



**AVIS DE M. HALEM,
AVOCAT GÉNÉRAL 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]

Monteur électricien au sein de la société Eiffage énergie systèmes - indus Provence (ci-après "l'employeur") après transfert de son contrat de travail le 1^{er} avril 2015, M. [U] (ci-après "le salarié") a été placé en activité partielle en 2016 puis licencié pour faute grave le 9 janvier 2017, après une mise à pied conservatoire.

Le 16 juin 2017, le salarié et deux syndicats ont saisi la juridiction prud'homale de 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 les a déboutés de leurs demandes.

Par arrêt du 21 juin 2022, la cour d'appel de Nîmes a infirmé le jugement, annulé la mise à pied disciplinaire, dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamné l'employeur à payer au salarié diverses sommes notamment 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 dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail et débouté le salarié de ses demandes 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.

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

DISCUSSION

Le pourvoi se fonde sur **quatre moyens** de cassation.

1) 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 de son employeur une indemnité horaire correspondant à 70 % de sa rémunération brute servant d'assiette à 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.

L'indemnité d'activité partielle se calcule donc 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. Or la cour d'appel a calculé l'indemnité d'activité partielle à partir du montant de l'indemnité de congés payés (violation de l'article R. 5122-18 du code du travail, dans sa rédaction issue du décret n° 2013-551 du 26 juin 2013).

Au vu des mémoires et des écritures des parties devant la cour d'appel, le moyen peut être résumé par la question suivante : **l'indemnité d'activité partielle se calcule-t-elle sur la seule rémunération brute servant d'assiette à l'indemnité de congés payés ou inclut-elle tous les accessoires de salaire versés par une caisse de congés payés tels qu'une prime de vacances annuelle ?**

2) (1^{ère} **branche**) Il résulte des articles 8-21 à 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 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, de sorte qu'il ne peut prétendre à cette indemnité qu'au titre de ses frais de repas pour les jours où il a la possibilité de regagner son lieu de résidence le soir.

Pour les journées du vendredi, l'employeur 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 le salarié finissant plus tôt ce jour-là, il pouvait regagner son domicile le soir sans pouvoir prétendre à l'indemnisation de frais de logement qu'il ne justifiait pas avoir engagés pour ce soir-là. Or la cour d'appel a jugé que la journée du vendredi étant également travaillée et le salarié restant à la disposition de l'employeur sur le lieu du déplacement, celui-ci était tenu de verser l'indemnité complète de grand déplacement, sans que le salarié démontre avoir été à la disposition de son employeur le vendredi soir et empêché de regagner son domicile (violation des articles 8-21 à 8-23 de la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1^{er} mars 1962¹).

Cette branche du moyen soulève la question suivante : **un salarié en grand déplacement au sens de la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1^{er} mars 1962 doit-il être indemnisé au titre de frais de logement pour le vendredi soir de chaque fin de semaine sans prouver avoir effectivement été dans l'impossibilité de regagner son lieu de résidence le soir et être resté à la disposition de son employeur ?**

(2^{ème} branche) Le principe d'égalité ne s'applique qu'entre salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause. Or la cour d'appel s'est bornée à affirmer qu'un autre salarié de la société, placé dans une situation identique au regard de l'indemnité de grand déplacement, avait bénéficié d'une indemnité journalière de 90 euros le vendredi lorsqu'il travaillait sur le même chantier que le salarié, ce qui laissait supposer une inégalité de traitement dont l'employeur ne fournissait pas d'élément justificatif, sans constater que cet autre salarié pouvait, comme le salarié, finir plus tôt le vendredi et rentrer sur son lieu de résidence le vendredi soir (défaut de base légale au regard du principe d'égalité).

Cette branche du moyen, relative à l'application du principe d'égalité, ne pose pas de question nouvelle relativement à la portée juridique de celui-ci et n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation. Elle pourra donc faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé** tel que proposé au rapport.

3) La cour d'appel s'est abstenue de répondre aux conclusions par lesquelles 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 précitée (violation de l'article 455 du code de procédure civile).

Le moyen, qui appelle une interprétation comparée des écritures des parties et de l'arrêt attaqué, ne soulève aucune question de droit particulière.

¹ Les observations complémentaires des parties confirment que la convention collective du 8 octobre 1990 invoquée est bien celle relative aux ouvriers du bâtiment employés par les entreprises de plus de 10 salariés, l'erreur matérielle initiale pouvant donc être rectifiée sans incidence sur la réponse à apporter sur le fond au moyen.

En effet, pour rejeter l'argumentation de l'employeur selon laquelle le temps de trajet dont l'indemnisation était réclamée constituait des heures d'amplitudes rémunérées à 50 % en vertu de l'article 8.24 de la convention collective - applicable même en cas de mise à disposition du salarié d'un moyen de transport² - et dont le salarié ne fournissait pas le détail, la cour d'appel a retenu que "*le décompte produit par le salarié n'est pas discuté*" et que l'employeur ne fournissait aucun élément d'explication pour justifier la différence de traitement dont le salarié faisait l'objet par rapport à l'un de ses collègues, qui se rendait sur le même chantier au moyen d'un véhicule de société.

Or le décompte du salarié étant fondé sur le fait que "*les heures payées comme étant de l'amplitude constituent en réalité des heures de travail effectif*", dont l'intéressé réclamait le paiement à 100 % outre une majoration de 25 % s'agissant d'heures supplémentaires³, il est permis de considérer que la cour d'appel a ainsi implicitement mais nécessairement répondu, en la rejetant, à l'argumentation de l'employeur sur la qualification juridique et la rémunération des heures de trajet litigieuses.

Il y aura donc lieu de suivre la proposition de **rejet non spécialement motivé** formulée au rapport.

4) 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.

Or la cour d'appel, 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, a omis de caractériser ces éléments en retenant 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 (défaut de base légale au regard de l'article 1153 devenu 1231-6 du code civil).

