

Les Cahiers du DRH

GUIDE DES CONGÉS PAYÉS

Numéro réalisé par le Cabinet Barthélémy Avocats

- Règles générales
- Particularités
- Rôle du tissu conventionnel dans la fixation des normes applicables
- Contentieux

322 | MENSUEL
SEPTEMBRE 2024

Éditeur : Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether 93400 Saint-Ouen

Représentant légal : Guillaume Deroubaix

Associé unique : Karnov HoldCo France

Directeur de la publication :

Guillaume Deroubaix

Directrice des rédactions :

Sylvie Duras

Directrice adjointe des rédactions :

Rachel Brunet

Rédacteur en chef :

Sébastien Dorlencourt

Secrétaire de rédaction :

Catherine Phérivong

Ont participé à ce numéro

Emmanuel Andreo

Séverine Artières

Olivier Barraut

Florian Da Silva

André Derue

Séverine Fourvel

Nadège Geneix

Laurent Gervais

Emmanuel Guenot

Jean-Julien Jarry

Hugues Lapalus

Mathilde Latrace

Joël Misslin

Laura Mivière

Thibault Pacalet

Olivier Romieu

Julien Tournaire

Eva Savareux

Dépôt légal : à parution

Prix au numéro : 166,62 € TTC

N°ISSN (version en ligne) : 2257-3046

N°ISSN (version imprimée) : 1297-0824

Périodicité : mensuel

N°CPPAP : 1026 T 79085

Crédit photos : Getty Images

Imprimeur : Dupliprint, 2 rue Descartes,

95330 Domont • **Origine du papier :**

Portugal • **Taux de fibres recyclées :** 0% •

Certification : imprimé sur papier FSC •

Eutrophisation : Ptot 0.08 kg/tonne

Pour contacter le service client :

N°Cristal 09 69 39 58 58

APPEL NON SURTAXE

Courriel : contact@lamyliaisons.fr

Internet : www.liaisons-sociales.fr

www.lamyline.fr

www.lamy-liaisons.fr



Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.

RÈGLES GÉNÉRALES

Acquisition et régime des absences	2
Décompte, prise et fractionnement.....	13
Effectivité du droit – Diligences à accomplir.....	26
Mécanismes de report.....	32
Indemnisation	46

PARTICULARITÉS

Cadres dirigeants et salariés soumis à une annualisation du temps de travail.....	61
Autres destinations des congés payés.....	71

RÔLE DU TISSU CONVENTIONNEL DANS LA FIXATION DES NORMES APPLICABLES

Importance de la négociation collective	79
Enjeux de la définition de la période de prise des congés par les entreprises ou les branches.....	84
Comment articuler la loi du 22 avril 2024 et les dispositions conventionnelles	88

CONTENTIEUX

Quelques aspects du contentieux	91
---------------------------------------	----





**Florian
DA SILVA**
Avocat associé



**Julien
TOURNAIRE**
Avocat associé

Des congés pas si... reposants

La période estivale se termine, marquant (hélas) la fin des congés payés... sauf peut-être pour les juristes !

Aussi, replongeons-nous un instant dans nos anciens cahiers de vacances : c'est sous l'ère Napoléonienne, en 1853, que les congés payés firent leur apparition. Avec la loi du 20 juin 1936, impulsée par (l'ancien) Front populaire, le corpus législatif s'est enrichi d'une loi généralisant, au bénéfice des salariés, un droit à congés de deux semaines par an. Au fil du temps, le nombre de congés a augmenté : création de la troisième semaine en 1956, puis de la quatrième en 1965 et, enfin, de la cinquième en 1982.

Ce droit au repos a connu au cours de ces 12 derniers mois, sous la pression de l'Europe, une évolution fondamentale, puisqu'il est désormais acquis que toute absence médicale génère des droits à congés payés.

Si ce principe avait déjà été posé par le juge communautaire, notre législateur était resté insensible aux alertes de la Cour de cassation incitant à une mise en conformité.

Seulement, quel gouvernement pouvait initier une telle évolution ? Soyons honnêtes, aucun ! Sauf à mettre à mal sa crédibilité auprès des entreprises, actrices indispensables à l'économie.

C'est donc la Haute juridiction qui, le 13 septembre 2023, a (re)mis un coup de pied dans la fourmilière et, emportée dans son élan, a ouvert la voie à un principe de rétroactivité, créant instantanément des dettes colossales pour les entreprises dans un contexte économique incertain. Cette (R)évolution jurisprudentielle (voire quasi normative) a contraint le législateur à intervenir tant la boîte de Pandore était effrayante. La loi du 22 avril 2024, adaptant une nouvelle fois (mais tardivement) le droit français au droit européen, a rectifié le tir.

Sur l'autel de l'acquisition « *coûte que coûte* » (ou plutôt « *n'importe quand* »), la cinquième semaine est d'ailleurs sacrifiée (dans certains cas)...

Ce sacrifice pourrait presque paraître incontournable, tant l'instabilité générée par la saga des congés payés fut bouleversante : acquisition en maladie, report, rétroactivité sur 15 ans... le tout devant être géré par la trésorerie des entreprises, les présidents de CSE et les savants calculs des DRH pour déterminer les reliquats.

Si le sujet des congés payés était devenu pour les juristes une routine, il revient ainsi sur le devant de la scène.

L'occasion était toute trouvée pour rappeler l'ensemble des mécanismes et ressorts qui régissent son organisation. Gageons que le présent numéro aidera les lecteurs à y voir plus clair... ♦



Acquisition et régime des absences



Nadège GENEIX

Avocate



Emmanuel GUENOT

Avocat associé

A la suite des quatre arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2023 ⁽¹⁾, pointant la non-conformité du droit français aux règles européennes en matière d'acquisition de congés payés pendant une période d'absence pour maladie, et à l'émoi suscité par ces décisions chez les chefs d'entreprise, la loi du 22 avril 2024, entrée en vigueur le 24 avril 2024 ⁽²⁾, a procédé à une adaptation législative de ce sujet.

Pour rappel, l'article L. 3141-3 du Code du travail prévoit que les salariés acquièrent deux jours et demi ouvrables de congés payés par mois travaillé, le tout dans une limite de 30 jours ouvrables sur une même période d'acquisition.

L'acquisition des congés payés est liée à l'accomplissement d'un travail effectif accompli mois par mois. Cependant, cette règle claire se complique du fait que la loi, d'une part, établit des équivalences, d'autre part, assimile un certain nombre d'absences à du travail effectif et module le nombre de jours acquis pendant les périodes où le salarié s'est absenté.

Cette période correspond, pour nombre d'entreprises françaises, à celle fixée par l'article R. 3141-4 du Code du travail, à savoir du 1^{er} juin d'une année N au 31 mai de l'année N+1 ou, pour les entreprises affiliées à une caisse de congés payés, du 1^{er} avril N au 30 mars N+1.

Ce cadre étant posé, il convient à présent de s'intéresser aux modifications apportées par la loi du 24 avril 2024, puis d'évo-

quer leur combinaison avec des règles préexistantes.

ÉLARGISSEMENT DES PÉRIODES ASSIMILÉES À DU TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF POUR L'ACQUISITION DES CONGÉS PAYÉS

Le Code du travail lie l'acquisition de congés payés à des périodes de travail effectif ⁽³⁾.

(1) Cass. soc., 13 sept. 2023, nos 22-17.340, 22-17.638, 22-17.043 et 22-10.529.

(2) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024, art. 37, JO 23 avr.

(3) C. trav., art. L. 3141-5.



Autrement dit, seules les périodes de travail effectif ou assimilées à celui-ci peuvent ouvrir droit à l'acquisition de congés payés.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 2024, les seules absences pour maladie assimilées à du temps de travail effectif et, partant, entraînant l'acquisition de congés payés étaient les « *périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle dans la limite d'une année ininterrompue d'un an* » ⁽⁴⁾.

Aussi, deux conditions cumulatives étaient nécessaires pour pouvoir acquérir des congés payés pendant une période d'absence pour maladie :

- celle-ci devait découler d'un accident ou d'une maladie d'origine professionnelle, ce qui excluait automatiquement les absences en lien avec un accident ou une maladie d'origine non professionnelle ;
- elle devait avoir duré moins d'un an au plus de manière ininterrompue.

L'article 37 de la loi n° 2024-364 a procédé à une réécriture de cet article pour tenir compte de la solution dégagée par la Cour de cassation. Sont désormais assimilées à du temps de travail effectif pour l'acquisition des congés payés :

- les périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle ;
- celles pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'arrêt de travail lié à un accident ou une maladie n'ayant pas un caractère professionnel.

La loi a donc intégré aux périodes assimilées à du temps de travail effectif les absences justifiées par un accident ou une maladie non professionnelle, sans limitation de durée, et supprimé la limite temporelle d'une année ininterrompue qui accompagnait auparavant les absences pour maladie ou accident d'origine professionnelle.

Désormais, toutes les absences pour maladie donnent lieu à l'acquisition de congés payés.

À noter également que le législateur a profité de cette loi pour ajouter au 1° de l'article L. 3141-5 du

Code du travail l'assimilation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant à du temps de travail effectif donnant lieu à l'acquisition de congés payés.

Cela étant, si le principe semble simple, son application pratique le sera sans doute un peu moins.

MAINTIEN D'UNE DIFFÉRENCE ENTRE LES ARRÊTS DE TRAVAIL D'ORIGINE NON PROFESSIONNELLE ET PROFESSIONNELLE

Tout d'abord, la loi a instauré une différence dans le nombre de jours de congés payés acquis, selon que l'arrêt de travail est en lien avec un accident du travail ou une maladie professionnelle ou un accident ou une maladie non professionnels.

Ainsi, le salarié absent pour accident ou maladie d'origine professionnelle acquerra **deux jours et demi** ouvrables de congés par mois, alors que le salarié absent pour accident ou maladie d'origine non professionnelle verra l'acquisition de ses congés payés limitée à **deux jours** ouvrables par mois.

De manière très concrète, un salarié qui sera absent lors des mois d'octobre, novembre et décembre dans leur intégralité acquerra :

- 2,5 jours ouvrables × 3, soit 7,5 jours ouvrables de congés payés sur la période si son absence pour maladie est d'origine professionnelle ;
- 2 jours ouvrables × 3, soit 6 jours ouvrables de congés payés si son absence est d'origine non professionnelle, sous réserve des règles d'équivalence et d'arrondi évoqués plus avant.

Autrement dit, un salarié absent pour accident ou maladie d'origine non professionnelle sur toute la période d'acquisition ne pourra pas acquérir plus de 24 jours ouvrables de congés payés sur ladite période.

Ce faisant, le législateur instaure une différence entre les arrêts de travail d'origine professionnelle et ceux d'origine non professionnelle, tout en respectant les règles issues du droit de l'Union européenne.

En effet, la limite de 24 jours ouvrables de congés acquis pour les arrêts de travail d'origine non pro-

⁽⁴⁾ C. trav., art. L. 3141-5, ancien.



fessionnelle ne fait que reprendre le principe posé par l'article 7 de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, selon lequel « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines ».

Cependant, si la législation française est à présent en conformité avec le droit de l'Union européenne, demeure une interrogation concernant sa constitutionnalité.

En effet, la loi n° 2024-364 du 22 avril 2024 n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel avant sa promulgation.

Ce dernier n'a donc pas été en mesure de se prononcer sur une éventuelle atteinte à la Constitution, qui découlerait de la différence de traitement entre les salariés dont l'absence tient sa source dans une maladie ou un accident d'origine professionnelle et ceux dont l'absence découle d'une maladie ou d'un accident d'origine non professionnelle.

Ce risque d'inconstitutionnalité, qui ne pourra en tout état de cause être révélé qu'en cas de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur ce sujet, semble toutefois limité.

En effet, lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé en février 2024 sur les dispositions de l'article L. 3141-5 du Code du travail, dans leur version antérieure à la loi du 24 avril 2024, il avait déjà considéré que le législateur pouvait tenir compte de la particularité des maladies professionnelles et accidents du travail pour conditionner à leur existence le principe même de l'acquisition de congés payés pendant un arrêt de travail ⁽⁵⁾.

Si la question posée ne portait que sur le fait que les salariés dont l'absence était justifiée par un accident du travail ou une maladie professionnelle pouvaient acquérir des congés payés pendant ladite absence, contrairement aux salariés dont l'absence était justifiée par un accident ou une maladie non professionnelle, il semble cependant assez probable que le Conseil constitutionnel dupliquerait cette décision si la question posée était : prévoir que la nature de l'absence génère l'acquisition d'un nombre différent de jours de congés est-il contraire au principe d'égalité de traitement garanti par la Constitution ?

(5) Cons. const., 8 févr. 2024, n° 2023-1079 QPC.

SITUATIONS HYBRIDES

Accident de trajet

Ces règles posées, survient une interrogation : quelles règles doit suivre l'absence consécutive à un accident de trajet ?

Faut-il considérer que les salariés acquièrent deux ou deux jours et demi ouvrables de congés payés par mois d'absence ?

Interrogée en 2012 sur les dispositions de l'article L. 3141-5 du Code du travail, dans leur rédaction en vigueur à l'époque, la Cour de cassation avait considéré que « les périodes limitées à 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 entrent en ligne de compte pour l'ouverture du droit à congé régi par l'article L. 3141-3 du Code du travail ; que pour l'ouverture du droit au congé annuel payé, l'absence du travailleur pour cause d'accident de trajet doit être assimilée à l'absence pour cause d'accident du travail » ⁽⁶⁾.

Dans les arrêts concernés, elle évoquait également la question du report des congés payés non pris pour cause d'absence pour maladie et calait le régime applicable en matière d'accidents du travail et de maladie professionnelle aux accidents de trajet.

Pour ce faire, elle avait utilisé la technique de l'interprétation conforme, laquelle ne pouvait pas être utilisée pour les maladies non professionnelles.

Compte tenu de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle au 24 avril 2024 et de la rétroactivité de ses effets, cette position de 2012 doit-elle encore produire effet ?

En matière de report de congés, dans la mesure où la loi est rétroactive et encadre à présent ce point, y compris pour le passé, les arrêts rendus par la chambre sociale en la matière n'ont plus vocation à s'appliquer.

Cependant, qu'en est-il du second principe posé par cet arrêt, à savoir l'assimilation d'une absence pour accident de trajet à une absence pour accident du travail ou une maladie professionnelle en matière d'acquisition de jours de congés payés ?

(6) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834.



Compte tenu du contexte de l'époque, dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne avait déjà pointé la non-conformité du droit français aux règles communautaires ⁽⁷⁾, il semble que la Cour de cassation ait réalisé un sauvetage du droit français en assimilant les accidents de trajet aux accidents et maladies d'origine professionnelle, ce alors même qu'ils suivent normalement le régime des maladies simples en droit du travail.

Retenir une telle solution permettait ainsi à la Haute juridiction de réduire les effets de la non-application nationale du corpus législatif européen.

Toutefois, dans la mesure où, à présent, la loi rétroactive pallie cela, il nous semble qu'il faille revenir à une orthodoxie juridique concernant les accidents de trajet et les assimiler, pour ce qui concerne le droit du travail, à des maladies simples.

Les absences en lien avec un accident de trajet donneraient donc lieu à l'acquisition de deux jours ouvrables de congés payés par mois travaillé.

Périodes d'absence non couvertes par un arrêt de travail

Au-delà des situations évoquées précédemment, dans lesquelles le salarié concerné est couvert par un arrêt de travail, il existe également en pratique des hypothèses dans lesquelles certains sont absents pour raisons médicales, mais ne produisent pas d'arrêts de travail.

Il en va ainsi de la période courant entre le rendu d'un avis d'inaptitude par le médecin du travail et le licenciement du salarié concerné pour ce motif ou encore du cas d'un salarié invalide sans arrêt maladie.

En la matière, la CJUE, appelée à se prononcer sur l'article 7 de la directive 88/2003, a considéré dans l'arrêt Dominguez précité de 2012 qu'« à cet égard, il y a lieu de rappeler [...] que l'article 7 de la directive 2003/88 n'opère aucune distinction en fonction de l'origine de l'absence du travailleur en congé de maladie, **dûment prescrit**, tout travailleur, qu'il ait été mis en congé de maladie à la suite d'un accident survenu sur le lieu du travail ou ailleurs, ou à la suite d'une maladie de quelque nature ou origine qu'elle soit, ayant droit à un congé annuel payé d'au moins quatre semaines ».

La CJUE soumet donc l'acquisition de jours de congés payés à la production d'un arrêt de travail dûment prescrit.

À défaut, les règles de la directive 88/2003 n'ont pas vocation à s'appliquer.

Dans la mesure où la loi du 22 avril 2024 n'a eu pour seul but que d'adapter le droit français aux règles communautaires, cette solution semble être transposable.

Ainsi, à titre d'exemple, si un salarié est déclaré inapte par le médecin du travail le 15 octobre et licencié le 23 novembre, la période comprise entre le 15 octobre et le 23 novembre ne donnera pas lieu à l'acquisition de congés payés, sauf à ce qu'il produise un arrêt de travail.

Il en irait de même pour des salariés en invalidité de deuxième ou de troisième catégorie dont le contrat de travail ne serait pas rompu et qui ne justifieraient pas d'un arrêt de travail.

RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI

La première partie de cet article a été consacrée aux effets de la loi du 22 avril 2024 pour le futur.

Cependant, il est à rappeler que cette loi produit des effets rétroactifs jusqu'au 1^{er} décembre 2009, date à laquelle le Traité de Lisbonne s'est vu conférer force obligatoire en droit français.

Néanmoins, ce principe de rétroactivité ne s'applique pas de la même manière aux arrêts de travail tirant leur source d'un accident ou d'une maladie d'origine professionnelle ou non professionnelle.

En effet, s'il est absolu concernant les absences justifiées par une maladie ou un accident d'origine professionnelle, il en va différemment pour les absences en lien avec un accident ou une maladie non professionnelle.

Pour ces dernières, la loi du 22 avril 2024 a en effet expressément prévu que la rétroactivité ne peut avoir pour effet de conduire un salarié à bénéficier de plus de 24 jours ouvrables de congés payés pour une même période d'acquisition.

Par exemple, un salarié travaille pour un employeur retenant la période d'acquisition légale comprise entre le 1^{er} juin N et le 31 mai N+1.

Ce salarié a travaillé durant toute la période courant du 1^{er} juin 2021 au 31 mai 2022, à l'exception du mois

(7) CJUE, 24 janv. 2012, n° C-282/10, Maribel Dominguez.



de janvier 2022, au cours duquel lui a été prescrit un arrêt de travail pour maladie non professionnelle.

Il a donc acquis, au titre des mois travaillés, 27,5 jours ouvrables de congés payés (2,5 × 11).

En application de la loi du 22 avril 2024, il ne pourra pas prétendre à une régularisation de jours de congés au titre du mois de janvier 2022, celui-ci ayant déjà acquis 24 jours ouvrables de congés payés au titre de cette période.

En revanche, si son absence avait été justifiée par une maladie ou un accident d'origine professionnelle, il serait fondé à solliciter que 2,5 jours ouvrables de congés payés lui soient recrédités.

Cette distinction a été insérée à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État le 13 avril 2024, celui-ci soulignant qu'« *il n'est pas possible, pour le passé, d'introduire rétroactivement, en défaveur des employeurs, des dispositions plus favorables aux salariés que celles expressément requises par le droit de l'Union européenne* ».

En conséquence, pour les salariés encore présents dans les effectifs des entreprises, le principe de rétroactivité conduit à ce que les règles précédemment exposées doivent être appliquées pour toutes les périodes couvertes par un arrêt de travail comprises entre le 1^{er} décembre 2009 et le 24 avril 2024, date d'entrée en vigueur de la loi.

Cependant, en pratique, il est probable que nombre de directions des ressources humaines évaluent le risque en la matière avant de régulariser automatiquement l'ensemble des compteurs des salariés qui pourraient être concernés.

Pour les salariés ayant quitté l'entreprise à la date d'entrée en vigueur de la loi, il semble que ce soient les règles de prescription de l'article L. 3245-1 du Code du travail qui doivent s'appliquer.

AU-DELÀ DE LA LOI : APPLICATION DU PRINCIPE DE FAVEUR EN CAS DE STIPULATIONS CONVENTIONNELLES PLUS FAVORABLES

La loi du 22 avril 2024 n'a modifié que les dispositions légales en matière d'acquisition de congés

payés, à l'exclusion des stipulations conventionnelles existantes en la matière.

Ainsi, certaines règles conventionnelles peuvent demeurer plus favorables que la loi nouvelle.

Même si le texte du 22 avril 2024 ne le rappelle pas expressément, l'article L. 3141-9 du Code du travail, selon lequel les règles conventionnelles, les contrats de travail ou encore les usages plus favorables en matière de congés payés doivent primer s'applique également aux dispositions nouvellement codifiées.

La Direction générale du travail (DGT) l'a d'ailleurs rappelé, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

En conséquence, si des accords de branche ou d'entreprise, des contrats de travail ou des usages prévoient des règles d'acquisition plus favorables que les règles légales qui existaient antérieurement, elles doivent s'appliquer par priorité.

Si ce principe semble, de prime abord, simple, son application pratique peut s'avérer complexe, selon les rédactions de certaines conventions collectives.

C'est le cas par exemple de la Convention collective des coopératives laitières, dont l'article 62 prévoit que :

« Sont considérées comme périodes de travail effectif :

[...]

- les absences limitées à trois mois (consécutifs ou non) au maximum pendant lesquelles l'exécution du contrat est suspendue pour cause de maladie ou d'accident ;*
- les périodes limitées à 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 ;*
- les absences autorisées ; [...]* »

Concernant les absences en lien avec un accident du travail ou une maladie professionnelle, cette stipulation n'a plus vocation à s'appliquer, puisque le législateur a introduit dans la loi une règle plus favorable.

Cependant, qu'en est-il pour les absences en lien avec un accident ou une maladie d'origine non professionnelle ?



Plusieurs interprétations semblent possibles.

La première consisterait à considérer que pour les trois premiers mois d'absence justifiés par un accident ou une maladie d'origine non professionnelle, le salarié acquiert deux jours et demi ouvrables de congés payés, puis deux jours ouvrables au-delà.

Plusieurs arguments plaident en faveur de cette solution.

Tout d'abord, les partenaires sociaux, lorsqu'ils ont négocié ce texte conventionnel, avaient pour objectif d'instaurer au bénéfice des salariés absents pour accident ou maladie d'origine non professionnelle un régime similaire à celui des salariés absents pour accident ou maladie d'origine professionnelle.

Or, à la date de négociation de ce texte, l'acquisition de congés payés pour les salariés absents pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle se réalisait sur la base de 2,5 jours ouvrables par mois.

La volonté des parties à la négociation était donc de permettre aux salariés absents pour accident ou maladie d'origine non professionnelle d'acquérir 2,5 jours ouvrables de congés payés par mois lors des trois premiers mois de leur absence.

Ensuite, la convention collective ne prévoit pas expressément une acquisition de congés payés à hauteur de 2,5 jours ouvrables par mois.

Aussi, il serait théoriquement possible de prévoir un quantum d'acquisition tantôt conventionnel (2,5 jours ouvrables pour les trois premiers mois), tantôt légal (2 jours ouvrables pour les mois suivants).

Cette solution implique donc un panachage entre règles légales et conventionnelles.

Or, une seconde interprétation de ce texte conventionnel pourrait être celle d'un refus de ce panachage.

C'est d'ailleurs le point de vue retenu par une organisation patronale, pour qui un panachage entre règles légales et règles conventionnelles doit être écarté.

En effet, selon l'organisation patronale, appliquer une telle solution impliquerait de réaliser à la fin de chaque période de référence un calcul afin de

déterminer le nombre exact de jours de congés payés acquis par le salarié, puisqu'il est impossible de déterminer en amont la durée totale de l'absence sur la période d'acquisition.

Cela est d'autant plus vrai avec la convention collective des coopératives laitières, puisqu'elle prévoit une assimilation des absences pour maladie d'origine non professionnelle à du temps de travail effectif pour une durée de trois mois, consécutifs ou non.

Aussi, puisque ce texte ne comporte aucune référence expresse à un nombre de jours de congés payés à acquérir lorsque le salarié est absent, mais se contente d'assimiler à du temps de travail pour l'acquisition des congés payés les absences pour maladie d'origine non professionnelle, il semble possible de considérer qu'il faille limiter à deux jours ouvrables le nombre de jours de congés payés acquis par les salariés dont l'absence découle d'un accident ou d'une maladie d'origine non professionnelle, y compris pour les trois premiers d'absence.

La prudence doit toutefois être de mise, car le principe du rejet du panachage entre règles légales et règles conventionnelles ne ressort d'aucun texte.

Un autre type de rédaction se rencontre également dans certaines conventions collectives, comme l'illustre l'article 11 de l'avenant catégoriel « cadres » de la Convention collective du caoutchouc.

