ; Mais attendu que le conseil de prud'hommes a exactement énoncé d'une part que l'indemnité de congé-payé, calculée proportionnellement à la rémunération totale du salarié, ne pouvait donner lieu à un nouveau paiement de l'allocation de fin d'année et de la prime de vacances, puisque ces avantages sont alloués globalement pour l'ensemble de l'année, périodes de travail et de congé confondues, d'autre part que les erreurs que l'employeur reconnaît avoir pu commettre dans la base de calcul de cette indemnité, ne pouvaient être créatrices d'un droit ; que par ces seuls motifs, sa décision se trouve justifiée ; »

- Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 04-43.966 :

« Attendu que les salariés font grief à l'arrêt de les avoir déboutés de leurs demandes alors, selon le moyen :

1°/ que le montant de l'indemnité de congés payés est égale au dixième de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence ; que sont incluses dans l'assiette de calcul des indemnités de congés payés l'ensemble des indemnités et primes versées en contrepartie du travail fourni, à l'exception de celle comprenant pour partie le paiement de congés payés ; qu'en

décidant que le 13e mois prévu par la convention collective nationale des institutions de retraite complémentaire comprenait le paiement de congés payés, quand il résulte de l'article 4 de l'annexe IV de cette convention collective que la rémunération annuelle versée en contrepartie du travail fourni correspond à treize mois et qu'en outre, c'est cette rémunération qui sert de base au calcul de la valeur du point déterminant les appointements mensuels minima, ce dont il se déduit que le 13e mois est entièrement versé en contrepartie du travail fourni, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article 4 de l'annexe IV de la convention collective nationale précitée des institutions de retraite complémentaire ;

2°/ que l'article 21 de la convention collective nationale des institutions de retraite complémentaire prévoit, en ses alinéas 2 et 3, que l'allocation de vacances, qui correspond à 50 % du douzième des appointements annuels, fait partie de ces appointements pour le calcul de ces différentes indemnités et primes ; qu'il en résulte que cette allocation a exclusivement la nature d'un appointement versé en contrepartie du travail fourni ; qu'en décidant que l'allocation de vacances inclut partiellement le paiement de congés payés, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article 21 alinéas 2 et 3 de la convention collective nationale précitée des institutions de retraite complémentaire ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a relevé que les deux allocations étaient versées par référence à une période annuelle, sans que le départ du salarié en congés payés ait une incidence sur leur mode de calcul, en a justement déduit qu'elles devaient être exclues de l'assiette de l'indemnité de congés payés avec laquelle elles feraient partiellement double emploi ; que le moyen n'est pas fondé ; >>

- Soc., 1 mars 2017, pourvoi n° 15-16.988, Bull. 2017, V, n° 37 :

« Vu les articles L. 1251-19, L. 3141-22 dans sa rédaction applicable et D. 3141-8 du code du travail ;

Attendu, selon le jugement attaqué, rendu en dernier ressort, que M. [Z] a été engagé par la société Manpower France selon un contrat de travail temporaire du 25 mars 2011, pour être mis à disposition de la société Peugeot Citroën Automobile en qualité d'agent de fabrication polyvalent préparation de commandes ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement tant d'un rappel d'indemnité compensatrice de congés payés aux motifs que n'avaient pas été incluses dans son assiette de calcul les primes annuelles, dont la prime de 13ème mois et la prime de vacances, servies par l'entreprise utilisatrice que d'une somme à titre de frais non répétables ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, le jugement, après avoir rappelé les dispositions des articles L. 3141-22, L. 1251-19 et D. 3141-8 du code du travail, retient que la base de l'indemnité compensatrice de congés payés aurait dû s'établir à 21 744,01 euros brut, soit 19 767,28 + 1 976,73 euros pour la période du 2 au 27 avril 2012, soit 2 174,40 euros brut, 19 068,23 euros brut soit 17 334,75 + 1 733,48 euros pour la période du 2 au 27 décembre 2013 selon le bulletin de salaire du 12 janvier 2014 et que, partant, il convient de condamner la société Manpower France à verser au salarié en complément de l'indemnité compensatrice de congés payés les sommes de 149,44 euros brut pour la période du 2 au 27 avril 2012, et de 132 euros brut pour la période du 2 au 27 décembre 2013 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les primes litigieuses, allouées pour l'année entière, avaient pour objet de rémunérer des périodes de travail et de congés réunis, de sorte qu'elles ne devaient pas être incluses dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par l'entreprise de travail temporaire au salarié intérimaire, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ; >>

- Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-24.725 :

« Attendu que les salariés font grief aux jugements de limiter à un certain montant la condamnation de l'employeur au titre de l'indemnité de congés payés et de les débouter de leur demande d'indemnité compensatrice de congés payés alors, selon le moyen :

1°/ selon l'article 208 de l'accord collectif du 22 mars 1982, chaque membre du personnel enseignant, d'éducation et d'animation reçoit une gratification de fin d'année dont le montant est fixé à 50 % du salaire brut de base servi à l'intéressé au titre du dernier mois de l'année civile et payable avec le salaire de décembre au prorata du nombre de mois de travail effectif ou assimilé assuré dans l'établissement et peut prétendre au mois de juillet de chaque année à une prime de vacances équivalente à 30% du salaire brut de base de ce mois, calculée au prorata des mêmes périodes de travail effectif ou assimilées ; que ces primes, assises sur le salaire des périodes de travail, doivent être prises en considération pour fixer l'indemnité de congés payés ; qu'en relevant que l'application de l'article 208 de l'accord du 22 mars 1982 devait conduire à inclure la gratification de fin d'année et la prime de vacances dans l'assiette des congés payés puisqu'elles ne rémunéraient que des périodes de travail ou assimilées, à l'exclusion des périodes de congés payés, et en excluant néanmoins ces primes de l'assiette des congés payés, aux motifs inopérants que la prime de vacances et la gratification annuelle seraient, en pratique, calculées à hauteur des taux respectifs de 50 % et 30 % du salaire brut de base des mois de juillet et décembre sans retenue au titre du prorata des périodes de congés payés, le conseil de prud'hommes a violé l'article 208 de l'accord du 22 mars 1982 ;

2°/ le juge doit préciser le fondement juridique de sa décision ; qu'en jugeant que la prime de vacances et la gratification annuelle ne devaient pas être prises en compte dans l'assiette de calcul des congés payés, sans préciser sur quelle règle de droit il fondait cette exclusion, le conseil de prud'hommes a violé l'article 12 du code de procédure civile ;

Mais attendu que le conseil de prud'hommes qui a constaté qu'en pratique la gratification annuelle et la prime de vacances étaient calculées chaque année à hauteur des taux respectifs de 50 % et 30 % du salaire brut de base des mois de juillet et décembre, sans aucune retenue au titre du prorata des périodes de congés payés, en a exactement déduit qu'ayant rémunéré indifféremment des périodes de travail et de congés payés, ces primes ne devaient pas être prises en compte dans l'assiette de calcul des congés payés ; que le moyen n'est pas fondé ; »

Mais il existe des primes annuelles qui ne rémunèrent pas les périodes de congés (Soc., 25 mars 1982, pourvoi n° 80-40.589, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 227).

Il en est ainsi des primes assises uniquement sur le salaire des périodes de travail (prime annuelle : Soc., 25 mars 1982, pourvoi n° 80-40.589, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 227 ; gratification de fin d'année : Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-68.579). Voir, pour des exemples relatifs à des primes de vacances :

- Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-68.173 :

« Vu l'article L. 3141-22 du code du travail, ensemble l'article 208 de l'accord collectif du 22 mars 1982 portant statut du personnel des associations chargées de la gestion des CFA du bâtiment ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes de paiement d'un rappel de congés payés l'arrêt retient que dès lors que la gratification de fin d'année et la prime de vacances rémunèrent globalement une période comprenant le congé annuel, c'est à bon droit que l'employeur les a exclues de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, faute de quoi cela reviendrait à les payer partiellement deux fois ; qu'en effet, il est de principe que pour qu'une prime ou une gratification entre dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, il faut qu'elle soit affectée dans son montant ou son mode de calcul par la prise de congé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Attendu cependant, que selon l'article 208 de l'accord collectif du 22 mars 1982, chaque membre du personnel enseignant, d'éducation et d'animation reçoit, d'une part, une gratification de fin d'année dont le montant est fixé à 50 % du salaire brut de base servi à l'intéressé au titre du dernier mois de

l'année civile et payable avec le salaire de décembre au prorata du nombre de mois de travail effectif ou assimilé assuré dans l'établissement et, d'autre part, une prime de vacances, payable avec le salaire de juillet, dont le montant est fixé à 30 % du salaire brut de base servi à l'intéressé au titre du mois de juillet, au prorata du nombre de mois de travail effectif ou assimilé assuré dans l'établissement ; qu'il en résulte que ces gratification et prime sont assises uniquement sur le salaire des périodes de travail et non sur la rémunération des périodes de travail et de congés payés confondues ;

Qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; >>

- Soc., 3 juillet 2019, pourvoi n° 18-16.351, publié :

« Vu l'article L. 3141-22 du code du travail, ensemble l'article 67 bis de la convention collective nationale des industries et du commerce de la récupération du 6 décembre 1971, dans leur rédaction applicable au litige ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que l'indemnité de congé est calculée sur la base de un dixième de la rémunération totale perçue par le salarié pendant la période prise en considération pour l'appréciation de son droit au congé ; que selon le second, la prime annuelle de vacances est calculée en fonction du nombre d'heures de travail effectif réalisé par le salarié sur une période de douze mois comprise entre le 1er juin de l'année écoulée et le 31 mai de l'année en cours ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés sur la prime de vacances, l'arrêt, après avoir rappelé les dispositions conventionnelles précitées, retient que cette prime de vacances n'ouvre pas droit à indemnité compensatrice de congés payés ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la prime annuelle de vacances prévue par la convention collective, dont le montant est déterminé en fonction du temps de travail effectif accompli au cours de la période de référence, n'a pas pour objet de rémunérer des périodes de travail et de congés confondues, de sorte qu'elle devait être prise en compte dans l'assiette de calcul des congés payés, peu important qu'elle soit allouée pour une année entière, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; >>

Il est à noter que, dans cette affaire, le rapporteur, Mme le conseiller référendaire Prache, relevait, s'agissant des dispositions conventionnelles utiles :

« Au cas particulier, l'article 67 bis de la convention collective nationale applicable prévoit que "1. La prime annuelle de vacances est calculée en fonction du nombre d'heures de travail effectif réalisées par le salarié, sur une période de 12 mois comprise entre le 1er juin de l'année écoulée et le 31 mai de l'année en cours. Le taux de l'indemnité horaire est fixé en valeur absolue et suivra l'évolution suivante. En 2009, le taux de l'indemnité horaire est égal à : (1 321,05 €/1 820 heures) × 44 %.