Le moyen ne pose aucune question juridique nouvelle par rapport à l'état de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

L'assiette de l'indemnité d'activité partielle (I - moyen 1), les conditions d'attribution de l'indemnité de grand déplacement (II - moyen 2, branche 1) et l'indemnisation de l'exécution fautive du contrat de travail (moyen 4) seront successivement étudiées.

² Conclusions d'appel de l'employeur, p. 14.

³ Conclusions d'appel du salarié, p. 10.

I. Sur l'assiette de l'indemnité d'activité partielle (moyen 1)

Calculée sur la rémunération brute servant d'assiette à l'indemnité de congés payés, l'indemnité d'activité partielle n'inclut les accessoires de salaire tels que les primes annuelles que si elles sont la contrepartie du travail effectué et affectées par la prise du congé (1). Dès lors, la prime de vacances litigieuse ne pouvait en l'espèce être intégrée à l'assiette de cette indemnité du seul fait de son versement par la caisse de congés payés du bâtiment sans que la cour d'appel recherche son lien avec les résultats du salarié et les congés pris par celui-ci, celle-ci exposant ainsi son arrêt à la censure (2).

1. Calculée sur la rémunération brute servant d'assiette à l'indemnité de congés payés (1.1), l'indemnité d'activité partielle n'inclut les primes annuelles que si elles sont la contrepartie du travail effectué et affectées par la prise du congé (1.2).

1.1. Ayant succédé au "chômage partiel" à partir de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi, l'activité partielle est un dispositif permettant à une entreprise, sur autorisation administrative, de réduire la durée du travail de ses salariés ou d'interrompre temporairement son activité dans des circonstances exceptionnelles précisément fixées par le code du travail⁴.

La même loi - adoptée à la suite de l'accord national interprofessionnel (ci-après "ANI") du 11 janvier 2013 - a également regroupé les trois allocations auparavant attribuées à ce titre, dont le cumul était jugé trop complexe et peu lisible⁵, de sorte que le salarié reçoit depuis lors de l'employeur **une indemnité horaire d'activité partielle** compensée par l'Etat (au moyen de l'allocation d'activité partielle versée à l'employeur), fixée en fonction de ses dernières rémunérations et pour une durée limitée⁶.

⁴ Voir article [R. 5122-1](#) du code du travail, issu du décret n° 2013-551 du 26 juin 2013 : "*L'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité pour l'un des motifs suivants :*

1° *La conjoncture économique ;*

2° *Des difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie ;*

3° *Un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel ;*

4° *La transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ;*

5° *Toute autre circonstance de caractère exceptionnel*".

⁵ L'allocation dite "*spécifique de chômage partiel*", dont l'employeur faisait l'avance et sollicitait de l'État le remboursement ; l'allocation "*conventionnelle*", financée par l'employeur et, le cas échéant, remboursée partiellement ou totalement en tout ou partie à celui-ci par l'État ; l'allocation complémentaire "*d'activité partielle de longue durée*", financée par l'employeur, l'État et l'Unédic versée aux salariés dans l'hypothèse d'une réduction d'activité pendant une période relativement longue. Sur cet historique, voir D. Baugard, *L'indemnisation de l'activité partielle après la loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013*, Droit social 2013, p.798.

⁶ Voir article [L. 5122-1](#) du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2014 applicable en l'espèce : "*I. - Les salariés sont placés en position d'activité partielle, après autorisation expresse ou implicite de l'autorité administrative, s'ils subissent une perte de rémunération imputable :*

- soit à la fermeture temporaire de leur établissement ou partie d'établissement ;

L'article [L. 5122-1](#), II, du code du travail, dans sa version issue de ladite loi, dispose ainsi :

“Les salariés reçoivent une indemnité horaire, versée par leur employeur, correspondant à une part de leur rémunération antérieure dont le pourcentage est fixé par décret en Conseil d'Etat. L'employeur perçoit une allocation financée conjointement par l'Etat et l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage. Une convention conclue entre l'Etat et cet organisme détermine les modalités de financement de cette allocation.

Le contrat de travail des salariés placés en activité partielle est suspendu pendant les périodes où ils ne sont pas en activité”.

Outre la simplification, la réforme était également motivée, dans un contexte de crise et de déclin du recours à cette forme d'organisation du travail⁷, par l'objectif “(...) de **créer des conditions favorables à un recours plus intensif à l'activité partielle, dans le but en particulier d'en faciliter l'accès aux petites et moyennes entreprises**”. C'est pourquoi les partenaires sociaux, à la suite de l'ANI du 13 janvier 2012, ont posé plusieurs principes incitatifs, de caractère essentiellement financier, dont le fait que *“L'indemnité horaire serait calculée sur la rémunération brute servant d'assiette au calcul de l'indemnité de congés payés”*⁸.

Cette règle a été reprise à l'article R. 5122-18 du code du travail invoqué par le moyen dont le premier alinéa, dans sa version issue du décret n° 2013-551, dispose:

“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”.

L'indemnité est alors **calculée par la détermination successive du :**

- soit à la réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'établissement ou partie d'établissement en deçà de la durée légale de travail.

En cas de réduction collective de l'horaire de travail, les salariés peuvent être placés en position d'activité partielle individuellement et alternativement”.

⁷ Voir Cour des comptes, [Rapport annuel 2011](#), p. 157 ss : *Le système français d'indemnisation du chômage partiel : un outil insuffisamment utilisé* ; IGAS, *Evaluation du système français d'activité partielle dans la perspective d'une simplification de son circuit administratif et financier*, [Rapport](#), juin 2012.