Celui-ci prévoit : « *Les jours d'absence pour maladie constatée par certificat médical ou pour accouchement, les permissions exceptionnelles de courte durée justifiées accordées au cours de l'année, les congés de mariage, ne peuvent entraîner une réduction des congés annuels.* »

Aussi, là où la règle légale part d'un compteur à 0, crédité en fonction de l'origine de la maladie et de la durée de l'absence, la convention collective du caoutchouc part du postulat que le compteur de congés payés des salariés cadres concernés est plein et que les absences pour maladie, quelle que soit leur nature, ne l'impactent pas.

Dans cette hypothèse, peu importe la rédaction de la loi nouvelle, les salariés cadres des entreprises qui relèvent de cette convention collective acquièrent donc 2,5 jours ouvrables de congés payés par mois travaillés, peu important que la maladie soit d'origine professionnelle ou non.



La rédaction de ce texte est d'ailleurs telle qu'à notre sens les périodes d'absences pour maladie n'impactent également pas les congés payés pour ancienneté.

En effet, en matière de congés payés, cette convention collective prévoit que « *des congés payés, dont la durée varie d'après le temps de travail effectué dans l'année et l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise, sont attribués aux salariés dans les conditions prévues par la législation en vigueur, sauf dispositions plus favorables qui sont précisées dans les avenants propres à chaque catégorie du personnel* ».

Autrement dit, des salariés cadres absents pour maladie, y compris si celle-ci n'est pas d'origine professionnelle, pourront bénéficier de plus de 30 jours ouvrables de congés payés au titre d'une seule période d'acquisition.

ACQUISITION DES CONGÉS PAYÉS AVEC UN DÉCOMPTE EN JOURS OUVRÉS, EN JOURS OUVRABLES ET POUR LES SALARIÉS À TEMPS PARTIEL

Les droits à congés payés s'acquièrent par mois de travail effectif (ou période assimilée) : « *Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur* » ⁽⁸⁾, dans la limite de 30 jours ouvrables.

Les jours ouvrables correspondent à tous les jours de la semaine, excepté le jour de repos hebdomadaire (généralement le dimanche) et les jours fériés. Concrètement, lorsque l'entreprise travaille du lundi au vendredi, la semaine comprend six jours ouvrables, le samedi étant pris en compte.

Il s'agit d'une règle d'ordre public.

Pour autant, la jurisprudence admet le décompte des congés payés en jours ouvrés : ne sont donc décomptés que les jours normalement travaillés dans l'entreprise. Il faut alors appliquer la règle d'équivalence suivante : six jours ouvrables = cinq jours ouvrés. Le congé légal de 30 jours ouvrables devient donc un congé de 25 jours ouvrés. La règle édictée par l'article L. 3141-3 précité est alors adaptée comme suit : le salarié acquiert 2,08 jours de congés payés

par mois ($2,5 \times 5/6$). Évidemment, si le nombre de jours travaillés dans l'entreprise qui souhaite utiliser un décompte en jours ouvrés est de 4, le salarié acquiert 1,667 jours par mois ($2,5 \times 4/6$).

Le décompte des congés payés en jours ouvrés n'est autorisé que s'il garantit une équivalence de droits pour le salarié, qui ne doit pas être lésé par rapport à un décompte en jours ouvrables. Aussi, cette comparaison se fait globalement sur les cinq semaines de congés payés et non sur les différentes périodes de prises de congés ⁽⁹⁾.

Cette règle doit être articulée avec les nouvelles dispositions légales permettant l'acquisition de deux jours ouvrables de congés payés par mois, dans la limite de 24 jours ouvrables par an, en cas d'absence pour maladie d'origine non professionnelle ⁽¹⁰⁾.

Il faut évidemment appliquer la même règle pour déterminer le nombre de jours acquis en cas de maladie d'origine non professionnelle : le salarié acquiert alors 1,667 jours ouvrés de congés payés par mois ($2 \times 5/6$), dans la limite de 20 jours ouvrés par an.

Ces règles s'appliquent pleinement, et sans exception, dans l'hypothèse d'un travail à temps partiel. En effet, un salarié à temps partiel acquiert des droits à congés payés dans les mêmes conditions qu'un salarié travaillant à temps complet.

Les salariés à temps partiel acquièrent donc 2,5 jours ouvrables de congés payés par mois, ou 2,08 jours dans l'hypothèse d'un décompte en jours ouvrés, et ce quel que soit le nombre de jours travaillés dans la semaine par le salarié à temps partiel.

La Cour de cassation a rappelé depuis longtemps et à plusieurs reprises qu'il ne faut pas réduire le nombre de jours ouvrables ou ouvrés acquis proportionnellement à la durée du travail ⁽¹¹⁾ : autrement dit, « *l'étendue des droits d'un salarié en matière de congés payés ne peut être appréciée en équivalence d'heures de travail* » ⁽¹²⁾.

Ainsi, un salarié travaillant sur la base d'un mi-temps hebdomadaire ou mensuel disposera d'un droit à congés payés de 30 jours ouvrables (ou de 25 jours

⁽⁸⁾ C. trav., art. L. 3141-3.

⁽⁹⁾ Cass. soc., 30 oct. 1997, n° 95-41.947.

⁽¹⁰⁾ C. trav., art. L. 3141-5-1.

⁽¹¹⁾ Cass. soc., 6 avr. 1999, n° 96-42.788.

⁽¹²⁾ Cass. soc., 4 juin 1987, n° 84-41.754.



ouverts) et non pas 15 jours ouvrables (ou 12,5 jours ouvrés).

Dans la mesure où le salarié à temps partiel acquiert des droits à congés payés dans les mêmes conditions qu'un salarié à temps complet, les règles de décompte sont également identiques : pour un salarié à temps partiel, en cas de décompte en jours ouvrables, il y a lieu de décompter non seulement les jours que le salarié aurait dû travailler en application de son horaire contractuel, mais également les autres jours qui, bien que non travaillés par le salarié à temps partiel, constituent des jours ouvrables ou ouverts dans l'entreprise ⁽¹³⁾.

Le décompte des jours ouverts de congés payés des salariés à temps partiel doit être réalisé sur les jours habituellement ouverts dans l'entreprise. Il ne peut pas être réalisé sur les seuls jours ouverts qui auraient été travaillés par le salarié s'il avait été présent ⁽¹⁴⁾.

Il est cependant possible de prévoir, par accord collectif, un autre mode d'acquisition (et de décompte) des droits à congés en jours ouverts, sous réserve que cet accord n'instaure pas une discrimination entre les salariés à temps plein et les salariés à temps partiel ⁽¹⁵⁾.

En effet, le principe d'égalité de traitement entre les salariés à temps complet et les salariés à temps partiel ⁽¹⁶⁾ n'empêche pas qu'un accord collectif qui prévoit des jours de congés supplémentaires puisse définir des modalités d'application spécifiques pour les salariés à temps partiel, telle qu'une règle de pro-rata. En effet, « *en application du principe de l'égalité de traitement entre les salariés à temps partiel et les salariés à temps complet édicté par l'article L. 3123-11 du Code du travail [C. trav., art. L. 3123-5], les jours ouvrables de congés supplémentaires pour ancienneté doivent être décomptés de la même manière que les jours de congés des salariés à temps complet, sur les six jours ouvrables de la semaine ; que si le point de départ des congés est un jour ouvert pour le salarié concerné, le congé conventionnel s'applique sur une période de six jours peu important qu'ils soient ouvrables ou ouverts ; qu'il n'en va autrement que pour les congés revêtant un caractère compensatoire et pour ceux qui sont accordés dans*

une entreprise où le décompte des jours de congés de toute nature est effectué en jours ouverts » ⁽¹⁷⁾. L'accord collectif objet du litige, un accord de groupe concernant des sociétés *Carrefour*, imposait un décompte bloqué par semaine entière des jours de congés payés et jours de congés supplémentaires, pour tous les salariés, qu'ils travaillent à temps complet ou à temps partiel. En revanche, la récupération d'un jour férié, le décalage d'un repos dominical et la prise d'un repos compensateur étaient exclus du système : leur prise ne pouvait s'effectuer que sur un jour ouvert.

Aussi, lorsque l'accord collectif prévoit un décompte des congés supplémentaires en jours ouverts, le décompte pour les salariés à temps partiel ne se fait que sur les seuls jours ouverts des salariés à temps partiel ⁽¹⁸⁾. Cette solution peut paraître surprenante, mais s'explique par le principe d'égalité de traitement. Il existe en effet le risque de réduire les droits à congés payés supplémentaires pour les salariés travaillant à temps partiel par rapport à ceux travaillant à temps complet lorsqu'il est fait application des règles habituelles de décompte en jours ouverts ou en jours ouvrables.

RÈGLES D'ÉQUIVALENCES ET D'ARRONDI

Le législateur a instauré une règle d'équivalence permettant d'opérer le décompte des mois de travail lorsque le salarié, ayant été occupé pendant une année incomplète, ne peut pas justifier d'un nombre entier de mois de travail, parce que la date de son embauche ou de la rupture de son contrat de travail s'est produite pendant cette période, ou encore parce que le salarié a été absent sans que cette absence ne soit assimilée à un temps de travail effectif.

Ainsi, les jours de congés payés s'acquièrent par mois ⁽¹⁹⁾. Or, « *sont assimilées à un mois de travail effectif pour la détermination de la durée du congé les périodes équivalentes à quatre semaines ou vingt-quatre jours de travail* » ⁽²⁰⁾.

Il y a donc lieu de considérer que le salarié a réalisé un mois de travail effectif – ouvrant droit à deux

⁽¹³⁾ Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-43.515.

⁽¹⁴⁾ Cass. soc., 9 mai 2006, n° 04-46.011 ; Cass. soc., 12 mai 2015, n° 14-10.509.

⁽¹⁵⁾ Cass. soc., 12 mai 2015, n° 14-10.509.

⁽¹⁶⁾ C. trav., art. L. 3123-5, al. 1.

⁽¹⁷⁾ Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-30.935.

⁽¹⁸⁾ Cass. soc., 23 avr. 1997, n° 94-40.758.

⁽¹⁹⁾ C. trav., art. L. 3141-3, al. 1.

⁽²⁰⁾ C. trav., art. L. 3141-4.



Règles générales

jours et demi ouvrables de congés payés – à partir du moment où il a effectivement travaillé ⁽²¹⁾ :

- 4 semaines ;
- 24 jours si l'horaire de travail est réparti sur 6 jours de la semaine, soit 288 jours de travail pour 30 jours de congés payés ;
- 22 jours si l'horaire de travail est réparti sur 5,5 jours de la semaine, soit 264 jours de travail pour 30 jours de congés payés ;
- 20 jours si l'horaire de travail est réparti sur 5 jours de la semaine, soit 240 jours de travail pour 30 jours de congés payés.

En pratique, il faut déterminer au cours de la période de référence :

- le nombre de mois ;
- le nombre de modules de quatre semaines ;
- et le nombre de modules de 24 jours (ou 22 jours ou 20 jours selon la répartition hebdomadaire),

où le salarié a travaillé.

Le décompte le plus favorable au salarié doit être retenu. Ainsi, celui qui a travaillé 12×4 semaines au cours de la période de référence a droit à la totalité de ses congés payés, « *peu important qu'il n'ait pas travaillé quatre semaines ou 24 jours au cours d'un mois* » ⁽²²⁾.

Aussi, l'ordonnance du 16 janvier 1982 a ajouté le principe du calcul proportionnel à l'absence, en ces termes : « *L'absence du salarié ne peut avoir pour effet d'entraîner une réduction de ses droits à congés plus que proportionnelle à la durée de cette absence* » ⁽²³⁾.

Cette règle est donc appliquée de manière alternative, en retenant la solution la plus favorable pour le salarié, au regard des trois possibilités :

- soit un décompte par mois de travail ;
- soit l'équivalence en semaines : il suffit que le salarié travaille 48 semaines au cours d'une année pour acquérir un droit à congé complet (12 périodes de 4 semaines) ;

- soit l'équivalence en jours : il suffit que le salarié travaille 288 jours ouvrables au cours d'une année pour acquérir un droit à congé complet (12 périodes de 24 jours).

Ces règles s'appliquent aux périodes correspondant à un travail effectif, ainsi qu'aux périodes assimilées, à savoir ⁽²⁴⁾ :

- les périodes de congés payés ;
- les périodes de congé de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant et d'adoption ;
- les contreparties obligatoires sous forme de repos prévues aux articles L. 3121-30, L. 3121-33 et L. 3121-38 du Code du travail ;
- les jours de repos accordés au titre de l'accord collectif conclu en application de l'article L. 3121-44 du Code du travail ;
- les périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle ;
- les périodes pendant lesquelles un salarié se trouve maintenu ou rappelé au service national à un titre quelconque ;
- les périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'arrêt de travail lié à un accident ou une maladie n'ayant pas un caractère professionnel.

Aussi, à l'exception de l'absence pour une maladie non professionnelle, l'assimilation à un travail effectif est complète, puisque le nombre de jours de congés payés acquis pour chaque période mensuelle, de quatre semaines ou 24 jours, est égale à deux jours et demi ouvrables.

Il en va différemment dans l'hypothèse d'une absence pour maladie non professionnelle : le salarié a droit à deux jours ouvrables par mois, dans la limite de 24 jours ouvrables par période de référence ⁽²⁵⁾.

Or, la règle d'équivalence édictée par l'article L. 3141-4 précité peut, dans certains cas de figure, réduire la baisse du nombre de jours de congés payés acquis en cas de maladie non professionnelle. Si le salarié est absent pendant un mois pour un tel motif, il aura acquis sur le mois considéré seulement deux jours de congés payés et non deux jours et demi. En revanche, à la

⁽²¹⁾ Rép. min. n° 25933, JOAN Q, 10 mars 1973, p. 535.

⁽²²⁾ Cass. ass. plén., 9 janv. 1987, n° 85-43.471.

⁽²³⁾ C. trav., art. L. 3141-6.

⁽²⁴⁾ C. trav., art. L. 3141-5.

⁽²⁵⁾ C. trav., art. L. 3141-5-1.



fin de la période de référence, il faudra vérifier si le salarié a travaillé au moins 48 semaines ou au moins 288 jours ouvrables (ou bénéficié d'une assimilation à du temps de travail effectif pendant ces périodes). Dans l'affirmative, il aura droit à un congé complet de 30 jours ouvrables et sa maladie n'aura aucunement impacté le nombre de jours de congés acquis.

Par ailleurs, rappelons que lorsque le nombre de jours ouvrables n'est pas un nombre entier, la durée du congé est portée au nombre entier immédiatement supérieur ⁽²⁶⁾. Cette règle de l'arrondi ne peut être appliquée que sur le nombre de congés payés calculés pour l'année entière et non pas sur une fraction de ceux-ci, en cumulant les arrondis ⁽²⁷⁾.

Dans ces mêmes colonnes, *Marie Hautefort* a illustré l'application concrète de ces deux règles, dans un tableau exprimé en jours ouvrables, pour visualiser l'impact du volume annuel des congés payés acquis d'un salarié absent pour cause de maladie non professionnelle tout ou partie de la période d'acquisition ⁽²⁸⁾.

L'auteur a appliqué la règle d'équivalence en tenant compte de groupes de 24 jours ouvrables (JO) complets, sans tenir compte des fractions de jours résiduelles.

Exemple

Sur l'ensemble d'une période d'acquisition, un salarié est malade 50 jours et travaille 263 jours.

Son droit à congés payés est calculé comme suit :

- CP maladie = $50 / 24 \text{ JO} = 2,08$ groupes de 24 JO = 2 groupes complets $\times 2$ jours de CP = 4 CP ;
- CP travail = $263 / 24 \text{ JO} = 10,95$ groupes de 24 JO = 10 groupes complets $\times 2,5$ jours de CP = 25 CP.

Au total, le salarié bénéficie de 29 jours de congés payés.

Cette méthode présente un inconvénient, car une partie des périodes travaillées ou de maladie ne sont pas valorisées dans le calcul des droits à congés payés acquis. En effet, les périodes qui ne sont pas un multiple exact de 24 ne génèrent pas de droit à CP.

De plus, elle peut entraîner des « anomalies » dues à des effets de seuil causés par l'application répétée du nombre 24. Lorsque le nombre de jours de ma-

ladie ou de travail est un multiple exact de 24, cela crée des distorsions par rapport aux périodes où le chiffre 24 n'est pas répété de manière identique. En conséquence, certains droits à congés payés ne sont pas valorisés.

Exemple

Sur l'ensemble d'une période d'acquisition, un salarié est malade 144 jours et travaille 169 jours. Son droit à congés payés est le suivant :

CP maladie = $144 / 24 \text{ JO} = 6$ groupes de 24 JO = 6 groupes complets $\times 2$ jours de CP = 12 CP ;

CP travail = $169 / 24 \text{ JO} = 7,04$ groupes de 24 JO = 7 groupes complets $\times 2,5$ jours de CP = 17,5 CP.

Au total, le salarié bénéficie de 29,5 jours de congés payés, arrondis à 30 jours.

Ainsi, un salarié malade pendant 144 jours bénéficie d'un droit à congés payés supérieur à un salarié malade pendant 50 jours, ce qui peut sembler injuste et difficile à expliquer aux salariés et représentants du personnel.

La méthode par groupes entiers de 24 jours ouvrables ne permet pas une dégressivité des droits à congés payés proportionnelle à la durée de l'absence pour maladie et ou des périodes travaillées.

Or, l'article L. 3141-6 du Code du travail pose le principe que « l'absence du salarié ne peut avoir pour effet d'entraîner une réduction de ses droits à congé plus que proportionnelle à la durée de cette absence ».

Dès lors, il semblerait plus juste et équitable d'appliquer la règle d'équivalence en tenant compte de groupes de 24 jours ouvrables en retenant les fractions de jours résiduelles.

Exemple

Sur l'ensemble d'une période d'acquisition, un salarié est malade 156 jours et travaille 155 jours. Son droit à congés payés est calculé comme suit :

- CP maladie = $156 / 24 \text{ JO} = 6,5$ groupes de 24 JO = 6,5 groupes $\times 2$ jours de CP = 13 CP ;
- CP travail = $155 / 24 \text{ JO} = 6,45$ groupes de 24 JO = 6,45 groupes $\times 2,5$ jours de CP = 16,125 CP.

Au total, en appliquant l'arrondi à l'année et sur l'ensemble des masses, une fois additionnées, le salarié bénéficie de 29,125 jours de congés payés arrondis à 30 jours.

⁽²⁶⁾ C. trav., art. L. 3141-7.

⁽²⁷⁾ Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-27.319.

⁽²⁸⁾ Voir M. Hautefort, « Congés payés : l'essentiel à savoir sur la réforme de 2024 », Les Cahiers du DRH n° 320, juin 2024.



L'application de la règle d'équivalence et de l'arrondi conduisent, maintenant que les périodes de maladie génèrent un droit à congés payés, à faire en sorte qu'un salarié malade, même la moitié de l'année, puisse bénéficier d'un droit à congés payés complet.

CONGÉS SUPPLÉMENTAIRES POUR LES PARENTS ET LES JEUNES TRAVAILLEURS

La loi instaure un congé supplémentaire pour les jeunes travailleurs ayant des enfants à charge.

Ainsi, les salariés de moins de 21 ans au 30 avril de l'année précédente, bénéficient de deux jours de congé supplémentaire par enfant à charge. Ce congé est réduit à un jour si le congé légal n'excède pas six jours ⁽²⁹⁾.

Pour les salariés de 21 ans et plus, la loi accorde également deux jours de congé supplémentaire par enfant à charge, dès lors que ceux-ci ne bénéficient pas d'un congé complet, sans que l'attribution de ces jours supplémentaires ne puisse excéder la durée maximale du congé annuel de 30 jours ouvrables ⁽³⁰⁾.

Selon ce même texte, « *est réputé enfant à charge l'enfant qui vit au foyer et est âgé de moins de quinze ans au 30 avril de l'année en cours et tout enfant sans condition d'âge dès lors qu'il vit au foyer et qu'il est en situation de handicap* ».

Un accord collectif peut « *majorer la durée du congé en raison de l'âge, de l'ancienneté ou du handicap* » ⁽³¹⁾. Si tel est le cas, le régime le plus favorable s'applique au salarié.

Ainsi, un salarié de la SNCF, bénéficiant de 26,5 jours ouvrés de congés payés (pour un congé complet fixé conventionnellement à 28 jours ouvrés), ne peut pas réclamer le bénéfice de congés payés supplémentaires pour enfant à charge, dans la mesure où le droit à congé dont il dispose conventionnellement excède le nombre de 30 jours ouvrables ⁽³²⁾.

Signalons enfin que les jeunes travailleurs et apprentis âgés de moins de 21 ans au 30 avril de l'année précédente peuvent demander, quelle que soit leur ancienneté dans l'entreprise, à bénéficier d'un congé de 30 jours ouvrables, même s'ils n'ont pas acquis la totalité de ces jours ⁽³³⁾.

Il ne s'agit toutefois pas d'un droit à congés payés, mais d'un congé non rémunéré, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle plus favorable. ♦

⁽²⁹⁾ C. trav., art. L. 3141-8, al. 1.

⁽³⁰⁾ C. trav., art. L. 3141-8, al. 2.

⁽³¹⁾ C. trav., art. L. 3141-10.

⁽³²⁾ Cass. soc., 15 mars 2023, n° 20-20.995.

⁽³³⁾ C. trav., art. L. 3164-9.



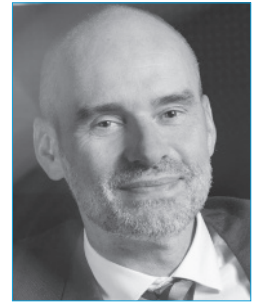
Décompte, prise et fractionnement



Emmanuel ANDREO
Avocat associé



Mathilde LATRACE
Avocate



Joël MISSLIN
Avocat associé

Schémas réalisés par
Eva SAVAREUX

DÉCOMPTE

Les congés payés sont légalement décomptés en jours ouvrables : tel est le principe posé par l'article L. 3141-3 du Code du travail. Toutefois, des entreprises privilégient le décompte en jours ouvrés, qui n'est pas prévu par la loi, mais admis en jurisprudence, sous réserve de ne pas léser le salarié ⁽¹⁾.

Contrairement à une opinion reçue, cette dernière modalité n'est pas la plus commode pour appréhender toutes les situations. Elle complexifie inutilement le décompte (deux, voire trois chiffres après la virgule, amplifié par la récente réforme), avec des sources d'erreurs pour certains aménagements

Probablement le sujet casse-tête des DRH, la prise des congés payés nécessite de composer avec les souhaits des salariés et les impératifs de fonctionnement de l'entreprise. Entre les croyances populaires (la règle inexistante des « cinq samedis »), le possible décompte en jours ouvrés, les jours de fractionnement et les critères à retenir pour l'ordre des départs, il faut s'assurer de contenter chaque collaborateur.

du temps de travail. Le décompte en jours ouvrables reste à privilégier.

Jours ouvrables et ouvrés : quelle différence ?

Sont **ouvrables** tous les jours calendaires de la semaine civile, hormis le jour de repos hebdomadaire (généralement le dimanche) ⁽²⁾, le 1^{er} mai ⁽³⁾, et les jours fériés chômés (ceux habituellement travaillés restent des jours ouvrables). En conséquence, une semaine com-

porte six jours ouvrables (avec le samedi, le lundi ou un autre jour non travaillé de la semaine), même si l'horaire de travail est réparti sur cinq jours (voire quatre) au sein de l'entreprise.

(1) Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-43.655.

(2) C. trav., art. L. 3132-3.

(3) C. trav., art. L. 3133-4.



Règles générales

Sont **ouvrés** les jours normalement travaillés dans l'entreprise ou pendant lesquels les salariés peuvent être amenés à travailler. Ainsi, pour une répartition de l'horaire de travail du lundi au vendredi dans une entreprise (cas le plus fréquent), une semaine compte cinq jours ouvrés (même si, compte tenu de son horaire particulier, le salarié n'en travaille que quatre régulièrement).

Rapportés à la période annuelle de référence, 30 jours ouvrables de congés payés correspondent à 25 jours ouvrés, soit une semaine à cinq jours ouvrés équivalant à six jours ouvrables.

Dans des cas complexes, l'entreprise a intérêt à décompter selon le principe des jours ouvrables, puis à convertir le résultat en jours ouvrés, selon cette règle de trois.

Comparaison des deux méthodes

Si la durée des congés se calcule en principe en jours ouvrables, l'entreprise a la faculté de procéder à ce calcul en jours ouvrés si les droits qui en résultent sont au moins égaux à ceux définis par la

loi ⁽⁴⁾. La comparaison entre les deux calculs s'effectue sur la totalité de la durée annuelle du congé, et non à chaque prise fractionnée en cours d'année ⁽⁵⁾.

C'est en fin de période annuelle de prise que l'entreprise vérifie si le salarié a bénéficié globalement de droits en jours ouvrés au moins égaux à ceux en jours ouvrables.

Quel point de départ pour décompter les congés payés ?

En jours ouvrables, le premier jour ouvrable de congé est celui où le salarié aurait dû travailler s'il n'était pas parti, peu importe la répartition de l'horaire de travail dans la semaine au sein de l'entreprise ou le fractionnement du congé ⁽⁶⁾.