En 2010, le taux de l'indemnité horaire est égal à : (valeur du salaire minimum conventionnel, 1er niveau 1er échelon, au 31 mai de l'année en cours/1 820 heures) × 63 %.

En 2011, le taux de l'indemnité horaire est égal à : (valeur du salaire minimum conventionnel, 1er niveau 1er échelon, au 31 mai de l'année en cours/1 820 heures) × 81 %.

En 2012, le taux de l'indemnité horaire est égal à : (valeur du salaire minimum conventionnel, 1er niveau 1er échelon, au 31 mai de l'année en cours/1 820 heures) × 100 %.

2. Pour satisfaire à l'obligation de versement du montant conventionnel de la prime annuelle de vacances, il est pris en compte le cumul de l'ensemble des primes et gratifications (à l'exception des primes de production, rendement et de participation) versées durant l'année civile en cours et qui présentent un caractère collectif, répétitif, consacré par un accord collectif ou par l'usage.

Dès lors que le total desdites primes atteint a minima les montants déterminés au paragraphe 1^{er} ci-dessus, au titre de chaque année, les entreprises ne seront pas tenues de revaloriser le taux de l'indemnité horaire de la prime annuelle de vacances applicable antérieurement à l'entrée en vigueur du présent avenant.

Lesdites primes et gratifications conservent leur mode de calcul et leur périodicité de versement.

Cette prime de vacances est payable par moitié avec la paie précédant la date du départ en congé principal du salarié et pour moitié avec la paie suivant le même congé, à condition que le salarié soit présent le jour de la reprise sauf cas exceptionnel ou autorisation d'absence préalablement accordée. Des dérogations peuvent être apportées en ce qui concerne la date de paiement de la prime, soit par accord individuel entre le salarié et le chef d'entreprise, soit par accord d'entreprise, soit selon l'usage en vigueur dans l'entreprise."

Et s'agissant de l'indemnité de congé, la convention collective indique (article 64):

« L'indemnité de congé est calculée suivant la plus favorable au travailleur des deux règles ci-dessous, c'est-à-dire :

- soit sur la base d'un dixième de la rémunération totale perçue par le salarié pendant la période prise en considération pour l'appréciation de son droit au congé ;

- par rémunération totale, on doit entendre le salaire et tous ses accessoires (avantages en nature, primes de rendement, majorations pour heures supplémentaires, etc.) à l'exception notamment des primes ayant le caractère d'un remboursement de frais, de la prime de vacances, de celles correspondant à des conditions particulières de travail et, lorsqu'elles existent, de primes visées selon une périodicité autre que mensuelle, telles que treizième mois, gratifications exceptionnelles ;

- soit sur la base de la rémunération que l'intéressé aurait perçue s'il avait continué à travailler.

Cette rémunération se calcule d'après le salaire gagné par l'intéressé pendant la période précédant le congé, avantages en nature, primes et indemnités comprises, à l'exception des primes ayant le caractère de remboursement de frais (panier, salissure, etc.).» >>

Enfin, des dispositions conventionnelles, voire contractuelles, peuvent prévoir d'inclure des primes annuelles dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.

Il appartient donc aux juges du fond de rechercher, notamment :

* si l'élément de salaire en cause est assis uniquement sur le salaire des périodes de travail ou sur la rémunération des périodes de travail et de congés payés confondues (prime exceptionnelle : Soc., 1 juillet 1998, pourvoi n° 96-40.421, Bulletin civil 1998, V, n° 361 ; prime de treizième mois : Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-18.453, Bull. 2018, V, n° 170). Voir pour un exemple récent, Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 20-15.895 :

« Vu l'article L. 3141-22 du code du travail :

16. Pour condamner la société à payer un rappel de congés payés sur la prime de 13e mois, l'arrêt retient que le montant de la prime allouée correspond au montant du strict salaire de base mensuel, congés payés non inclus.

17. En se déterminant ainsi, sans rechercher, si la prime en cause n'était pas allouée globalement pour l'année, périodes de travail et de congés payés confondues de sorte que sa prise en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés aboutirait à la faire payer, même pour partie, une seconde fois par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

* si l'élément de salaire litigieux est affecté par les absences du salarié (prime semestrielle : Soc., 10 avril 2013, pourvoi n° 12-16.225 ; prime d'objectifs : Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-14.615, Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.945 ; prime de bilan : Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-21.534). Voir notamment :

- pour un exemple relatif à une prime de vacances, Soc., 24 octobre 1978, pourvoi n° 77-40.106, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 698 p523 :

« VU L'ARTICLE L 223-11 DU CODE DU TRAVAIL ;

ATTENDU QUE, POUR L'APPLICATION DE CE TEXTE, L'INDEMNITE AFFERENTE AU CONGE PAYE ANNUEL EST EGALE AU DOUZIEME DE LA REMUNERATION TOTALE PERCUE PAR LE SALARIE AU COURS DE LA PERIODE PRISE EN CONSIDERATION POUR L'APPRECIATION DE SON DROIT A CONGE, SANS POUVOIR ETRE INFERIEURE AU MONTANT DE LA REMUNERATION QUI AURAIT ETE PERCUE PENDANT LA PERIODE DE CONGE SI LE SALARIE AVAIT CONTINUE A TRAVAILLER ;

ATTENDU QUE RIERE ALLOUE ANNUELLEMENT AU PERSONNEL DES ETABLISSEMENTS PRODUITS CHIMIQUES DE VITRY, DEUX PRIMES DITES, L'UNE DE VACANCES, L'AUTRE DE NOEL OU DE FIN D'ANNEE, EGALES CHACUNE A UN MOIS "ENVIRON" D'APPOINTEMENTS ET DONNANT LIEU A DES VERSEMENTS MENSUELS ;

ATTENDU QUE, POUR DECIDER QUE CES PRIMES DEVAIENT ETRE INCLUSES DANS L'ASSIETTE DE L'INDEMNITE DE CONGE PAYE ET CONDAMNER RIERE A PAYER A CAZALI UN COMPLEMENT DE CETTE INDEMNITE, L'ARRET ATTAQUE ENONCE QUE L'EMPLOYEUR NE PRETENDAIT PAS QUE LE SALARIE RECEVAIT, AU TITRE DE LA PRIME, POUR LE MOIS AU COURS DUQUEL LE CONGE ANNUEL ETAIT PRIS, LA MEME SOMME QUE S'IL AVAIT TRAVAILLE EFFECTIVEMENT ET QU'IL S'ENSUIVAIT QUE LA PRIME LITIGIEUSE CORRESPONDAIT EXCLUSIVEMENT A DES PERIODES DE TRAVAIL ET NE POUVAIT ETRE TENUE COMME VERSEE GLOBALEMENT POUR L'ENSEMBLE DE L'ANNEE, PERIODE DE CONGE COMPRISE ;

QU'EN STATUANT AINSI, ALORS QU'IL ETAIT CONSTATE PAR L'ARRET QUE, SELON LE CONTRAT DE TRAVAIL DE CAZALI, CONCLU LE 1ER MARS 1973, LE PAIEMENT DES DEUX PRIMES ETAIT FRACTIONNE EN VERSEMENTS MENSUELS DE CHACUN UN SIXIEME DES APPOINTEMENTS DU MOIS DE SORTE QUE, APPAREMMENT, LEUR MONTANT ETAIT ACQUIS AU TERME D'UNE ANNEE ENTIERE SANS S'ETRE TROUVE AFFECTE PAR LE DEPART EN CONGE DU SALARIE ET NE POUVAIT PAS ETRE PRIS EN COMPTE POUR LE CALCUL DE L'INDEMNITE DE CONGE SANS FAIRE DOUBLE EMPLOI, LA COUR D'APPEL, QUI, PEU IMPORTANT QUE RIERE DEMANDAT LA CONFIRMATION DE LA DECISION ENTREPRISE, SANS RIEN PRETENDRE D'AUTRE, N'A PAS RECHERCHE, NOTAMMENT, SI CAZALI AVAIT OU NON PERCU LA FRACTION DE LA PRIME PENDANT LE TEMPS DE SON CONGE, N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ; »

- et pour un exemple plus récent, Soc., 1 décembre 2021, pourvoi n° 20-14.016 :

« Vu les articles L. 3141-22 et L. 3141-23 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

12. Il résulte de ces textes que n'ont pas à être pris en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés les indemnités et avantages en nature dont le salarié jouit l'ensemble de l'année, temps de travail et temps de congé confondus, et dont le montant ou la valeur ne sont pas diminués du fait des congés payés.

13. Pour condamner l'employeur au paiement d'une certaine somme à titre d'indemnité compensatrice de congés payés de juin 2010 à décembre 2015, l'arrêt retient que l'employeur ne conteste pas spécifiquement que l'indemnité de sujétion et l'avantage logement en nature doivent être intégrés dans le montant de la rémunération totale perçue, mais indique nécessaire un traitement différentiel quant aux congés payés dans la mesure où lors des périodes de congés payés, alors qu'aucune astreinte n'était effectuée l'indemnité de sujétion et l'avantage logement en nature étaient maintenus. Il en déduit que le salarié n'a pas été rempli de l'intégralité de ses droits au titre des congés payés.

14. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'attribution de l'indemnité de sujétion et de l'avantage logement en nature était affectée par le départ du salarié en congé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Et il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de ce que des éléments de salaire doivent être exclus de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés (Soc., 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-41.442 ; Soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 13-17.442).

Au cas d'espèce, la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant jusqu'à 10 salariés) du 8 octobre 1990 et la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant plus de 10 salariés) du 8 octobre 1990 contiennent chacune un article 5-25 « Prime de vacances », aux termes duquel :

« Une prime de vacances sera versée, en sus de l'indemnité de congé, à l'ouvrier ayant au moins 1 675 heures de travail au cours de l'année de référence dans une ou plusieurs entreprises du bâtiment ou des travaux publics, dans les conditions prévues pour l'application de la législation sur les congés payés dans le bâtiment et les travaux publics.

Toutefois, cette règle des 1 675 heures ne s'appliquera pas en ce qui concerne les jeunes gens qui justifieront avoir été appelés sous les drapeaux ou libérés du service national au cours de l'année de référence et pour lesquels il ne sera exigé que 150 heures de travail dans les conditions ci-dessus.