⁸ [Etude d'impact](#) du 5 mars 2013 sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, p. 24. L'article 1^{er} de l'[ANI du 13 janvier 2012](#) relatif au chômage partiel a en effet posé que *“L'indemnité horaire visée à l'article 4 de l'[accord du 21 février 1968](#) est calculée sur la rémunération brute servant d'assiette au calcul de l'indemnité de congés payés prévue à 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”.*

- **taux horaire de rémunération** du salarié, obtenu par le quotient de la [rémunération brute mensuelle que le salarié aurait perçue s'il n'avait pas été placé en activité partielle] par le [nombre d'heures mensuelles correspondant à la durée légale sur la période considérée]⁹ ; puis

- de l'**indemnité horaire d'activité partielle**, obtenue par le produit du [pourcentage de la rémunération brute fixé par le code du travail - article R. 5122-18] par le [taux horaire de rémunération] calculé lors de l'étape précédente ; qui permet d'obtenir ;

- le montant de l'**indemnité d'activité partielle**, obtenu par le produit de [l'indemnité horaire d'activité partielle] précédemment calculée par le [nombre d'heures d'activité partielle]¹⁰.

1.2. Le calcul de l'indemnité de congés payés, laquelle présente un caractère salarial et n'est due au salarié que s'il prend effectivement son congé, **suit deux méthodes de calcul** différentes énoncées à l'article L. 3141-22 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 applicable en l'espèce¹¹ (devenu L. 3141-24 après la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016) :

⁹ Voir sur ce point les [Questions-réponses Activité partielle – chômage partiel](#) du Ministère du travail (mise à jour 5 janvier 2024), fiche [Le calcul du taux horaire brut de rémunération](#), p. 3 (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”*.

¹⁰ Pour un exemple simple, calculé à partir du taux de 60 % de la rémunération brute fixé par l'actuel article R. 5122-18 du code du travail, voir F. Lefebvre, Memento Paie 2023, n° 68155 : *“Soit un salarié d'une entreprise dont l'horaire de travail correspond à la durée légale, percevant une rémunération brute mensuelle égale à 2 450 € et mis en activité partielle pendant 30 heures en mars 2023.*
Taux horaire de la rémunération du salarié : 2 450 € / 151,67 h = 16,15 €.
Montant de l'indemnité horaire d'activité partielle : 60 % × 16,15 € = 9,69 €.
L'employeur doit verser au salarié 290,70 € pour 30 heures d'activité partielle (30 × 9,69 €)”.

¹¹ Article L. 3141-22 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008: *“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”.

- soit **la méthode du dixième** de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence (§ I de l'article), à partir de plusieurs éléments (indemnités de congés payés de l'année précédente, celles afférentes à la contrepartie obligatoire en repos et périodes assimilées à du temps de travail effectif par la loi) ;

- soit **la méthode du maintien de salaire**, consistant à déterminer le salaire qui aurait été perçu si le salarié avait travaillé au lieu de prendre son congé (§ II de l'article), à partir du salaire brut de la période précédant immédiatement le congé et de l'horaire de travail réel qui aurait été celui du salarié pendant la période de congé (Soc, 23 janvier 2001, n° 98-45.725).

1.2.1. Contrairement au droit commun des congés payés privilégiant la méthode la plus favorable au salarié¹², la lettre de l'article R. 5122-18 du code du travail, qui vise expressément la "rémunération brute servant d'assiette de l'indemnité de congés payés telle que prévue au II de l'article L. 3141-22", l'administration du travail et la doctrine¹³ confirment **l'application de la méthode du maintien de salaire en matière d'indemnité d'activité partielle**, à savoir que :

"Le salaire à prendre en compte doit s'entendre du salaire habituel, à savoir le salaire qu'aurait perçu le salarié s'il avait continué à travailler normalement, conformément à la règle du maintien de salaire applicable en matière de congés payés. S'agissant des éléments de rémunération variable ou versés selon une périodicité non mensuelle, lequel constitue un correctif de la règle du maintien de salaire, il convient de tenir compte des éléments perçus au cours de 12 mois précédant immédiatement le dernier placement en activité partielle"¹⁴.

¹² Soc, 24 mars 2010, n° 08-42.577 ; Soc, 3 février 1998, n° 95-42.769 ; Soc, 23 juin 1977, n° 76-40.956.

¹³ Rép. de droit du travail Dalloz, J.-P. Domergue, *Chômage : privation partielle d'emploi*, n° 65 : "*L'indemnité est calculée sur la rémunération brute servant d'assiette au calcul de l'indemnité de congés payés prévue au II de l'article L. 3141-24 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 de travail ou la durée stipulée au contrat de travail. Cela revient à prendre en compte le salaire habituel, à savoir celui qu'aurait perçu le salarié s'il avait continué à travailler normalement, conformément à la règle du maintien de salaire applicable en matière de congés payés (...)*".

Dans le même sens : F. Lefebvre, Memento social 2023, n° 1451 : "*La rémunération brute servant d'assiette au calcul de l'indemnité d'activité partielle, aussi appelée rémunération brute de référence, est identique à celle servant d'assiette à l'indemnité de congés payés suivant la règle du maintien de salaire*"; F. Lefebvre, Memento Paie 2023, n° 68055 : "*La rémunération servant d'assiette au calcul de l'indemnité d'activité partielle, aussi appelée rémunération brute de référence, est identique à celle servant d'assiette à l'indemnité de congés payés suivant la règle du maintien de salaire, au sens visé n° 59690 (C. trav. art. R 5122-18). La rémunération à prendre en compte est donc 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, et les primes calculées en fonction du temps de présence du salarié et affectées par l'activité partielle telles que des primes de pause (QR min. trav. fiche de calcul du. taux horaire)*".

¹⁴ [Questions-réponses Activité partielle – chômage partiel](#) du Ministère du travail (mise à jour 5 janvier 2024) ; voir également fiche [Le calcul du taux horaire brut de rémunération](#), p. 3 (Durée du travail égale ou inférieure à la durée légale du travail) précitée.

