

Le calcul de l'indemnité de congés payés

Pendant la période de congés payés, le salarié, dont le contrat de travail est suspendu ne perçoit pas de salaire, mais une indemnité de congés payés destinée à compenser sa perte de rémunération. Ce dossier vise à faire une synthèse pratique des différentes questions qui se posent lors du calcul de l'indemnité de congés payés.

*Dossier réalisé par
Blandine Allix
et Joël Grangé,
avocats associés,
et Justine Février,
avocat au cabinet
Flichy Grangé Avocats*

À CLASSER SOUS
TEMPS DE TRAVAIL
CONGÉS PAYÉS

03 / 20

1 Les règles de calcul de l'indemnité

Les règles de calcul de l'indemnité de congés payés sont fixées aux articles L. 3141-24 à L. 3141-31 du Code du travail. Elles sont d'ordre public et s'appliquent aussi bien aux congés payés légaux qu'aux jours de congés payés conventionnels (Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-18.109). Selon l'article L. 3141-24, I du Code du travail, les congés payés annuels ouvrent droit à une indemnité correspondant au 10^e de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence (« règle du 10^e »). Cette indemnité, ajoute le II du même 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 (« règle du maintien de salaire »). En pratique, lorsqu'un salarié part en congés payés, l'employeur maintient son salaire et procède, en fin de période, à la comparaison du salaire effectivement maintenu avec le dixième de la rémunération perçue pendant la période de référence. À l'issue de cette comparaison, si le montant de l'indemnité en application de la règle du 10^e est plus favorable que le salaire maintenu, l'employeur règle la différence au salarié.

2 La règle du maintien de salaire

Afin de comparer en fin de période, le salaire maintenu pendant les congés payés

avec le 10^e de la rémunération du salarié, l'employeur doit déterminer la part du salaire maintenu au salarié pendant ses congés correspondant à ce qu'il aurait perçu s'il avait travaillé.

COMMENT DÉTERMINER LE SALAIRE MAINTENU AU SALARIÉ PENDANT SES CONGÉS PAYÉS ?

L'article L. 3141-24, II du Code du travail prévoit que l'indemnité de congés payés ne peut être inférieure à la rémunération qu'aurait perçue le salarié pendant la période de congé s'il avait travaillé. Il précise que la rémunération visée est calculée, sous réserve du respect des dispositions légales, en fonction du « salaire gagné dû pour la période précédant le congé » (C. trav., art. L. 3141-24, II, 1^o) et de « la durée du travail effectif de l'établissement » (C. trav., art. L. 3141-24, II, 2^o).

➤ À quoi correspond « la période précédant le congé » ?

La jurisprudence précise que la période précédant le congé est la période qui précède immédiatement la prise de congé, c'est-à-dire le mois qui précède celui où a été pris le congé (Cass. soc., 23 janvier 2001, n° 98-45.725).

Qu'en est-il lorsque l'augmentation de salaire a pu intervenir, non pas dans le mois qui précède la prise du congé, mais dans le mois pendant lequel le salarié a pris le congé ? Dans ce cas, afin de respecter la règle selon laquelle l'indemnité ne peut être inférieure à la rémunération que le salarié aurait perçue pendant sa période de congé s'il avait continué à travailler,

la doctrine et la chambre sociale de la **Cour de cassation** (*Cass. soc.*, 20 juin 1995, n° 91-45.877) considèrent qu'il convient de **tenir compte** des **augmentations** de salaire **intervenant pendant** la période de **congés**. Autrement dit, si une augmentation générale intervient pendant la période de congés payés, le salarié qui est en congés payés perçoit tout de même cette augmentation pendant ses congés.

▣ Que signifie la référence à la « durée de travail effectif de l'établissement » ?

L'article L. 3141-24, II, 2° précise que le salaire maintenu au salarié pendant la durée de ses congés est calculé en fonction de la durée de travail effectif de l'établissement. Autrement dit, il convient de tenir compte de l'**horaire réellement pratiqué** dans l'établissement pendant la période au cours de laquelle le salarié prend ses congés payés.