Les ouvriers qui justifieront n'avoir pu atteindre, par suite de maladie, ce total de 1 675 heures au cours de l'année de référence ne perdont pas le droit au bénéfice de la prime de vacances.

Le taux de la prime de vacances est de 30 % de l'indemnité de congé correspondant aux 24 jours ouvrables de congés institués par la loi du 16 mai 1969, c'est-à-dire calculée sur la base de 2 jours ouvrables de congés par mois de travail ou 150 heures de travail.

La prime de vacances, qui ne se cumule pas avec les versements qui auraient le même objet, est versée à l'ouvrier en même temps que son indemnité de congé. »

Nous comprenons de ces dispositions que le droit à prime est ouvert au salarié lorsque celui-ci cumule un certain nombre d'heures de travail, ce qui nous semble différent de dispositions prévoyant le calcul d'une telle prime en fonction d'un nombre d'heures de travail accompli.

Il est à noter que, pour le calcul de l'indemnité de congés payés, ces conventions collectives contiennent pareillement un même article 5-24 « Indemnité de congés payés », aux termes duquel :

« Le salaire horaire pris en considération pour le calcul de l'indemnité totale de congé est le quotient du montant de la dernière paye normale et complète versée à l'ouvrier dans l'entreprise assujettie qui l'occupait en dernier lieu par le nombre d'heures de travail effectuées pendant la période ainsi rémunérée.

L'indemnité afférente au congé est soit le produit de 1/10 du salaire horaire susvisé par le nombre d'heures accomplies au cours de la période de référence, soit 1/10 de la rémunération totale perçue par l'ouvrier au cours de l'année de référence.

Les ouvriers qui auraient bénéficié, si les dispositions de la loi du 27 mars 1956 relatives aux jours de congés supplémentaires au titre de l'ancienneté dans l'entreprise n'avaient pas été abrogées par la loi du 16 mai 1969, d'un congé d'une durée supérieure à la durée normale reçoivent, en plus de l'indemnité de congé calculée conformément aux dispositions ci-dessus, une indemnité supplémentaire d'un montant équivalant à celle qui leur aurait été attribuée au titre des journées d'ancienneté (1).

En ce qui concerne le calcul des droits aux congés payés et de l'indemnité de congés payés pour les ouvriers, le nombre d'heures représentant forfaitairement le congé de l'année précédente lorsque celui-ci a été payé à l'intéressé par l'intermédiaire d'une caisse de congés payés du bâtiment ou des

travaux publics est porté à 195 heures à partir de l'année de référence du 1^{er} avril 1982 au 31 mars 1983. »

La cour d'appel a statué comme suit sur la demande relative à l'indemnité d'activité partielle :

« Aux termes de l'article R. 5122-18 du code du travail, le salarié placé en activité partielle reçoit une indemnité horaire, versée par son employeur, correspondant à 70 % de sa rémunération brute servant d'assiette de l'indemnité de congés payés telle que prévue au II de l'article L. 3141-22 ramenée à un montant horaire sur la base de la durée légale du travail applicable dans l'entreprise ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat de travail. En l'espèce, M. [U] expose que cette indemnité lui a été versée sur la base d'un taux horaire brut de 8,43 euros (12,044 x 70 %), alors qu'elle aurait dû être calculée sur la base d'un taux brut de 10,44 euros (14,92 x 70 %), ce qu'il justifie par la production des attestations de paiement établies par la Caisse de congés payés du bâtiment, faisant ressortir que sa prime de vacances était incluse dans l'assiette de l'indemnité de congés payés, laquelle s'élevait en dernier lieu à un montant total brut de 522,40 euros pour 5 jours et 35 heures de travail, soit un taux horaire brut de 14,92 euros. Dès lors, il sera fait droit à sa demande en paiement de la somme brute de 1 557,75 euros calculée conformément au décompte produit, ouvrant droit à un rappel de 216,88 euros brut au titre de l'incidence treizième mois.

Le jugement sera infirmé de ces chefs. »

Dans une branche unique, tirée d'un grief de violation de la loi, l'employeur lui reproche d'avoir calculé l'indemnité d'activité partielle sur la base du montant de l'indemnité de congés payés, alors que l'indemnité d'activité partielle se calcule sur la base de la rémunération brute servant d'assiette au calcul de l'indemnité de congés payés.

Dans leur mémoire en défense, le salarié et les syndicats estiment que la cour d'appel, qui a inclus la prime de vacances dans l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle, a fait une exacte application de l'article R. 5122-18 du code du travail.

La critique pose la question de savoir ce que recouvre précisément l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle.

Est-elle limitée à la seule rémunération brute du salarié, entendu comme le seul salaire rémunérant les heures de travail effectuées avant déduction des cotisations sociales?

Doit-on inclure dans cette assiette d'autres éléments de rémunération?

Dans cette logique, la prime de vacances conventionnelle doit-elle être incluse?

Et la circonstance que la caisse de congés payés compétente en l'espèce ait inclus la prime de vacances dans l'indemnité de congés payés versée au salarié suffit-elle pour retenir cette inclusion?

Notre chambre aura à se prononcer à la lumière de l'ensemble des éléments qui précèdent sur les mérites du moyen, qui pose des questions inédites à la connaissance de votre rapporteur.

4.2. Sur le deuxième moyen, relatif à l'indemnité de grand déplacement

4.2.1. Sur le rappel des règles relatives à l'indemnité de grand déplacement dans le secteur du bâtiment

La convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant jusqu'à 10 salariés) du 8 octobre 1990 et la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant plus de 10 salariés) du 8 octobre 1990 prévoient :

- à l'article 8-21 « Définition de l'ouvrier occupé en grand déplacement » :

« Est réputé en grand déplacement l'ouvrier qui travaille sur un chantier métropolitain dont l'éloignement lui interdit - compte tenu des moyens de transport en commun utilisables - de regagner chaque soir le lieu de résidence, situé dans la métropole,

- qu'il a déclaré lors de son embauchage et qui figure sur sa lettre d'engagement ;

- ou qu'il a fait rectifier en produisant les justifications nécessaires de son changement de résidence.

Ne sont pas visés par les dispositions du présent chapitre les ouvriers déplacés avec leur famille par l'employeur et à ses frais. »

- à l'article 8-22 « Définition de l'indemnité journalière de déplacement et de son montant » :

« L'indemnité de grand déplacement correspond aux dépenses journalières normales qu'engage le déplacé en sus des dépenses habituelles qu'il engagerait s'il n'était pas déplacé. Le montant de ces dépenses journalières, qui comprennent :

*a) Le coût d'un **second logement** pour l'intéressé ;*

*b) Les **dépenses supplémentaires de nourriture**, qu'il vive à l'hôtel, chez des particuliers ou dans tout autre type de logement proposé par l'employeur ;*

*c) Les **autres dépenses supplémentaires qu'entraîne pour lui l'éloignement de son foyer, est remboursé par une allocation forfaitaire égale aux coûts normaux de logement et de nourriture (petit déjeuner, déjeuner, dîner) qu'il supporte.***

Dans le cas où le déplacé, prévenu préalablement que son hébergement sera organisé par l'entreprise, déciderait de se loger ou de se nourrir (ou de se loger et de se nourrir) en dehors de celui-ci, une indemnité égale à celle versée aux ouvriers utilisant les moyens d'hébergement mis à leur disposition lui sera attribuée. »

- à l'article 8-23 « Jours pour lesquels le remboursement total ou partiel des dépenses supportées est obligatoire » :

*« **Le remboursement des dépenses définies à l'article 8.22 est obligatoire pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, pendant lesquels l'ouvrier reste à la disposition de son employeur sur les lieux du déplacement.***

Il est dû également à l'ouvrier victime d'un accident ou malade qui continue d'engager sur place des dépenses de repas et de logement, jusqu'à son rapatriement à sa résidence, autorisé (sauf cas de force majeure) par son médecin traitant, de concert, s'il y a lieu, avec le médecin désigné par l'employeur.

Dans les 24 heures suivant cette autorisation, l'employeur en est informé par l'intéressé.

Pendant la durée des congés payés et celle des voyages périodiques, seuls les frais de logement dans la localité continuent à être remboursés, sous réserve de justifications d'une dépense effective.

Il en est de même en cas d'hospitalisation au voisinage du chantier de l'ouvrier blessé ou malade jusqu'à autorisation de son rapatriement dans les conditions mentionnées au paragraphe 2 du présent article.

Dans ce cas et pendant toute la durée de l'hospitalisation, une indemnité journalière égale à deux fois le montant du minimum garanti (MG) est versée par l'employeur à l'intéressé en vue de le rembourser de ces menus frais supplémentaires. »

- à l'article 8-24 « Indemnisation des frais et temps de voyage de l'ouvrier envoyé travailler en grand déplacement par son entreprise » :

« L'ouvrier envoyé en grand déplacement par son entreprise soit du siège social dans un chantier ou inversement, soit d'un chantier dans un autre, reçoit indépendamment du remboursement de ses frais de transport, et notamment de son transport par chemin de fer en 2e classe :

1. Pour les heures comprises dans son horaire de travail non accomplies en raison de l'heure de départ ou de l'heure d'arrivée, une indemnité égale au salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé ;

2. Pour chaque heure de trajet non comprise dans son horaire de travail, une indemnité égale à 50 % de son salaire horaire, sans majoration ni prime compensatrice des frais complémentaires que peut impliquer le voyage de déplacement, sauf si ces frais sont directement remboursés par l'entreprise.

L'ouvrier indemnisé dans les conditions précisées ci-dessus qui n'est pas déjà en situation de grand déplacement bénéficie de l'indemnité journalière de grand déplacement à compter de son arrivée au lieu du déplacement jusqu'à son départ du même lieu. »

Nous pouvons rappeler que le secteur des travaux publics contient des dispositions conventionnelles similaires.

Dans le contentieux des cotisations de sécurité sociale, il a été précisé que la perception d'indemnités spéciales par les salariés en grand déplacement des entreprises du bâtiment et des travaux publics traduit seulement l'existence de frais professionnels supplémentaires imposés aux intéressés par l'éloignement du lieu de travail (Soc., 25 mai 1988, pourvoi n° 85-16.097, Bulletin 1988 V N° 311) et que, pour bénéficier d'une déduction sur les indemnités forfaitaires de grand déplacement versées à ses salariés, l'employeur doit justifier que ces indemnités sont destinées à compenser des dépenses supplémentaires de repas et de logement (2e Civ., 19 septembre 2019, pourvoi n° 18-20.047), notamment il doit établir que ses salariés bénéficiaires d'indemnités de grand déplacement se trouvent empêchés, du fait de leurs conditions de travail, de regagner leur domicile (2e Civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-20.938 ; 2e Civ., 18 juin 2015, pourvoi n° 14-11.839 ; 2e Civ., 19 septembre 2019, pourvoi n° 18-20.047).