1.2.2. Toutefois, les éléments de rémunération à inclure dans le salaire de référence sont identiques à ceux inclus dans l'assiette de l'indemnité de congés payés calculée suivant la méthode du dixième. Outre le salaire principal, **sont ainsi pris en compte dans l'assiette de l'indemnité d'activité partielle tous les accessoires de salaires et primes répondant à deux critères cumulatifs :**

- être la **contrepartie directe ou indirecte d'un travail effectivement accompli** ;
- compte tenu du principe de non-cumul de la rémunération et de l'indemnité qui la compense¹⁵, **être affecté par la prise du congé.**

En ce qui concerne spécifiquement les **primes**, deux auteurs résument de la manière suivante la doctrine générale leur étant applicable : *"Le principe a été exprimé par le ministre du Travail ([Rép. min. n° 1486](#), JO Sénat 26 févr. 1961, p. 54) : il faut comprendre dans la rémunération servant au calcul de l'indemnité de congés payés toutes les sommes "versées en contrepartie [des] services ainsi que celles qui sont payées à raison de la valeur personnelle [du salarié] dès lors qu'elles revêtent un caractère de généralité et de constance qui les rend obligatoires pour l'employeur". La jurisprudence y a ajouté les sommes versées en raison des conditions de travail, ainsi que les sommes qui ne sont qu'apparemment des remboursements de frais. Dans tous les cas, la prime doit être liée à l'activité personnelle du salarié et, par voie de corollaire, elle doit être affectée dans son montant par la prise du congé"¹⁶.*

Sont donc **prises en compte les primes**, peu important qu'elles soient payées une fois l'an, **assises sur des résultats produits par le travail du salarié et nécessairement affectées pendant la période de congés** (Soc, 17 mai 2023, n° 21-23.247 ; Soc, 23 janvier 2013, n° 11-27.003 ; Soc, 9 juillet 2003, n° 01-44.269).

De la même manière, une prime dont le montant resterait inchangé quelle que soit la prise du congé ne peut être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité, sauf à la faire percevoir deux fois, au moins pour partie, par le salarié (Soc, 18 février 2015, n° 13-20.920 ; Soc, 14 mai 2014, n° 12-35.033 ; Soc, 5 mai 2010, n° 09-40.618 ; Soc, 20 janvier 2010, n° 08-43.310).

1.2.3. L'absence d'affectation du montant de la prime par la prise du congé **peut résulter de deux facteurs principaux.**

D'une part, du fait que **la prime dépend principalement d'un résultat collectivement atteint**, notamment lorsqu'elle est calculée par rapport aux résultats de l'ensemble de l'entreprise (Soc, 18 février 2015, n° 13-20.920 ; Soc, 25 octobre et 7 novembre 1995, n° 91-45.502 et 92-42.000 ; Soc, 11 octobre 1994, n° 93-42.421).

¹⁵ Soc. 20 novembre 2012, n° 11-19.506 ; Soc, 27 février 2002, n° 99-45.550 ; Soc, 4 avril 1990, n° 87-43.703 ; Soc, 4 novembre 1971, n° 71-40.033.

¹⁶ Rép. de droit du travail Dalloz, H. Rose et Y. Chalaron, *Congés payés annuels*, n° 215.

D'autre part, du fait que les primes et indemnités présentent un caractère annuel, même si elles ne dépendent pas d'un résultat collectif. Il est en effet de jurisprudence constante et ancienne (Soc, 10 février 1960, Bull. civ. IV, n° 168) que **les avantages établis pour une année entière, périodes de travail et de congés payés confondus, sont exclus de l'assiette de calcul de l'indemnité** de congés payés (Soc, 13 septembre 2023, n° 21-23.452 ; Soc, 18 janvier 2023, n° 21-21.270), ce quelle que soit la périodicité du versement de la prime (Soc, 10 avril 2013, n° 12-16.225, précité ; Soc, 23 janvier 2013, n° 11-27.003). Il en est ainsi d'une prime de treizième mois (Soc, 5 juin 1996, n° 92-41.884), d'une prime d'intéressement (Soc, 19 décembre 2007, n° 05-41.554) ou d'une **prime de vacances** (Soc, 1^{er} mars 2023, n° 21-15.369 ; Soc, 14 février 2018, n° 16-24.731 ; Soc, 6 juin 2001, n° 99-41.680) et plus généralement de toutes les primes annuelles (Soc, 17 mars 1993, n° 90-41.551; Soc, 13 et 14 novembre 1990, n° 87-42.193 et 87-41.134 ; Soc, 26 novembre 1975, n° 74-40.604), même ayant un caractère individuel (Soc, 2 mai 1973, n° 72-40.014 ; Soc, 26 mai 1999, n° 97-43.681 : primes d'assiduité et de ponctualité ; Soc, 6 décembre 1979, n° 78-41.408 ; Soc, 24 mars 2004, n° 02-41.828; Soc, 7 septembre 2017, n° 16-16.643 : prime mensuelle d'ancienneté versée tout au long de l'année).

A l'inverse, **doivent être prises en compte dans l'assiette** de calcul de l'indemnité une prime de performance ou d'objectif (Soc, 14 décembre 2022, n° 21-14.268 et 21-18.272 ; Soc, 13 octobre 2021, n° 20-15.645 ; Soc, 5 mai 2010, n° 09-41.647 ; Soc, 5 juin 2008, n° 06-46.365) ou de treizième mois (Soc, 10 mai 2001, n° 99-41.056) assise sur les salaires des seules périodes travaillées ainsi qu'une **prime annuelle de vacances dont le montant est déterminé en fonction du temps de travail effectif accompli** au cours de la période de référence (Soc, 3 juillet 2019, n° 18-16.351).

Cette jurisprudence reflète au demeurant la doctrine de l'administration du travail tendant à exclure par principe les primes versées pour l'année entière sauf si elles sont la contrepartie du travail et ne rémunèrent pas une deuxième fois les congés payés¹⁷, de sorte que "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)*"¹⁸.

¹⁷ Voir [circulaire DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013](#), fiche n° 6 : "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 (prime 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 confondus, 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" (p. 26).

¹⁸ Fiche [Le calcul du taux horaire brut de rémunération](#), p. 4 (Durée du travail égale ou inférieure à la durée légale du travail) précitée.