Cela signifie, par exemple, que lorsque des **heures supplémentaires** sont effectuées de manière habituelle dans un établissement, il convient de les prendre en compte (*Cass. soc.*, 13 octobre 1955, *Bull. civ.* n° 706; *Cass. soc.*, 6 mai 1955, *Bull. civ.* n° 384), contrairement à celles effectuées de manière exceptionnelle (*Cass. soc.*, 21 octobre 1970, n° 69-40.611 : en l'espèce, le temps de travail avait été augmenté pour pallier l'absence d'autres salariés en congés). Il en va de même des **majorations pour travail le dimanche** (*Cass. soc.*, 19 février 1981, n° 79-41.353).

Dans une entreprise dans laquelle l'horaire de travail est de 54 heures pendant les trois mois d'été, alors qu'il est de 45 heures les autres mois, la Cour de cassation a jugé que la rémunération maintenue doit tenir compte de ce dépassement d'horaire à caractère permanent qu'aurait effectué le salarié s'il avait travaillé et donc les 54 heures (*Cass. soc.*, 17 octobre 1962, n° 61-40.221).

La jurisprudence s'est également prononcée sur l'**impact de l'activité partielle** sur le montant de l'indemnité de congés payés. Dans un arrêt ancien, la Cour de cassation a jugé que lorsque des congés payés étaient posés au cours d'une période de chômage partiel, l'indemnité de congés payés devait être calculée en fonction de l'horaire réduit, non pas en fonction de l'horaire normal de l'entreprise (*Cass. soc.*, 10 novembre 1988, n° 86-41.334). Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne a récemment jugé que le salarié devait, même en cas de chômage partiel, percevoir une indemnité de congés payés égale à la rémunération ordinaire perçue pendant les périodes de travail effectif (*CJUE*, 13 décembre 2018, *aff. C-385/17*). Cette jurisprudence vise la durée du congé annuel prévue à l'article 7 de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, à savoir quatre semaines : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales ». En application de la hiérarchie des normes, les juges français devraient donc revoir leur interprétation pour ne plus retenir l'horaire réduit pendant une période d'activité partielle précédant ou pendant la prise de congés, mais retenir l'horaire ordinaire, habituel de l'entreprise, pour calculer le montant de l'indemnité de congés payés pendant une période d'activité partielle.

Se pose, également, la question de savoir quel est le salaire à maintenir en cas de **fermeture de l'entreprise pendant les congés payés**. La jurisprudence n'a pas clairement tranché cette question. Dans un arrêt de 1962,

la chambre criminelle a considéré qu'il fallait retenir l'horaire pratiqué au cours de la période précédant la fermeture pour congés (*Cass. crim.*, 15 juin 1962, n° 90-16.952), alors que la chambre sociale, en 1967, a jugé qu'il convenait de se fonder sur l'horaire moyen pratiqué par les salariés les mois précédant la fermeture (*Cass. soc.*, 11 janvier 1967, n° 66-40.056).

Par ailleurs, si le Code du travail précise qu'il est tenu compte de la durée de travail effectif dans l'entreprise, le principe est bien que l'employeur doit verser au salarié ce qu'il aurait perçu personnellement en travaillant. Autrement dit, il est **important de se référer également à l'horaire effectif et habituel du salarié concerné** pour déterminer le montant du salaire maintenu pendant la période de congés payés. En ce sens, la Cour de cassation a jugé que la rémunération maintenue tenait compte de l'horaire propre à chaque salarié. Ainsi, pour un salarié à temps partiel, il est tenu compte de sa durée du travail (*Cass. soc.*, 26 mars 2002, n° 00-40.731). Pour des salariés en horaires alternés, il est tenu compte de l'horaire qu'ils auraient effectué s'ils avaient travaillé pendant leurs congés (*Cass. soc.*, 2 juin 1988, n° 85-41.200).

Il convient donc pour déterminer la valeur du salaire maintenu au salarié pendant ses congés payés de se référer aussi bien à l'horaire habituel de l'établissement qu'aux horaires habituels de chacun des salariés.

QUELLE EST L'ASSIETTE DE CALCUL DU SALAIRE MAINTENU PENDANT LES CONGÉS PAYÉS ?

L'assiette de calcul du salaire maintenu à prendre en considération pour valoriser un jour de congé est le **même** que celui retenu pour la **règle du 10^e** (*v. ci-après*).

COMMENT VALORISER LE JOUR DE CONGÉ PAYÉ ?

Aucune règle légale ne définit comment valoriser un jour de congé lorsqu'il est posé.