Dans la même logique, notre chambre a jugé que les indemnités de grand déplacement ne constituent pas, en principe, un élément de la rémunération contractuelle, mais un remboursement de frais, même s'il est avantageux pour le salarié, qui n'est pas dû lorsque le salarié n'a plus à effectuer de déplacements (Soc., 16 décembre 1998, pourvoi n° 96-40.227, Bull. 1998, V, n° 558 ; voir encore, antérieurement, Soc., 23 mars 1994, pourvoi n° 90-40.673).

L'enjeu de la qualification juridique de ces indemnités, entre salaire et remboursement de frais, n'est pas négligeable : lorsque les sommes allouées ne dépassent pas les montants forfaitaires autorisés par l'administration fiscale ou par l'Urssaf, elles constituent juridiquement des frais et ne sont pas soumises à impositions ni cotisations.

Nous pouvons rappeler, à cet égard, quelques unes des modalités prévues par l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale :

- aux termes de l'article 2, dans sa rédaction antérieure à l'arrêté du 24 octobre 2022 :

« L'indemnisation des frais professionnels s'effectue :

1° Soit sous la forme du remboursement des dépenses réellement engagées par le travailleur salarié ou assimilé ; l'employeur est tenu de produire les justificatifs y afférents. Ces remboursements peuvent notamment porter sur les frais prévus aux articles 6, 7 et 8 (3°, 4° et 5°) ;

2° Soit sur la base d'allocations forfaitaires ; l'employeur est autorisé à déduire leurs montants dans les limites fixées par le présent arrêté, sous réserve de l'utilisation effective de ces allocations forfaitaires conformément à leur objet. Cette condition est réputée remplie lorsque les allocations sont inférieures ou égales aux montants fixés par le présent arrêté aux articles 3, 4, 5, 8 et 9. »

- selon l'article 5, dans sa rédaction antérieure à l'arrêté du 24 octobre 2022 :

« Indemnités forfaitaires de grand déplacement :

1° En métropole :

Lorsque le travailleur salarié ou assimilé est en déplacement professionnel et empêché de regagner chaque jour sa résidence habituelle, les indemnités de missions destinées à compenser les dépenses supplémentaires de repas sont réputées utilisées conformément à leur objet pour la fraction qui n'excède pas le montant prévu au 1° de l'article 3 du présent arrêté.

S'agissant des indemnités de mission destinées à compenser les dépenses supplémentaires de logement et du petit déjeuner, elles sont réputées utilisées conformément à leur objet pour la fraction qui n'excède pas par jour 54 Euros pour le travailleur salarié ou assimilé en déplacement à Paris et dans les départements des Hauts-de-Seine, de Seine-Saint-Denis, du Val-de-Marne et par jour 40 Euros pour les travailleurs salariés ou assimilés en déplacement dans les autres départements de la France métropolitaine ;

Le travailleur salarié ou assimilé est présumé empêché de regagner sa résidence lorsque la distance séparant le lieu de résidence du lieu de déplacement est au moins égale à 50 kilomètres (trajet aller) et que les transports en commun ne permettent pas de parcourir cette distance dans un temps inférieur à 1 h 30 (trajet aller). Toutefois, lorsque le travailleur salarié ou assimilé est empêché de regagner son domicile en fin de journée pour des circonstances de fait, il est considéré comme étant dans la situation de grand déplacement. »

Il en résulte que, lorsque le montant des indemnités forfaitaires versées au salarié est inférieur ou égal aux limites d'exonération forfaitaires prévues par cet arrêté, les indemnités sont présumées être utilisées conformément à leur objet et la totalité de leur montant est exclue de l'assiette des cotisations sociales.

L'employeur n'a pas, dans cette hypothèse, à produire les justificatifs du montant des dépenses réellement engagées par le salarié. Il doit, en revanche, justifier que le salarié s'est trouvé dans une situation qui l'a conduit à exposer des frais supplémentaires.

Lorsque des dispositions conventionnelles, des stipulations contractuelles ou encore un usage prévoient le versement d'indemnités forfaitaires dont le montant est supérieur aux barèmes fixés par l'arrêté susvisé :

- si l'employeur n'établit pas les circonstances de fait ayant conduit le salarié à exposer des frais supplémentaires dans l'exercice de ses fonctions, les allocations versées constituent des compléments de rémunération et doivent à ce titre être réintégrées pour la totalité de leur montant dans l'assiette des cotisations,

- si l'employeur établit que les circonstances de fait ont conduit le salarié à engager des dépenses supplémentaires et que l'allocation a été utilisée conformément à son objet en produisant des justificatifs, les indemnités sont exclues de l'assiette des cotisations pour leur intégralité,

- si l'employeur établit que les circonstances de fait ont conduit le salarié à engager des dépenses supplémentaires mais n'est pas en mesure de prouver que les indemnités forfaitaires allouées au salarié ont été utilisées conformément à leur objet, les indemnités sont réintégrées dans l'assiette des cotisations pour la fraction excédant les montants limites des exonérations fixées par l'arrêté.

En effet, lorsque le remboursement de frais professionnels s'effectue sur la base d'allocations forfaitaires, le bénéfice de l'exonération de cotisations sociales de la fraction excédant la limite prévue par ce texte est subordonné à la preuve par l'employeur de l'utilisation effective de ces allocations forfaitaires conformément à leur objet (2e Civ., 15 février 2018, pourvoi n° 17-11.121).

Par ailleurs, dès lors que l'éloignement du chantier interdit au salarié, compte tenu des moyens de transport en commun utilisables, de regagner chaque soir son lieu de résidence, ce dernier se trouve en situation de grand déplacement (dispositions conventionnelles relatives aux entreprises de travaux publics : Soc., 26 mai 1998, pourvoi n° 96-41.564 ; Soc., 24 mars 1999, pourvoi n° 97-40.821, Soc., 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-12.118, Bull. 2014, V, n° 261), la preuve incombant sur ce point au salarié (pour les entreprises de travaux publics : Soc., 13 novembre 2002, pourvoi n° 00-46.446 ; pour les entreprises du bâtiment : Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-11.199, Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-11.200).

Ainsi, la circonstance que le salarié regagne chaque soir son domicile n'est pas de nature à le priver du bénéfice de l'indemnité de grand déplacement. Voir :

- Soc., 18 juin 1997, pourvoi n° 95-42.908 (dispositions conventionnelles relatives aux entreprises de travaux publics) :

« Attendu que l'employeur fait grief aux jugements attaqués (conseil de prud'hommes, Clermont-Ferrand, 26 avril 1995) de l'avoir condamné à payer à MM. [Y], [X] et [W] des sommes au titre de forfait pour grands déplacements et au titre des frais de transports, alors, selon le premier moyen, qu'aux termes des articles 8.10, 8.11 et 8.12, alinéa 1, de la Convention collective nationale des travaux publics applicable à la cause, la situation de grands déplacements postule pour être caractérisée, ainsi que l'employeur le faisait valoir, que le salarié ne retourne pas chaque jour à son lieu de résidence, le montant de l'indemnité de grands déplacements étant notamment calculé à partir du coût d'un second logement pour l'intéressé, de dépenses supplémentaires de nourriture, qu'il vive à l'hôtel, chez les particuliers ou en cantonnement, et d'autres dépenses supplémentaires entraînées par l'éloignement de son foyer, l'indemnité de grand déplacement correspondant à une allocation forfaitaire égale aux coûts normaux du logement et de la nourriture supportés par le salarié ; qu'après avoir constaté que les salariés regagnaient chaque soir leur domicile personnel, le conseil de prud'hommes n'a pu, sans violer les textes précités de la convention collective, allouer aux salariés une indemnité de grand déplacement ; alors, selon le deuxième moyen, que, d'une part, la censure

qui ne manquera pas d'être prononcée sur le fondement du premier moyen, entraînera par voie de conséquence et en application de l'article 624 du nouveau Code de procédure civile, la cassation du chef du dispositif des jugements relatif à l'indemnité au titre des frais de transport ; que, d'autre part, et en toute hypothèse, le conseil des prud'hommes qui constate que les salariés regagnaient chaque jour leur domicile, ne pouvait allouer d'indemnité au titre des frais hebdomadaires de voyage ; qu'en décidant le contraire, le conseil de prud'hommes viole l'article 8.14 de la Convention collective nationale des ouvriers des travaux publics applicable en la cause ;

Mais attendu, d'abord, qu'après avoir constaté que les chantiers sur lesquels se trouvaient affectés les salariés se situaient en dehors de la zone des petits déplacements, telle que définie par l'accord paritaire du 20 décembre 1993, et qu'ils ne disposaient, compte-tenu de l'éloignement, d'aucun moyen de transport en commun utilisable reliant leur lieu de résidence auxdits chantiers, le conseil de prud'hommes a exactement décidé que les salariés se trouvaient en situation de grand déplacement en application de l'article 8-10 de la Convention collective nationale des ouvriers des travaux publics ;

Attendu, ensuite, que le remboursement des frais de transport, tel que prévu à l'article 8.14 de la convention collective applicable, est effectué en considération de la situation de grand déplacement des salariés ; »

- Soc., 15 septembre 2021, pourvoi n° 20-10.907 :

« Sur le premier moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes en paiement par l'employeur de certaines sommes à titre de complément d'indemnisation des grands déplacements et de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1194 du code civil, alors « que le salarié a droit à autant d'indemnités journalières de grand déplacement que de jours travaillés sur un chantier ne lui permettant pas, compte tenu des moyens de transport en commun utilisables, de regagner son lieu de résidence le soir ; qu'en décidant au contraire que M. [V] - qui demandait le paiement d'une indemnité pour les vendredis passés sur les chantiers - ne pouvait y prétendre, faute de démontrer être resté à la disposition de l'employeur au-delà des heures de travail, avoir dîné et être resté dormir sur place les vendredis soirs, la cour d'appel a violé les articles 8-21 et 8-23 de la convention collective nationale des ouvriers du bâtiment employés par les entreprises occupant plus de 10 salariés du 8 octobre 1990. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 8.21 et 8.23 de la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1er mars 1962 (c'est-à-dire occupant plus de 10 salariés) du 8 octobre 1990, dans leur rédaction antérieure à l'avenant du 7 mars 2018 :

5. Selon le premier de ces textes, est réputé en grand déplacement l'ouvrier qui travaille sur un chantier métropolitain dont l'éloignement lui interdit - compte tenu des moyens de transport en commun utilisables - de regagner chaque soir le lieu de résidence, situé dans la métropole, qu'il a déclaré lors de son embauchage et qui figure sur sa lettre d'engagement ou qu'il a fait rectifier en produisant les justifications nécessaires de son changement de résidence.