Exemple

Si un salarié travaille habituellement du mardi au samedi, et pose une semaine de congés à compter du samedi soir, le premier jour ouvrable à décompter comme point de départ sera le mardi (et non pas le lundi).

	dimanche N	lundi N+1	mardi N+1	mercredi N+1	jeudi N+1	vendredi N+1	samedi N+1	dimanche N+1	lundi N+2	mardi N+2
Sem. de travail	repos heb.	j. non travaillé	Semaine de travail habituel					repos heb.	j. non travaillé	
Sem. avec congé	repos heb.	j. non travaillé	CP	CP	CP	CP	CP	repos heb.	CP	

En jours ouvrés, la règle est identique : le premier jour ouvré de congé reste celui que le salarié aurait dû normalement travailler.

Quel point d'arrivée pour décompter les congés payés ?

En jours ouvrables, sont décomptés tous les jours ouvrables (même ceux habituellement non travaillés

dans l'entreprise) du point de départ jusqu'au jour du retour du salarié de congé ⁽⁷⁾.

Ainsi, le samedi – souvent non travaillé dans les entreprises – compte comme jour ouvrable de congé, raison pour laquelle une semaine de congés vaut six jours ouvrables (sans jour férié chômé).

	samedi N	dimanche N	lundi N+1	mardi N+1	mercredi N+1	jeudi N+1	vendredi N+1	samedi N+1	dimanche N+1	lundi N+2
Sem. de travail	j. non travaillé	repos heb.	Semaine de travail habituel					j. non travaillé	repos heb.	
Sem. avec congé	j. non travaillé	repos heb.	CP	CP	CP	CP	CP	CP	repos heb.	

⁽⁴⁾ Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-43.655, précité.

⁽⁵⁾ Cass. soc., 30 oct. 1997, n° 95-41.947.

⁽⁶⁾ Cass. crim., 31 mars 1960, n° 59-94.109 ; Cass. soc., 2 mars 1989, n° 86-44.120.

⁽⁷⁾ Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-43.515.



En jours ouvrés, le même raisonnement par analogie s'applique, sauf qu'une semaine de congés équivaut à cinq jours ouvrés.

Il est parfois recommandé de décompter en jours ouvrables, puis de convertir en jours ouvrés, afin d'éviter toute erreur dans le calcul, car des aménagements du temps de travail se prêtent moins que d'autres au décompte en jours ouvrés.

Cas des salariés à temps partiel

En vertu du principe d'égalité de traitement ⁽⁸⁾, les salariés à temps partiel bénéficient du même décompte en jours ouvrables que les salariés à temps complet ⁽⁹⁾. L'existence de jours (ou demi-journées)

non travaillés est sans incidence, de même que le nombre d'heures de travail par semaine (ou par mois). Le salarié à temps partiel ne peut pas prétendre imputer ses jours de congés payés sur les seuls jours travaillés par lui.

Ainsi, un salarié à mi-temps (17 h 30 hebdomadaires), travaillant trois jours par semaine, a droit à 30 jours ouvrables (et non pas 15) de congés payés.

De même, lorsqu'il pose une semaine de congés, sont décomptés six jours ouvrables (et non pas trois). La règle est inchangée : le point de départ est le premier jour ouvrable que le salarié aurait dû travailler s'il n'était pas parti en congé. Sont décomptés tous les jours ouvrables jusqu'à la reprise de travail du salarié.

	samedi N	dimanche N	lundi N+1	mardi N+1	mercredi N+1	jeudi N+1	vendredi N+1	samedi N+1	dimanche N+1	lundi N+2
Sem. de travail	j. non travaillé	repos heb.	j. travaillé	j. non travaillé	j. travaillé	j. travaillé	j. non travaillé	j. non travaillé	repos heb.	
Sem. avec congé	j. non travaillé	repos heb.	CP	CP	CP	CP	CP	CP	CP	repos heb.

Ainsi, un salarié travaillant 7 heures (une journée) par semaine se verra décompter 6 jours ouvrables s'il pose cette journée en congé.

	samedi N	dimanche N	lundi N+1	mardi N+1	mercredi N+1	jeudi N+1	vendredi N+1	samedi N+1	dimanche N+1	lundi N+2
Sem. de travail	j. travaillé	repos heb.	j. non travaillé	j. non travaillé	j. non travaillé	j. non travaillé	j. non travaillé	j. travaillé	repos heb.	
Sem. avec congé	CP	repos heb.	CP	CP	CP	CP	CP	j. travaillé	repos heb.	

En jours ouvrés, le décompte concerne tous les jours habituellement ouvrés dans l'entreprise, et non pas les seuls jours travaillés par le salarié à temps partiel s'il avait été présent ⁽¹⁰⁾. Sinon, cela reviendrait à différencier les droits de chaque salarié à temps partiel en fonction de la répartition de ses heures de travail entre les jours de la semaine (ou les jours de travail dans le mois), créant une distorsion avec les salariés à temps complet et entre salariés à temps partiel.

Cas des jours de congés conventionnels supplémentaires accordés en jours ouvrés ⁽¹¹⁾

Une particularité existe en cas d'accord collectif octroyant de tels jours (par exemple pour ancien-

neté). La jurisprudence considère qu'ils doivent s'imputer sur les jours normalement travaillés par le salarié à temps partiel, à savoir ses jours de travail effectif, ce qui lui est plus favorable, mais reste inégalitaire.

Cas des salariés postés travaillant en continu ou semi-continu

Pour ces salariés, sont jugés comme jours ouvrables, pour le décompte des congés payés, tous les jours de l'année à l'exception des 52 jours de repos hebdomadaire et des 11 jours correspondant à l'ensemble des jours fériés légaux ⁽¹²⁾.

Cette solution est justifiée par la situation particulière des salariés postés en service continu (ou semi-continu) qui, du fait de leur aménagement du temps de

(8) Prévu par l'article L. 3123-11 du Code du travail.

(9) Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-42.566.

(10) Cass. soc., 12 mai 2015, n° 14-10.509.

(11) Cass. soc., 17 mars 1999, n° 96-45.167.

(12) Cass. soc., 21 mai 2008, n° 06-45.600 ; Cass. soc., 15 avr. 2015, n° 15-40.003 QPC.



travail sous forme de cycles, ne se trouvent pas dans la même situation que les salariés non postés.

Pour ce type de personnel, il est recommandé de décompter les jours de congés en jours ouvrables, quitte à les convertir ensuite en jours ouvrés, afin d'éviter toute erreur.

Incidence des jours de repos de modulation et jours de RTT

Les anciens jours de réduction du temps de travail (JRTT), appréciés sur une période de quatre semaines ou à l'année, étaient la contrepartie d'heures de travail effectif accomplies entre la 35^e et la 39^e heure chaque semaine : les journées (ou demi) journées de repos réduisaient la durée moyenne hebdomadaire du travail à hauteur de 35 heures sans heures supplémentaires. Les jours de RTT acquis se cumulent ainsi avec les jours de congés payés, desquels ils ne peuvent pas être décomptés.

En revanche, les jours de repos de modulation n'ont ni le même objet, ni la même nature, ni la même finalité, ni le même régime : ils ne correspondent pas à du temps de travail effectif, mais visent à répartir des heures de travail au sein d'une période don-

née (par exemple en modulation annuelle). Ils sont donc décomptés des congés payés comme jours ouvrables.

Incidence de la présence d'un jour férié pendant la période de congés

Il a été jugé depuis longtemps qu'un salarié n'est pas fondé à réclamer un jour de congé supplémentaire (ou son indemnisation) en cas de prise de congé pendant une période comprenant un jour de pont, ce dernier restant un jour ouvrable, même s'il n'est pas travaillé dans l'entreprise ⁽¹³⁾. Ce jour de pont doit être décompté comme tout autre jour ouvrable normalement travaillé si le salarié n'était pas parti.

Ainsi, si l'entreprise décide de fermer et faire le pont le vendredi 9 mai, le salarié ne travaillera ni le jour férié ni le jour suivant, et reprendra son travail le lundi.

Et si l'intéressé décide de poser des congés payés le lendemain du jour férié, ce jour sera décompté comme un jour de congé quand bien même l'entreprise est fermée. En effet, le jour de pont est un jour ouvrable. Dans l'exemple ci-dessous, deux jours ouvrables seront donc décomptés.

Cas n°1 : l'entreprise ferme le vendredi 09/05 pour faire le pont

	samedi 3/05	dimanche 4/05	lundi 5/05	mardi 6/05	mercredi 7/05	jeudi 8/05	vendredi 9/05	samedi 10/05	dimanche 11/05	lundi 12/05
						jour férié				
Sem. de travail	j. non travaillé	repos heb.	j. travaillé	j. travaillé	j. travaillé	j. férié chômé	j. de pont	j. non travaillé	repos heb.	
Sem. avec congé	j. non travaillé	repos heb.	j. travaillé	j. travaillé	j. travaillé	j. férié chômé	CP	CP	repos heb.	

Cas n°2 : l'entreprise ne fait pas le pont le 09/05 et reste ouverte

	samedi 3/05	dimanche 4/05	lundi 5/05	mardi 6/05	mercredi 7/05	jeudi 8/05	vendredi 9/05	samedi 10/05	dimanche 11/05	lundi 12/05
						jour férié				
Sem. de travail	j. non travaillé	repos heb.	j. travaillé	j. travaillé	j. travaillé	j. férié chômé	j. travaillé	j. non travaillé	repos heb.	
Sem. avec congé	j. non travaillé	repos heb.	j. travaillé	j. travaillé	j. travaillé	j. férié chômé	CP	CP	repos heb.	

(13) Cass. soc., 3 déc. 1980, n° 79-41.051.



À l'exception du 1^{er} mai, les jours fériés ne sont pas légalement obligatoirement chômés (hormis en Alsace-Moselle selon le droit local). Ce sont les stipulations conventionnelles, usages ou engagements unilatéraux qui prévoient souvent ce chômage en tout ou partie ⁽¹⁴⁾.

Si le jour férié n'est pas chômé collectivement, il reste un jour ouvrable comme un autre : il est décompté comme jour de congé.

S'il est chômé collectivement, cela prolonge d'une journée la durée du congé, ou cela réduit d'autant le décompte des congés pendant la période ⁽¹⁵⁾.

jour férié chômé = jour ouvrable



le jour n'est pas décompté des CP

jour férié non chômé = jour ouvrable



le jour est décompté des CP

Exemple

Un salarié compte poser 6 jours ouvrables de congés la semaine débutant le 12 août 2024. Compte tenu de la présence du jour férié (chômé dans l'entreprise) du jeudi 15 août, le salarié reprendra son travail le mardi 20 et non pas le lundi 19 août (*option 1 du schéma ci-dessous*). Ou, s'il reprend le lundi 19 août, ne lui seront déduits que 5 jours ouvrables au lieu de 6 (*option 2 du schéma ci-dessous*). Dans les deux hypothèses, il gagne un jour ouvrable de congé.

	lundi 12/08	mardi 13/08	mercredi 14/08	jeudi 15/08 <small>jour férié</small>	vendredi 16/08	samedi 17/08	dimanche 18/08	lundi 19/08	mardi 20/08	mercredi 21/08
Sem. de travail	j. travaillé	j. travaillé	j. travaillé	j. férié chômé	j. travaillé	j. non travaillé	repos heb.	j. travaillé	j. travaillé	
Sem. avec congé option n°1	CP	CP	CP	j. férié chômé	CP	CP	repos heb.	CP	j. travaillé	→ 6 jours de CP
Sem. avec congé option n°2	CP	CP	CP	j. férié chômé	CP	CP	repos heb.	j. travaillé	j. travaillé	→ 5 jours de CP

En jours ouvrés, si le jour férié chômé coïncide avec un jour ouvré de l'entreprise, il n'est pas comptabilisé et permet au salarié de prolonger sa durée de congé d'un jour (ou de voir réduire d'un jour le débit de son compteur). Si ce même jour férié est non chômé, donc travaillé dans l'entreprise, il est compté comme un jour ouvré normal et débité comme tel.

En revanche, si ce jour férié tombe un jour non ouvré (par exemple le samedi) dans l'entreprise, la règle se distingue. Le salarié a droit à un jour ouvré de congé supplémentaire à son crédit par comparai

son avec la conversion du décompte légal en jours ouvrables ⁽¹⁶⁾. En effet, dans cette hypothèse, le salarié se voit imputer seulement cinq jours ouvrables (au lieu de six) de congés pour une semaine civile prise (il gagne donc un jour). Le décompte en jours ouvrés ne pouvant pas être défavorable au salarié, le jour férié tombant le samedi habituellement non travaillé dans l'entreprise conduit à lui octroyer également un jour de plus : cinq jours ouvrés de congé seront débités de son compteur, mais un jour de plus lui sera crédité (soit un différentiel de quatre jours au global).

jour férié chômé = jour ouvré



le jour n'est pas décompté des CP

jour férié chômé = jour non ouvré (ex : samedi)



1 jour de CP supplémentaire crédité

⁽¹⁴⁾ C. trav., art. L. 3133-3-1.

⁽¹⁵⁾ Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-45.485.

⁽¹⁶⁾ Cass. soc., 7 janv. 1988, n° 85-42.353 ; Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 88-43.536.



Est-il possible de décompter les congés en demi-journées ou en heures ?

Le décompte a lieu en principe en jour entier, sachant que le Code du travail n'envisage pas un fractionnement par demi-journée. La jurisprudence semble néanmoins admettre cette faculté en présence d'une stipulation conventionnelle ou d'un usage en ce sens ⁽¹⁷⁾.

Remarque de la rédaction

La question posée à la Cour de cassation dans cet arrêt relativement ancien ne portait pas réellement sur la validité du décompte en demi-journées, mais sur la prévalence de l'accord collectif par rapport à un usage précédent. Tout ce que l'on peut en dire, c'est que la cour n'a pas relevé d'office l'illégalité du contenu de l'accord, ce qui pourrait être très indirectement considéré comme une validation du procédé.

Mais on ne saurait passer sous silence un arrêt infiniment plus récent qui semble bannir le décompte en demi-journées ⁽¹⁸⁾. Là encore, la condamnation est indirecte : une salariée s'était plainte du fractionnement en demi-journées d'une partie de ses congés et la cour d'appel avait rejeté sa demande de dommages-intérêts, faute pour elle de n'avoir pu produire que ses bulletins de paie à l'appui de sa revendication. L'arrêt est cassé pour méconnaissance des règles relatives à la preuve, mais la légitimité de la demande de la salariée ne paraît pas faire de doute.

Également, compte tenu de l'adage « *l'exception confirme la règle* », on peut citer un arrêt pris dans le cadre d'une organisation du travail par cycle où, en vue de ne pas léser les ouvriers, la Cour admet, à titre exceptionnel, la possibilité de décompter 1,14 jours de congé par jour de congé pris, le travail étant organisé à raison d'une semaine de 4,75 jours suivie d'une semaine de 4 jours ⁽¹⁹⁾, dès lors que ce mode de calcul était plus favorable que les dispositions légales et conventionnelles en vigueur.

En revanche est condamnée la pratique d'un décompte en heures ⁽²⁰⁾ : l'étendue des droits d'un salarié en matière de congés payés ne peut pas être appréciée en équivalence d'heures de travail, car

substituer un décompte horaire des congés payés au décompte en jours ouvrables est contraire au Code du travail.

FIXATION DE LA PÉRIODE DE PRISE ET ORDRE DES DÉPARTS

La prise effective des congés payés légaux permet de satisfaire à une double finalité, d'ordre public :

- le droit au repos du salarié ;
- son droit aux loisirs.

C'est la raison pour laquelle il ne peut être substitué le versement d'une indemnité de congé payé ou un report (en dehors des exceptions légales ou conventionnelles) à la prise des congés payés, sauf en cas de rupture du contrat de travail ⁽²¹⁾.

L'employeur a en conséquence l'obligation de « *prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement* » ⁽²²⁾.

La Cour de cassation applique la même règle de preuve aux congés conventionnels ⁽²³⁾.

De nombreuses entreprises accordent une relative liberté aux salariés pour la prise de leur congé, fondée sur le consensualisme : les salariés posent leurs dates de congés au moyen de formulaires préétablis, l'absence de refus valant acceptation. Cette pratique peut cependant conduire à certaines dérives, comme l'octroi de jours de congés payés supplémentaires par fractionnement, l'institution d'un usage consistant à accorder une prime à celui qui pose en premier sa demande de congé au mépris des règles en matière d'ordre des départs, la désorganisation de l'entreprise.

Il est dès lors essentiel pour l'employeur de maîtriser les règles applicables en matière de période de prise des congés payés et d'ordre des départs.

En matière de prise de congés payés, tout comme de détermination de l'ordre des départs, la loi laisse une large place à la négociation collective.

⁽¹⁷⁾ Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 95-40.932.

⁽¹⁸⁾ Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 21-25.408.

⁽¹⁹⁾ Cass. soc., 11 mai 2016, n° 15-10.252.

⁽²⁰⁾ Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-45.485.

⁽²¹⁾ C. trav., art. L. 3141-28.

⁽²²⁾ Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-10.529.

⁽²³⁾ Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-18.898.



Période de prise

La période au cours de laquelle les salariés sont autorisés à prendre leur congé est déterminée par accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par accord ou convention de branche.

La détermination de la période de prise des congés payés relève des sujets de négociation collective pour lesquels s'applique le principe de primauté de l'accord d'entreprise ou d'établissement, auquel est assimilé l'accord de groupe, par rapport à la convention collective ⁽²⁴⁾.

À défaut d'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou de convention de branche, l'employeur fixe unilatéralement, après consultation du comité social et économique, la période de prise de congés payés.

Il est d'autant plus important de formaliser dans l'entreprise la période de prise des congés payés que l'employeur doit, à chaque retour d'un salarié absent pour cause de maladie, l'informer sur la date butoir de prise des congés qui n'ont pas pu être pris. Le report de 15 mois ne s'appliquera que si le salarié est dans l'impossibilité de prendre un congé pendant la période de prise. Encore faut-il que cette période de prise ait été définie.

En application des dispositions d'ordre public, les congés sont pris dans une période qui comprend dans tous les cas la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année. Cette période de prise de congés payés concerne les 24 jours ouvrables (soit les quatre semaines) de congés payés acquises au cours de la période de référence dite d'acquisition, laquelle couvre le 1^{er} juin de l'année N-1 au 31 mai de l'année en cours, en l'absence de dispositions conventionnelles prévoyant une autre période.

La cinquième semaine de congés payés peut être prise librement en dehors de la période de prise du congé principal.

Les congés peuvent être pris dès l'embauche du salarié, au fur et à mesure de l'acquisition des congés payés, sans attendre la période de prise des congés, déterminée conventionnellement ou, à défaut, par décision unilatérale, après consultation du CSE, à la condition de recueillir l'accord de l'employeur pour chaque prise de congé payé.

La prise du congé principal doit être à minima de douze jours ouvrables continus, ou 10 jours ouvrés, pendant la période de prise du congé principal et, sauf exception, la durée du congé pouvant être pris en une seule fois ne peut excéder 24 jours ouvrables.

Concrètement, les entreprises sont amenées à fixer une période pour la prise du congé principal dont la durée légale est au plus égale à 24 jours ouvrables (ou 20 jours ouvrés) et une autre période concernant la prise de la cinquième semaine de congés payés.

Exemple

Période de prise du congé principal : du 1^{er} mai au 31 octobre.

Période de prise de la cinquième semaine de congé payé : du 1^{er} novembre au 30 avril de l'année N+1.

L'option de fixer une période unique de prise du congé principal et de prise des congés payés allant, par exemple, du 1^{er} mai au 30 avril de l'année N+1 présente l'intérêt de favoriser l'étalement de la prise des congés payés, mais également d'écarter l'application des règles de fractionnement du congé principal conduisant à l'octroi de congés payés supplémentaires.

Il est également possible de prévoir une période de prise des congés payés inférieure ou supérieure à 12 mois (la convention collective des bureaux d'études techniques prévoit une période de prise sur treize mois).

En cas d'aménagement conventionnel sur 12 mois du temps de travail, il peut être opportun de faire coïncider la période de prise des congés payés avec la période d'annualisation.

Cet alignement de la période de prise des congés avec la période d'annualisation, correspondant par exemple à l'année civile, permet ainsi d'éviter le chevauchement sur deux années civiles de la période de prise des congés (du 1^{er} mai de l'année N au 30 avril de l'année N+1) ⁽²⁵⁾.

Cette situation peut conduire le salarié à s'absenter moins de 30 jours ouvrables pour congés payés au cours de l'année N et, en revanche, d'en prendre

(24) C. trav., art. L. 2253-3.

(25) Sur cette question, voir M. Hautefort, « Faire coïncider la période des congés payés avec celle de l'annualisation du temps de travail », Les Cahiers du DRH n° 311, sept. 2023.



plus pendant l'année N+1, en cas de report du solde induit sur la période du 1^{er} janvier au 30 avril.

Dans la mesure où le seuil annuel de déclenchement des heures supplémentaires de 1 607 heures est déterminé sur la base de 30 jours ouvrables de congés payés pris au cours de la période d'annualisation, la situation envisagée ci-dessus conduit donc à dépasser ce seuil au cours de l'année N sans l'atteindre l'année suivante.

Sauf dispositions conventionnelles autorisant le report de la prise des congés sur l'année suivante ⁽²⁶⁾, le dépassement du plafond de 1 607 heures, résultant d'une prise de congés insuffisante et constaté en année N, doit être traité en heures supplémentaires ⁽²⁷⁾. En revanche, l'insuffisance du nombre d'heures travaillées en année N+1 n'entraîne aucune diminution de rémunération, car le delta est alors compensé par l'indemnisation des congés reportés.

L'employeur peut avoir intérêt, par accord collectif d'entreprise, à intégrer dans la période de prise des congés payés les congés supplémentaires de nature conventionnelle, afin qu'ils soient traités de la même manière.

Il peut également lui être opportun de fixer, par accord collectif ou, à défaut, unilatéralement, la date limite au-delà de laquelle les congés non pris seront perdus, en l'assortissant d'une procédure d'information du salarié sur le nombre de jours de congés payés lui restant à prendre, avant la fin de la période de prise des congés payés restants.

De nombreuses conventions collectives de branche étendues fixent la période de référence à compter du 1^{er} juin de l'année jusqu'au 31 mai de l'année suivante. Les entreprises qui souhaitent modifier cette période de référence doivent donc passer par un accord collectif d'entreprise.

Comment informer les salariés des dates des congés payés ?

La fixation de la période de prise du congé payé principal de 24 jours ouvrables, ou de 20 jours ouvrés, doit se faire au moins deux mois avant son ouverture ⁽²⁸⁾. Il s'agit d'une règle d'ordre public.

Ainsi, l'information devra se faire au plus tard le 28 ou 29 février pour une période de prise des congés

payés portant sur la période du 1^{er} mai au 31 octobre.

Si la période de prise des congés payés a été calée sur l'année civile dans le cadre d'un aménagement de la durée du travail, l'information sera alors faite au plus tard le 31 octobre de l'année précédente.

Les salariés ne peuvent pas être contraints de prendre leur congé principal en dehors de cette période légale du 1^{er} mai au 31 octobre ou d'une autre période définie conventionnellement. À l'inverse, ils ne sont pas libres de poser leurs congés payés comme ils l'entendent à l'intérieur de cette période. Il revient à l'employeur de déterminer les dates de départ en congé.

Comment fixer l'ordre des départs ?

Une fois déterminée la période de prise des congés payés, il faut déterminer, à l'intérieur de celle-ci, l'ordre des départs des salariés.

Ce dernier, à l'instar de la période de prise des congés payés, est fixé prioritairement par accord d'entreprise ou d'établissement ou, par défaut, par convention ou accord de branche.

En l'absence de disposition conventionnelle, l'employeur définit, après avis du comité social et économique, l'ordre des départs en tenant compte des critères suivants :

- la situation de famille des bénéficiaires, notamment les possibilités de congé, dans le secteur privé ou la fonction publique, du conjoint ou du partenaire lié par un Pacs, ainsi que la présence au sein du foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne âgée en perte d'autonomie ;
- la durée de service chez l'employeur ;
- leur activité chez un ou plusieurs autres employeurs ⁽²⁹⁾.

La loi ne prévoit pas d'ordre de priorité dans la prise en compte des différents critères. Des critères de départage peuvent être définis avec des facteurs de pondération.

La liste des critères légaux n'est pas limitative. D'autres critères peuvent être pris en compte, comme par exemple les dates de départ accordées

⁽²⁶⁾ C. trav., art. L. 3141-22.

⁽²⁷⁾ Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 11-17.644.

⁽²⁸⁾ C. trav., art. R. 3141-5.

⁽²⁹⁾ C. trav., art. L. 3141-16.



les années précédentes ou le retour au pays pour des salariés d'origine étrangère ou des DOM-TOM.

En tout état de cause, il ne peut pas être dérogé à la règle d'ordre public selon laquelle les conjoints et partenaires liés par un Pacs travaillant dans une même entreprise ont droit à un congé simultané ⁽³⁰⁾.