En pratique, les entreprises utilisent plusieurs méthodes présentées ci-après, méthodes qui ont été, soit explicitées dans une réponse ministérielle de 1951 qui est toujours le document de référence en la matière, soit illustrées par la Cour de cassation :

- **La 1^{re} méthode** consiste à diviser le **salaire mensuel** du salarié par le **nombre moyen de jours ouvrés par mois**, puis de **multiplier** la somme ainsi obtenue par le **nombre de jours ouvrés de congés payés** posés par le salarié (*Rép. min.* n° 3136, *JO Sénat Q*, 30 décembre 1951, p. 3573).

Le nombre de jours ouvrés moyens applicable chaque année est fixé à **21,67 jours** (parfois arrondi à 22). Il est déterminé de la manière suivante :

$5 \text{ jours ouvrés par semaine} \times (52 \text{ semaines} / 12 \text{ mois}) = 21,67$ (qui est parfois arrondi à 22)

La **valorisation d'un jour de congés payés** est alors déterminée ainsi :

$\text{Valorisation du jour de congés payés} = (\text{salaire mensuel} / 21,67 \text{ jours}) \times \text{nombre de jours ouvrés de congés payés réellement posés}$

- **La 2^e méthode** est la même que la précédente, mais en **jours ouvrables**. Elle consiste à diviser le salaire mensuel du salarié par le nombre de jours ouvrables moyen par mois puis à multiplier ce résultat par le nombre de jours ouvrables de congés payés posés par le salarié (*Rép. min.* n° 3136, *JO Sénat Q*, 30 décembre 1951, p. 3573).

Le nombre de jours ouvrables moyen par mois est égal à 26. Il est déterminé ainsi :

$6 \text{ jours ouvrables par semaine} \times (52 \text{ semaines} / 12 \text{ mois}) = 26$

La formule permettant de déterminer la valorisation d'un jour de congés payés est la suivante :

$\text{Valorisation du jour de congés payés} = (\text{salaire mensuel} / 26 \text{ jours}) \times \text{nombre de jours ouvrables de congés payés réellement posés}$

• La 3^e méthode consiste à diviser le salaire mensuel par le nombre réel de jours ouvrés dans le mois pendant lequel le salarié part en congés puis de multiplier le résultat ainsi obtenu par le nombre de jours ouvrés de congés payés posés par le salarié (*Cass. soc.*, 16 janvier 1974, n° 72-50.681).

$\text{Valorisation du jour de congés payés} = (\text{salaire mensuel} / \text{nombre réel de jours ouvrés du mois}) \times \text{nombre de jours ouvrés de congés payés}$

• La dernière méthode revient à multiplier le salaire mensuel par le nombre d'heures de congés payés posés, puis de diviser le résultat par le nombre d'heures moyen par mois (*Rép. min.* n° 3136, *JO Sénat Q.* 30 décembre 1951, p. 3573).

La formule de calcul est alors la suivante :

$\text{Valorisation du jour de congés payés} = (\text{salaire mensuel} \times \text{nombre d'heures de congés payés}) / \text{nombre d'heures moyen par mois}$

Une fois que la valorisation du jour de congés payés selon la règle du maintien de salaire en application d'une de ces méthodes est déterminée, il convient de calculer le montant de l'indemnité de congés payés en application de la règle du 10^e.

3 La règle du 10^e de la rémunération annuelle

L'article L. 3141-24, I du Code du travail prévoit que l'indemnité de congés payés est égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence.

QUELLE EST LA PÉRIODE DE RÉFÉRENCE ?

La période de référence pour la règle du 10^e de la rémunération annuelle correspond à la période d'acquisition des congés payés.

Depuis la loi dite Travail du 8 août 2016, cette période annuelle de référence peut être fixée par accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par convention ou accord de branche (*C. trav.*, art. L. 3141-10, 1°).

À défaut d'accord, le point de départ de la période de prise en compte pour le calcul du droit au congé est fixé au 1^{er} juin de chaque année (*C. trav.*, art. R. 3141-4, al. 1). Pour les professions pour lesquelles l'employeur est tenu de s'affilier à une caisse de congé, le point de départ de l'année de référence est fixé au 1^{er} avril (*C. trav.*, art. R. 3141-4, al. 2).