6. Selon le second, le remboursement des dépenses définies à l'article 8.22 est obligatoire pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, pendant lesquels l'ouvrier reste à la disposition de son employeur sur les lieux du déplacement.

7. Pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'un complément d'indemnités conventionnelles de grand déplacement au titre des chantiers qu'il a effectués à Mérignac, Blanquefort et Toulence en 2015 et 2016, l'arrêt retient que s'agissant du nombre de jours indemnisés, si la convention collective prévoit, dans le cas d'un grand déplacement, l'indemnisation de tous les jours de la semaine ouvrables ou non, encore faut-il que le salarié démontre qu'il est resté

à la disposition de son employeur sur les lieux du déplacement et par conséquent le caractère contraint des dépenses qu'il a engagées. L'arrêt ajoute que le salarié réclame un complément d'indemnité de grand déplacement considérant que celle-ci lui était due pour le vendredi alors que seule une indemnité de repas pour le midi lui a été versée mais qu'il ne démontre pas qu'il est resté à la disposition de son employeur sur les lieux du chantier déplacé au-delà des heures de travail et qu'il a dîné et est resté dormir sur place le vendredi soir, de sorte qu'il ne peut prétendre obtenir d'indemnisation complémentaire de chef.

8. En statuant ainsi, alors que les parties reconnaissent que le salarié avait travaillé les vendredis, ce dont il résultait que l'intéressé, en situation de grand déplacement, était resté à la disposition de l'employeur, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Et sur le second moyen, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

9. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement par l'employeur de certaines sommes à titre de complément d'indemnité de grand déplacement pour le chantier d'Uzerche et de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1194 du code civil, alors « que le salarié a droit à l'indemnité forfaitaire de grand déplacement lorsque, compte tenu des moyens de transport en commun utilisables, il n'a pas la possibilité de regagner son lieu de résidence, peu important son choix de regagner celui-ci, chaque soir, à l'aide d'un moyen de transport dont il supporte lui-même la charge ; que, pour débouter M. [V] de sa demande d'indemnité de grand déplacement, la cour d'appel a retenu que le salarié, qui reconnaissait avoir regagné son domicile chaque soir, n'était pas resté à la disposition de l'employeur sur les lieux du déplacement comme l'exige l'article 8-23 de la convention collective ; qu'en statuant ainsi par un motif erroné, quand elle constatait qu'il n'était pas discuté que le salarié ne disposait pas d'un moyen de transport en commun pour rentrer chaque soir à sa résidence, ce dont résultait son droit au versement de l'indemnité de grand déplacement, nonobstant son choix de la regagner, chaque soir, par ses propres moyens, la cour d'appel a violé les articles 8-21 et 8-23 de la convention collective nationale des ouvriers du bâtiment employés par les entreprises occupant plus de 10 salariés du 8 octobre 1990 ».

Réponse de la Cour

Vu les articles 8.21, 8.22 et 8.23 de la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire occupant plus de 10 salariés) du 8 octobre 1990, dans leur rédaction antérieure à l'avenant du 7 mars 2018 :

10. Selon le premier de ces textes, est réputé en grand déplacement l'ouvrier qui travaille sur un chantier métropolitain dont l'éloignement lui interdit - compte tenu des moyens de transport en commun utilisables - de regagner chaque soir le lieu de résidence, situé dans la métropole, qu'il a déclaré lors de son embauchage et qui figure sur sa lettre d'engagement ou qu'il a fait rectifier en produisant les justifications nécessaires de son changement de résidence.

11. Selon le deuxième, l'indemnité de grand déplacement correspond aux dépenses journalières normales qu'engage le déplacé en sus des dépenses habituelles qu'il engagerait s'il n'était pas déplacé. Le montant de ces dépenses journalières, qui comprennent a) le coût d'un second logement pour l'intéressé, b) les dépenses supplémentaires de nourriture, qu'il vive à l'hôtel, chez des particuliers ou dans tout autre type de logement proposé par l'employeur, c) les autres dépenses supplémentaires qu'entraîne pour lui l'éloignement de son foyer, est remboursé par une allocation forfaitaire égale aux coûts normaux de logement et de nourriture (petit déjeuner, déjeuner, dîner) qu'il supporte.

12. Selon le dernier, le remboursement des dépenses définies à l'article 8.22 est obligatoire pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, pendant lesquels l'ouvrier reste à la disposition de son employeur sur les lieux du déplacement.

13. Pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'indemnités journalières de grand déplacement au titre du chantier d'Uzerche, l'arrêt retient que par son courrier à l'employeur du 15 juillet 2015, le salarié a admis qu'il ne dormait pas sur place et rentrait tous les soirs à son domicile. L'arrêt ajoute que s'il n'est pas discuté qu'il ne disposait pas de moyen de transport en commun alors

qu'il était à une distance de plus de 50 km de son domicile, son retour quotidien à ce domicile les soirs démontre qu'il n'est pas resté à la disposition de son employeur sur les lieux de déplacement ainsi que l'exige l'article 8.23, de sorte que l'employeur était fondé à ne pas lui appliquer le régime des grands déplacements.

14. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié se trouvait en situation de grand déplacement en sorte que, nonobstant son choix de regagner son domicile le soir, il pouvait prétendre à l'indemnité forfaitaire de grand déplacement, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Cet arrêt peut être utilement rapproché de Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-15.494 (dispositions conventionnelles relatives aux entreprises de travaux publics), dans lequel le vendredi était simplement une journée de voyage et non une journée de travail :

« Mais attendu qu'il résulte des alinéas 1 et 4 de l'article 8.12 de la convention collective nationale des ouvriers de travaux publics que l'indemnité de grand déplacement prévue par l'article 8.11 de ce texte est obligatoire pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, pendant lesquels l'ouvrier reste à la disposition de son employeur sur les lieux de travail, et que pendant la durée des voyages périodiques, seuls les frais de logement dans la localité continuent à être remboursés, sous réserve de justification d'une dépense effective ;

Et attendu qu'ayant relevé, sans être critiquée sur ce point, que la journée du vendredi constituait un jour de voyage périodique et retenu sans dénaturation que le salarié ne soutenait pas être à la disposition de son employeur le dimanche, la cour d'appel a fait une exacte application des textes susvisés ;

D'où il suit, que le moyen, qui manque en fait en sa deuxième branche, n'est pas fondé ; »

Voici un extrait du commentaire de l'arrêt du 15 septembre 2021 paru à la *Revue de jurisprudence sociale* de 2021, n° 623 :

« 2° La seconde espèce concernait également l'application des dispositions sur les indemnités de grands déplacements de la convention collective des ouvriers du bâtiment. Outre l'article 8.21 précédemment étudié, l'article 8.23 de cette convention précise que le remboursement des dépenses journalières normales qu'engage le déplacé en sus des dépenses habituelles qu'il engagerait s'il n'était pas déplacé est obligatoire pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, pendant lesquels l'ouvrier reste à la disposition de son employeur sur les lieux de déplacement.

En l'espèce, le salarié demandait, d'une part, le paiement d'une indemnité de grands déplacements pour les vendredis passés sur deux chantiers et, d'autre part, le paiement d'une indemnité de grands déplacements au titre d'un troisième chantier.

La cour d'appel l'avait débouté de sa première demande, au motif qu'il ne démontrait pas être resté à la disposition de l'employeur au-delà des heures de travail, avoir dîné et être resté dormir sur place les vendredis soirs. Les juges avaient également rejeté sa seconde demande, au motif qu'il avait admis qu'il ne dormait pas sur place et rentrait tous les soirs à son domicile et, par conséquent, qu'il n'était pas resté à la disposition de son employeur sur les lieux de déplacement.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en retenant tout d'abord que, dans la mesure où le salarié avait travaillé les vendredis en situation de grands déplacements, il en résultait nécessairement qu'il était resté à la disposition de l'employeur, ce qui justifiait le paiement d'une indemnité de grand déplacement. La Cour de cassation juge ensuite, s'agissant de la seconde demande, que le salarié, qui ne disposait pas de moyen de transport en commun alors qu'il était à une distance de plus de 50 km de son domicile, se trouvait en situation de grand déplacement. Ainsi, nonobstant son choix de regagner son domicile le soir, il pouvait prétendre à l'indemnité forfaitaire de grand déplacement. La Cour de cassation confirme ici une ancienne jurisprudence (Cass. soc. 26-5-1998 n° 96-41.564 D).

Il convient toutefois d'observer que cette position pourrait être remise en cause en raison de la modification des conventions collectives nationales des ouvriers du bâtiment concernant l'indemnité de grands déplacements (articles VIII-21 à VIII-28 des nouvelles conventions du 7 mars 2018). Ces

nouvelles conventions ajoutent notamment la condition de loger sur place pour définir les grands déplacements, condition qui faisait précisément défaut dans l'arrêt commenté.

Signalons toutefois que l'application de ces nouvelles conventions collectives, non étendues, a été suspendue par la cour d'appel de Paris (CA Paris 10-1-2019 n° 18/06465). À la suite de cette suspension, deux nouvelles conventions collectives ont été signées le 20 mars 2019, mais ne sont pas entrées en application, en raison de l'opposition formée par les organisations syndicales majoritaires. Les nouvelles négociations des organisations syndicales de la branche seront à suivre avec intérêt. »

En ce qui concerne ces dernières remarques, à la connaissance de votre rapporteur, nous sommes dans une situation de *statu quo*.

Enfin, la circonstance que le salarié avait la possibilité de quitter le chantier plus tôt n'est pas suffisante pour le priver du bénéfice de l'indemnisation de ses frais et temps de voyage lorsqu'il est en grand déplacement. Voir Soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-13.245 :

« Vu l'article 8-24 de la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment visées par le décret du 1^{er} mars 1962, du 8 octobre 1990 ;

Attendu que débouter le salarié de sa demande en paiement de frais de grand déplacement, la cour d'appel énonce que l'employeur produit à la fois son agenda et des attestations de salariés qui démontrent que lorsque les salariés étaient sur des chantiers extérieurs, ils quittaient le chantier plus tôt que les horaires habituels ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les trajets s'effectuaient exclusivement pendant les horaires de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

La question se pose de savoir si la possibilité pour un salarié qui travaille sur un chantier éloigné de regagner, le vendredi soir, son lieu de résidence, compte tenu du fait qu'il est en mesure de partir plus tôt, quel que soit son mode de transport, peut avoir une incidence sur le principe et ou sur le montant, forfaitaire, de l'indemnité de grand déplacement.