Autre règle d'ordre public, l'ordre des départs est communiqué par tout moyen aux salariés au moins un mois avant leur départ ⁽³¹⁾. Il s'agit d'une information individuelle, de sorte qu'un simple affichage ne suffit pas.

MODALITÉS PRATIQUES DES DÉPARTS EN CONGÉS

Les salariés n'ont pas le libre choix de poser leurs congés payés quand ils le souhaitent. La détermination des dates de congé constitue une prérogative de l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction.

Sauf dispositions conventionnelles en disposant différemment, et sous réserve de respecter les règles de fractionnement et la période minimale de deux semaines entre le 1^{er} mai et le 31 octobre, l'employeur est libre de fixer les dates de congés payés comme bon lui semble, même pour les salariés dont le temps de travail est, par exemple, modulé. Ils pourront ainsi être amenés à prendre leur congé sur les périodes de basse activité.

Il peut ainsi mettre en œuvre des congés par roulement ou un congé pris simultanément pendant les périodes de fermeture l'établissement, sous réserve de respecter les dispositions d'ordre public précitées.

Le fait que le salarié ait un droit à congé ne l'autorise pas à prendre ce dernier sans avoir obtenu l'accord exprès ou implicite de son employeur ou de sa hiérarchie, et ce quand bien même il aurait exprimé son désaccord sur les dates retenues par ces derniers ⁽³²⁾ ou dans le cadre de la prise de congés payés par anticipation ⁽³³⁾. Le non-respect par le salarié de ses dates de congé constituera une faute plus ou moins grave selon les circonstances de l'espèce : désorganisation du service, caractère délibéré ou non de comportement du salarié.

Aperçu pratique : attention, si le salarié n'a pas le choix des dates de congés, c'est à la condition que l'employeur ne soit pas défaillant dans les obligations qui lui incombent (*développements ci-avant*).

Ainsi, un employeur ne peut pas reprocher au salarié d'être parti sans autorisation, dès lors que les demandes de ce dernier étaient restées sans réponses ⁽³⁴⁾ et qu'il avait pu penser, de bonne foi, que sa demande était acceptée ⁽³⁵⁾. Une position dont les conséquences sont excessives en pratique ressort d'une décision de 2022 où il a été jugé que l'absence de réponse de l'employeur à une demande de congés payés vaut acceptation ⁽³⁶⁾. Disposer d'un mécanisme de souhaits / réponses apparaît donc impératif.

Remarque de la rédaction

Si la défaillance de l'employeur l'empêche d'invoquer la faute grave, elle ne lui interdit pas forcément de licencier pour cause réelle et sérieuse : ainsi en a-t-il été jugé pour un salarié qui s'était octroyé un mois complet de vacances au mois d'août sans prévenir son employeur, en s'abritant derrière le fait que ce dernier n'avait pas respecté ses devoirs en matière d'information sur la période des congés payés et la communication des dates ⁽³⁷⁾.

En dehors de la période de prise de congés en cas de fermeture d'entreprise, il est recommandé d'organiser en amont une phase préalable au cours de laquelle les salariés expriment leurs souhaits de dates de prise de leur congé, à l'issue de laquelle l'employeur communiquera l'ordre des départs.

Si ce dernier souhaite modifier l'ordre et les dates de départ en congé, il ne peut pas le faire moins d'un mois avant la date de départ prévue, sauf circonstances exceptionnelles.

S'agissant d'une disposition supplétive, un autre délai peut être fixé, par accord collectif d'entreprise ou, à défaut, par convention de branche.

Il est également recommandé de définir conventionnellement les circonstances exceptionnelles susceptibles de réduire le délai de modification de l'ordre des départs en prévoyant, le cas échéant, des compensations au profit du salarié.

(30) C. trav., art. L. 3141-14.

(31) C. trav., art. D. 3141-6.

(32) Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01.44-941.

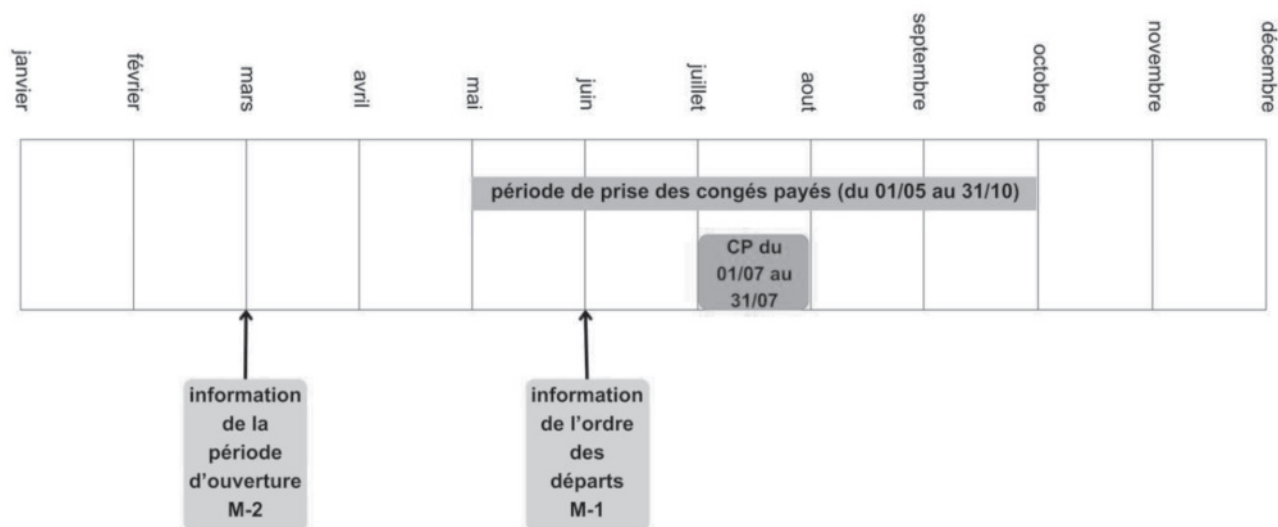
(33) C. trav., art. L. 3141-12.

(34) Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 98-42.540.

(35) Cass. soc., 14 nov. 2001, n° 99-43.454.

(36) Cass. soc., 6 avr. 2022, n° 20-22.055.

(37) Cass. soc., 16 déc. 2023, n° 22-17.890.



FRACTIONNEMENT

Origine

Le fractionnement des congés payés trouve sa genèse dans l'existence de deux blocs :

- le congé principal ou 24 jours ouvrables (ou de quatre semaines). Il peut être fractionné à condition que douze jours ouvrables compris entre deux jours de repos hebdomadaire soient pris entre le 1^{er} mai et le 31 octobre de chaque année, étant précisé que l'employeur reste « maître » des dates. Sauf accord entre les parties, le congé est donc de quatre semaines consécutives ;
- la cinquième semaine, qui ne doit pas être accolée aux quatre autres semaines ⁽³⁸⁾. Celle-ci peut être posée toute l'année, sauf dispositions conventionnelles contraires.

Le salarié peut, avec l'accord de l'employeur, poser cinq semaines consécutives s'il justifie de contraintes géographiques particulières, de la présence au sein du foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne en perte d'autonomie.

La liste semble limitative et il n'est pas encore envisagé l'hypothèse du salarié qui doit poser ses cinq semaines de congés payés après une longue absence pour accident du travail par exemple, ce qui devient plus prégnant aujourd'hui.

⁽³⁸⁾ C. trav., art. L. 3141-17.

En pratique, le fractionnement implique, pour DRH et salariés, la même conséquence : les jours de congés supplémentaires.

Acquisition de jours complémentaires

Principes

Dans la partie « *ordre public* » du Code du travail figure la première règle : celle de l'impossibilité de fractionner 24 jours ouvrables, ou en pratique, les troisième et quatrième semaines, sans l'accord du salarié ⁽³⁹⁾ :

« Lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables, il peut être fractionné avec l'accord du salarié. Cet accord n'est pas nécessaire lorsque le congé a lieu pendant la période de fermeture de l'établissement. »

Dans la partie « *Dispositions supplétives* » (qui sous-entendent donc qu'il n'existe pas de dispositions conventionnelles prévoyant d'autres règles), figure la seconde règle ⁽⁴⁰⁾, qui prévoit le nombre de jours qui peuvent être acquis :

« 2° Le fractionnement des congés au-delà du douzième jour est effectué dans les conditions suivantes :

a) Les jours restant dus en application du second alinéa de l'article L. 3141-19 peuvent être accordés en une ou plusieurs fois en dehors de la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année ;

⁽³⁹⁾ C. trav., art. L. 3141-17.

⁽⁴⁰⁾ C. trav., art. L. 3141-23.



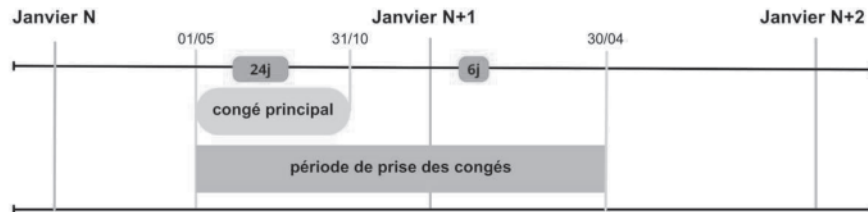
b) Deux jours ouvrables de congé supplémentaire sont attribués lorsque le nombre de jours de congé pris en dehors de cette période est au moins égal à six et un seul lorsque ce nombre est compris entre

trois et cinq jours. Les jours de congé principal dus au-delà de vingt-quatre jours ouvrables ne sont pas pris en compte pour l'ouverture du droit à ce supplément. »

Exemples d'acquisition des jours de congé supplémentaire pour fractionnement

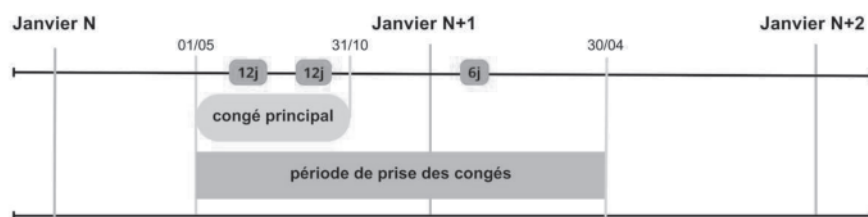
0 jour de congé supplémentaire

Hypothèse n°1 : 4 semaines de congé consécutives pendant le congé principal



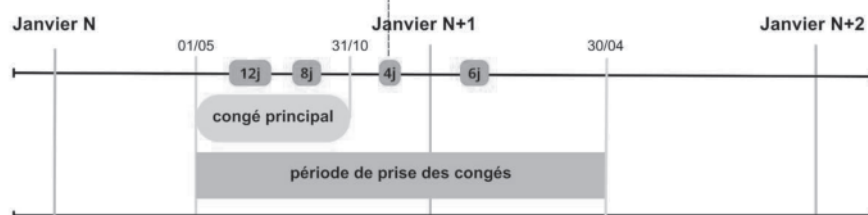
0 jour de congé supplémentaire

Hypothèse n°2 : 4 semaines de congé non consécutives pendant le congé principal



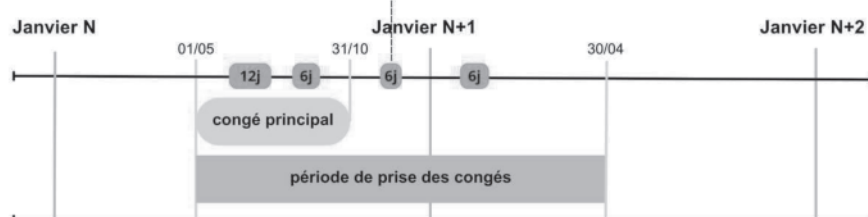
+ 1 jour ouvrable de congé supplémentaire

Hypothèse n°3 : congé compris entre 3 et 5 jours en dehors de la période du congé principal



+ 2 jours ouvrables de congé supplémentaire

Hypothèse n°4 : congé d'au moins 6 jours en dehors de la période du congé principal





Sanctions

La non-attribution des jours de congé supplémentaires expose à :

- un rappel de salaires/repos (juge des référés compétent) ;
- des dommages-intérêts ;
- une contravention de cinquième classe ⁽⁴¹⁾.

La charge de la preuve de leur attribution pèse sur l'employeur.

Exceptions au caractère obligatoire de l'octroi de jours complémentaires

La règle octroyant des jours supplémentaires pour fractionnement souffre deux exceptions.

Exception prévue par accord d'entreprise ou, à défaut, par convention de branche

Le Code du travail indique ⁽⁴²⁾ qu'« il peut être dérogé aux règles de fractionnement et de report des congés prévues à la présente sous-section selon les modalités définies aux paragraphes 2 et 3 ».

Un accord d'entreprise ou une convention collective peut ainsi prévoir :

- une autre période de prise des congés payés, limitant ainsi le déclenchement de jours supplémentaires ⁽⁴³⁾ ;
- d'autres règles d'attribution des jours de fractionnement ;
- d'autres contreparties : financières, abondement d'un CET ou d'un CPF ;
- renonciation pure et simple aux jours de fractionnement.

CLAUSES CONVENTIONNELLES – ILLUSTRATIONS

Exemple 1 : « La fraction continue d'au moins douze jours ouvrables est attribuée pendant la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année.

« Le fractionnement des congés au-delà du douzième jour est effectué dans les conditions suivantes :

- les jours restant dus en application du second alinéa de l'article L. 3141-19 du Code du travail peuvent

être accordés en une ou plusieurs fois en dehors de la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année ;

- aucun jour de congé supplémentaire n'est attribué lorsque des jours de congé sont pris en dehors de cette période. »

Exemple 2 : « Le fractionnement du congé principal en dehors de la période du 1^{er} mai au 31 octobre n'entraînera aucun jour de congé supplémentaire dû par l'entreprise pour fractionnement lorsque :

- le salarié souhaite prendre des congés payés librement ;
- l'entreprise est contrainte d'imposer une prise des congés payés aux salariés. »

Exception liée à l'application des dispositions supplétives

Elle vise la **renonciation individuelle, expresse et annuelle du salarié** ⁽⁴⁴⁾, laquelle n'est pas nécessaire en cas de fermeture de l'établissement.

EXEMPLE DE CLAUSE RECONNUE VALABLE PAR LA COUR DE CASSATION ⁽⁴⁵⁾

« La période de prise du congé principal (droits à congé hors cinquième semaine et congé d'ancienneté) s'étend du 1^{er} juin au 31 octobre. Durant cette période, il devra être pris obligatoirement quatre semaines de congés payés dont trois semaines consécutives. Pour toute demande de dérogation à cette règle, le salarié renonce aux congés de fractionnement. »

Exemple de formulaire pré-rédigé à faire remplir et signer par les salariés qui le souhaiteraient ⁽⁴⁶⁾ :

« Je soussigné(e), Madame (ou Monsieur) <>, demande à fractionner mon congé principal de 20 jours ouvrés, et à prendre <> jours de congé en dehors de la **période principale du 1^{er} mai au 31 octobre 2024**.

« Ce calendrier ayant été fixé à ma demande, je déclare renoncer à l'obtention des jours de congés supplémentaires pour fractionnement, en application de l'article L. 3141-23 du Code du travail » ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ C. trav., art. L. 3141-23.

⁽⁴⁵⁾ Cass., soc., 30 sept. 2014, n° 13-13.315.

⁽⁴⁶⁾ Cass. soc., 13 janv. 2016, n° 14-13.015 : ne sont pas suffisants une circulaire expliquant que le fractionnement à l'initiative du salarié n'ouvrira pas droit au congé pour fractionnement, et un logiciel qui impose aux salariés demandant un congé fractionné de cocher la « case de renoncement » aux jours de congés supplémentaires.

⁽⁴⁷⁾ À intégrer dans les logiciels de temps/SI RH (par exemple, via un système de coche/décoche).

⁽⁴¹⁾ C. trav., art. R. 3143-1.

⁽⁴²⁾ C. trav., art. L. 3141-20.

⁽⁴³⁾ C. trav., art. L. 3141-21.



Positionnement des jours supplémentaires

Tous les salariés, quelle que soit la nature de leur contrat ⁽⁴⁸⁾, leur ancienneté, que le fractionnement soit à leur initiative ou pas ⁽⁴⁹⁾, en cas de droit complet ou incomplet à congés payés, peuvent en bénéficier et donc en poser.

Avant qu'elle ne soit révisée, la CCN prévoyait ainsi que « *lorsque l'employeur exige qu'une partie des congés soit prise en dehors de la période du 1^{er} mai au 31 octobre, il sera attribué deux jours ouvrés de congé supplémentaires lorsque le nombre de jours ouvrés pris en dehors de cette période est au moins égal à 5 et un jour ouvré de congé supplémentaire lorsque ce nombre est égal à 3 ou 4* » ⁽⁵⁰⁾.

Pour autant, malgré cette notion d'exigence patronale, la Cour de cassation juge que le droit à bonification naît du seul fait du fractionnement, peu importe que ce soit l'employeur ou le salarié qui en ait pris l'initiative ⁽⁵¹⁾, considérant que les dispositions conventionnelles n'ont pas dérogé aux dispositions légales. Il convient donc d'être particulièrement explicite.

EXEMPLE DE CLAUSE DE RÉDACTION D'ACCORD D'ENTREPRISE POUR LES SALARIÉS EN FORFAIT EN JOURS

« Le fractionnement des congés payés ne donnant pas lieu à des jours de congé de fractionnement, le présent accord, stipulant la renonciation collective auxdits jours, n'impactera pas le nombre de jours de travail dû. »

Ils doivent être posés en dehors de la période de prise des congés principaux (soit du 1^{er} novembre au 30 avril) ⁽⁵²⁾, sauf dispositions conventionnelles prévoyant une période de prise des congés principaux différente.

Païement des jours

Ils sont payés de la même façon que les congés principaux, puisqu'ils ont la même nature et sont donc comptabilisés dans l'indemnité compensatrice de congés payés, le cas échéant. Ils figurent sur le bulletin de paie.

Ils peuvent être placés dans le CET s'il existe. ♦

⁽⁴⁸⁾ Pour les forfaits en jours, le décompte du nombre de jours travaillés/à travailler tient généralement peu compte de ces éventuels jours de fractionnement. Il s'agira de l'anticiper dans l'accord d'entreprise de mise en place.

⁽⁴⁹⁾ Sauf en cas de renonciation individuelle.

⁽⁵⁰⁾ CCN des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils, et sociétés de conseils du 15 décembre 1987, art 23, avant sa modification par avenant n° 2 du 27 octobre 2022, étendu par A. 5 avr. 2023, JO 28 avr.

⁽⁵¹⁾ Cass. soc., 10 oct. 2018, n° 17-17.890.

⁽⁵²⁾ C. trav., art. L. 3141-23, précité.



Effectivité du droit – Diligences à accomplir



Laurent GERVAIS
Avocat associé



Olivier ROMIEU
Avocat associé

DEVOIR DE L'EMPLOYEUR

Les congés payés sont un droit annuel au repos – Conséquences

Dès son institution, la loi française a accordé une grande importance au droit à congé payé, mais l'Union européenne est allée encore plus loin :

« Le congé annuel de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit de l'Union revêtant une importance particulière auquel il ne peut être dérogé »⁽¹⁾.

La jurisprudence en a déduit que l'employeur devait tout mettre en œuvre pour que le salarié prenne

Le droit au congé annuel payé constitue un principe essentiel du droit social de l'Union. Aussi, son effectivité doit-elle être garantie, et l'employeur est tenu de s'assurer que les congés sont bien pris. En d'autres termes, la règle « *congés pas pris, congés perdus* » est sinon révoquée, du moins conditionnée par des démarches préalables très strictes imposées à l'employeur.

effectivement ses congés⁽²⁾, et devait être en mesure de le prouver. Il lui revient donc d'accomplir les démarches suffisantes en ce sens, et en particulier de mettre en place une procédure de relance systématique des salariés, en vue de les inciter à prendre leurs congés. Si l'organisation des congés payés passe par la négociation collective, il sera bon d'en établir le principe dans l'accord. Si

elle est décidée unilatéralement, il faudra soumettre la procédure au CSE. Le procès-verbal de la réunion du CSE sur ce point constituera un premier élément de preuve à produire en cas d'action en justice d'un salarié prétendant n'avoir pas été mis en mesure de prendre ses congés payés.

(1) Charte des droits fondamentaux européenne, art. 31, par. 2 ; Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003.

(2) CJCE, 6 avr. 2006, n° C-124/05 ; CJCE, 16 mars 2006, n° C-131/04 et C-257/04 ; Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 19-17.046.



La procédure peut consister en trois étapes :

- large communication sur la période retenue pour la prise des congés payés et sur le processus de fixation des dates individuelles, notamment par une note de service annexée au bulletin de paie du mois précédent l'ouverture de cette période ;
- note de cadrage adressée aux chefs de services pour faire établir un tableau des départs ;
- envoi d'une lettre ou un courriel de relance aux retardataires.

MODÈLE DE LETTRE OU DE COURRIEL DE RELANCE

Madame (ou Monsieur),

(Variante 1) Nous constatons qu'à la date où nous vous envoyons ce message, vous n'avez pas encore posé vos dates de vacances, en dépit des demandes de *Madame (ou Monsieur)* < **nom et prénom** >, votre supérieur hiérarchique.

(Variante 2) Nous constatons qu'à la date où nous vous envoyons ce message, vous avez encore < **nombre** > jours de congés payés à prendre.

Nous vous demandons donc avec insistance de bien vouloir vous rapprocher au plus vite de *Madame (ou Monsieur)* < **nom du supérieur hiérarchique** > en vue de fixer ces dates. Comme vous ne pouvez l'ignorer, compte tenu de l'information qui était jointe à votre bulletin de paie du < **date** >, la date-limite pour prendre vos congés annuels est le < **date** >.

Nous insistons sur le fait que si vous ne donnez pas suite à notre demande, votre reliquat de congés payés pour la période de référence du < **date** > au < **date** > sera perdu.

Autre précaution à prendre : vérifier que les bulletins de paie mentionnent bien, conformément à la réglementation ⁽³⁾, les dates de prise des congés, faute de quoi les salariés sont, selon la jurisprudence, fondés à réclamer des dommages-intérêts pour avoir été privés de leur droit à repos ⁽⁴⁾.

REFUS DU SALARIÉ DE PRENDRE SES CONGÉS PAYÉS

Même si la situation est loin d'être généralisée, il reste assez fréquent que certains salariés refusent

de prendre la totalité de leurs congés payés acquis. Face à cette situation, les réactions côté employeur sont diverses :

- certains reportent les congés non pris et alimentent un compteur qui grossit année après année ;
- d'autres considèrent que les congés non pris sont perdus ;
- et les derniers proposent d'indemniser le salarié.

Or, l'**indemnisation** du salarié est exclue, dès lors qu'il reste présent dans les effectifs. En effet, eu égard à la finalité des congés payés annuels assignée par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, la Cour de cassation estime que le versement d'une indemnité ne peut pas suppléer la prise effective des congés ⁽⁵⁾.

Le **report** est possible s'il résulte d'un accord collectif ou d'un usage organisant ses conditions. L'on doit cependant prendre garde à la finalité du congé payé ⁽⁶⁾, qui répond à la double nécessité d'assurer du repos au salarié et de disposer d'une période de détente et de loisirs. Accepter que le salarié ne prenne pas volontairement ses congés payés durant la période de prise, en lui assurant un report sur la période suivante, peut exposer l'employeur sur plusieurs terrains, par exemple celui d'assurer une charge de travail compatible avec le temps alloué au salarié pour l'exécuter, ou encore celui de prévenir les risques liés à sa santé physique et mentale ⁽⁷⁾. Un salarié victime d'un accident du travail dont le compteur mentionnerait un nombre de jours acquis non pris particulièrement important pourra facilement utiliser ce fait objectif pour alimenter un contentieux de faute inexcusable. De son côté, le salarié ne peut pas exiger ce report.

Le point le plus épineux, source du contentieux le plus fréquent, résulte de la **suppression des congés payés non pris** par l'employeur au terme de la période de prise. La mise en œuvre de la procédure de relance évoquée ci-dessus est essentielle pour écarter tout danger, tant du point de vue pénal que civil (voir *infra*).

L'on peut envisager, surtout si l'on se rapproche du terme de la période de prise, de fixer unilatéralement

⁽³⁾ C. trav., art. D. 3141-7

⁽⁴⁾ Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929.

⁽⁵⁾ Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929.

⁽⁶⁾ Toujours selon la Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003.

⁽⁷⁾ C. trav., art. L. 4121-1.



Règles générales

la date des congés à défaut de réponse du salarié, mais en respectant le Code du travail qui interdit ⁽⁸⁾, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, de modifier l'ordre et les dates de départ moins d'un mois avant la date de départ prévue.

À défaut, l'employeur négligent s'expose à une double sanction.

Sur le plan civil, le salarié peut réclamer le paiement de dommages-intérêts, dont il appartient au juge d'apprécier la réalité et le montant alloué ⁽⁹⁾. Il ne peut en revanche pas réclamer le paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés, cette dernière ne se cumulant pas avec son salaire ⁽¹⁰⁾.

Au plan pénal, il encourt une amende de la cinquième classe ⁽¹¹⁾.