En toute hypothèse, **il appartient au juge de rechercher si la prime est**, au moins pour partie, **assise sur des résultats** produits par le travail personnel du salarié (Soc, 13 octobre 2021, n° 20-15.645) et **affectée par son départ en congés payés** (Soc, 21 juin 2023, n° 22-10.006) **ou allouée globalement pour l'année**, périodes de travail et de congés payés confondues (Soc, 28 septembre 2022, n° 20-15.895 ; Soc, 17 novembre 2021, n° 20-17.685).

2. En l'espèce, si le travail accompli semble avoir une incidence indirecte sur le montant de la prime de vacances, la cour d'appel l'a intégrée à l'assiette de l'indemnité d'activité partielle du seul fait de son versement par la caisse de congés payés du bâtiment sans rechercher son lien avec les résultats du salarié ni son affectation par la prise du congé, exposant ainsi son arrêt à la censure.

2.1. Les dispositions de la convention collective du bâtiment du 8 octobre 1990 applicables comportent une part d'incertitude quant aux conditions de calcul de la prime de vacances litigieuse.

Son [article 5.25](#) relatif à cette dernière révèle à la fois son caractère annuel, le lien entre son bénéfice et la réalisation d'un nombre d'heures minimum et son calcul à partir de l'indemnité de congés¹⁹. L'[article 5.24](#) de la même convention relatif précisément à l'indemnité de congés payés prend en compte le nombre d'heures de travail effectuées sur la période de référence pour déterminer le salaire horaire de référence puis potentiellement l'indemnité de congés afférente, en cas d'option pour la méthode du dixième du même salaire horaire²⁰.

¹⁹ Article 5.25 de la convention collective du bâtiment : *“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 perdront 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”.

²⁰ Article 5.24 de la convention collective du bâtiment : *“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 du 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.

Si l'“*indemnité de congés*” visée par cet article 5.24 - déterminée à partir du nombre d'heures accomplies sur la période de référence - est bien la même que l'“*indemnité de congés*” visée par l'article 5.25 du même texte pour fixer le taux de la prime de vacances, il apparaît donc que cette dernière est conditionnée au moins en partie, dans son principe et dans son montant, par le travail effectivement accompli par le salarié.

Bien qu'ayant un caractère annuel, **elle pourrait donc en théorie être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle**, en tant que prime assise sur les résultats du salarié et affectée par son départ en congés.

2.2. Toutefois, la cour d'appel s'est abstenue de toute recherche de ces critères d'inclusion de la prime dans l'assiette de l'indemnité d'activité partielle pour ne se fonder que sur le seul fait que la somme était versée par la caisse de congés payés du bâtiment.

En effet, après avoir rappelé les termes de l'article R. 5122-18 du code du travail, la juridiction a énoncé :

“En l'espèce, [le salarié] 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” (arrêt attaqué, p. 8).

Or, si le régime juridique de l'indemnité d'activité partielle n'exclut pas par principe l'intégration dans l'assiette de celle-ci d'accessoires de la rémunération de base tels qu'une prime de vacances annuelle, sous réserve de dépendre de l'activité du salarié et d'être affectés par son départ en congés, **le seul fait qu'une somme soit versée par une caisse de congés payés ne saurait suffire à justifier sa prise en compte** dans le calcul de l'indemnisation de l'activité partielle versée au salarié.

Comme l'indemnité de congés payés dont elle reprend l'assiette, l'indemnité d'activité partielle est en effet un substitut de salaire, contrepartie d'un travail qui aurait à défaut été effectivement fourni par le salarié et indemnisé selon la méthode du maintien de salaire, de sorte qu'elle ne peut être augmentée des sommes versées à titre de simple gratification ou ne reflétant pas l'activité personnelle du salarié, ce qu'il incombe au juge du fond de vérifier.

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 1er avril 1982 au 31 mars 1983”.

Dans ces conditions, les motifs retenus par la cour d'appel, en tant qu'ils font du versement par la caisse de congés payés une condition de prise en compte de plein droit de la prime de vacances, de surcroît de caractère annuel, dans l'assiette de l'indemnité d'activité partielle peuvent être regardés comme contraires à la règle posée par l'article R. 5122-18 du code du travail, qui exige au contraire de caractériser un lien avec le travail effectif du salarié.

Il conviendra donc de prononcer la **cassation** de l'arrêt attaqué sur le fondement du premier moyen du pourvoi.

II. Sur les conditions d'attribution de l'indemnité de grand déplacement (moyen 2, branche 1)

Pour se voir rembourser des frais de logement au titre du vendredi soir les fins de semaine, l'ouvrier du bâtiment en grand déplacement doit prouver avoir été dans l'impossibilité de regagner sa résidence et être resté à la disposition de l'employeur (1), contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel en l'espèce (2).

1. La prise en charge des frais de logement de l'ouvrier du bâtiment en grand déplacement, qui repose sur des règles générales (1.1) et conventionnelles (1.2), nécessite la preuve par le salarié de l'impossibilité de regagner son lieu de résidence le soir et de son maintien à la disposition de l'employeur (1.3).

Libellé au regard de la charge de la preuve des frais de grand déplacement, le moyen interroge subséquent la faculté de l'employeur, admise par l'arrêt attaqué, de limiter l'indemnisation des frais de logement du salarié en grand déplacement les vendredi soir de chaque fin de semaine à ceux effectivement engagés, cantonnés en l'espèce aux seules dépenses de restauration.

La question doit être appréciée tant au regard du régime général des frais professionnels que des règles conventionnelles particulières applicables.

1.1. Le régime général du grand déplacement repose en premier lieu sur des règles propres au droit de la sécurité sociale et au droit du travail.