L'employeur fait valoir que l'Urssaf procède à la réintégration, dans l'assiette des cotisations sociales, de l'indemnité de grand déplacement versée pour la journée du vendredi lorsque la preuve n'est pas rapportée que le salarié s'est trouvé empêché de regagner son domicile ce soir-là. Il cite, dans son mémoire ampliatif :

- Soc., 7 mars 1991, pourvoi n° 88-15.954, Bulletin 1991 V N° 115 :

« Attendu que, l'URSSAF ayant en outre réintégré pour partie dans l'assiette des cotisations l'indemnité de grand déplacement allouée pour la journée du vendredi à certains salariés, il est encore fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société Colas du recours formé contre ce redressement, alors que les indemnités destinées à compenser les dépenses supplémentaires de nourriture et de logement sont réputées utilisées conformément à leur objet pour la fraction qui n'excède pas un montant déterminé, que n'étant pas contesté que les indemnités de grand déplacement litigieuses étaient inférieures à ce montant et ayant constaté la présence des salariés sur les chantiers cinq jours par semaine, la cour d'appel ne pouvait refuser la déduction desdites indemnités pour l'une de ces journées sans violer l'article 3 de l'arrêté du 26 mai 1975 ;

Mais attendu que si l'indemnité de grand déplacement est exonérée de cotisations à concurrence du montant fixé par l'article 3 de l'arrêté interministériel du 26 mai 1975, c'est à la condition, selon ce

même texte, que le salarié qui la perçoit se trouve empêché de regagner chaque jour le lieu de sa résidence ; qu'ayant relevé que des investigations de l'agent de contrôle dont les constatations n'étaient pas sérieusement contestées par la société Colas, il résultait que les salariés bénéficiaires d'une indemnité de grand déplacement pour cinq jours par semaine, regagnaient leur domicile le vendredi soir, ce qui excluait qu'ils remplissent ce jour- là la condition posée par l'article 3 précité, la cour d'appel en a exactement déduit que la partie de l'indemnité litigieuse destinée à compenser les frais de découcher du vendredi devait être soumise à cotisations ; que sa décision échappe à la critique du moyen ; >>

- 2e Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 02-30.402 :

« Attendu que la société Sondefor fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1°/ que la procédure de fixation forfaitaire des cotisations n'a lieu d'être mise en oeuvre que lorsque la comptabilité ne permet pas d'établir le chiffre exact des rémunérations ou indemnités versées par l'employeur ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que l'URSSAF a pu réintégrer au franc près la totalité des indemnités de grand déplacement allouées à ses salariés ; qu'en énonçant que la régularité de la comptabilité et de la communication des pièces est indifférente à la mise en oeuvre de la procédure de fixation forfaitaire des cotisations, la cour d'appel a violé l'article R. 242-5 du Code de la sécurité sociale ;

2°/ que dès lors que l'indemnité allouée au titre du grand déplacement est inférieure au plafond fixé par arrêté ministériel, l'employeur n'a pas à démontrer qu'elle a été utilisée conformément à son objet, en prouvant notamment que le salarié n'a pas regagné son domicile, mais seulement à démontrer que les conditions de travail empêchent le salarié de regagner normalement son domicile ; qu'ayant constaté que la société Sondefor établissait effectivement la réalité et le lieu des chantiers sur lesquels ses salariés étaient employés, et que ces chantiers se situaient en moyenne à 400 kilomètres du siège social de l'entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision, au regard de l'article 3 de l'arrêté du 26 mai 1975, en s'abstenant de rechercher si l'éloignement de ces chantiers ne justifiait pas à lui seul, dans certains cas au moins, l'attribution d'indemnités de grand déplacement pour les fins de semaine ;

3°/ que dans ses conclusions d'appel, la société Sondefor avait établi que les remboursements des frais d'autoroute et d'essence relevés par l'inspecteur de l'URSSAF au cours des fins de semaine et qui démontraient selon lui que les salariés en cause étaient rentrés à leur domicile concernaient en fait des trajets chantier-siège et à aucun moment des trajets chantier-domicile ; qu'en énonçant que la société Sondefor ne contestait pas sérieusement que ces remboursements de frais signifiaient que les salariés revenaient bien à leur domicile pendant les fins de semaine, la cour d'appel a dénaturé les dites conclusions et ainsi violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

4°/ que la société Sondefor avait établi, pièces à l'appui que les remboursements de frais d'essence et d'autoroute relevés par l'inspecteur de l'URSSAF au cours des fins de semaine et qui démontraient, selon lui, que les salariés en cause étaient rentrés à leur domicile, concernaient en fait des trajets chantier-siège et à aucun moment des trajets chantier-domicile ; qu'en affirmant que ces remboursements "laissaient entendre que ceux-ci revenaient bien à leur domicile pendant les fins de semaine sans rechercher si ces frais ne correspondaient pas à des trajets professionnels, la cour d'appel a de nouveau privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 de l'arrêté du 26 mai 1975 ;

Mais attendu qu'il appartient à l'employeur d'établir que ses salariés, bénéficiaires d'indemnités de grand déplacement pour les fins de semaine, se trouvent empêchés de regagner leur domicile le vendredi ; que cette preuve n'étant pas rapportée, l'URSSAF qui a réintégré, pour leur montant exact, les indemnités versées à ce titre, n'a pas procédé à une évaluation forfaitaire ; que la première branche du moyen, qui critique un motif erroné mais surabondant de l'arrêt, n'est pas fondée ;

Et attendu qu'après avoir énoncé, à bon droit, qu'il appartenait à la société de justifier de ce que les salariés, à qui ont été remboursés des frais de grand déplacement pour les fins de semaine, remplissaient les conditions prévues par l'arrêté du 26 mai 1975, l'arrêt retient que la société ne

rapporte pas la preuve que les salariés concernés étaient, du fait de l'éloignement des chantiers où ils travaillaient, empêchés de regagner leur domicile pendant les dites fins de semaine ; que la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les conclusions de la société et qui n'avait pas à procéder à une recherche inopérante, a, ainsi, légalement justifié sa décision ; »

Nous pouvons y ajouter cet arrêt, Soc., 10 octobre 1991, pourvoi n° 89-14.420, cité par l'employeur dans ses conclusions d'appel :

« Attendu qu'à la suite d'un contrôle, l'URSSAF a réintégré notamment dans l'assiette des cotisations dues au titre de la période 1983-1985 par la société Colas Centre Ouest, entreprise de travaux publics, une fraction de l'indemnité de grand déplacement allouée pour la journée du vendredi à certains salariés ; que la société fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir déboutée de son recours contre ce redressement, alors que les indemnités destinées à compenser les dépenses supplémentaires de nourriture et de logement sont réputées utilisées conformément à leur objet pour la fraction qui n'excède pas un montant déterminé ; que n'ayant jamais été contesté que les indemnités de grand déplacement en litige étaient inférieures à ce montant et étant donné que les salariés étaient présents cinq jours par semaine sur le chantier, la cour d'appel ne pouvait refuser la déduction desdites indemnités pour l'une de ces journées sans violer l'article 3 de l'arrêté du 26 mai 1975 ;

Mais attendu que si l'indemnité de grand déplacement est exonérée de cotisations à concurrence du montant fixé par l'article 3 de l'arrêté interministériel du 26 mai 1975, c'est à la condition, selon ce même texte, que le salarié qui la perçoit se trouve empêché de regagner chaque jour le lieu de sa résidence ; qu'ayant relevé que des investigations de l'agent de contrôle dont les constatations n'étaient pas contestées par l'employeur, il résultait que les salariés bénéficiaires d'une indemnité de grand déplacement pour cinq jours par semaine regagnaient leur domicile le vendredi soir, ce qui excluait qu'ils remplissent ce jour-là la condition posée par l'article 3 précité, la cour d'appel en a exactement déduit que la partie de l'indemnité litigieuse destinée à compenser les frais de découcher du vendredi devait être soumise à cotisations ; que sa décision échappe à la critique du moyen ; »

4.2.2. Sur le rappel des règles relatives à l'inégalité de traitement

En application du principe d'égalité de traitement, l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés placés dans une situation identique (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, Bulletin 1996, V, n° 359).

Ce principe ne revêt pas un caractère absolu. Il doit se combiner avec le principe de libre fixation des salaires et de ses accessoires par l'employeur dont il constitue une limite.

Ainsi, il ne s'oppose pas à ce que ce dernier, dans l'exercice de son pouvoir de direction, détermine des rémunérations différentes pour tenir compte des compétences et des capacités de chaque salarié, de la nature des fonctions ou des conditions de leur exercice, ou accorde des avantages particuliers à certains salariés.

Il interdit, en revanche, que des salariés placés dans une situation identique fassent l'objet d'un traitement différent.

Si des mesures peuvent être réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous ceux placés dans une situation identique, au regard de l'avantage en cause, aient la possibilité d'en bénéficier, à moins que la différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes et que les règles déterminant les conditions d'éligibilité à la mesure soient préalablement définies et contrôlables

(Soc., 18 janvier 2000, pourvoi n° 98-44.745 et s., Bulletin civil 2000, V, n° 25 ; Soc., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-42.587 ; Soc., 25 octobre 2007, pourvoi n° 05-45.710 ; Soc., 23 novembre 2010, pourvoi n° 08-44.380 ; Soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-12.397, Bull. 2017, V, n° 214 ; Soc., 5 mai 2021, pourvoi n° 19-20.547, en cours de publication ; Soc., 29 septembre 2021, pourvoi n° 20-11.086).

On entend par situation identique la situation dans laquelle les salariés effectuent un même travail ou un travail de valeur égale.

Aux termes de l'article L. 3221-4 du code du travail, sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse.

Notre chambre a posé une présomption de justification en faveur des différences catégorielles instituées par accords collectifs de branche ou d'entreprise (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, 13-14.908, Bull. 2015, V, n° 8, Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9 et Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10 ; Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.970, publié ; Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 17-16.642, publié ; Soc., 8 janvier 2020, pourvois n° 18-17.553 et s. ; Soc., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.092, publié).

En dehors de cette présomption, le régime de preuve est partagé entre salarié et employeur.

Il appartient ainsi au salarié qui invoque une atteinte au principe susvisé de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération (Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-19.748, Bull. 2010, V, n° 242).