COMMENT DÉTERMINER LES ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION INCLUS DE L'ASSIETTE DE CALCUL DE L'INDEMNITÉ DE CONGÉS PAYÉS ?

L'article L. 3141-24, I du Code du travail relatif à la règle du 10^e donne très peu de précisions sur les éléments à inclure dans l'assiette de calcul de l'indemnité

de congés payés. Il précise uniquement qu'il est tenu compte de l'indemnité de congés payés de l'année précédente, des indemnités relatives à la contrepartie obligatoire sous forme de repos prévues aux articles L. 3121-30, L. 3121-33 et L. 3121-38, des périodes assimilées à du temps de travail effectif par les articles L. 3141-4 et L. 3141-5 du Code du travail.

Aussi, cela a donné lieu à un abondant contentieux qui a permis à la Cour de cassation de dégager des critères permettant de déterminer les éléments de rémunération, autre que le salaire fixe, à inclure dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés. Le grand principe posé par la Cour de cassation est qu'il convient de déterminer si l'élément de rémunération en question rémunère déjà la période de congés payés afin de ne pas le faire payer, au moins pour partie, une seconde fois à l'employeur. À partir de ce grand principe, la Cour de cassation a donné une clé qui permet de déterminer si l'élément de rémunération rémunère déjà la période de congés payés. Elle consiste à déterminer si le montant de l'élément de rémunération est affecté ou non par le départ en congés payés du salarié. En effet, pour la Cour de cassation, si le montant de l'élément de rémunération est amené à baisser lorsque le salarié part en congés payés, cela signifie alors qu'il ne rémunère pas cette période de congés payés. Dans ce cas, il y a lieu de l'inclure dans l'assiette de calcul. À l'inverse, si l'élément de rémunération n'est pas affecté par le départ en congés payés du salarié, il convient de l'exclure de l'assiette de calcul (*Cass. soc.*, 6 novembre 2019, n° 18-10.367). Si ce raisonnement opéré par la Cour de cassation, parfaitement logique, a le mérite de la simplicité, son application en pratique l'est moins.

Le problème se pose plus particulièrement pour les éléments variables de rémunération tels que les primes de résultat, les primes d'objectifs, les commissions, les bonus. Aussi, la Cour de cassation a affiné son raisonnement. Pour apprécier si l'élément de rémunération est affecté ou non par le départ en congés payés du salarié, la Cour de cassation a dégagé deux critères : celui de la rétribution de l'activité personnelle/individuelle du salarié et celui de l'élément de rémunération couvrant une période de travail et de congés confondus.

Le critère de la rétribution de l'activité personnelle du salarié

La Cour de cassation juge que pour être incluses dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, les commissions/primes variables doivent revêtir un caractère de généralité et de constance et être calculées sur le résultat produit exclusivement par le travail individuel/personnel du salarié (*Cass. soc.*, 19 mars 2003, n° 01-42.140).

Le raisonnement est le suivant : dans la mesure où l'élément de rémunération est dépendant exclusivement de l'activité personnelle/individuelle du collaborateur, son départ en congés affecte nécessairement la réalisation de ses résultats donnant lieu à la part variable de rémunération qui ne rémunère de fait pas sa période de congés payés. Cet élément doit alors être inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.

En appliquant ce même raisonnement, la Cour de cassation juge à l'inverse que sont exclus de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés les primes d'objectifs/de résultats, bonus ou commissions qui ne sont pas calculés uniquement en fonction de l'activité individuelle du salarié et pour lesquels la prise de congés payés n'a pas d'incidence sur le montant versé.

▣ Celui de l'élément de rémunération couvrant une période de travail et de congés confondue

En suivant la même logique que dans les arrêts précités, la Cour de cassation juge que pour être inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, les éléments de rémunération ne doivent pas déjà rémunérer la période de congés afin que le salarié ne soit pas rémunéré deux fois par l'employeur sur cette période (v. par ex. : Cass. soc., 1^{er} juillet 1998, n° 96-40.421).

Ces critères obligent à faire une **appréciation au cas par cas des éléments de rémunération**. Plus particulièrement, l'employeur doit veiller à examiner les modalités de calcul de chacun des éléments de rémunération pour déterminer s'ils doivent ou non entrer dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.

COMMENT CES CRITÈRES SONT-ILS APPLIQUÉS AUX ÉLÉMENTS VARIABLES DE RÉMUNÉRATION ?