Naturellement, en l'absence de faute de l'employeur, le salarié ne peut prétendre à aucune indemnisation s'il n'a pas été empêché de prendre ses congés et que, volontairement, il y a renoncé. Tel est le cas de ce salarié qui, nonobstant les avertissements de l'employeur, avait refusé de manière constante de prendre ses congés annuels ⁽¹²⁾.

REPORT DES CONGÉS DU SALARIÉ ABSENT AU MOMENT DE LA PRISE

Sur cette question, voir, dans le présent numéro, S. Fourvel, J.-J. Jarry et J. Tournaire, « Mécanismes de report ».

FERMETURE DE L'ENTREPRISE

Parmi les prérogatives de l'employeur en matière de congés payés, figure celle de pouvoir fermer l'entreprise et de placer la totalité de son personnel en congé.

S'il n'applique pas un accord collectif organisant les modalités de cette fermeture, sa décision nécessite au préalable de consulter le CSE s'il est mis en place ⁽¹³⁾, car il s'agit d'un sujet intéressant la marche générale de l'entreprise. L'avis est consultatif et non

conforme, laissant ainsi à l'employeur la liberté de choisir la date de la fermeture.

Pour autant, cette liberté reste encadrée par plusieurs dispositions du Code du travail qui préservent les droits des salariés.

Ainsi, la durée de la fermeture peut être de 24 jours ouvrables au maximum, c'est-à-dire égale à celle du congé principal, sans que le salarié puisse être privé de la prise de 12 jours ouvrables consécutifs entre le 1^{er} mai et le 31 octobre correspondant à la période légale de prise des congés.

Si la fermeture entraîne le fractionnement du congé principal de 24 jours, l'accord du salarié n'est pas nécessaire lorsque le congé a lieu pendant la période de fermeture de l'établissement ⁽¹⁴⁾.

En revanche, sauf renonciation individuelle ou accord collectif contraire, les jours de congés supplémentaires pour fractionnement sont dus aux salariés si la fermeture entraîne un fractionnement des congés en dehors de la période légale de prise ⁽¹⁵⁾.

Bien entendu, les intéressés doivent être informés individuellement de cette décision qui s'impose à eux sous peine de sanction ⁽¹⁶⁾, dans un délai suffisant. À défaut, l'employeur pourrait être condamné à indemniser les salariés, notamment ceux ayant épuisé leurs droits à congé payé ⁽¹⁷⁾.

Si la fermeture peut concerner le congé principal, il est également possible d'y recourir pour la cinquième semaine.

L'on pourrait donc envisager qu'une entreprise décide, après consultation du CSE, d'organiser plusieurs périodes de fermeture entraînant la prise collective de la totalité des congés payés, sa seule obligation étant d'assurer une fermeture consécutive minimale de 12 jours ouvrables entre le 1^{er} mai et le 31 octobre.

Se pose alors la question de l'indemnisation des salariés qui n'ont pas acquis suffisamment de droits pour être indemnisés par le versement de l'indemnité de congés payés.

S'il fût un temps où l'État prenait en charge cette situation dans le cadre de l'activité partielle, ce dispositif a

⁽⁸⁾ C. trav., art. L. 3141-16-2°.

⁽⁹⁾ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.290.

⁽¹⁰⁾ Cass. soc., 11 oct. 1995, n° 92-41.359.

⁽¹¹⁾ C. trav., art. R. 3143-1.

⁽¹²⁾ Cass. soc., 15 janv. 2020, n° 18-13.341.

⁽¹³⁾ En vertu des articles L. 3141-16-1 et L. 2312-8 du Code du travail.

⁽¹⁴⁾ C. trav., art. L. 3141-19.

⁽¹⁵⁾ Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 17-15.060.

⁽¹⁶⁾ Cass. soc., 21 juill. 1986, n° 85-41.203.

⁽¹⁷⁾ Cass. soc., 25 févr. 1998, n° 95-45.659.



été abrogé par un décret du 26 juin 2013 ⁽¹⁸⁾. Depuis le 1^{er} juillet 2013, trois situations peuvent se présenter.

L'employeur, volontairement ou contraint par un accord collectif, assure le versement d'une indemnité au bénéfice des salariés qui ne peuvent pas prétendre au paiement de l'indemnité de congés payés (ICP).

Le salarié se trouve sans indemnisation pour la période dépassant son droit au paiement de l'ICP, sachant que l'employeur peut lui proposer de prendre ses congés par anticipation, mais ne peut pas le lui imposer.

Le salarié peut demander une aide financière à France Travail s'il bénéficiait de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) ou de l'allocation de solidarité spécifique (ASS) avant son embauche. Il doit faire la démarche lui-même auprès de France Travail qui déterminera son allocation ⁽¹⁹⁾.

Un salarié sans ressource faute de congés payés acquis suffisants pourrait être tenté de travailler pendant la fermeture de l'entreprise. Il doit se montrer très prudent s'il s'engage dans cette voie, notamment en offrant ses services à un employeur concurrent de son employeur principal. Son licenciement pour faute grave est possible sur le fondement de la violation de l'obligation de loyauté ⁽²⁰⁾. Par ailleurs, le méconnu et quelque peu désuet article D. 3141-2 du Code du travail prévoit que le salarié qui accomplit pendant sa période de congés payés des travaux rémunérés, privant de ce fait des demandeurs d'emploi d'un travail qui aurait pu leur être confié, peut faire l'objet d'une action devant le juge du tribunal judiciaire en dommages-intérêts envers le régime d'assurance chômage engagée par le maire de la commune intéressée ou le préfet. Celui qui l'emploie sciemment court le même risque...

Remarque

Cela dit, ce qui est interdit au salarié, c'est de travailler pendant son temps de congé payé personnel, non pendant le temps de la fermeture de l'entreprise. Le salarié n'est donc pas dans l'illégalité s'il cherche à financer par un travail non concurrent la période où il se trouve sans revenu, car il a épuisé ses droits à congé payé, alors que l'entreprise est encore fermée.

La question de l'indemnisation des salariés confrontés à la fermeture de l'entreprise se pose également si celle-ci excède la durée des congés légaux.

Le Code du travail règle la question en précisant ⁽²¹⁾ que lorsqu'un établissement ferme pendant un nombre de jours dépassant la durée des congés légaux annuels, l'employeur verse aux salariés, pour chacun des jours ouvrables de fermeture excédant cette durée, une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité journalière de congés. Cette indemnité journalière ne se confond pas avec l'indemnité de congés.

Cette dernière indemnité doit être versée pour toute la période supplémentaire de congés et son montant ne peut être inférieur à l'indemnité journalière de congés payés, les salariés ne devant subir aucune perte de salaire ⁽²²⁾.

S'il peut être prévu contractuellement une rémunération forfaitaire incluant l'indemnité de congés payés, la clause doit clairement distinguer la part de rémunération qui correspond au travail de celle qui correspond aux congés, et préciser l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé devant être effectivement pris. La Cour de cassation a eu récemment l'occasion d'étendre sa jurisprudence en cas de fermeture au-delà de la durée légale des congés, dans une affaire où la salariée bénéficiait de 12 semaines de congés en raison de la fermeture de l'établissement ⁽²³⁾.

Lorsque la durée conventionnelle des congés est supérieure à la durée légale, l'indemnité de l'article L. 3141-31 ne bénéficie pas aux salariés qui, absents une partie de l'année de référence, n'ont pas acquis assez de jours de congés payés pour couvrir toute la période de fermeture ⁽²⁴⁾.

Enfin, l'indemnité est due même si la fermeture est liée à des circonstances extérieures, ce qui peut être le cas pour les périodes de vacances scolaires ⁽²⁵⁾, par exemple.

COÏNCIDENCE D'UN JOUR DE CONGÉ PAYÉ AVEC UN JOUR FÉRIÉ

Comment un employeur doit-il traiter la présence d'un ou plusieurs jours fériés durant la période de congés payés du salarié ?

⁽²¹⁾ C. trav., art. L. 3141-31.

⁽²²⁾ Cass. soc., 12 févr. 1997, n° 94-40.605.

⁽²³⁾ Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-10.494.

⁽²⁴⁾ Cass. soc., 14 févr. 1968, Bull. civ. V, n° 105.

⁽²⁵⁾ Cass. soc., 4 sept. 2019, n° 18-18.300.

⁽¹⁸⁾ D. n° 2013-551, 26 juin 2013, relatif à l'activité partielle.

⁽¹⁹⁾ D. n° 2019-797, 26 juill. 2019, relatif au régime d'assurance chômage.

⁽²⁰⁾ Cass. soc., 5 juill. 2017, n° 16-15.623.



La réponse à apporter dépend du point de savoir si le jour férié est chômé ou non dans l'entreprise.

Hormis le 1^{er} mai et le cas des jeunes travailleurs, la loi n'impose pas le chômage des jours fériés ordinaires. En application du Code du travail ⁽²⁶⁾, un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche, fixe la liste des jours fériés chômés. Il convient donc de s'y référer pour les déterminer. À défaut de stipulations conventionnelles, l'employeur est libre de fixer cette liste par décision unilatérale ou par usage.

En cas de jour férié chômé dans l'entreprise, l'employeur ne doit pas imputer de congé payé sur cette journée ⁽²⁷⁾. En pratique, le salarié ayant posé une semaine de congés payés, soit six jours ouvrables, ne se verra décompter que cinq jours de congés payés. Cela ne signifie pas pour autant que le salarié puisse imposer à son employeur de décaler d'une journée son retour de congés payés. S'il le souhaite, il devra obtenir préalablement l'accord de ce dernier.

À l'inverse, si le jour férié n'est pas chômé, il y a lieu de décompter une journée de congé payé. En pratique, suivant l'exemple précédent, le salarié se verra imputer six jours de congés payés.

Ces solutions valent que les congés payés soient décomptés en jours ouvrables (30 jours) ou ouvrés (25 jours).

Enfin, dans le cas particulier où le jour férié tombe le deuxième jour de repos hebdomadaire (exemple : le samedi), si l'entreprise décompte les congés payés en jours ouvrés et que ce jour férié est habituellement chômé, il faut accorder un jour de congé supplémentaire au salarié pour que ce mode de calcul ne lui soit pas moins favorable ⁽²⁸⁾, sauf à ce que le salarié dispose d'un droit à congés payés supérieur au contingent légal.

INCIDENCE D'UN PONT

Sauf dispositions conventionnelles contraires, la journée de pont précédant ou suivant le jour férié doit être considérée comme jour ouvrable. Par conséquent, un salarié en congés payés durant cette période se verra imputer une journée de congé, y

compris si cette journée est, *in fine*, chômée dans l'entreprise ⁽²⁹⁾.

En pratique, en présence d'un jour férié chômé le jeudi et d'une journée non travaillée le vendredi au titre d'un pont, un salarié ayant posé six jours de congés payés du lundi au samedi, se verra décompter cinq jours.

À l'inverse, la Cour de cassation ⁽³⁰⁾ a considéré que l'employeur ne pouvait pas imputer une journée de congé payé au titre du pont s'il a recours à la récupération des heures perdues prévues à l'article L. 3121-50 du Code du travail. L'article précité ayant vocation à s'appliquer en cas d'interruption collective du travail, il convient de traiter l'ensemble des salariés de manière identique, y compris s'agissant de la cinquième semaine de congés payés.

Ainsi, un employeur souhaitant instituer collectivement une journée de pont entre le jeudi, jour férié chômé, et le samedi, jour habituellement non travaillé, devra faire application des dispositions relatives à la récupération des heures perdues, et ne pourra pas imputer à quelques salariés une journée de congé payé.

Pour autant, un employeur pourrait-il accepter la demande d'un salarié souhaitant privilégier une journée de congé payé plutôt que la récupération des heures perdues ? Selon l'adage « *suspension sur suspension ne vaut, la première cause de suspension prévaut* », il y a lieu de considérer que l'employeur devra refuser ladite demande.

JOURNÉE DE SOLIDARITÉ

Le Code du travail dispose ⁽³¹⁾ qu'un accord d'entreprise, ou, à défaut, un accord de branche, fixe les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité. À défaut de dispositions conventionnelles, l'employeur peut en déterminer les modalités par décision unilatérale, après consultation, le cas échéant, du CSE.

L'employeur peut ainsi envisager :

- soit le travail d'un jour férié précédemment chômé autre que le 1^{er} mai ;

⁽²⁶⁾ C. trav., art. L. 3133-3-1.

⁽²⁷⁾ Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 13-10.892.

⁽²⁸⁾ Cass. soc., 7 janv. 1998, n° 85-42.353.

⁽²⁹⁾ Cass. soc., 3 déc. 1980, n° 79-41.051.

⁽³⁰⁾ Cass. soc., 17 avr. 1986, n° 83-45.789.

⁽³¹⁾ C. trav., art. L. 3331-11.



- soit le travail d'un jour de repos accordé au titre de l'accord collectif conclu en application de l'article L. 3121-44 ;
- soit toute autre modalité permettant le travail de sept heures précédemment non travaillées en application de stipulations conventionnelles ou des modalités d'organisation des entreprises.

La loi ne prévoit donc pas la possibilité d'imputer un jour de congé payé au titre de la journée de solidarité.

Pour autant, l'employeur peut-il imposer la prise d'un jour de congé payé ?

Dès lors qu'un jour férié est travaillé, rien ne devrait s'opposer à cette faculté, notamment au titre de la cinquième semaine, sous réserve d'avoir respecté le délai de prévenance légal ou conventionnel. Cette

solution n'a pas été retenue par l'Administration ⁽³²⁾ et la Cour de cassation ⁽³³⁾, lesquels considèrent que l'employeur ne peut pas priver le salarié d'une journée de congé payé au titre de la journée de solidarité.

À l'inverse, un salarié peut poser une journée de congé payé au titre de cette journée, avec l'accord de son employeur. Il en va de même lorsque l'employeur a accepté une semaine de congés payés, et qu'il décide ensuite que la journée de solidarité aura lieu durant ladite semaine. Il ne pourra plus exiger du salarié qu'il exécute cette journée, et devra imputer une journée de congé payé.

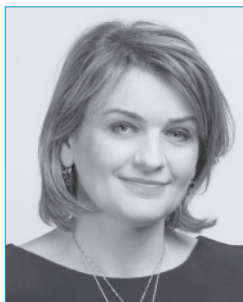
En pratique, l'employeur ne peut donc pas organiser collectivement la journée de solidarité en imputant une journée sur le contingent annuel de congés payés. À l'inverse, il pourra accepter des demandes individuelles de congés payés sollicitées par des salariés. ♦

(32) Circ. DRT « questions-réponses » 20 avr. 2005.

(33) Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.047.



Mécanismes de report



Séverine FOURVEL
Avocate associée



Jean-Julien JARRY
Avocat associé



Julien TOURNAIRE
Avocat associé

CONTEXTE ANTÉRIEUR AUX ARRÊTS DU 13 SEPTEMBRE 2023 ET À LA LOI DU 22 AVRIL 2024

Cas de report prévus par le Code du travail

Le Code du travail prévoyait déjà le droit au report des congés payés dans des cas de figure très précis :

- lorsque la durée de travail du salarié est décomptée à l'année en application d'une disposition légale, le report des congés payés est possible si un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche, le prévoit ⁽²⁾ ;
- les salariés bénéficiant d'un congé pour création d'entreprise ou d'un congé sabbatique peuvent, si un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de

La question du report des congés payés a été complètement modifiée par les arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2023 et leur concrétisation à travers la loi du 22 avril 2024 ⁽¹⁾. Après un rappel du contexte antérieur, nous exposons les nouvelles règles applicables.

branche le prévoit, bénéficier d'un report de leurs congés ⁽³⁾.

Remarque

On peut également relever le report des congés payés lorsqu'ils sont, dans une certaine limite, affectés au CET ⁽⁴⁾ ou encore conserver à l'esprit la pratique de cumul des congés payés pour des ressortissants étrangers.

Absences pour raisons de santé : position traditionnelle de la Cour de cassation

À propos de l'articulation entre une absence pour maladie et les congés payés, la Cour de cassation a longtemps privilégié l'application de l'adage « *suspension sur suspension ne vaut* ».

(1) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole.

(2) C. trav., art. L. 3141-22.

(3) C. trav., art. L. 3142-33 et L. 3142-118.

(4) Sur cette question, voir, dans le présent numéro, S. Artières et F. Da Silva, « *Autres destinations des congés payés* ».



En clair, elle donnait la priorité à la première cause d'absence. Si l'arrêt de travail précédait le départ en congés payés, il se poursuivait sans que les congés payés le suspendent. L'employeur ne pouvait alors pas prétendre s'être acquitté de son obligation d'allouer des congés payés et devait donc proposer au salarié de nouvelles dates, à condition que sa capacité à reprendre le travail intervienne avant l'expiration de la période de prise des congés ⁽⁵⁾. Sauf convention collective plus favorables, le salarié ne pouvait pas prétendre à un report de congés au-delà.

En revanche, lorsque l'arrêt de travail était délivré alors que le salarié était déjà en congé payé, il n'interrompait pas le congé et l'employeur n'était pas tenu d'accorder de nouvelles dates de vacances au salarié qui n'avait pu réellement se reposer ⁽⁶⁾.

Malgré l'émergence de la jurisprudence européenne, une grande partie des entreprises continuaient à se référer à cette jurisprudence.

Exigences européennes

La question du report se posait surtout lorsque la suspension du contrat de travail due à l'état de santé du salarié intervenait avant son départ en congés.

La jurisprudence tant européenne que française avait déjà pu répondre à cette question en admettant le report des congés non pris, ce qui constituait une solution cohérente avec le droit au repos institué.

Ainsi, il était admis que le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour cause de maladie avant son départ en congés garde le bénéfice de ses droits à congés ⁽⁷⁾.

Cela résulte de l'article 7 de la directive concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui énonce le principe d'un droit à repos d'au moins quatre semaines.

La CJUE avait alors considéré que les congés payés du salarié étaient, d'une part, reportés et, d'autre part, le cas échéant en dehors de la période de référence ⁽⁸⁾.

La Cour de cassation avait dans un premier temps considéré que lorsque le salarié avait été absent, il pouvait prétendre, lors de sa reprise, au bénéfice de ses droits à congés payés à prendre avant l'expiration de la période de référence ⁽⁹⁾. Ensuite, elle s'est rangée à la position des juges communautaires en admettant que les droits à congés payés du salarié n'étaient pas perdus, même si la période de référence s'était achevée ⁽¹⁰⁾.

Ainsi, la Haute cour consacrait le droit au report des congés payés en cas de maladie, quelle que soit son origine (professionnelle ou non), et ce peu important la date de reprise du salarié, à savoir au cours de la période de prise de congés payés ou à l'expiration de celle-ci.

Poursuivant sa logique, le salarié devait bénéficier d'un temps de repos non pris du fait de la période de maladie et non d'une indemnisation en « *monnaie sonnante et trébuchante* », cette dernière étant réservée au cas de rupture du contrat de travail ⁽¹¹⁾ ou en cas de résistance non justifiée de la part de l'employeur ⁽¹²⁾.

Une fois encore, le droit au repos fut privilégié, puisque l'article 7 de la directive précitée du 2003/88/CE du 4 novembre 2003 précise que la « *période minimale de congés ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail* ».

Ces différents principes trouvaient à s'appliquer dans la situation où l'état de santé du salarié l'empêchait de bénéficier de son droit à repos, et ce quelle que soit l'origine de la maladie, professionnelle ou non.

Si le droit au report est admis, la CJUE a toutefois toujours considéré que celui-ci ne pouvait être sans limite temporelle :

- d'abord parce qu'il est en principe annuel, et, poursuivant un objectif de loisir et de détente, qu'il perd de son effectivité s'il est pris plusieurs années après ;
- ensuite parce qu'il faut également prendre en compte l'intérêt de l'entreprise et son organisation.

(5) Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 05-42.293 ; Cass. soc., 24 févr. 2009, n° 07-44.488

(6) Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 05-42.293 ; Cass. soc., 24 févr. 2009, n° 07-44.488

(7) CJUE, 21 juin 2012, n° C-78/11.

(8) CJCE, 10 sept. 2009, n° C-277/08.

(9) Cass. soc., 16 oct. 2002, n° 00-44.433.

(10) Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-28.082.

(11) Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-43.767.

(12) Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 05-42.293.



La durée de 15 mois retenue par la loi du 22 avril 2024 ⁽¹³⁾ résulte directement de la jurisprudence de la CJUE ⁽¹⁴⁾, qui a considéré qu'une législation nationale pouvait limiter le droit à report des congés des salariés dont le contrat de travail a été suspendu, sous réserve que les intéressés aient été effectivement mis en mesure de les prendre et que la période de report soit substantiellement plus longue que la période de référence, ce qu'elle a confirmé dans son arrêt du 9 novembre 2023 ⁽¹⁵⁾.

La Cour de cassation fera sienne cette analyse en la reprenant dans son arrêt du 21 septembre 2017 ⁽¹⁶⁾. Le Conseil d'État avait jugé de même pour les agents publics ⁽¹⁷⁾.

ABSENCE POUR MALADIE OU ACCIDENT – LE DROIT AU REPORT ENTRE DANS LE CODE DU TRAVAIL

Le Code du travail consacre le droit au report depuis la loi du 22 avril 2024 et distingue deux cas différents selon la durée de l'absence.

Arrêts de travail dont la durée est inférieure à un an à la date de la fin de la période d'acquisition des congés payés

Principe

Le texte légal prévoit que « lorsqu'un salarié est dans l'impossibilité, pour cause de maladie ou d'accident, de prendre au cours de la période de prise de congés tout ou partie des congés qu'il a acquis, il bénéficie d'une période de report de quinze mois afin de pouvoir les utiliser » ⁽¹⁸⁾.

Période de prise

L'importance de ce premier texte réside dans la notion de « période de prise des congés payés ». En effet, le report est conditionné au fait que les congés payés n'aient pas pu être pris durant cette période. Dès lors, il est indispensable de déterminer cette dernière.

À cet égard, le Code du travail ne fixe pas de manière précise la période pendant laquelle les salariés peuvent faire valoir leurs droits à congés. L'article L. 3141-12 du Code du travail, d'ordre public, pose le principe selon lequel les congés payés peuvent être pris dès l'embauche. Toutefois, cette faculté d'une prise « *au fil de l'eau* » est atténuée par la possibilité pour l'employeur de déterminer la période de prise des congés et de l'ordre des départs, ainsi que des règles de fractionnement des congés payés, le cas échéant.

Rappelons que cette période peut être fixée par accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche ⁽¹⁹⁾. En l'absence d'un tel accord, l'employeur la définit après avis, le cas échéant, du comité social et économique (CSE) ⁽²⁰⁾.

Quel que soit le mode de fixation de la période de prise des congés payés, cette dernière doit obligatoirement inclure, au minimum, la période du 1^{er} mai au 30 octobre appelée « période légale » de prise. Durant cette période, l'employeur doit faire prendre au salarié au moins 12 jours ouvrables de congés, s'il a acquis suffisamment de droits.

La période de prise des congés peut toutefois débiter avant le 1^{er} mai et s'étendre au-delà du 31 octobre, ce qui est souvent le cas dans certaines entreprises. Pour éviter toute ambiguïté, nous rappelons que la détermination de la période de prise des congés payés et des départs en congés peut conduire une entreprise à programmer les vacances de ses salariés uniquement sur deux ou trois mois dans l'année, à condition que ce repos de 12 jours ouvrables soit accordé durant la période légale.

En pratique, cette période est rarement fixée et formalisée (les conventions collectives comblent parfois cette lacune). Elle s'étend donc du 1^{er} mai N au 30 avril N+1.

Exemple

« Sauf dispositions spécifiques en la matière, les congés payés acquis du 1^{er} juin 2023 au 31 mai 2024 pourront être pris entre le 1^{er} mai 2024 et le 30 avril 2025. »

(13) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024, précité.

(14) CJUE, 22 nov. 2011, n° C 214/10, KHS.

(15) CJUE, 9 nov. 2023, n° C-271/22, Keolis c/ Agen.

(16) Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-24.022.

(17) CE, 5^e-4^e ch. réunies, 26 avr. 2017, n° 406009.

(18) C. trav., art. L. 3141-19-1, al. 1.

(19) C. trav., art. L. 3141-15.

(20) C. trav., art. L. 3141-16.