D'une part, **du point de vue du droit de la sécurité sociale**, les frais professionnels sont traditionnellement définis par le code général des impôts comme des dépenses nécessitées par l'exercice d'une profession dont les résultats sont taxables dans la catégorie des traitements et salaires²¹, et, par l'article L. 136-1-1, I, alinéa 2, du code de la sécurité sociale, comme des "*charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi des travailleurs salariés ou assimilés que ceux-ci supportent lors de l'accomplissement de leurs missions*" (définition reprise par le Bulletin officiel de la sécurité sociale - ci-après "BOSS"²² -, [§ 10](#) et l'arrêté du 20 décembre 2002²³ évoqué ci-après).

En tant qu'elles sont affectées à la bonne marche de l'entreprise et non à des convenances personnelles du salarié, elles sont exclues de l'assiette des revenus soumis à cotisations sociales, selon une liste énumérée par arrêté ministériel²⁴.

²¹ Voir sur ce point le Bulletin officiel des finances publiques (ci-après "BOFIP"), n° [BOI-RSA-BASE-30-50-10](#) : "*Pour être admises en déduction, les dépenses supportées par les salariés doivent répondre aux conditions posées par les 1 de l'article 13 du CGI et 3° de l'article 83 du CGI, c'est-à-dire :*

- être effectuées en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un revenu imposable ;
- être nécessitées par l'exercice d'une profession dont les résultats sont taxables dans la catégorie des traitements et salaires ;
- avoir été payées l'année de l'imposition ;
- pouvoir donner lieu à justification".

²² Bien qu'entré en vigueur le 1^{er} avril 2021 et non applicable *ratione temporis* au cas d'espèce, le BOSS synthétise toute la doctrine administrative alors appliquée et demeure à ce titre éclairant.

²³ Article 1^{er} de l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles : "*Les frais professionnels s'entendent des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions*".

²⁴ Voir article L. 242-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale, dans sa version issue des lois n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 et n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 : "*Il ne peut être opéré sur la rémunération ou le gain des intéressés servant au calcul des cotisations de sécurité sociale, de déduction au titre de frais professionnels que dans les conditions et limites fixées par arrêté interministériel. Il ne pourra également être procédé à des déductions au titre de frais d'atelier que dans les conditions et limites fixées par arrêté ministériel*", auquel a succédé l'article L. 136-1-1, I, alinéa 2, du même code, énonçant que ces frais "*ne constituent pas un revenu d'activité*".

L'arrêté du 20 décembre 2002 (remplaçant celui du 26 mai 1975) définit le grand déplacement en son article 5, 1^o²⁵, de même que le BOSS (§ 1230 à 1260), comme l'envoi (en métropole) d'un salarié en mission dans un lieu différent de son lieu habituel de travail et éloigné de sa résidence l'empêchant de regagner celle-ci chaque soir, étant précisé que **cet empêchement est présumé** lorsque (i) la **distance** séparant le lieu de résidence du lieu de déplacement **est au moins égale à 50 kilomètres** (trajet aller ou retour) et (ii) que **les transports en commun ne permettent pas de parcourir cette distance dans un temps inférieur à 1 h 30** (trajet aller ou retour), sauf s'il résulte de circonstances de fait.

Pour bénéficier du droit à la déduction, **l'employeur doit au préalable**, dans ses rapports avec les administrations de sécurité sociale, **justifier du fait que les dépenses ont été réellement effectuées et ont bien la nature de frais professionnels** - c'est-à-dire qu'elles sont des charges de caractère spécial et supplémentaires par rapport aux dépenses habituelles des salariés de l'entreprise -, en produisant des justificatifs concrets (Soc, 24 juin 1993, n° 91-13.528 ; Civ 2^{ème}, 12 février 2015, n° 14-10.635)²⁶.

A défaut, l'administration réintègre la dépense dans l'assiette des cotisations sociales (Civ 2^{ème}, 21 février 2008, n° 07-12.230 ; Soc, 5 février 1998, n° 96-15.375), y compris comme en l'espèce en cas d'empêchement de regagner le domicile en fin de semaine, pour la seule journée du vendredi (Civ 2^{ème}, 16 mars 2004, n° 02-30.402 ; Soc, 10 octobre 1991, n° 89-14.420 ; Soc, 7 mars 1991, n° 88-15.954).

D'autre part, **du point de vue du droit du travail**, la chambre sociale de la Cour de cassation a posé depuis 1998 le principe de l'obligation de prise en charge par l'employeur des frais professionnels exposés par le salarié (Soc, 25 février 1998, n° 95-44.096 et 96-40.144 ; Soc, 23 janvier 2019, n° 17-19.779 et 17-18.771).

²⁵ Article 5, 1^o, de l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles : "*Indemnités forfaitaires de grand déplacement* :

1^o 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^o 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 69,50 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 51,60 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 ou retour) et que les transports en commun ne permettent pas de parcourir cette distance dans un temps inférieur à 1 h 30 (trajet aller ou retour). 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".

²⁶ Pour bénéficier de la présomption d'utilisation des sommes conformément à leur objet si elles respectent certains plafonds fixés par l'arrêté (article 3), l'employeur doit encore établir que le salarié ne peut regagner chaque jour sa résidence et que, de ce fait, il engage des frais de double résidence et, lorsque les allocations forfaitaires perçues dépassent les limites fixées par l'arrêté, la réalité des dépenses engagées (BOSS, § 1250 et 1270).

Contrairement à la précédente situation, **il incombe au salarié qui réclame le paiement de l'indemnité de grand déplacement de prouver qu'il satisfait aux conditions posées par la convention collective**, notamment l'impossibilité de regagner chaque soir son domicile (Soc, 5 décembre 2018, n° 17-18.217 et 17-18.296: convention des travaux publics ; Soc, 27 janvier 2016, n° 14-11.200 ; Soc, 17 janvier 2013, n° 11-17.745 ; Soc, 13 novembre 2002, n° 00-46.446 ; Soc, 19 décembre 2001, n° 99-45.816).

Le juge du fond apprécie ensuite souverainement le montant de l'indemnité de grand déplacement (Soc, 7 mai 1991, n° 88-43.890).