En appliquant le critère de la rétribution de l'activité personnelle du salarié, la Cour de cassation a jugé que **doivent être incluses** dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés :

– la **prime sur objectif** qui rétribue de manière directe l'activité déployée par le salarié pour réaliser l'objectif assigné et qui est assise sur les périodes travaillées, à l'exclusion des périodes de congés (Cass. soc., 30 avril 2003 précité);

– la **prime de résultat récompensant l'activité** déployée par chaque salarié **personnellement** (Cass. soc., 18 juin 2008, n° 06-45.267);

– les **commissions** générées par la seule activité du salarié puisqu'il n'était pas allégué que son portefeuille était confié à un autre commercial pendant ses congés (Cass. soc., 3 juin 2009, n° 07-43.798);

– la **part variable de rémunération** fonction de la réalisation des **budgets fixés au salarié**, qui n'est pas liée à l'activité générale de l'entreprise, ni calculée à partir du chiffre d'affaires global de l'ensemble des agents commerciaux, période de travail et de congés confondus (Cass. soc., 16 septembre 2009, n° 08-41.442);

– des **commissions de retour sur échantillonnages**, qui sont fonction des résultats produits par le travail personnel du salarié (Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-21.014). À l'inverse, elle a jugé que doivent être **exclus** de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés :

– la **prime** consistant en un pourcentage sur le **chiffre d'affaires** de l'entreprise calculé globalement sur l'année et sans rapport nécessaire avec le travail du salarié (Cass. soc., 30 janvier 1985, n° 81-41.769);

– la **prime d'intéressement** calculée sur les affaires réalisées par une société sur l'année, périodes de travail et de congés payés confondues (Cass. soc., 7 novembre 1995, n° 92-42.000; Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 05-41.554);

– la **prime d'efficience** « dont le montant est calculé en fonction du résultat global du secteur géographique sur chacun des produits sujets à présentation par le visiteur médical, dépend des ventes par les pharmacies résultant de la seule prescription du médecin et n'est ainsi liée qu'indirectement au travail de présentation et de visite de l'équipe de huit visiteurs médicaux, elle-même concurrencée par des prestataires de services de visite médicale » (Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-71.262);

– la **prime de résultats** dont a bénéficié un directeur de la direction des marchés, **calculée** « non pas sur

son activité personnelle, mais sur "le résultat global de la salle des marchés du groupe CM-CIC" » (Cass. soc., 18 février 2015, n° 13-20.920);

– la **prime d'objectif** lorsque la prise de congés payés est **sans incidence** sur son montant (Cass. soc., 2 octobre 2019, n° 18-11.525);

– la **rémunération variable composée de deux éléments, l'un en lien avec les résultats commerciaux généraux de la société** prenant en compte son niveau de performance, l'autre en lien avec la performance individuelle du salarié déterminée sur la base des évaluations et des notes sur la performance du salarié sur l'ensemble de l'année fiscale (Cass. soc., 6 novembre 2019, n° 18-10.367). De même, en appliquant le critère de l'élément de rémunération couvrant une période de travail et de congés confondue, la Cour de cassation a jugé que devaient être exclues de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés :

– les **commissions et primes sur objectifs** « versées au salarié **tout au long de l'année**, période de travail et de congés confondus » (Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-43.333);

– les **primes payées chaque mois**, tout au long de l'année **y compris pendant** la période de congés payés, dans la mesure où les intégrer dans l'assiette reviendrait à les faire payer pour partie une seconde fois (Cass. soc., 26 septembre 2018, n°s 17-22.058 et 17-22.059);

– les **primes allouées globalement pour l'année entière**, périodes de travail et de congés confondues (Cass. soc., 25 mars 1982, n° 80-40.589; Cass. soc., 23 novembre 1994, n° 93-42.32; Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 07-40.709; Cass. soc., 18 février 2015, n° 13-20.920; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-16.988; Cass. soc., 5 avril 2018, n° 16-25.428; Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-21.534).

En outre, sont également à exclure de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés les **commissions régies par le contrat de travail** qui prévoit que le **taux** de commissionnement du salarié **inclut les congés payés** (Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 16-11.690).

QU'EN EST-IL DE LA PRIME DE VACANCES ?