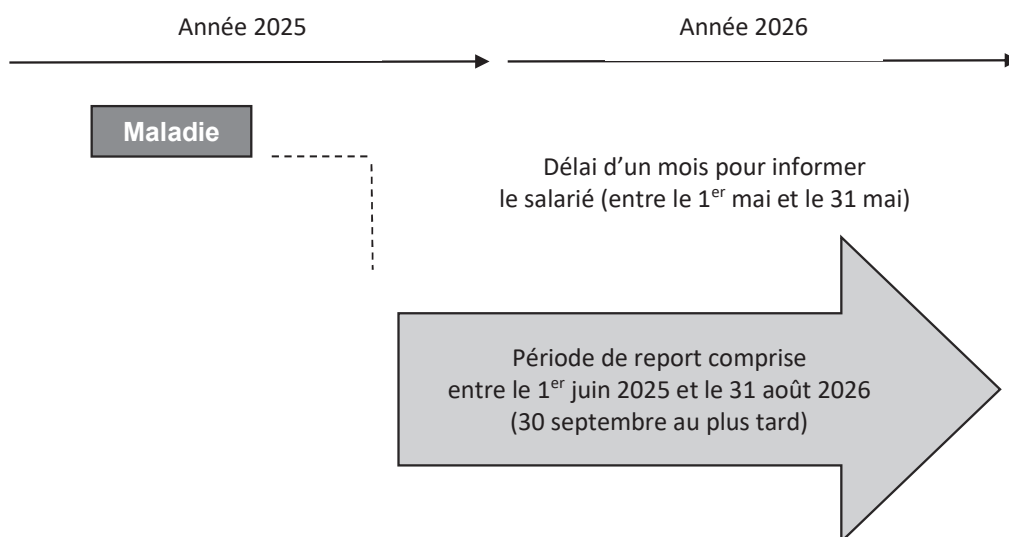


Retour du salarié après la fin de la période de prise

Prenons l'exemple d'un salarié qui est absent pour cause de maladie simple du 1^{er} février 2025 au 30 avril 2025. Du fait de sa maladie, il a été dans l'impossibilité de prendre six jours ouvrables dont il devait bénéficier avant la fin de cette période. Dans

ce cas, la prise de ces jours pourra être reportée sur une période maximale de 15 mois à compter de l'information par l'employeur à son retour dans l'entreprise sur :

- le nombre de jours de congé dont il dispose ;
- la date jusqu'à laquelle ces jours de congé peuvent être pris.



Retour du salarié avant la fin de la période de prise

Si, au moment où il reprend le travail, l'employeur est en mesure de faire prendre au salarié les congés non pris durant son absence ou d'identifier les dates au cours desquelles il pourra les prendre durant la période de référence en cours, il n'y a aucun report, mais éventuellement un simple décalage des congés payés (*voir plus loin*).

En effet, dans ce cas, le salarié n'est pas dans « l'impossibilité, pour cause de maladie ou d'accident, de prendre au cours de la période de prise de congés tout ou partie des congés qu'il a acquis ». Toutefois, il est nécessaire de déterminer si, dans cette hypothèse, il faut informer le salarié de ses droits (*voir plus loin*).

Arrêts de travail dont la durée est d'au moins un an à la date de la fin de la période d'acquisition des congés payés

Principe

Le Code du travail précise que ⁽²¹⁾ « lorsque les congés ont été acquis au cours des périodes [de maladie non

professionnelle] ou [d'accident du travail ou de maladie professionnelle], la période de report débute à la date à laquelle s'achève la période de référence au titre de laquelle ces congés ont été acquis si, à cette date, le contrat de travail est suspendu depuis au moins un an en raison de la maladie ou de l'accident ».

Conditions

Cette règle exige que deux conditions soient remplies :

- l'absence, pour cause de maladie ou d'accident, doit être d'au moins un an ;
- cette durée s'apprécie à la date de fin de chaque période d'acquisition (et non de prise) des congés payés.

Retour du salarié avant la fin de la période de report

Ces conditions requièrent une vigilance particulière en cas d'absence de longue durée à cheval sur deux périodes d'acquisition, lorsque le salarié revient au travail :

- d'une part, car même pour une absence de 23 mois, cette situation pourrait ne pas entrer dans

(21) C. trav., art. L. 3141-19-2.



Règles générales

le champ d'application du dispositif (exemple : absence du 15 juin N au 15 mai N+2) ;

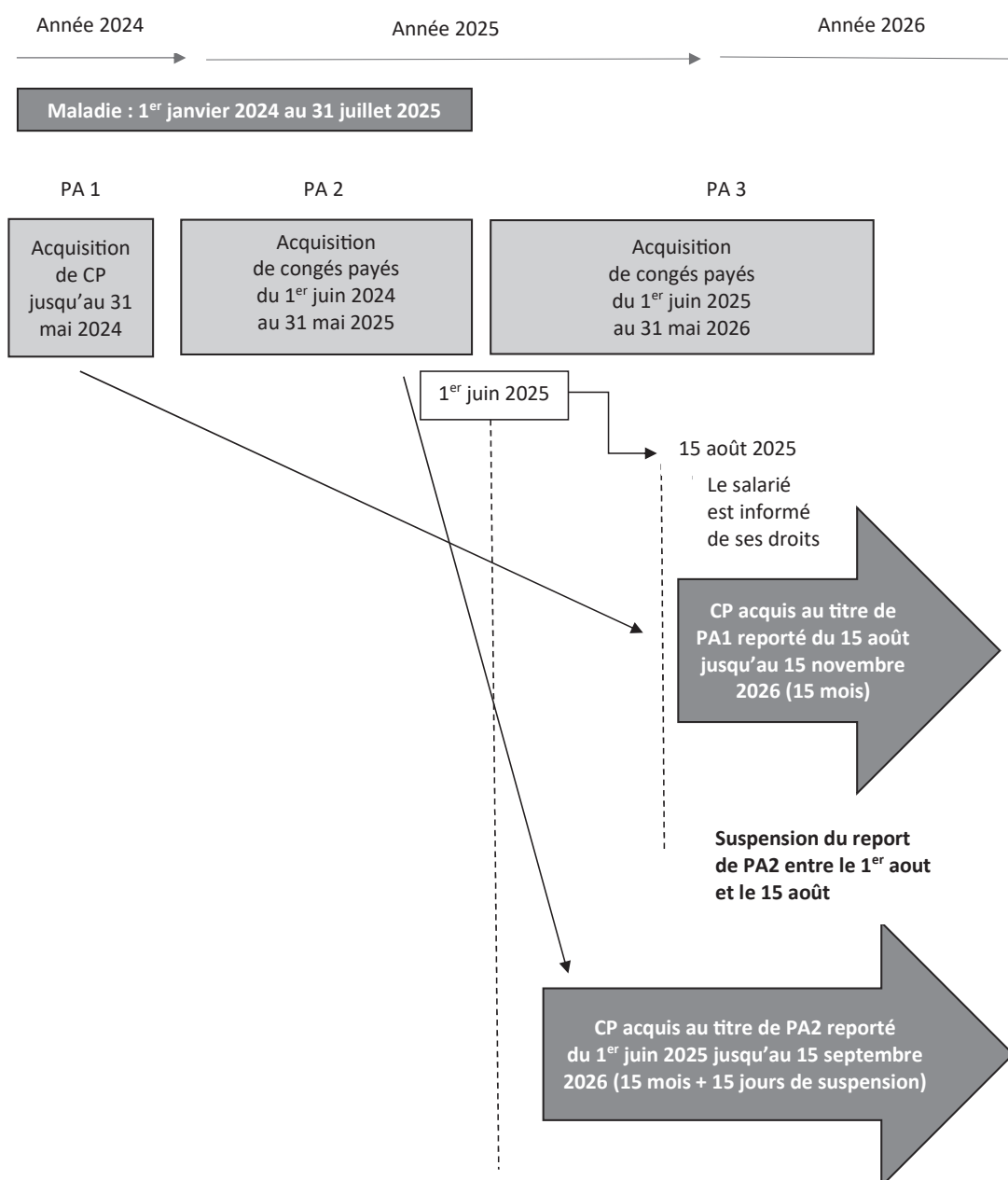
– et, d'autre part, parce que le point de départ du délai de 15 mois n'est pas identique.

Prenons l'exemple d'un salarié absent du 1^{er} janvier 2024 au 31 juillet 2025, et qui revient au travail le 1^{er} août 2025, l'employeur l'informant de ses droits le 15 août 2025.

Dans ce cas, au 31 mai 2024, le contrat de travail n'aura été suspendu que cinq mois (du 1^{er} janvier au 31 mai). Il conviendra donc d'appliquer la règle de

report exposée précédemment, et les congés payés qui auraient dû être pris avant le 30 avril 2024 pourront l'être jusqu'au 15 novembre 2026.

En revanche, les congés payés acquis entre le 1^{er} juin 2024 et le 31 mai 2025 ont été automatiquement reportés de 15 mois à cette date. Ceci étant, l'alinéa 2 de l'article L. 3141-19-2 du Code du travail précise que « *lors de la reprise du travail, la période de report, si elle n'a pas expiré, est suspendue jusqu'à ce que le salarié ait reçu les informations prévues à l'article L. 3141-19-3* ». Dans notre exemple, la période de report qui devait prendre fin le 31 août 2026 est prolongée de 15 jours, soit jusqu'au 15 septembre 2026.

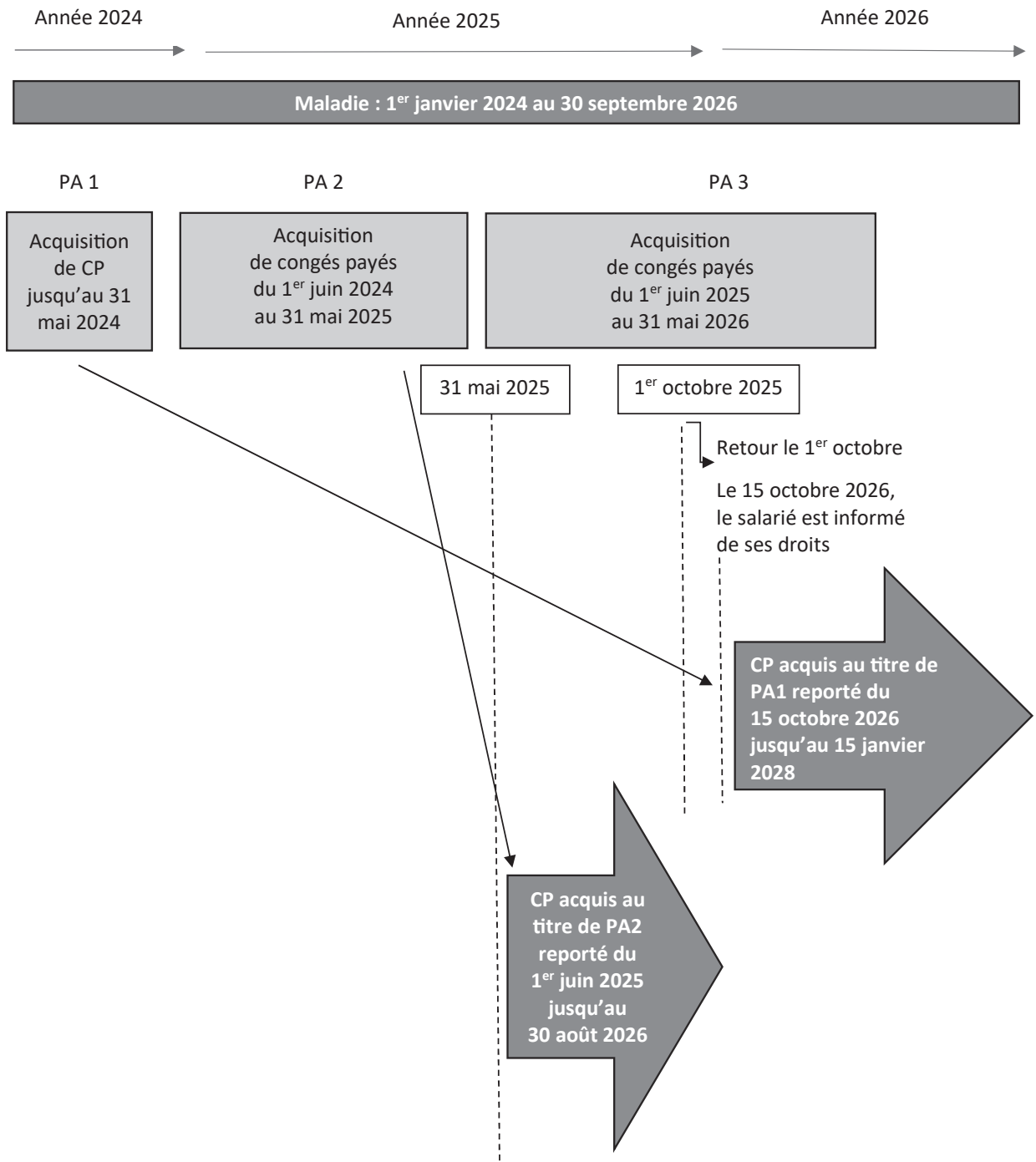




Retour du salarié après la fin de la période de report

Si dans le précédent exemple, le salarié n'était revenu que le 1^{er} octobre 2026 (et avait été informé de

ses droits le 15 octobre 2026), alors les congés payés reportés depuis le 31 mai 2025 auraient été perdus.





L'application de ces règles appelle deux observations.

Les congés payés non pris entre le 1^{er} janvier 2024 et le 30 avril 2024 seraient reportés (*voir ci-dessus*), alors qu'ils portent sur une période plus ancienne que celle des congés payés qui viennent d'être perdus (du 1^{er} juin 2024 au 31 mai 2025).

Les congés payés acquis pendant la période de suspension (du 1^{er} juin 2024 au 31 mai 2025) sont reportés de 15 mois à compter de l'expiration de la période d'acquisition.

APPLICATION CONCRÈTE DU DROIT AU REPORT DANS LES SITUATIONS LIÉES À LA MALADIE

Distinction entre décalage et report des congés payés

Si les congés payés n'ont pas pu être pris en raison de la maladie ou de l'accident, ils sont reportés, mais toutes les périodes d'arrêt ne justifient pas un report. En effet, le droit au report s'applique uniquement lorsque les périodes d'arrêt empêchent la prise des congés selon les dispositions spécifiques des articles L. 3141-19-1 et L. 3141-2 du Code du travail.

Si un salarié est absent une semaine pour cause de maladie, sans que celle-ci n'ait d'incidence sur les jours de congés payés déjà fixés, ou qui seront effectivement pris d'ici la fin de la période de référence, il n'y a alors aucun droit à report. De même, si sa maladie coïncide avec ses dates de congé payé, mais qu'il se rétablit avant la fin de la période fixée pour prendre les congés, il décalera sa prise de congé pour la prendre avant la date-limite mais on ne parle pas alors de « *report* » au sens de la loi.

Report et choix des dates

Beaucoup de praticiens utilisent l'expression, mentionnée à l'article L. 3141-19-1, selon laquelle le sala-

rié « *bénéficie d'une période de report de quinze mois afin de pouvoir [les] utiliser [ses congés payés]* ».

Il ne faut pas se méprendre sur la portée d'un tel libellé. Une lecture rapide pourrait laisser penser que le salarié peut librement choisir la date à laquelle, pendant cette période de report, il pourra prendre ses congés payés. Or, c'est l'employeur qui détermine, à l'intérieur de la période de prise des congés payés, les dates de départ de chaque salarié, conformément aux dispositions conventionnelles applicables ou après avis, le cas échéant, du CSE.

Sur ce point, l'ordre des départs doit être communiqué, par tout moyen, à chaque salarié un mois avant son départ ⁽²²⁾. En conséquence, même si des congés payés sont reportés, c'est l'employeur qui détermine le moment où ceux-ci seront pris. Cela peut survenir en début de période de report, tout comme le dernier mois. Il convient d'apporter une attention particulière à l'articulation des règles de report avec celles relatives à la fixation de l'ordre des départs en congés.

Cas de la reprise du travail juste avant l'expiration de la période de report

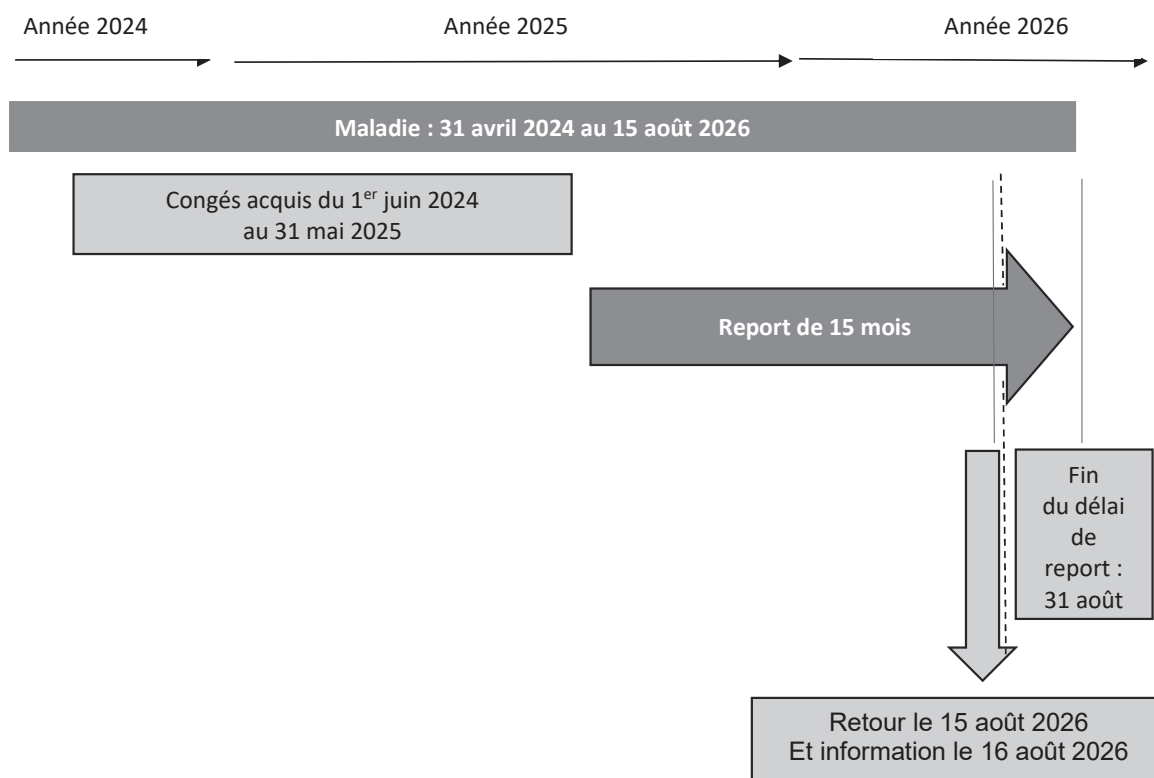
Dans certaines situations, le nombre de congés reportés pourra excéder le temps restant pour les prendre ou bien la durée entre la reprise du salarié et le terme de la période de report sera trop brève pour organiser la prise desdits congés.

Prenons le cas d'un salarié absent depuis le 31 avril 2024, qui revient le 15 août 2026.

Les congés acquis entre le 1^{er} juin 2024 et le 31 mai 2025 sont reportés à compter du 1^{er} juin 2025 pour une durée de 15 mois.

Le terme de la période de 15 mois est le 31 août 2026 (*voir schéma ci-après*).

(22) C. trav., art. D. 3141-6.



Le salarié revenant donc le 15 août 2026, nous postulons que l'employeur l'informe de ses droits à congés payés le 16 août 2026. Le salarié a donc jusqu'au 31 août 2026 pour prendre les congés payés acquis entre le 1^{er} juin 2024 et le 31 mai 2025. Il a donc 15 jours pour prendre 24 jours... La situation est inextricable !

Dans ce cas de figure, quelle attitude adopter ? N'oublions pas que c'est à l'employeur d'organiser la période de prise des congés...

Une question demeure : la période de prise en cours, lors de la reprise, vaut-elle pour les congés reportés ? Autrement écrit, un salarié qui revient de maladie, en dehors de la période de prise, pourrait-il se voir opposer l'impossibilité de prendre les congés reportés, dans l'attente de la prochaine période de prise au motif que la présente est arrivée à terme ?

Répondre positivement permet de faire échec partiellement au mécanisme du report en restreignant les périodes de prise.

Répondre par la négative pourrait revenir à mettre à mal l'organisation de la prise de leurs congés par les salariés.

Il convient d'être prudent, car il pourrait être jugé que la période de prise ne concerne que les congés

payés acquis sur la période d'acquisition précédant la période de prise.

Aussi, dans la meilleure hypothèse, à savoir l'employeur qui a satisfait à l'organisation de la période de prise, deux solutions existent :

- le salarié revient durant une période de prise : les congés peuvent être pris ;
- il revient en dehors de la période de prise : les congés payés sont perdus.

Cette situation ne doit pas, à notre sens, permettre un report au-delà de la durée 15 mois. D'une part, parce que la loi ne le prévoit pas, et, d'autre part, parce que le délai de 15 mois a été édicté pour respecter la finalité voulue par l'UE.

Cela étant, il faut être conscient que les juges seront vigilants sur :

- la possibilité, pour l'entreprise d'organiser sur une période aussi courte la prise des congés. Ainsi, si le salarié revient alors que l'entreprise connaît un pic d'activité, la prise de jours pourra être délicate ;
- le nombre de salariés déjà absents pour cause de congés. La prise de congés du salarié qui revient



sera plus difficile à organiser si ses collègues sont déjà absents sur la même période.

Enfin, un employeur qui n'aura pas satisfait aux obligations collectives d'organiser la prise des congés pourra être considéré comme défaillant. La sanction se traduirait par l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ⁽²³⁾.

Un cas pratique illustre cette question en fin d'article.

« Report sur report »

Une question mérite d'être posée tant elle risque de survenir en pratique. Devons-nous reporter à nouveau des congés payés déjà reportés, si une nouvelle période de maladie survient avant que ces congés n'aient été pris ?

À titre d'exemple, après trois mois d'absence pour cause de maladie, un salarié revient au travail le 2 janvier 2025. Le 1^{er} février, il est informé du report de six jours ouvrables de congés payés, qui ne pourront pas être pris avant le 30 avril 2025. La date-butoir de prise de ces jours-là est fixée au 1^{er} mai 2026.

Toutefois, le 30 juin 2025, le salarié est à nouveau en arrêt pour cause de maladie, pendant un mois, et n'a pas pu prendre les six jours ouvrables reportés. À son retour, le 1^{er} août 2025, ces six jours ouvrables sont-ils « à nouveau » reportés de 15 mois ? Dit autrement, le compteur du report est-il remis à zéro ?

Une application stricte du texte pourrait laisser penser que cela est possible. Toutefois, un tel mécanisme serait contraire à l'esprit de la loi qui a pour objectif, en partie, de prévoir une extinction du droit à congés payés. Or, dans certains cas, l'application d'un renouvellement du délai de report pourrait conduire à un droit à congés avec des délais de prise déraisonnablement longs contrevenant ainsi à la finalité du droit à congés payés. Cet argument milite pour identifier, avec précision, le nombre de congés payés reportés associés à leurs dates-butoir, ainsi qu'à leur prise.

À ce titre, aucun mécanisme légal (congé de maternité/paternité ou activité partielle par exemple) ne prévoit une suspension ou un allongement du délai de 15 mois. Ainsi, les congés payés reportés qui n'auraient pas pu être pris du fait d'un évène-

ment particulier, non imputable à l'employeur, sont éteints aux termes du délai de report.

Congés de fractionnement et report

Les congés de fractionnement devraient être concernés par le report. En effet, un salarié qui a acquis de tels congés et qui n'a pas pu les prendre du fait de la maladie doit pouvoir les reporter. Le report des congés n'exclut pas les congés de fractionnement acquis.

De même, si le salarié tombe malade pendant la période de prise du congé principal et que l'employeur lui fait prendre le solde de ses congés au-delà de cette dernière, des jours de fractionnement pourraient être dus. Il s'agit de la position du ministère du Travail ⁽²⁴⁾. La situation peut cependant sembler critiquable, car le fractionnement du congé principal ne relève pas du fait de l'employeur.

La négociation collective est donc de mise sur les jours de fractionnement.

Modalités de décompte des 15 mois

Pour aider à la compréhension, le présent article retient la règle de la computation des délais pour déterminer l'expiration du délai de 15 mois.

Cependant, la jurisprudence tend à exclure cette règle pour les décomptes en droit du travail ⁽²⁵⁾ et retient un décompte calendaire.

OBLIGATION D'INFORMATION

Principe

L'article L. 3141-19-3 du Code du travail prévoit qu'au « terme d'une période d'arrêt de travail pour cause de maladie ou d'accident, l'employeur porte à la connaissance du salarié, dans le mois qui suit la reprise du travail, les informations suivantes, par tout moyen conférant date certaine à leur réception, notamment au moyen du bulletin de paie :

1° Le nombre de jours de congé dont il dispose ;

2° La date jusqu'à laquelle ces jours de congé peuvent être pris. »

⁽²³⁾ Cass. soc., 26 oct. 2004, n° 02-44.776.

⁽²⁴⁾ JOAN 19 oct. 2010, quest. n° 74829.

⁽²⁵⁾ Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-72.165.



Forme

Initialement, le projet de loi ne visait pas l'information par l'intermédiaire du bulletin de salaire mais uniquement une information « *par tout moyen* ». Cela posait deux problèmes : d'une part, en ne visant pas le bulletin de salaire, cet outil ne pouvait pas être utilisé, car la délivrance du bulletin de salaire ne confère pas de date certaine à sa remise. D'autre part, il fallait trouver un moyen permettant de s'assurer de cette date certaine.

Aussi, les débats parlementaires ont facilité la délivrance de cette information en visant expressément le bulletin de salaire.