1.2. En second lieu, les **règles particulières posées par la convention collective du bâtiment du 8 octobre 1990 en matière d'indemnisation des grands déplacements**, peuvent être résumées en *trois points* :

- une **définition proche de celle du droit commun**, selon laquelle "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" (article 8.21);

- une **limitation de l'indemnité, de caractère forfaitaire, aux dépenses journalières inhabituelles et à trois postes** : le coût d'un second logement, les dépenses supplémentaires de nourriture et les autres dépenses supplémentaires induites par le déplacement (article 8.22) ;

- une prise en charge étendue à **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** (article 8.23).

Sur ce fondement, la jurisprudence de la chambre sociale tend à **accorder au salarié l'indemnité de grand déplacement, en son principe, dès lors qu'il en remplit les conditions**, en particulier celle précitée d'éloignement du chantier et d'impossibilité de regagner sa résidence chaque soir compte tenu des transports en commun disponibles (article 8.21 de la convention collective) (Soc, 10 octobre 2018, n° 17-19.720 ; Soc, 13 novembre 2014, n° 13-12.118 ; Soc, 24 mars 1999, n° 97-40.821; Soc, 18 juin 1997, n° 95-42.908, 95-42.909 et 95-42.910 ; Soc, 22 novembre 1995, n° 92-41.913), ce même si le salarié dispose d'un moyen de transport dont il supporte la charge (Soc, 26 mai 1998, n° 96-41.564) ou étant à la charge de l'employeur (Soc, 5 décembre 2018, n° 17-18.217 et 17-18.296 : convention des travaux publics) et sans qu'il ait à en produire les justificatifs s'agissant d'une indemnisation forfaitaire (Soc, 10 octobre 2018, n° 17-15.494 et 17-15.817 ; Soc, 7 mai 1991, n° 88-43.890).

Le fait que le salarié choisisse de regagner son domicile chaque soir ou les fins de semaine n'est pas de nature à le priver, en tant que tel, du bénéfice de l'indemnité de grand déplacement (Soc, 15 septembre 2021, n° 20-10.907 ; Soc, 18 juin 1997, n° 95-42.908, 95-42.909 et 95-42.910).

Mais **s'il ne se tient pas à la disposition de l'employeur, il ne peut prétendre au bénéfice d'indemnités de grand déplacement** (Soc, 25 juin 2007, n° 06-41.376 ; Soc, 10 octobre 2018, n° 17-15.494 et 17-15.817 : voyage périodique), point qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc, 23 mai 2013, n° 12-15.502).

1.3. En conclusion, l'indemnisation dérogatoire, par l'employeur puis la collectivité, de dépenses liées aux déplacements professionnels se justifie par le fait qu'il s'agit de charges spéciales nécessaires à l'activité professionnelle, de sorte qu'il serait économiquement inefficace d'en laisser supporter le coût à l'employeur, dont les revenus sont par ailleurs taxés au titre des gains et salaires, et inéquitable de la laisser au salarié, s'agissant de frais exposés dans le seul intérêt de l'entreprise.

Ayant une incidence non négligeable sur les finances publiques, en ce qu'il sont indemnisés grâce à une exonération de cotisations sociales, ces allègements sont donc à la fois strictement encadrés dans leurs conditions d'octroi mais accordés de plein droit au salarié dès lors qu'il les remplit, ce que traduisent les critères précis posés par la fiscalité sociale autant que la jurisprudence protectrice de la chambre sociale de la Cour de cassation pour les salariés dont la situation de grand déplacement est reconnue.

Pour être indemnisé, le salarié ouvrier du bâtiment doit ainsi prouver la situation d'éloignement par rapport à sa résidence (article 8.21 de la convention collective) et de disposition à l'égard de son employeur (article 8.23), ce qui lui permet ensuite d'obtenir remboursement des frais de logement, nourriture et autres dépenses supplémentaires attachées au déplacement (article 8.22).

Dans ce contexte, **plusieurs raisons invitent à ne pas reconnaître au salarié en grand déplacement un droit à être indemnisé au titre de frais de logement pour le vendredi soir de chaque fin de semaine sans prouver avoir été effectivement dans l'impossibilité de regagner son lieu de résidence le soir et être resté à la disposition de son employeur :**

- non limitée à un critère purement géographique, **la lettre du texte conventionnel va dans le sens d'une prise en charge spécifique des dépenses effectivement engagées par le salarié à l'occasion de son déplacement** : son article 8.22 vise expressément les frais excédant les "*dépenses habituelles*" du salarié, en distinguant précisément les postes concernés, dont le logement ; son article 8.23, alinéa 4, ne prévoit le remboursement des frais de logement sur le lieu de déplacement lors des voyages périodiques - qui peuvent inclure des retours au domicile en fin de semaine pour y passer 48 heures de repos (article 8.26, alinéa 2) - que "*sous réserve de justifications d'une dépense effective*"²⁷ ; ses articles 8.25, alinéa 1^{er}, et 8.26, alinéa 3, exigent, pour le remboursement des frais de transport, la production de justificatifs du prix du voyage (voyages de détente et transports périodiques) et du temps de transport (voyages périodiques) ;

²⁷ Article 8.23, alinéa 4, de la convention collective des ouvriers du bâtiment: "*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*".