Les juges du fond apprécient souverainement si les salariés comparés sont dans une situation identique (Soc., 18 septembre 2019, pourvoi n° 18-12.503 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-20.807) et si le salarié qui invoque une inégalité de traitement justifie d'éléments susceptibles de la caractériser (Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-21.926 ; Soc., 9 janvier 2019, pourvoi n° 17-15.836 ; Soc., 15 mai 2019, pourvoi n° 17-27.564).

Notre chambre exerce toutefois un contrôle sur les déductions qu'ils tirent de leurs constatations, le principe d'égalité de traitement ne pouvant s'appliquer en l'absence de similarité ou d'identité de situations entre les salariés comparés (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, Bull. 2018, V, n° 64 ; Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.040 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-15.219).

Lorsque le salarié soumet au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de traitement, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence (Soc., 16 octobre 2002, pourvoi n° 00-44.860 ; Soc., 13 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.407, Bulletin civil 2004, V, n° 1 ; Soc., 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-41.826 et s., Bull., 2004, V, n° 228 ; Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 04-40.169, Bull. 2005, V, n° 178).

Et les juges du fond doivent contrôler la réalité et la pertinence des raisons avancées par l'employeur (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-11.884, Bull. 2009, V, n° 36 ; Soc., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-10.233, 13-10.234, Bull. 2014, V, n° 200).

4.2.3. Sur le cas d'espèce

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur la demande relative à l'indemnité de grand déplacement :

« Aux termes de l'article 8.21 de la convention collective applicable, est réputé en grand déplacement l'ouvrier qui travaille sur un chantier métropolitain dont l'éloignement lui interdit - compte tenu des moyens de transport en commun utilisables - de regagner chaque soir le lieu de résidence, situé dans la métropole, qu'il a déclaré lors de son embauchage et qui figure sur sa lettre d'engagement ou qu'il a fait rectifier en produisant les justifications nécessaires de son changement de résidence.

L'article 8.22 précise que l'indemnité de grand déplacement correspond aux dépenses journalières normales engagées par le salarié en sus des dépenses habituelles qu'il engagerait s'il n'était pas déplacé. Ces dépenses journalières comprennent : a) le coût d'un second logement pour l'intéressé ; b) les dépenses supplémentaires de nourriture, qu'il vive à l'hôtel, chez des particuliers ou dans tout autre type de logement proposé par l'employeur ; c) les autres dépenses supplémentaires qu'entraîne pour lui l'éloignement de son foyer. Leur montant est remboursé par une allocation forfaitaire égale aux coûts normaux de logement et de nourriture (petit déjeuner, déjeuner, dîner) qu'il supporte.

Selon l'article 8.23, le remboursement des dépenses définies à l'article précédent est obligatoire pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, pendant lesquels l'ouvrier reste à la disposition de son employeur sur les lieux du déplacement.

En l'espèce, il est constant que M. [U] s'est trouvé en situation de grand déplacement sur un chantier situé à [Localité 1] (Var) pendant la période du 11 janvier 2016 au 17 juin 2016, durant laquelle il a perçu une indemnité journalière de 90 euros du lundi au jeudi, et de seulement 18 euros le vendredi, alors que cette journée était également travaillée et qu'il restait à disposition de l'employeur sur le lieu du déplacement.

Tenu dès lors de verser au salarié l'indemnité complète de grand déplacement, l'employeur fait vainement valoir que 'M. [U] ne démontre pas en quoi il aurait été contraint de se tenir à la disposition de son employeur le vendredi soir et empêché de regagner son domicile.'

L'appelant établit au surplus que M. [X], autre salarié de la société placé dans une situation identique, a bénéficié d'une indemnité journalière de 90 euros le vendredi lorsqu'il travaillait sur le même chantier, ce qui laisse supposer une inégalité de traitement, sans que l'intimée ne fournisse aucun élément justificatif ni ne discute le compte-rendu de l'entretien préalable du 23 novembre 2016, établi par M. [W], délégué du personnel, rapportant que le directeur lui-même avait indiqué que cette situation était inadmissible mais qu'il s'agissait d'un salarié protégé.

Le décompte versé aux débats n'étant pas discuté, la demande en paiement de la somme de 1 601,80 euros bruts à titre de complément d'indemnités journalières de grand déplacement est ainsi justifiée.

Inversement, le salarié n'établit pas qu'il n'aurait pas eu à exposer les frais de garderie de 59,60 euros s'il ne s'était pas déplacé.

Le jugement sera ainsi infirmé du premier chef mais confirmé sur le second. »

L'employeur lui reproche :

- première branche (violation de la loi) : d'avoir retenu que la journée du vendredi étant également travaillée et le salarié restant à la disposition de l'employeur sur le lieu du déplacement, ce dernier était tenu de verser l'indemnité complète de grand déplacement, peu important que l'intéressé ne démontre pas qu'il aurait été à la

disposition de son employeur le vendredi soir et empêché de regagner son domicile, alors :

. que l'indemnité de grand déplacement est destinée à couvrir les dépenses supplémentaires de nourriture et de logement effectivement exposées par un salarié en déplacement professionnel sur un chantier dont l'éloignement lui interdit, compte tenu des moyens de transport en commun utilisables, de regagner chaque soir le lieu de résidence qu'il a déclaré et que le salarié ne peut prétendre à une indemnité de grand déplacement qu'au titre de ses frais de repas pour les jours où il a la possibilité de regagner son lieu de résidence le soir,

. et qu'il soutenait, en l'espèce, que le salarié finissant plus tôt le vendredi, il pouvait regagner son domicile le soir et ne pouvait donc prétendre à l'indemnisation de frais de logement qu'il ne justifiait pas avoir engagés pour ce soir-là (ses conclusions d'appel, p. 9),

- deuxième branche (manque de base légale) : de s'être bornée à affirmer que M. [X], autre salarié de la société placé dans une situation identique, avait bénéficié d'une indemnité journalière de 90 euros le vendredi lorsqu'il travaillait sur le même chantier ce qui laissait supposer une inégalité de traitement dont l'employeur ne fournissait pas d'élément justificatif, sans constater que M. [X] pouvait, comme l'intéressé, finir plus tôt le vendredi et rentrer sur son lieu de résidence le vendredi soir, et de n'avoir ainsi pas caractérisé l'identité de situation des deux salariés au regard de l'indemnité de grand déplacement.

Il est proposé de rejeter par une **décision non spécialement motivée** la seconde branche du moyen qui n'est pas fondée dès lors qu'à aucun moment, dans ses conclusions d'appel, p. 7 à 13, l'employeur n'a demandé à la cour d'appel de procéder à la recherche prétendument omise, ayant uniquement mentionné, p. 9, que le montant de l'indemnité de grand déplacement versé au salarié était moindre le vendredi parce que ce dernier finissait plus tôt ce jour-là et regagnait son domicile le soir, sans répondre au moyen de l'intéressé tiré d'une inégalité de traitement en comparaison avec la situation d'un autre salarié, M. [X] (p. 8 des conclusions d'appel du salarié).

Pour le surplus, notre chambre devra dire si le moyen est fondé à l'aune de l'ensemble des développements qui précèdent, le salarié et les syndicats faisant valoir, dans leur mémoire en défense, que la première branche n'est pas fondée dès lors que la cour d'appel a fait une exacte application des dispositions conventionnelles.

4.3. Sur le troisième moyen, relatif au temps de trajet

Rappelons que la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment **visées** par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire **occupant jusqu'à 10 salariés**) du 8 octobre 1990 et la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment **non visées** par le décret du 1^{er} mars 1962 (c'est-à-dire **occupant plus de 10 salariés**) du 8 octobre 1990 prévoient, à l'article 8-24 « Indemnisation des frais et temps de voyage de l'ouvrier envoyé travailler en grand déplacement par son entreprise » :

« L'ouvrier envoyé en grand déplacement par son entreprise [,] soit du siège social dans un chantier ou inversement, soit d'un chantier dans un autre, reçoit indépendamment du remboursement de ses frais de transport, et notamment de son transport par chemin de fer en 2e classe :

1. Pour les heures comprises dans son horaire de travail non accomplies en raison de l'heure de départ ou de l'heure d'arrivée, une indemnité égale au salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé ;

2. Pour chaque heure de trajet non comprise dans son horaire de travail, une indemnité égale à 50 % de son salaire horaire, sans majoration ni prime compensatrice des frais complémentaires que peut impliquer le voyage de déplacement, sauf si ces frais sont directement remboursés par l'entreprise.

L'ouvrier indemnisé dans les conditions précisées ci-dessus qui n'est pas déjà en situation de grand déplacement bénéficie de l'indemnité journalière de grand déplacement à compter de son arrivée au lieu du déplacement jusqu'à son départ du même lieu. »

Pour une application de la seconde convention collective, voir Soc., 3 juin 2020, pourvoi n° 18-21.494 :

« Vu l'article 8.24 de la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1^{er} mars 1962 du 8 octobre 1990 :

5. Selon ce texte, l'ouvrier envoyé en grand déplacement par son entreprise, soit du siège social dans un chantier ou inversement, soit d'un chantier dans un autre, reçoit indépendamment du remboursement de ses frais de transport, pour chaque heure de trajet non comprise dans son horaire de travail, une indemnité égale à 50 % de son salaire horaire, sans majoration ni prime compensatrice des frais complémentaires que peut impliquer le voyage de déplacement, sauf si ces frais sont directement remboursés par l'entreprise.

6. Pour rejeter la demande du salarié en indemnisation de ses heures de trajet de grand déplacement non comprises dans son horaire de travail, l'arrêt, après avoir constaté que l'intéressé mentionnait, dans son tableau descriptif des semaines, avoir effectué 487 heures de trajet de novembre 2009 à avril 2011 et sollicitait à ce titre le paiement d'une certaine somme, a retenu qu'il résultait des documents fournis par l'employeur que le salarié avait perçu une indemnité pour chacun de ses déplacements et que les bulletins de paie non contestés par le salarié faisaient état de plusieurs sommes au titre de "Remb. Frais déplac.", sommes qui, additionnées, représentaient plus que l'indemnité sollicitée par le salarié.