Cette solution est logique et permet d'insérer une nouvelle rubrique dans ce document.

La rédaction du texte vise le bulletin de paie et non un document annexe comme en matière de repos compensateur ⁽²⁶⁾.

Il est probable que la quasi-intégralité des entreprises retiennent de faire figurer l'information sur le bulletin de salaire, puisque la seule alternative sécurisée est la remise ou l'envoi d'un document contre émargement.

Au regard des développements précités et de l'existence de dates-butoir différentes, le bulletin de salaire pourrait donc s'enrichir des rubriques suivantes :

Mentions complémentaires à intégrer au bulletin de paie

Nombre de congés payés à prendre avant le < exemple précédent 15 septembre 2026 >	< >
Nombre de congés payés à prendre avant le < exemple précédent 15 septembre 2026 >	< >

Une autre alternative pourrait résider dans la remise d'un courrier (*voir modèle ci-après*).

MODÈLE DE COURRIER INFORMANT LE SALARIÉ DU SOLDE DE SES CONGÉS NON PRIS ACQUIS OU/ET EN COURS D'ACQUISITION

LRAR

Le < date >

A < Lieu >

De < DRH (ou service paie) de [Nom de l'entreprise] >

À Madame (ou Monsieur) < prénom, nom > ,

En application de l'article L. 3141-19-3 du Code du travail, nous vous informons de vos droits à congés payés, ainsi que de la date à laquelle ils pourront être pris.

1. Congés payés acquis et non pris :

– < nombre > jours à prendre, au plus tard, le < date > ;

– < nombre > jours à prendre, au plus tard, le < date >...

(Éventuellement) Conformément aux pratiques de l'entreprise en matière de congés payés, vous pouvez nous adresser vos souhaits de congés payés en utilisant les documents prévus à cet effet qui sont disponibles < à préciser : par exemple, dans l'intranet, auprès du service des RH, de la paie... >.

Nous vous informerons, en temps utile, des modalités de prises de vos congés payés.

Remarque. En application des règles de report, il est possible qu'un certain nombre de congés payés soient reportés à des dates différentes.

Attention, pour les arrêts « longue durée » (C. trav., art. L. 3141-19-2), si la période de report n'a pas expiré au moment de la reprise du salarié, elle est suspendue jusqu'à la remise de ce courrier. Autrement dit, la période de report est décalée.

2. Congés payés en cours d'acquisition :

– < nombre > jours acquis sur la période du < date > au < date >.

Ces congés payés seront pris sur la prochaine période de prise, soit du < date > au < date >.

Veuillez agréer, Madame (ou Monsieur), nos salutations distinguées.

Pour le salarié*

Pour l'entreprise

* Faire précéder la signature de la mention « reçu le < date > »

Respect du délai d'un mois

L'employeur est tenu de communiquer au salarié ses droits dans le délai d'un mois, s'il revient au travail. Le non-respect de ce délai pourrait entraîner, s'agissant des congés payés dont le report est envisageable, l'inopposabilité du délai de report. Autrement dit, les congés payés concernés pourraient être reportés indéfiniment.

Si les congés peuvent théoriquement être reportés, sans limite de temps, cela ne signifie pas que le sala-

(26) C. trav., art. D. 3171-12.



rié peut, de sa propre initiative, les reporter. En effet, comme nous l'avons rappelé précédemment, c'est l'employeur qui détermine, à l'intérieur de la période de prise, les dates de départ de chaque salarié, conformément aux dispositions conventionnelles applicables ou après avis, le cas échéant, du CSE.

En conséquence, même si des congés payés sont reportés sans limite de temps, c'est l'employeur qui déterminera le moment où ceux-ci seront pris. La conséquence significative du non-respect du délai d'un mois pourrait se manifester en cas d'absences répétées ou de longue durée, empêchant l'employeur de faire prendre au salarié ses congés. En cas de rupture du contrat de travail, l'employeur pourrait aussi être amené à verser une indemnité compensatrice de congés payés plus importante que celle qui aurait été due si les congés payés avaient été perdus par l'effet de la loi.

Au regard des conséquences potentielles d'un manquement à l'obligation d'information et des contraintes organisationnelles que cette obligation crée, il est important d'évaluer les impacts réels et de déterminer, au sein de chaque entreprise, les procédures à mettre en œuvre.

Périodes d'arrêt concernées

À la lecture du dispositif, l'obligation d'information pèse sur l'employeur quelle que soit la durée de l'arrêt. Une telle application de la règle ne souffre d'aucune critique, mais elle manque de pragmatisme et de mise en perspective des risques encourus par ce dernier.

À titre d'exemple, si un salarié est absent, pour cause de maladie, une semaine au début du mois de septembre 2024 et que, sur cette période, aucun congé payé n'était prévu, sa situation et ses droits à congés payés avant son arrêt de travail et après son arrêt de travail sont strictement identiques. Les mentions qui figurent sur son bulletin de paie, envoyé fin août et reçu début septembre, seront identiques à ceux qui seront mentionnés fin septembre.

Dès lors, si sur la période de prise restant à courir, les jours de congés payés ont déjà été planifiés et ne sont pas impactés ou que l'employeur est en mesure de s'assurer de l'effectivité de la prise des congés payés d'ici la fin de la période de référence (le 30 avril 2025), les droits du salarié ne seront aucunement affectés. En pratique, la probabilité qu'un risque survienne pour non-respect du formalisme imposé par le texte apparaît bien théorique.

SITUATIONS LIÉES AU PRÉAVIS OUVRANT DROIT À UN REPORT DES CONGÉS PAYÉS

L'imbrication d'une période de préavis avec une période de congés payés n'a pas été impactée par la nouvelle législation.

La règle d'or en la matière, à savoir que le délai de préavis est un « *délai préfix* » demeure. Les deux périodes ne peuvent donc pas se confondre. Ainsi, sauf accord exprès des parties, les congés payés ne s'imputeront pas sur le préavis. La raison en est simple : les congés payés ont été institués en vue d'assurer un repos aux travailleurs, tandis que le délai de préavis doit permettre à la partie qui a reçu congé de chercher un nouvel emploi ⁽²⁷⁾.

Dès lors, selon les cas et sauf accord des parties :

- soit le préavis sera suspendu et courra à compter de la fin des congés payés ;
- soit le préavis, écourté par les congés, fera l'objet d'un paiement sous forme d'une indemnité compensatrice.

Il faut distinguer quatre situations, qui seront examinées successivement.

Rupture notifiée pendant une période de congés payés

Le préavis ne commence à courir qu'au retour de celui-ci afin de préserver la finalité de chaque période.

Seul un accord entre les parties permettrait une réduction du préavis à due proportion de la durée des congés payés. Cette solution ne se présente, en pratique, que pour l'hypothèse de la démission.

Rupture notifiée avant la prise des congés payés et salarié prenant des congés pendant le préavis

Il s'agit du cas où l'employeur souhaite imposer des congés pendant le préavis ou que le salarié formule une telle demande.

Si l'initiative vient de l'employeur, seul un accord avec le salarié peut permettre d'imputer les congés

(27) Cass. soc., 14 oct. 1987, n° 84-41.670 ; Cass. soc., 4 déc. 1986, n° 84-41.693.



payés sur le préavis ⁽²⁸⁾. Dans ce cas, puisque les congés sont pris, la durée du préavis est écourtée et l'employeur devra verser une indemnité compensatrice de préavis ⁽²⁹⁾.

Si l'initiative vient du salarié (généralement lors d'une démission), le régime est le même. Cependant, aucune indemnité compensatrice ne sera donc due, sauf accord contraire.

Rupture notifiée et prise des congés, fixés avant le licenciement ou la démission, durant le préavis

Il s'agit du cas où les dates de congés payés ont été fixés avant la notification de la rupture.

Dans cette situation, les congés payés interrompent le préavis en cours. Ce dernier reprendra son cours au terme des congés payés ⁽³⁰⁾.

Prise de CP durant la fermeture de l'entreprise pendant le préavis

Enfin, il faut réserver le cas de la fermeture de l'entreprise pendant le préavis de démission. L'inexécution par le salarié de l'intégralité de son préavis résulte alors d'un arrêt d'activité indépendant de sa volonté. Aussi, il a le droit de bénéficier d'une indemnité compensatrice de préavis pour la partie non exécutée au titre de la fermeture d'entreprise ⁽³¹⁾. Il s'agit d'une exception.

Cette solution semble pouvoir être étendue à l'hypothèse du licenciement.

Préavis et report des congés payés – Synthèse

	LICENCIEMENT OU DÉMISSION NOTIFIÉE PENDANT LES CONGÉS PAYÉS	DATE DES CONGÉS PAYÉS FIXÉS AVANT LA DÉMISSION OU LE LICENCIEMENT & CONGÉS PAYÉS PRIS PENDANT LE PRÉAVIS	CONGÉS PAYÉS PRIS PENDANT LE PRÉAVIS SANS QUE LA DATE AIT ÉTÉ FIXÉE AVANT L'ACTE DE RUPTURE	FERMETURE D'ENTREPRISE PENDANT LA PÉRIODE DE PRÉAVIS
Préavis de licenciement	Suspension du préavis jusqu'au terme des congés. Reprise du préavis au terme des congés. L'employeur peut dispenser le salarié d'exécuter le préavis. Une indemnité compensatrice sera due. Pas de report du terme du préavis.	Suspension du préavis jusqu'au terme des congés. Reprise du préavis au terme des congés. L'employeur peut dispenser le salarié d'exécuter le préavis. Une indemnité compensatrice sera due. Pas de report du terme du préavis.	Cas 1 : initiative de l'employeur : le salarié a droit à une indemnité compensatrice de préavis pour la partie non exécutée. Cas 2 : initiative du salarié : aucune indemnité compensatrice n'est due.	Option 1 : Pas de décalage du terme du préavis de licenciement. Indemnité compensatrice de préavis pour la partie non exécutée. Option 2 : Suspension du préavis jusqu'au terme des congés. Reprise du préavis au terme des congés.
Préavis de démission	Suspension du préavis jusqu'au terme des congés. Reprise du préavis au terme des congés. Le salarié peut demander une réduction du préavis / l'imputation du préavis sur les congés. Il ne percevra pas d'indemnité compensatrice.	Suspension du préavis jusqu'au terme des congés. Reprise du préavis au terme des congés. Le salarié peut demander une réduction du préavis / l'imputation du préavis sur les congés. Il ne percevra pas d'indemnité compensatrice.	Cas 1 : initiative de l'employeur : le salarié a droit à une indemnité compensatrice de préavis pour la partie non exécutée. Cas 2 : initiative du salarié : aucune indemnité compensatrice n'est due.	Pas de décalage du terme du préavis de démission Indemnité compensatrice de préavis pour la partie non exécutée

(28) Cass. soc., 7 déc. 1993, n° 90-42.781.

(29) Cass. ass. plén., 5 mars 1993, n° 88-45.233.

(30) Cass. soc., 14 nov. 1990, n° 87-45.288 ; Cass. soc., 14 déc. 2006, n° 05-42.846.

(31) Cass. soc., 21 nov. 2001, n° 99-45.424.



CAS PRATIQUE

Données

Période d'acquisition : 1^{er} juin N au 31 mai N+1.

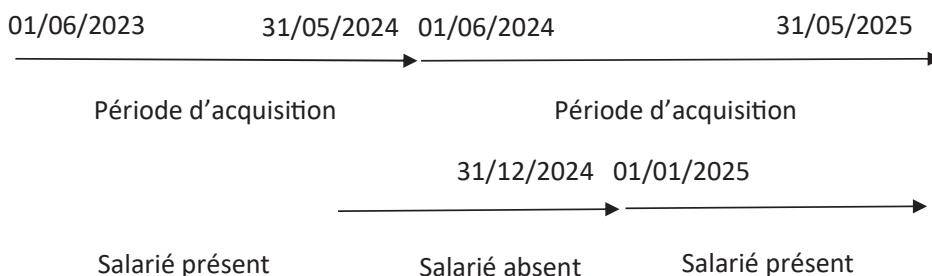
Période de prise : 1^{er} juin N+1 au 31 mai N+2

Soit un salarié présent sur la période d'acquisition (aucune maladie) : 1^{er} juin 2023 au 31 mai 2024.

Le salarié a donc acquis 30 jours ouvrables, puisque présent sur toute la période de prise.

Le salarié est absent pour maladie du 1^{er} juin 2024 au 31 décembre 2024 ⁽³²⁾.

Le salarié est présent sur la période du 1^{er} janvier 2025 au 31 mai 2025.



Problématique : comment organiser la prise et/ou le report des congés payés ?

Le salarié revient donc pendant la période de prise (puisqu'elle se termine au 31 mai 2025).

Principe

Lorsqu'il revient en janvier 2025, on ne peut pas déterminer si la prise jusqu'au 31 mai 2025 est impossible, puisque la période de prise définie par l'entreprise est comprise entre le 1^{er} juin 2024 et 31 mai 2025. Au 1^{er} janvier 2025, l'entreprise ne sait pas si le salarié va être absent ou non. Mais elle doit, en tout état de cause, organiser la prise sur cette période (c'est une obligation qui lui incombe).

Obligation d'information

À ce stade, faut-il informer le salarié de son droit ? Et du délai de 15 mois ?

En principe, oui. Toutefois la période de prise étant ouverte jusqu'au 31 mai 2025, le salarié n'est pas empêché de prendre ses congés en raison de sa maladie. Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées.

Situation alternative 1

La période comprise entre le 1^{er} janvier 2025 et le 31 mai 2025 est une période de haute d'activité où seulement six jours pourront être pris (alors que le droit acquis est de 30 jours). Les 24 jours avaient été programmés pour être pris entre le 1^{er} juin 2024 et le 31 décembre 2024.

À son retour, le salarié doit être informé qu'il a 15 mois pour prendre ces 24 jours.

Ayant bien été empêché du fait de la maladie de prendre 24 jours, et ceux-ci ne pouvant être reprogrammés par l'employeur avant la fin de la période de prise, le salarié doit être informé de son droit au report des congés et de la période de 15 mois sur lesquels ils peuvent être pris.

Situation alternative 2

L'employeur avait organisé la prise des 30 jours de congés durant le mois d'avril 2025, mais le salarié est finalement de nouveau absent pour maladie à cette période.

À son retour (1^{er} mai 2025), l'intéressé devra être informé qu'il a 15 mois pour prendre les 30 jours initialement programmés.

Situation alternative 3

L'employeur avait organisé la prise des 30 jours de congés durant tout le mois d'avril 2025, mais le salarié est absent 15 jours durant cette période.

Un report devrait s'organiser à hauteur des 15 jours de maladie.

⁽³²⁾ À son retour, le salarié doit être théoriquement informé qu'il a acquis des congés payés pendant sa maladie (1^{er} juin 2024 au 31 décembre). Ces congés seront à prendre sur la prochaine période de prise (1^{er} juin 2025 au 31 mai 2026).

**Situation alternative 4 (non prévue par la loi)**

L'employeur a laissé libre choix au salarié de prendre ses congés jusqu'au 31 mai 2025. Il lui a suggéré des dates qui ne convenaient pas à l'intéressé, qui a formulé une contre-proposition que l'entreprise a refusée.

Au final, le salarié n'a pas pris de congés du tout, ou seulement quelques jours.

L'employeur se retrouve défaillant dans l'organisation de la prise des congés payés (puisque le salarié est revenu pendant la période de prise), et l'entreprise pourrait être sanctionnée.

Voilà une situation qui permet de mettre l'accent sur l'exigence de vigilance que doit s'imposer la DRH dans l'organisation et la prise des congés payés ! Il faut adopter une gestion rigoureuse avant le terme de la période et éviter autant que faire se peut de « *perdre la main* » sur la fixation des congés en laissant entière liberté au salarié pour se déterminer.

— Sur la procédure à mettre impérativement en place pour éviter les sanctions tant civiles que pénales, voir, dans ce numéro, L. Gervais et O. Romieu, « *Effectivité du droit – Diligences à accomplir* ». ♦



Indemnisation



Laura MIVIERE

Juriste



Thibault PACALET

Juriste

Doctorant en droit privé

CMH UR 4232 – UCA

PRINCIPES RÉGISSANT L'INDEMNISATION DES CONGÉS PAYÉS

L'indemnisation des congés payés est régie par la Section 4 du Chapitre 1 du Titre 4 du Titre II du Livre I de la troisième partie du Code du travail.

L'employeur est tenu de compenser la perte de salaire que l'absence pour congés payés entraîne *via* une indemnité de congés payés.

En cas de compteur de congés payés positif lors de la rupture du contrat de travail, ces derniers sont indemnisés par l'employeur par le biais d'une indemnité compensatrice de congés payés.

En tout état de cause, en dehors de ces deux cas, l'employeur ne peut pas indemniser les congés payés pour pallier l'absence de leur prise effective ⁽¹⁾. Il est

Comme leur nom l'indique,
les congés payés doivent être rémunérés.
La loi impose à l'employeur d'utiliser
deux modes de calcul, le dixième
des rémunérations annuelles et le maintien
du salaire, et d'allouer au salarié
la somme la plus avantageuse.

donc tenu de démontrer qu'il a mis le salarié en mesure de prendre ses congés payés.

L'ensemble des dispositions applicables en matière d'indemnisation est d'ordre public, de sorte que le législateur ne laisse aucune possibilité de déroger aux règles exposées ci-dessous

par la voie de la négociation collective.

Depuis 2016, l'indemnisation des congés payés est régie par l'article L. 3141-24 du Code du travail, tel que modifié par la loi du 22 avril 2024 ⁽²⁾.

Les nouvelles dispositions applicables permettent désormais de faire bénéficier aux salariés dont le contrat de travail est suspendu pour cause d'arrêt de travail lié à un accident ou une maladie n'ayant pas

(1) Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929.

(2) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole.



un caractère professionnel de deux jours ouvrables de congés payés par mois d'absence.

Afin d'adapter cette nouvelle règle d'acquisition au calcul de l'indemnisation, le législateur a naturellement modifié l'article L. 3141-24 du Code du travail, lequel dispose désormais que :

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

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

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

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

3° Des périodes assimilées à un temps de travail par l'article L. 3141-4 et par les 1° à 6° de l'article L. 3141-5 qui sont considérées comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement ;

4° Des périodes assimilées à un temps de travail par le 7° du même article L. 3141-5 qui sont considérées comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement, dans la limite d'une prise en compte à 80 % de la rémunération associée à ces périodes.

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

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

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

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

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

« III. - Un arrêté du ministre chargé du travail détermine les modalités d'application du pré-

sent article dans les professions mentionnées à l'article L. 3141-32. »

Afin de procéder au calcul de l'indemnité de congés payés, il est nécessaire de déterminer les salaires à intégrer au sein de son assiette, sur laquelle sera assis le calcul de l'indemnisation des congés payés selon la comparaison des deux méthodes résultant de l'article précité.

ASSIETTE DE L'INDEMNISATION DES CONGÉS PAYÉS

Comme préalablement indiqué, il résulte de l'article L. 3141-24 du Code du travail que l'indemnité de congés payés est calculée sur la base du dixième de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence d'acquisition. Par ailleurs, ce texte précise que cette indemnité ne peut pas être inférieure à la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait travaillé pendant sa période de congés payés.

Avant d'analyser en détail le calcul de l'indemnité de congés payés en application de la méthode du dixième, il convient tout d'abord de préciser quels sont les éléments de rémunération du salarié qui sont inclus dans la rémunération brute totale de la période de référence, outre le salaire de base. La rémunération brute totale acquise sur la période de référence n'est en effet pas simple à déterminer, compte tenu de la grande diversité des éléments pouvant s'y intégrer. Pour l'application de la méthode du maintien de salaire, les mêmes éléments de rémunération que ceux qui sont inclus dans l'assiette de l'indemnité de congés payés en application de la méthode du dixième doivent être pris en compte.

En principe, sont incluses dans l'assiette de l'indemnité de congés payés toutes les sommes versées en contrepartie du travail effectué par le salarié, sauf si ces dernières concernent une période de congés payés. *A contrario*, doivent être exclues toutes les sommes qui ne sont pas versées en contrepartie du travail effectué par le salarié.

Éléments de rémunération inclus dans l'assiette

Si le législateur énonce une partie des éléments de rémunération inclus dans l'assiette servant de base de calcul à l'indemnité de congés payés, c'est bien



la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui est venue les préciser au fil de ses décisions. Cette dernière permet donc de dresser une liste relativement exhaustive des éléments inclus ou exclus de cette assiette.

Tout d'abord, l'article L. 3141-24 précité prévoit que pour la détermination de la rémunération brute totale, 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 du Code du travail ;
- des périodes assimilées à un temps de travail par les articles L. 3141-4 et L. 3141-5, 1° à 6°, qui sont considérées comme ayant donné lieu à rémuné-

ration en fonction de l'horaire de travail de l'établissement. Il s'agit des congés de maternité, de paternité, d'adoption, des périodes d'arrêt de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle ;

- des périodes assimilées à un temps de travail par le 7° de l'article L. 3141-5 qui sont considérées comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement, dans la limite d'une prise en compte à 80 % de la rémunération associée à ces périodes. Il s'agit des arrêts de travail pour accident ou maladie n'ayant pas un caractère professionnel.

En outre, l'article D. 3141-8 du Code du travail précise que l'indemnité de fin de mission versée au travailleur à l'issue de son contrat de travail temporaire est prise en compte pour la détermination de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence (*voir également encadré ci-après*).

Cas des travailleurs temporaires

Des dispositions particulières existent et ont été modifiées par la loi du 22 avril 2024 : elles figurent à l'article L. 1251-19 du Code du travail. Aux termes de cet article, le salarié temporaire a droit à une indemnité compensatrice de congés payés pour chaque mission effectuée, dont le montant ne peut être inférieure au dixième de la rémunération totale brute perçue par le salarié. Pour l'appréciation des droits du salarié, l'article précité énumère limitativement les périodes assimilées à un temps de mission. Il s'agit :

- des périodes de congé légal de maternité, de paternité, d'accueil de l'enfant et d'adoption ;
- des périodes pendant lesquelles un salarié est rappelé sous les drapeaux, à condition que le point de départ de ces périodes se place au cours d'une mission ;
- des périodes mentionnées aux 5° et 7° de l'article L. 3141-5. Ces dernières périodes correspondent à celles pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'arrêt de travail lié à un accident ou une maladie ayant ou non un caractère professionnel.

Pour les travailleurs temporaires, la limitation de la prise en compte de la rémunération à 80 % pour les périodes de suspension pour cause de maladie ou accident non professionnels prévue pour les salariés de droit commun ne s'applique pas. En effet, l'article L. 1251-19 précité applicable aux salariés temporaires évoque d'une manière générale qu'il est tenu compte de ces périodes pour « *les droits du salarié* » en matière de congés payés. Pour les salariés de droit commun, l'article L. 3141-5 précise que ces périodes sont assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination de la durée du congé, l'article L. 3141-24 précisant ensuite que pour la détermination de la rémunération brute totale il convient d'appliquer la limite de 80 %.

Sommes versées en contrepartie du travail ou des périodes assimilées

Au vu des articles énoncés ci-dessus, doivent donc être intégrées dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés les sommes versées en contrepartie du travail ou des périodes assimilées. Le salaire de

base du salarié doit donc être inclus dans l'assiette, y compris les majorations pour heures supplémentaires ⁽³⁾, pour travail de nuit ⁽⁴⁾, pour travail du dimanche ou d'un jour férié si elles correspondent à

⁽³⁾ Cass. soc., 31 oct. 2012, n° 11-19.170.

⁽⁴⁾ Cass. soc., 25 janv. 1968, n° 66-40.557.



une servitude permanente de l'emploi ⁽⁵⁾, ainsi qu'à la rémunération des temps de pause ⁽⁶⁾.

Concernant les périodes de repos ou d'inactivité assimilées par la loi ou les conventions collectives à des périodes de travail effectif, ces périodes sont « *considérées comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement* » ⁽⁷⁾.

Au regard de ce principe, l'indemnité de congés payés relative à la période de référence précédente doit inévitablement être intégrée dans l'assiette. Il en va de même pour les indemnités afférentes au repos compensateurs et la rémunération des jours fériés chômés ⁽⁸⁾.

Remarque

L'indemnité allouée en compensation de la contrepartie obligatoire en repos non prise en raison de la contestation par l'employeur des heures supplémentaires effectuées par le salarié n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité de congés payés, car cette indemnité a le caractère de dommages-intérêts ⁽⁹⁾.

Dans le cas où une absence assimilée à du travail effectif n'est pas indemnisée par l'employeur, en totalité ou partiellement, le calcul s'opère comme si l'absence avait été totalement rémunérée. En effet, comme évoqué *supra*, ces périodes doivent être considérées, aux termes de l'article L. 3141-24, « *comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de l'établissement* ».

Exemple

Une ouvrière en congé de maternité a perçu 100 % de son salaire net grâce aux indemnités journalières de la Sécurité sociale. L'employeur ne lui a donc rien versé pendant cette période. Il doit néanmoins inclure dans le calcul du dixième le montant de la rémunération brute qu'il aurait dû verser à la salariée si elle avait travaillé ⁽¹⁰⁾.