En 1987, la Cour de cassation a jugé de manière classique que la prime de vacances devait être **exclue** de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés lorsqu'elle est **allouée globalement pour l'ensemble de l'année**, périodes de travail et de congé confondues (Cass. soc., 12 novembre 1987, n° 83-45.490).

Récemment, elle a jugé, à l'inverse, qu'une prime de vacances **allouée une fois par an**, devait être **incluse** dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 3 juillet 2019, n° 18-16.351). Dans cet arrêt, il était clairement précisé que le montant de la **prime** de vacances était déterminé, en application de la convention collective applicable, en fonction du **temps de travail effectif accompli** au cours de la période de référence. Elle n'avait donc de fait pas pour objet de rémunérer des périodes de travail et de congés confondus, ce pourquoi la Cour de cassation l'a incluse dans l'assiette de calcul (Cass. soc., 3 juillet 2019, n° 18-16.351).

QU'EN EST-IL DE LA PRIME DE 13^e MOIS ?

En application des critères précités, la Cour de cassation :

– **exclut** de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés **allouée pour l'année entière**, lorsqu'elle a pour objet de rémunérer les périodes de travail et de congés payés confondues et que son montant n'est **pas affecté par le départ en congés du salarié** (Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-71.056; Cass. soc., 3 mars 2014, n° 13-10.586; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-16.988);

– **inclut** dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés la **prime de 13^e mois**, lorsqu'elle **rémunère les seules périodes de travail** à l'exclusion de celles des congés payés (Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-41.056).

QU'EN EST-IL DE LA PRIME D'ANCIENNETÉ ?

Toujours en application des mêmes critères, la Cour de cassation :

– **exclut** de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés la prime d'ancienneté **lorsqu'elle est versée tout au long de l'année et a déjà rémunéré une période de congés** (Cass. soc., 2 avril 1997, n° 94-41.540; Cass. soc., 16 juin 1998, n° 96-43.187; Cass. soc., 24 mars 2004, n° 02-41.828);

– **inclut** dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés la **prime d'ancienneté versée « en contrepartie du travail »** (Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-30.589), étant précisé que dans cette affaire, elle était calculée, en application de la convention collective, « proportionnellement à l'horaire effectif de travail de l'intéressé », ce pour quoi elle ne rémunérait pas les périodes de congés payés;

– **inclut** dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés la **prime d'ancienneté versée « en contrepartie du travail ou à l'occasion du travail »** (Cass. soc., 7 septembre 2017, n° 16-16.643), étant précisé que dans cette décision, la Cour de cassation s'est contentée de censurer la cour d'appel qui avait jugé qu'un rappel de prime d'ancienneté devait être exclu de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés « au motif qu'elle ne rémunère pas un travail effectif » (CA Paris, 25 février 2016, n° 14/10340).

QUELS SONT LES AUTRES ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION À INCLURE ?

La Cour de cassation a jugé que doivent être **inclus** dans l'assiette de l'indemnité de congés payés les éléments suivants :

– la rémunération des **temps de pause** (Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-19.818);

– les **majorations pour heures supplémentaires** (Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-40.696);

– les majorations pour **travail de nuit** (Cass. soc., 25 janvier 1968, n° 66-40.557; Cass. soc., 18 décembre 1996, n° 94-41.184 concernant une prime de nuit);

– les indemnités d'**astreinte** ou la prime d'astreinte (Cass. soc., 4 juillet 1983, n° 81-40.819; Cass. soc., 18 septembre 2019, n°s 17-20.449 et 17-20.450);

– la contrepartie financière de l'**obligation de non-concurrence** (Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47.597; Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233; Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-25.847; CA d'Angers, 25 juillet 2017, n° 14/03035);

– les **avantages en nature** dont le salarié ne continuerait pas à jouir **pendant** ses congés (C. trav., art. L. 3141-25; Cass. soc., 27 septembre 1989, n° 86-43.169, concernant un logement de fonction).

QUELS SONT LES AUTRES ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION À EXCLURE ?