- **les arrêts ayant reconnu le droit à l'indemnisation du salarié** nonobstant le fait qu'il ait regagné son domicile pendant son déplacement portaient sur des situations dans lesquelles **la cour d'appel constatait elle-même que celui-ci soit était resté en fait à la disposition de son employeur** en travaillant pour son compte, **soit ne disposait pas de transports en commun** lui permettant de regagner sa résidence sans surcoût, de sorte que faisaient défaut les deux conditions préalables à l'indemnisation prévues par la convention collective applicable ; or la jurisprudence de la chambre sociale est à cet égard constante sur le fait que dans le rapport employeur-salarié, il incombe bien à ce dernier d'établir qu'il remplit les conditions posées par cette convention ;

- bien qu'il ait été suspendu par la cour d'appel de Paris²⁸, **l'avenant du 7 mars 2018** à la convention collective nationale des ouvriers employés par les entreprises du bâtiment occupant plus de 10 salariés **inclut dans la définition de l'ouvrier en grand déplacement** un paramètre supplémentaire d'appréciation de l'éloignement du chantier lié aux risques routiers et **la condition qu'il "loge sur place" (article VIII-21)**²⁹, ce qui paraît illustrer la volonté des partenaires sociaux de réserver la prise en charge aux salariés réellement confrontés à une absence d'alternative à l'hébergement hors de leur lieu de résidence ;

- **l'absence d'exigence d'une preuve de la situation de disposition du salarié** à l'égard de son employeur sur les lieux du déplacement **et de l'empêchement d'un retour au domicile**, qui conditionnent la qualification de grand déplacement selon la convention collective applicable, **reviendrait à prendre le risque d'indemniser des frais de logement non exposés** ou l'étant à titre de convenance personnelle, au détriment des finances de l'entreprise et de la sécurité sociale, en contradiction avec l'objectif même des frais de déplacement, censés couvrir, en protégeant le salarié maintenu en état de subordination hors de ses heures de travail, les dépenses utiles à l'entreprise, à l'économie et par conséquent à l'assiette des cotisations sociales ;

²⁸ CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/06465 : la suspension des accords signés à la suite des réunions qui se sont tenues les 14 février 2018 et 7 mars 2018 est liée au fait qu'ils ont été sans la présence de la délégation du syndicat Fédération CGT FNCSBA.

²⁹ Article VIII-21 de la [Nouvelle 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 7 mars 2018 (avenant du 7 mars 2018):

“Définition de l'ouvrier occupé en grand déplacement

Est en grand déplacement l'ouvrier envoyé sur un chantier métropolitain dont l'éloignement lui interdit – compte tenu des moyens de transport en commun utilisables ou des moyens de transport mis à sa disposition, ainsi que des risques routiers – de regagner chaque soir le lieu de sa résidence, situé dans la métropole, et qui loge sur place.

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

- l'absence de paiement de frais de logement pour un vendredi soir non justifié **n'exclut pas la possibilité** pour le salarié - l'article 8.23, alinéa 1^{er}, visant également les jours non ouvrables - **de solliciter la prise en charge d'un hébergement pour le dimanche soir lorsque l'éloignement de sa résidence et les transports en commun disponibles induisent un temps de retour sur le lieu de déplacement incompatible avec son horaire de prise de poste le lundi matin**, de sorte qu'il est contraint *de facto* de se tenir à la disposition de son employeur la veille au soir, ce qui paraît plus conforme à la finalité du régime de l'indemnité de grand déplacement ;

- faire droit à une telle demande **induirait** enfin **une contradiction de régimes entre le droit de la sécurité sociale**, qui réintègre à l'assiette des cotisations sociales l'indemnité de grand déplacement lorsque l'employeur ne prouve pas que le salarié est empêché de regagner sa résidence le vendredi soir, **et le droit du travail**, qui l'accorderait systématiquement au salarié, **ce qui reviendrait de facto à faire supporter à l'employeur la charge finale de dépenses dont l'affectation à l'activité professionnelle n'est pas établie** et dont la valeur fictive serait en outre soumise aux cotisations sociales.

2. En l'espèce, la cour d'appel a considéré à tort que le salarié devait être indemnisé à hauteur de l'ensemble des dépenses réclamées, y compris pour les frais de logement du vendredi soir, sans preuve de son état de disposition à l'égard de l'employeur et de l'impossibilité de regagner son domicile.

En effet, la juridiction a jugé que la situation de grand déplacement du salarié impliquait un droit à l'intégralité du montant de l'indemnité correspondante, sans justification des critères des articles 8.21 et 8.23 de la convention collective nationale des ouvriers du bâtiment du 8 octobre 1990 applicable :

“En l'espèce, il est constant que [le salarié] s'est trouvé en situation de grand déplacement sur un chantier situé à Solliès-Toucas (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 “[le salarié] 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.”(...)

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” (arrêt attaqué, p. 6).

Or, il a été démontré plus haut que la prise en charge du coût d'un second logement pour le salarié le vendredi soir de chaque fin de semaine au titre des frais de grand déplacement nécessite la preuve de l'impossibilité de regagner sa résidence et de son état de disposition au service de l'employeur.

En conséquence, il conviendra de prononcer la **cassation** sur la première branche du deuxième moyen.

III - Sur l'indemnisation de l'exécution fautive du contrat de travail (moyen 4)

La cour d'appel a accordé au salarié une indemnisation au titre de plusieurs chefs de préjudice distinctement énumérés dans ses motifs, tenant à la méconnaissance par l'employeur des dispositions conventionnelles relatives aux indemnités de grand déplacement, à l'absence de rémunération des temps de trajet au titre du temps de travail effectif ainsi que pour avoir prononcé une mise à pied disciplinaire injustifiée.

Si les motifs retenus sont en effet peu développés quant à l'évaluation de chacun des chefs de préjudice retenus, l'article L. 1222-1 du code du travail ayant servi de fondement à la condamnation - non l'article 1153 devenu 1231-6 du code civil qui motive le moyen - et plus largement les règles de la responsabilité civile l'autorisaient à faire masse des sommes allouées au salarié pour leur réparation, sans avoir à développer spécifiquement, en ce qui concerne l'indemnité de grand déplacement, la mauvaise foi de l'employeur ni le caractère distinct du préjudice, éléments relevant d'un fondement juridique différent.

Un **rejet non spécialement motivé** du quatrième moyen pourra en conséquence être prononcé.

PROPOSITION

- Cassation sur le premier moyen et la première branche du deuxième moyen ;
- rejet non spécialement motivé de la seconde branche du deuxième moyen et des troisième et quatrième moyens.