7. En se déterminant ainsi, par un motif inopérant, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si le salarié avait pendant la période litigieuse accompli certains de ses trajets de grand déplacement hors de son temps de travail et s'il avait perçu à ce titre l'indemnité prévue par le texte susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Par ailleurs, nous savons qu'aux termes de l'article L. 3121-1 du code du travail :

« La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles. »

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur la demande en paiement d'un rappel de salaire au titre des temps de trajet :

« L'article L. 3121-1 du code du travail définit la durée du travail effectif comme le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Selon l'article 8.24 de la convention collective applicable, l'ouvrier envoyé en grand déplacement par son entreprise, soit du siège social dans un chantier ou inversement, soit d'un chantier dans un autre, reçoit indépendamment du remboursement de ses frais de transport, et notamment de son transport par chemin de fer en 2e classe :

1. Pour les heures comprises dans son horaire de travail non accomplies en raison de l'heure de départ ou de l'heure d'arrivée, une indemnité égale au salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé ;
2. Pour chaque heure de trajet non comprise dans son horaire de travail, une indemnité égale à 50 % de son salaire horaire, sans majoration ni prime compensatrice des frais complémentaires que peut impliquer le voyage de déplacement, sauf si ces frais sont directement remboursés par l'entreprise.
L'ouvrier indemnisé dans les conditions précisées ci-dessus qui n'est pas déjà en situation de grand déplacement bénéficie de l'indemnité journalière de grand déplacement à compter de son arrivée au lieu du déplacement jusqu'à son départ du même lieu.
En l'espèce, le salarié fait grief à l'employeur d'avoir indemnisé ses temps de trajet sur la base de 50 % de son salaire horaire et non comme du temps de travail effectif, alors qu'il 'devait se rendre au siège de l'entreprise pour l'embauche et prendre le véhicule de société', et que la société Eiffage 'en a d'ailleurs tellement conscience qu'elle a considéré que le temps passé par Monsieur [X] à se rendre, dans les mêmes conditions, à savoir avec un véhicule de société, sur le même chantier, constituait du temps de travail effectif'.
Il produit ses ordres de mission faisant ressortir qu'il utilisait un véhicule de la société et que ses journées de travail sur le chantier de [Localité 1] commençaient à 7h30, y compris le lundi, de même que M. [X], mais que ses trajets représentaient 2,5 heures d'amplitude rémunérées à 50 % du taux horaire, les voyages étant effectués 'en dehors du temps de travail', tandis que l'ordre de mission de M. [X] également versé aux débats mentionne : 'voyage sur le temps de travail', ce qui laisse supposer une inégalité de traitement.
Si la société Eiffage assure que M. [U] n'avait 'aucune obligation... de se rendre au siège de l'entreprise pour l'embauche et la débauche', il n'en demeure pas moins qu'elle ne fournit aucun élément objectif ni même une quelconque explication de nature à justifier cette inégalité.
En conséquence, le décompte produit par le salarié n'étant pas discuté, il sera fait droit à la demande en paiement de la somme de 949,94 euros bruts, outre 95 euros bruts de congés payés afférents. »

Dans une branche unique, tirée d'un vice de la motivation, l'employeur lui reproche de ne pas avoir répondu au moyen qu'il invoquait, selon lequel le salarié ne déduisait pas de la somme demandée au titre du rappel de salaire pour les heures de trajet la rémunération déjà perçue au titre des heures de trajet ou d'amplitude en application de l'article 8.24 de la convention collective (ses conclusions d'appel, p. 15).

Dans leur mémoire en défense, le salarié et les syndicats soutiennent que la cour d'appel n'était pas tenue de répondre à une allégation dépourvue d'offre de preuve.

Il est à noter que, dans ses conclusions d'appel, p. 9 et 10, le salarié faisait valoir que l'employeur avait indemnisé ses temps de trajet passés à bord d'un véhicule de société mis à sa disposition pour se rendre sur un chantier comme des heures d'amplitude rémunérées à 50 %.

Il revendiquait la qualification juridique de temps de travail effectif pour ces temps et invoquait, à ce titre, une inégalité de traitement avec un autre salarié, M. [X], se trouvant dans la même situation que lui, pour lequel lesdits temps étaient qualifiés de temps de travail effectif.

Il faisait en outre valoir que l'article 8.24 de la convention collective n'était pas applicable.

Il en déduisait que les heures payées comme étant de l'amplitude étaient en réalité des heures de travail effectif, qu'il y avait lieu de condamner l'employeur à payer non seulement ces heures à 100 %, mais également la majoration de 25 % afférente, s'agissant d'heures supplémentaires, et qu'il lui était donc dû un rappel d'un montant de 949,94 euros, outre congés payés afférents.

Et que, dans ses conclusions d'appel, p. 13 à 15, l'employeur faisait valoir, fiches d'ordre de mission et bulletins de paie à l'appui, que les temps de trajet du salarié avec un véhicule de service avaient été indemnisés sous le vocable d'heures d'amplitude à hauteur de 50 % du taux horaire, conformément à l'article 8.24 de la convention collective, parfaitement applicable.

Il ajoutait qu'en tout état de cause, le salarié sollicitait un rappel d'heures supplémentaires sans fournir le détail de son calcul ni déduire la rémunération déjà perçue au titre des heures d'amplitude.

Notre chambre devra dire si le moyen est fondé au vu de ces éléments.

Si, dans le cadre de son délibéré, elle considérait :

- que la cour d'appel a implicitement répondu au moyen prétendument omis en retenant le décompte du salarié, dont on pourrait comprendre, au travers des conclusions sus-rappelées, qu'il contenait uniquement un complément de salaire des heures litigieuses (les 50 % non rémunérés) ainsi que leur majoration,

- qu'il résulte de l'argumentation contraire de l'employeur, qui soutenait, d'un côté, que le salarié ne fournissait pas le détail de son calcul, de l'autre, qu'il ne déduisait pas la rémunération au titre des heures d'amplitude, qu'il n'offrait pas de prouver que les heures d'amplitude n'avaient pas été déduites du décompte produit par le salarié, de sorte que la cour d'appel n'avait pas à répondre à une allégation dépourvue d'offre de preuve,

elle pourrait rejeter ce moyen par une **décision non spécialement motivée**.

4.4. Sur le quatrième moyen, subsidiaire, relatif à l'exécution fautive du contrat de travail

Aux termes de l'article 1153, alinéa 4, du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »

À la suite de l'ordonnance susvisée, cette disposition a été transférée à l'article 1231-6, alinéa 3, du code civil, aux termes duquel :

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. »

L'octroi de dommages-intérêts en application de ces dispositions est subordonné à :

- la caractérisation de la mauvaise foi du débiteur (Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-12.566 ; Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-21.313 ; Soc., 23 juin 2015, pourvoi n° 14-13.425 ; Soc., 29 septembre 2021, pourvoi n° 20-10.634, publié),

- et à la démonstration d'un préjudice distinct (Soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-42348), dont l'existence relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-15.050 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.029 ; Soc., 25 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.223 ; Soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 11-25.072 ; Soc., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-15.690 ; Soc., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.238 ; Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-11.254 ; Soc., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-27.796 ; Soc., 7 juillet 2021, pourvoi n° 16-15.980).

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 1222-1 du code du travail :

« Le contrat de travail est exécuté de bonne foi. »

Nous savons qu'en matière de responsabilité civile, l'indemnisation d'une victime est subordonnée à la preuve d'une faute de l'auteur, d'un préjudice subi par la victime et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Les juges du fond justifient l'existence du préjudice par l'évaluation qu'ils en font, sans être tenus d'en préciser les divers éléments (Ass. plén., 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640, Bull. 1999, Ass. plén., n° 3 ; Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, Bulletin civil 2002, Ch. mixte, n° 4 ; Soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-13.482).

L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72), sauf dans certaines hypothèses (en cas de perte injustifiée de son emploi par le salarié : Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, Bull. 2017, V, n° 136 ; en cas d'absence de mise en place des institutions représentatives du personnel, sans procès-verbal de carence : Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, publié ; en cas d'atteinte à la vie privée : Soc., 7 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.799, Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.583 ; en cas d'atteinte au droit à l'image : Soc., 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-12.420 ; en cas d'atteinte à l'intérêt collectif de la profession : Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-16.283, publié ; en cas de dépassement de la durée maximale de travail : Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636, publié - durée hebdomadaire, Soc., 11 mai 2023, pourvoi n° 21-22.281, publié - amplitude horaire journalière).

Voir notamment Soc., 20 novembre 2014, pourvoi n° 13-15.529 :

« Attendu que l'ADSEA fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, alors, selon moyen :

1°/ qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'employeur envers les salariés dont les contrats de travail sont transférés en application de l'article L. 1224-1 du code du travail ; qu'en reprochant à l'ADSEA, après avoir informé la salariée du transfert de son contrat de travail, de l'avoir par la suite tenue dans l'ignorance de son sort, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à caractériser une exécution fautive du contrat de travail, violant ainsi les articles 1147 du code civil et L. 1224-1 du code du travail ;

2°/ que les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi, sans qu'il en résulte pour elle ni perte, ni profit ; qu'en condamnant l'employeur au paiement de dommages-intérêts

pour exécution fautive du contrat de travail, sans caractériser un préjudice distinct de celui réparé par l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu, que le moyen, en sa deuxième branche, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond sur l'existence et l'étendue du préjudice subi par la salariée ; que le moyen, qui manque en fait dans sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ; »

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur la demande relative à l'exécution fautive du contrat de travail :

« Selon l'article L. 1222-1 du code du travail, le contrat de travail est exécuté de bonne foi.
En l'espèce, le salarié fait grief à l'employeur d'avoir méconnu les dispositions conventionnelles relatives aux indemnités de grand déplacement, d'avoir considéré que ses temps de trajet pour se rendre sur le chantier où il était affecté étaient des heures d'amplitude et non des heures de travail effectif, et de l'avoir sanctionné par une mise à pied disciplinaire injustifiée.
Ces manquements étant établis, son préjudice afférent sera réparé par l'allocation d'une somme de 1 000 euros à titre de dommages et intérêts. »

Dans une branche unique, tirée d'un grief de manque de base légale, l'employeur lui reproche de ne pas avoir caractérisé ni la mauvaise foi de l'employeur ni l'existence d'un préjudice distinct du retard de paiement des indemnités de grand déplacement et des heures de trajet.

Il est proposé de rejeter ce moyen par une **décision non spécialement motivée**.

D'abord, la critique est inopérante comme ne portant que sur une partie des motifs par lesquels la cour d'appel s'est déterminée.

En sus des manquements relatifs aux indemnités de grand déplacement et aux heures de trajet, la cour d'appel a retenu un manquement tenant à la notification d'une sanction injustifiée comme fondement de l'indemnisation allouée au salarié, qui n'est pas discuté.

Ensuite, sous le couvert d'un grief non fondé de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont caractérisé l'existence et l'étendue du préjudice distinct, subi par le salarié en conséquence des manquements qu'ils ont retenus, par la seule évaluation qu'ils en ont faite.