La Cour de cassation juge de manière constante que sont **exclus** de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés :

– les **primes de panier** (v. Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-21.147; Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-14.855; Cass. soc., 11 janvier 2017, n° 15-23.341; Cass. soc., 28 juin 2018, n° 17-11.714);

– les **indemnités de repas** (Cass. soc., 11 septembre 2019, n° 18-14.294) ou encore des indemnités de **transport** (Cass. soc., 11 janvier 2017, n° 15-23.341);

– les primes d'**intéressement** et de **participation** (Cass. soc., 7 novembre 1995, n° 92-42.000);

– les **avantages en nature** dont le salarié continue de bénéficier pendant ses congés (Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-42.826 : s'agissant d'un véhicule de fonction);

– les **gratifications** présentant un caractère **discrétionnaire et bénévole** (Cass. soc., 1^{er} avril 1997, n° 95-40.391);

– le **bonus** servi au salarié, **non récurrent et éventuel** en fonction notamment de la performance personnelle de l'intéressé, ayant un caractère discrétionnaire (Cass. soc., 23 janvier 2019, n° 16-20.750).

4 Le cas particulier des IJSS et du don de congés

LES INDEMNITÉS JOURNALIÈRES DE SÉCURITÉ SOCIALE DOIVENT-ELLES ÊTRE INCLUSES ?

Selon l'article L. 3141-24, I, 3^o du Code du travail, pour déterminer la rémunération à inclure dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, il est tenu compte des périodes d'absence assimilées à du temps de travail effectif en application des articles L. 3141-4 et L. 3141-5 du Code du travail.

L'article L. 3141-5 du Code du travail prévoit qu'il convient d'assimiler à du temps de travail effectif « les **périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle** ».

Aussi, il convient d'en conclure que la rémunération qu'aurait perçu le salarié, s'il n'avait pas été en absence pour accident du travail ou maladie professionnelle, doit être **incluse** dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés et ce dans la limite d'un arrêt ininterrompu d'un an. La Cour de cassation l'a confirmé (Cass. soc., 10 novembre 1988, n° 86-40.863).

À l'inverse, l'article L. 3141-5 du Code du travail n'assimile pas les absences pour maladie non professionnelle à du temps de travail effectif. Aussi, sauf à ce que la convention collective applicable prévienne le contraire, les **indemnités journalières** de sécurité sociale et les indemnités complémentaires versées par l'employeur au salarié en arrêt **pour maladie non professionnelle** sont **exclus** de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 8 juin 1994, n° 90-43.014; Cass. soc., 24 février 1998, n° 96-40.054; Cass. soc., 24 mars 2004, n° 02-40.525; Cass. soc., 14 novembre 2018, n° 17-21.535 : concernant une indemnité compensatrice de congés payés).

LES JOURS « DONNÉS » PAR UN AUTRE SALARIÉ DOIVENT-ILS ÊTRE PRIS EN COMPTE ?

L'article L. 3141-24 du Code du travail relatif au calcul de l'indemnité de congés payés ne fait aucune référence aux absences des salariés bénéficiant de dons de congés.

Les articles relatifs au **don de jours** pour un congé de **proche aidant** (C. trav., art. L. 3142-25-1), ou pour un parent d'un **enfant gravement malade** (C. trav., art. L. 1225-65-1) ou **encore** au don de jours aux personnes engagées dans la **réserve militaire opérationnelle** (C. trav., art. L. 3142-94-1) prévoient, quant à eux, que le salarié bénéficiaire de jours de congé cédés a droit au **maintien de sa rémunération** pendant sa période d'absence. Ils ne font nullement référence à une indemnisation égale au 10^e de la rémunération perçue pendant la période de référence comme pour les congés payés. Ils limitent, par ailleurs, l'assimilation de la période d'absence à du travail effectif, à la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté. Par conséquent, les périodes d'absence liées à des jours de **congé cédés** ne devraient **pas être prises en compte dans l'assiette** de calcul de l'**indemnité de congés payés**.

5 Comment calculer l'indemnité en cas de report de jours de congés payés ?

En cas de report de jours de congés payés d'une période N-1 sur l'année suivante N, il convient d'appliquer la règle du maintien de salaire et celle du 10^e de la manière suivante.

S'agissant de la **règle du maintien de salaire**, conformément à l'article L. 3141-24 II du Code du travail, lors du départ du salarié en congés payés, l'employeur est tenu de maintenir la rémunération que le salarié aurait effectivement perçue s'il avait travaillé pendant cette période, étant rappelé que le salaire pris en compte est celui du mois précédant la prise de ces congés (majoré en cas d'augmentation de salaire). Aussi, en application de cette disposition légale, le **salaire maintenu devrait être celui de la période N** lorsque le salarié pose sur cette période N un jour de congé payé qu'il avait **acquis au titre** de la période N-1.

S'agissant de la **règle du 10^e**, la **période de référence** visée par l'article L. 3141-24 I du Code du travail correspond à la **période d'acquisition des congés payés** (v. *ci-avant*). Aussi, il nous semble que cette disposition légale permet de conclure, qu'en cas de congés payés acquis sur la période N-1 et reportés sur la période N, l'indemnité de congés payés correspond au 10^e de la rémunération perçue par le salarié au cours de la période de référence, soit au cours de la période N-1.

Cela signifie que l'**employeur, au moment** où il effectuera, à la fin de la période N, la **comparaison entre les deux règles** pour les congés payés pris lors de la période N, **devrait distinguer**, pour le calcul de l'indemnité de congés payés, les **congés payés acquis au titre de la période N** et ceux acquis au titre de la **période N-1** qui ont été reportés. Pour prendre un exemple avec une période de référence sur l'année civile :

• Un salarié a acquis 30 jours de congés payés au cours de l'année 2019 mais n'en a posé que 25. Il a donc un reliquat de 5 jours de congés payés.

• Au cours de l'année suivante (l'année 2020), ce salarié pose les 30 jours de congés payés qu'il a acquis au cours de l'année 2020 ainsi que les 5 jours de congés payés qu'il a acquis au cours de l'année 2019.

• En application du raisonnement exposé ci-dessus, lorsque le salarié va poser ses 35 jours de congés payés au cours de l'année 2020, l'entreprise va maintenir la rémunération que ce dernier aurait dû percevoir s'il avait travaillé pendant ces périodes de congés, rémunération qui sera donc celle de 2020.

• À la fin de l'année 2020, pour opérer la comparaison de ce maintien de salaire et de l'indemnité calculée en application de la règle du 10^e, l'entreprise devra distinguer :

– les 30 jours acquis au titre de l'année 2020 et posés au cours de cette même année : pour ces 30 jours, il conviendra de comparer le salaire maintenu (celui de 2020) avec un 10^e de la rémunération de l'année 2020 ;

– les 5 jours de congés payés acquis au titre de l'année 2019 reportés sur l'année 2020 : il conviendra de comparer le salaire maintenu (celui de 2020 pour ces 5 jours) proportionnellement (puisqu'il n'y a que 5 jours) avec un 10^e de la rémunération perçue par le salarié au cours de l'année 2019.

Ce **raisonnement** a été **retenu par la chambre sociale de la Cour de cassation** dans un arrêt ancien (Cass. soc., 26 novembre 1981, n° 79-41.952). À l'époque des faits, l'article L. 223-11 du Code du travail prévoyait que l'indemnité de congés payés était égale à 1/12^e de la rémunération totale perçue par le salarié pendant la période de référence. Il précisait également que cette indemnité ne pouvait être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler. Dans cette espèce, le salarié avait posé l'ensemble de ses congés payés de l'année A-1 et de l'année A au cours de l'année A. L'employeur avait calculé l'indemnité de congés payés en tenant compte de la rémunération perçue au cours de chaque période de référence (l'année A d'une part, l'année A-1 d'autre part). Il avait donc versé une indemnité égale à 1/12^e de la rémunération A-1 pour les congés acquis au titre de l'année A-1 et une indemnité égale à 1/12^e de la rémunération de l'année A pour les congés acquis au titre de l'année A. Or, la Cour de cassation a jugé que « si l'indemnité afférente aux congés prévue par l'article L. 223-2 du Code du travail est en principe égale au douzième de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence, il résulte toutefois de l'article L. 223-11 paragraphe 3 du même Code qu'elle ne peut être inférieure au montant de la rémunération que le salarié aurait perçue pendant la période de congé s'il avait continué à travailler ».

Ainsi, la **Cour de cassation** :

– **confirme que l'employeur** devait bien calculer l'**indemnité de congés payés** correspondant à l'époque à 1/12^e de la rémunération du salarié **en prenant en compte** la rémunération perçue pendant la **période d'acquisition** des congés payés ;

– **précise toutefois** que l'employeur est tenu, pendant la période de prise des congés payés, de **maintenir la rémunération qu'aurait perçue** le salarié **s'il avait continué** à travailler pendant cette période de prise de congés.