Cette solution jurisprudentielle est transposable à tous les cas où un salarié a été indemnisé en partie par la Sécurité sociale et où l'employeur a dû, ou non, compléter le salaire.

Remarques

1. Concernant les arrêts de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, il résultait des anciens articles L. 3141-5 et L. 3141-24 que le calcul s'opérait comme si l'absence avait été totalement rémunérée dans la limite d'un an. Depuis la loi du 22 avril 2024, qui a modifié le 5° de l'article L. 3141-5 du Code du travail, la limitation à un an n'est désormais plus applicable. En conséquence, les périodes de suspension du contrat de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle doivent être prises en compte sans limitation de durée pour la détermination de l'assiette servant de base de calcul à l'indemnité de congés payés.

2. Concernant les arrêts de travail pour accident ou maladie non professionnelle, depuis la loi du 22 avril 2024 précitée, le calcul s'opère désormais comme si l'absence avait donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement, mais dans la limite d'une prise en compte de la rémunération à 80 %. Cela s'explique aisément, car si la rémunération qu'aurait perçue le salarié était prise en compte à 100 %, la limitation du nombre de jours de congés payés acquis pendant une période de suspension du contrat pour accident ou maladie non professionnelle à raison de deux jours ouvrables par mois n'aurait aucun impact. En effet, avec la règle du dixième, que le salarié dispose de 30 jours ouvrables de congés payés ou 24 jours sur l'année, le montant de l'indemnité serait exactement le même. Cela reviendrait donc à vider les nouvelles règles légales de leur substance.

Il convient d'évoquer le cas particulier des heures chômées dans le cadre de l'activité partielle : la totalité de ces heures non travaillées est prise en compte dans le calcul des droits à congés payés ⁽¹¹⁾.

En outre, lorsque l'employeur prend en charge volontairement une cotisation salariale, les sommes prises en charge doivent être intégrées dans l'assiette de l'indemnité de congés payés. C'est par exemple ce qui a été jugé concernant la prise en charge volontaire par l'employeur de la cotisation salariale à une caisse de retraite ⁽¹²⁾.

Primes et indemnités

Sous certaines conditions, les primes et indemnités versées au salarié doivent être intégrées dans l'as-

(5) Cass. soc., 11 févr. 1998, n° 95-44.887.

(6) Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 13-19.818.

(7) C. trav., art. L. 3141-24.

(8) Cass. soc., 4 janv. 1974, n° 72,40.674.

(9) Cass. soc., 21 mai 2002, n° 99-45.890.

(10) Cass. soc., 10 nov. 1988, n° 86-40.863.

(11) C. trav., art. R. 5122-11

(12) Cass. soc., 2 mars 1999, n° 96-42.541.



siette de calcul de l'indemnité de congés payés. Ce sera le cas si elles sont versées en contrepartie des services du salarié et qu'elles revêtent un caractère de généralité et de constance qui les rend obligatoires pour l'employeur ⁽¹³⁾.

Toutefois, au regard du principe selon lequel l'indemnité de congés payés n'est pas susceptible d'être cumulée, pour la même période, avec une rémunération qu'elle est destinée à compenser ⁽¹⁴⁾, une prime dont le montant resterait inchangé, que le salarié prenne ou non son congé, ne saurait être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés. Cela est tout à fait logique dans la mesure où la solution contraire reviendrait à rémunérer au salarié deux fois une même prime ⁽¹⁵⁾.

La jurisprudence distingue plusieurs catégories de primes et indemnités.

Primes attachées aux résultats qualitatifs personnels du salarié

Dès lors que ces primes sont liées, au moins pour partie, aux résultats du salarié et non uniquement à l'activité globale de son service ou de l'entreprise et qu'elles ne sont pas versées pendant une période de congés payés, elles doivent être intégrées dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ⁽¹⁶⁾.

La Cour de cassation a considéré que répondent à ces conditions les primes de rendement ⁽¹⁷⁾, ainsi que les primes d'objectifs personnellement atteints par le salarié ⁽¹⁸⁾. C'est encore le cas d'une prime de résultat variable déterminée en fonction à la fois d'objectifs personnels fixés par le supérieur hiérarchique et d'objectifs de la société ⁽¹⁹⁾.

Primes attachées à une qualité personnelle du salarié

Sont notamment visées ici les primes d'assiduité et d'ancienneté.

S'agissant des primes d'assiduité, elles doivent être intégrées dans l'assiette de l'indemnité de congés payés lorsqu'elles sont versées chaque mois en contrepartie du travail du salarié et qu'elles ne rémunèrent pas aussi des périodes de congés payés ⁽²⁰⁾.

En principe, les primes d'ancienneté sont également intégrées dans l'assiette de l'indemnité de congés payés ⁽²¹⁾. Néanmoins, là encore, ces primes n'intègrent pas l'assiette si elles sont également versées pendant les périodes de congés payés ⁽²²⁾, car cela reviendrait à les faire payer deux fois par l'employeur.

Primes attachées à des sujétions permanentes

Les primes qui sont versées en contrepartie de sujétions permanentes sont intégrées dans l'assiette de l'indemnité de congés payés. *A contrario*, une prime versée en contrepartie d'une sujétion exceptionnelle en sera exclue.

En conséquence, toutes les primes versées en contrepartie d'une situation permanente de pénibilité ou de dangerosité seront intégrées à l'assiette de l'indemnité de congés payés. Il s'agira notamment des primes de hauteur, de chaleur, d'insalubrité et de salissure ⁽²³⁾. Il en va de même pour les primes de nuit ⁽²⁴⁾, de soirée ⁽²⁵⁾, pour travail le samedi, le dimanche ou les jours fériés compensant une servitude permanente de l'emploi ⁽²⁶⁾, ainsi que les primes d'équipes versées de manière permanente et ne comprenant aucun risque exceptionnel ⁽²⁷⁾. C'est encore le cas des primes d'astreintes, dès lors qu'elles correspondent à une sujétion permanente de l'emploi et ne sont pas liées à des circonstances exceptionnelles ⁽²⁸⁾.

La Cour de cassation a récemment admis qu'un bonus, même qualifié de « *discrétionnaire* » par l'employeur, devait être inclus dans l'assiette de l'indemnité de congés payés, dès lors qu'il n'était pas exceptionnel et qu'il avait été versé au salarié régulièrement chaque année pendant sept ans ⁽²⁹⁾.

Primes attachées aux déplacements ou aux missions du salarié

Ces primes sont incluses dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, à deux conditions :

- elles ne doivent pas constituer un remboursement de frais ;

(13) Rép. min. n° 1486, JO Sénat 26 févr. 1961, p. 54.

(14) Cass. soc., 4 avr. 1990, n° 87-43.703.

(15) Cass. soc., 18 févr. 2015, n° 13-20.920.

(16) Cass. soc., 18 févr. 2015, n° 13-20.920.

(17) Cass. soc., 28 oct. 1963, Bull. civ. IV, n° 745.

(18) Cass. soc., 19 déc. 1990, n° 88-40.073.

(19) Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 10-23.687.

(20) Cass. soc., 11 juin 1987, n° 84-45.122.

(21) Cass. soc., 30 mars 1995, n° 91-43.640.

(22) Cass. soc., 24 mars 2004, n° 02-41.828.

(23) Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-40.586.

(24) Cass. soc., 18 déc. 1996, n° 94-41.185.

(25) Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 99-44.464.

(26) Cass. soc., 11 févr. 1998, n° 95-44.887.

(27) Cass. soc., 8 oct. 1987, n° 85-42.252.

(28) Cass. soc., 2 mars 2016, n° 14-14.919.

(29) Cass. soc., 5 juill. 2023, n° 21-16.694.



- elles doivent avoir pour objet de compenser les désagréments et le dépaysement dus à l'éloignement.

Ce sera notamment le cas d'une prime d'expatriation destinée à compenser les désagréments dus à l'éloignement ayant la nature d'un complément de salaire ⁽³⁰⁾. *A contrario*, n'intègre pas l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés l'indemnité de dépaysement visant à compenser les frais inhérents au séjour à l'étranger ⁽³¹⁾.

Avantages en nature

C'est l'article L. 3141-25 du Code du travail qui pose le principe selon lequel, pour la fixation de l'indemnité de congés payés, il est tenu compte des avantages en nature dont bénéficie habituellement le salarié et dont il ne continuerait pas à jouir pendant la durée de ses congés.

En conséquence, l'avantage en nature dont bénéficie habituellement le salarié doit être intégré dans l'assiette de l'indemnité de congés payés dès lors qu'il n'en bénéficie plus pendant sa période de congés payés. Il s'agira notamment de l'avantage en nature nourriture. Cela signifie *a contrario* que lorsque le salarié continue à bénéficier de certains avantages en nature pendant ses congés payés, ils ne sont pas intégrés dans l'assiette de l'indemnité de congés payés. Il s'agira notamment des avantages en nature logement ou véhicule dont les salariés ne perdent généralement pas le bénéfice lors de leurs périodes de congés payés.

Cas particuliers

Contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence

La jurisprudence considère que la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence a la nature d'une indemnité compensatrice de salaire. En conséquence, elle doit être incluse dans l'assiette de l'indemnité de congés payés ⁽³²⁾. *A contrario*, l'indemnité destinée à réparer le préjudice né d'une clause de non-concurrence nulle n'a pas la nature d'une indemnité compensatrice de salaire et ne doit donc pas être intégrée dans l'assiette de l'indemnité de congés payés ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.258.

⁽³¹⁾ Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 07-42.873.

⁽³²⁾ Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233.

⁽³³⁾ Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-10.987.

Pourboires

C'est l'article L. 3141-26 du Code du travail qui indique le sort des pourboires pour l'assiette de l'indemnité de congés payés. Aux termes de cet article, « *dans les professions où, d'après les stipulations du contrat de travail, la rémunération des salariés est constituée en totalité ou en partie de pourboires, la rémunération à prendre en considération pour la détermination de l'indemnité de congé est évaluée conformément aux règles applicables en matière de sécurité sociale* ».

Autrement dit, que la rémunération du salarié soit constituée intégralement ou en partie de pourboires, ces derniers sont intégrés dans l'assiette de l'indemnité de congés payés. Il est évident qu'il doit s'agir des pourboires prélevés par l'employeur et répartis par lui. Par ailleurs, l'article énoncé *supra* précise que l'indemnité de congés payés ne peut pas être prélevée sur la masse des pourboires ou du pourcentage perçu pour le service.

Reprise du versement du salaire lors de l'inaptitude

L'absence du salarié qui découle de son inaptitude prononcée par le médecin du travail n'est pas assimilée à une période de travail effectif. Pour autant, la jurisprudence considère que lorsque l'employeur est tenu de reprendre le paiement du salaire un mois après la constatation de l'inaptitude du salarié lorsque ce dernier n'est ni reclassé ni licencié, ce salaire ouvre droit à une indemnité de congés payés ⁽³⁴⁾.

Éléments de rémunération exclus de l'assiette

Sommes indemnisant des périodes d'absence non assimilées à du temps de travail effectif

Communément, toutes les sommes indemnisant des périodes d'absence du salarié non assimilées par la loi ou les conventions collective à du temps de travail effectif sont exclues de l'assiette de l'indemnité de congés payés.

Ce sera le cas lorsque la convention collective énumère limitativement les absences assimilées à du temps de travail effectif au regard des congés payés

⁽³⁴⁾ Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-10.701.



et qu'elle n'y inclut pas les congés conventionnels supplémentaires. Dans ce cas, la rémunération de ces congés doit être exclue de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ⁽³⁵⁾. Il en va de même pour le complément de rémunération versé par le comité social et économique et le syndicat à un salarié en stage de formation syndicale ⁽³⁶⁾.

Primes et indemnités non affectées lors des périodes de congés payés

Les primes et indemnités diverses versées pour des périodes de travail effectif et de congés payés confondus doivent être exclues de l'assiette de l'indemnité de congés payés ⁽³⁷⁾. L'explication est assez logique dans la mesure où inclure ces primes et indemnités dans l'assiette de l'indemnité de congés payés reviendrait à les faire payer deux fois par l'employeur ⁽³⁸⁾.

À ce titre, il doit être précisé que la périodicité du versement d'une telle prime n'a aucune incidence. En effet, peu importe la périodicité du versement de la prime (année, semestre, trimestre, etc.) : dès lors qu'elle est établie pour l'année et que son montant n'est pas affecté par le départ en congés payés du salarié, elle ne doit pas être prise en compte dans l'assiette de l'indemnité de congés payés. C'est par exemple le cas d'une prime de treizième mois qui est versée à raison d'un douzième par mois ⁽³⁹⁾. *A contrario*, une prime versée une fois par an, mais calculée uniquement sur les périodes de travail, doit être incluse dans l'assiette de l'indemnité de congés payés ⁽⁴⁰⁾.

Intéressement et participation

Les sommes relatives à l'intéressement et à la participation des salariés sont exclues de l'assiette de l'indemnité de congés payés pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ces sommes n'ont pas la nature d'éléments de salaire en ce qui concerne l'application de la législation du travail ⁽⁴¹⁾. En outre, elles dépendent uniquement d'un résultat collectif et atteint, et sont versées pour les périodes de travail

et les périodes de congés confondus, sans distinction ⁽⁴²⁾.

Remboursements de frais

Toutes les sommes versées au salarié dans le but de lui rembourser des frais réellement exposés sont exclues de l'assiette de l'indemnité de congés payés dans la mesure où elles ne constituent pas un élément de rémunération ⁽⁴³⁾, et ce peu important leur dénomination, et peu important que leur montant soit forfaitaire ⁽⁴⁴⁾.

La jurisprudence a indiqué que l'assujettissement ou non des sommes aux cotisations de sécurité sociale ne constitue qu'un indice de la nature de salaire ou de remboursement de frais des sommes litigieuses. Il revient donc au juge de rechercher la nature véritable des sommes versées ⁽⁴⁵⁾. La qualification donnée par les juges entraînera donc l'inclusion ou l'exclusion des sommes dans l'assiette de l'indemnité de congés payés.

CAS SPÉCIFIQUE DES PRIMES DE PANIER

Les concernant, la jurisprudence a grandement évolué. La Cour de cassation considèrerait que les primes de panier devaient être incluses dans l'assiette de l'indemnité de congés payés, dans la mesure où elles avaient un caractère forfaitaire et ne correspondaient pas à des frais réellement exposés ⁽⁴⁶⁾. Toutefois, cette position a été écartée dès lors que les juges se sont attachés à l'objet même de la prime de panier. Dans ce cadre, la jurisprudence considère désormais qu'une prime de panier ayant pour objet de compenser le surcoût du repas consécutif à un travail posté ou à des horaires atypiques, constitue un remboursement de frais et non un complément de salaire, peu important son caractère forfaitaire et le fait que son versement ne soit soumis à la production d'aucun justificatif ⁽⁴⁷⁾. En conséquence, le montant de cette prime de panier doit être exclu de l'assiette de l'indemnité de congés payés.

Autres primes et indemnités

Les primes et indemnités ayant le caractère de gratification exceptionnelle ne sont pas considérées comme

⁽³⁵⁾ Cass. soc., 14 janv. 1998, n° 95-41.894.

⁽³⁶⁾ Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-42.563.

⁽³⁷⁾ Cass. soc., 9 mai 1962, Bull. civ. IV, n° 421.

⁽³⁸⁾ Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.709.

⁽³⁹⁾ Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-41.884.

⁽⁴⁰⁾ Cass. soc., 25 mars 1982, n° 80-40.723.

⁽⁴¹⁾ C. trav., art. L. L.3312-4, concernant l'intéressement ; C. trav., art. L. 3325-1, concernant la participation.

⁽⁴²⁾ Cass. soc., 25 oct. 1995, n° 91-45.502 ; Cass. soc., 7 nov. 1995, n° 92-42.000.

⁽⁴³⁾ Cass. soc., 26 nov. 2008, n° 07-40.468.

⁽⁴⁴⁾ Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 18-14.294.

⁽⁴⁵⁾ Cass. soc., 27 oct. 1977, n° 76-40.861.

⁽⁴⁶⁾ Cass. soc., 16 janv. 1996, n° 92-42.116.

⁽⁴⁷⁾ Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 15-23.341.



constituant un élément du salaire en raison de leur absence de lien avec la prestation du travail ⁽⁴⁸⁾. En conséquence, ces sommes sont logiquement exclues de l'assiette de l'indemnité de congés payés.

In fine, il convient d'analyser l'objet de chaque somme versée au salarié afin de déterminer sa nature et son inclusion ou non dans l'assiette de l'indemnité de congés payés.

ASSIETTE D'INDEMNISATION DES CONGÉS PAYÉS – EXEMPLE 1				
ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION	MONTANT MENSUEL BRUT	INCLUSION DANS L'ASSIETTE	MONTANT ANNUEL TOTAL	MONTANT ANNUEL INCLUS DANS L'ASSIETTE
Salaire de base	2 000 €	Oui	24 000 €	24 000 €
Avantage en nature véhicule	120 €	Non	1 440 €	—
Avantage en nature repas (5,35 € par repas)	—	Oui	1 219,80 € ⁽⁴⁹⁾	1 219,80 €
Total	—	—	26 659,80 €	25 219,80 €

ASSIETTE D'INDEMNISATION DES CONGÉS PAYÉS – EXEMPLE 2				
ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION	MONTANT MENSUEL BRUT	INCLUSION DANS L'ASSIETTE	MONTANT ANNUEL TOTAL	MONTANT ANNUEL INCLUS DANS L'ASSIETTE
Salaire de base	2 000 €	Oui	24 000 €	24 000 €
Treizième mois versé à hauteur d'un douzième par mois	166,66 €	Non	2 000 €	—
Prime annuelle sur objectifs individuels	—	Oui	3 000 €	3 000 €
Participations des salariés	—	Non	500 €	—
Total	—	—	29 500 €	27 000 €

CALCUL DE L'INDEMNISATION

Conformément à l'article L. 3141-24 du Code du travail, « le congé annuel prévu à l'article L. 3141-3 ouvre droit à une indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence ». Cette indemnité ne peut toutefois pas être inférieure « au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler ».

Les congés payés sont un droit pour chaque salarié. L'employeur est tenu d'accomplir toutes les

diligences nécessaires pour permettre aux salariés de prendre les congés payés acquis pendant la période de référence. Ils donnent donc lieu à une indemnité de congés payés versée lors de chaque prise ou à une indemnité compensatrice de congés payés lors de la rupture du contrat de travail si des congés payés restent dus au salarié à cette date.

La comparaison des deux méthodes est nécessairement effectuée lorsque les congés payés acquis sur la période de référence antérieure ont intégralement été pris. En effet, il convient d'indemniser les congés payés selon la formule la plus avantageuse entre la règle du dixième et la règle du maintien de salaire, une régularisation étant effectuée lors de la dernière prise, le cas échéant.

⁽⁴⁸⁾ Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 07-45.587.

⁽⁴⁹⁾ Sur la base de 228 jours de travail : 365 jours – 104 samedis et dimanches – 25 CP – 8 jours fériés hors weekend.



Méthode du dixième

Comme le précise l'article L. 3141-24 du Code du travail, le congé annuel prévu à l'article L. 3141-3 du même code (30 jours ouvrables ou 25 jours ouvrés) ouvre droit à une indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié.

Cette rémunération brute est déterminée selon les sommes perçues par le salarié entrant dans l'assiette précédemment définie au cours de la période de référence.

Période de référence pour la détermination de la rémunération brute perçue

La détermination de cette dernière est laissée au champ de la négociation collective. En effet, l'article L. 3141-10 du Code du travail dispose qu'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut fixer le début de la période de référence pour l'acquisition des congés.

Toutefois, à défaut d'accord en la matière, le point de départ de la période prise en compte pour le calcul du droit au congé est fixé au 1^{er} juin de chaque année. Le cas échéant et dans la plupart des cas, la période d'acquisition des congés payés s'étend du 1^{er} juin de l'année N-1 au 31 mai de l'année N.

Au 1^{er} juin N, le salarié ayant travaillé pendant l'intégralité de la période d'acquisition dispose de 30 jours de congés payés à prendre pendant la période de prise. Il doit en effet avoir été en mesure de prendre cinq semaines annuelles de congés de congés payés.

En conséquence, à la clôture de chaque période d'acquisition, le salarié dispose d'une provision de congés payés calculée sur les salaires à prendre en compte au sein de l'assiette de congés payés, perçus pendant leur période d'acquisition, c'est-à-dire du 1^{er} juin N-1 au 31 mai N.

En tout état de cause, et notamment en cas d'embauche du salarié pendant la période de référence, la période pendant laquelle il doit être tenu compte des salaires perçus s'étend de la date d'embauche

effective du salarié jusqu'au 31 mai N. Sur ce point, la Cour de cassation n'admet pas la possibilité de tenir compte des rémunérations perçues par le salarié au cours de l'année civile ⁽⁵⁰⁾.

De la même manière, chaque somme perçue par le salarié pendant la période de référence, mais rattachée à une période antérieure n'est pas prise en compte dans la détermination du salaire perçu, notamment s'il a été alloué un rappel de salaire ou une régularisation en paie.

Calcul

L'indemnité de congés payés est *de facto* calculée en multipliant la somme des salaires bruts perçus pendant la période de référence qui vient de s'écouler par 10 %. Cette provision de congés payés annuelle équivaut à un droit à congés payés complet, conformément à l'article L. 3141-3 du Code du travail, soit 30 jours ouvrables pour un salarié disposant d'un droit à congés payés intégral.

Le calcul de l'indemnité d'un salarié embauché au cours de la période d'acquisition sera identique. En effet, la somme des rémunérations prises en considération pour déterminer l'assiette du dixième sera elle-même basée sur les seuls mois de présence effective. En conséquence, le dixième sera d'ores et déjà calculé sur une assiette réduite et correspondant à la durée de présence du salarié au cours de la période d'acquisition.

A contrario, lorsque le salarié dispose de congés payés supplémentaires, par exemple en vertu d'une disposition conventionnelle, sa provision de congés payés est augmentée en conséquence.

En tout état de cause, cette provision déterminée lors de la clôture de la période d'acquisition est, lors de chaque prise, proratisée en fonction du nombre de jours de congés payés pris par rapport au nombre de congés payés acquis.

Il convient enfin de préciser qu'à l'issue de la période d'acquisition, lorsque le nombre de jours ouvrables n'est pas un nombre entier, la durée du congé est portée au nombre entier immédiatement supérieur ⁽⁵¹⁾.

(50) Cass. soc., 28 oct. 1963, Bull. civ. IV, n° 745.

(51) C. trav., art. L. 3141-7.



Illustrations

DROIT À CONGÉS PAYÉS COMPLET	DROIT À CONGÉS PAYÉS INCOMPLET	DROIT À CONGÉS PAYÉS SUPÉRIEUR À 30 JOURS OUVRABLES
<i>SALARIÉ TRAVAILLANT EFFECTIVEMENT DU 1^{er} JUIN 2023 AU 31 MAI 2024</i>	<i>SALARIÉ EMBAUCHÉ LE 1^{er} JANVIER 2024</i>	<i>PAR EXEMPLE, DES CONGÉS CONVENTIONNELS PORTANT LE NOMBRE À 32 JOURS OUVRABLES</i>
<p>Somme des rémunérations perçues du 1^{er} juin 2023 au 31 mai 2024 intégrant l'assiette : 30 000 €.</p> <p>Congés payés acquis : 30 jours.</p> <p>Provision de congés payés pour 30 jours : $30\,000\text{ €} \times 0,1 = 3\,000\text{ €}$.</p> <p>Lors de chaque prise, un jour de congé payé ouvrable sera indemnisé ainsi : $3\,000\text{ €} \times 1/30 = 100\text{ €}$.</p>	<p>Somme des rémunérations perçues du 1^{er} janvier au 31 mai 2024 intégrant l'assiette : 12 500 €.</p> <p>Congés payés acquis : 13 jours (12,5 arrondis à l'entier supérieur).</p> <p>Provision de congés payés pour 13 jours : $12\,500\text{ €} \times 0,1 = 1\,250\text{ €}$.</p> <p>Lors de chaque prise, un jour de congé payé ouvrable sera indemnisé ainsi : $1\,250\text{ €} \times 1/13 = 96,15\text{ €}$.</p>	<p>Sommes des rémunérations perçues du 1^{er} janvier au 31 mai 2024 intégrant l'assiette : 30 000 €.</p> <p>Congés payés acquis : 32 jours.</p> <p>Provision de congés payés pour 30 jours : $30\,000\text{ €} \times 0,1 = 3\,000\text{ €}$.</p> <p>Pour 32 jours : $3\,000\text{ €} \times 32/30 = 3\,200\text{ €}$.</p> <p>Lors de chaque prise, un jour de congé payé sera indemnisé ainsi : $3\,200\text{ €} \times 1/32 = 100\text{ €}$.</p>

Cas particulier de la maladie non professionnelle

Dans la mesure où, désormais, le salarié placé en arrêt de travail pour maladie non professionnelle acquiert deux jours ouvrables de congés payés par mois, le législateur a naturellement modifié l'article L. 3141-24 du Code du travail.

La nouvelle rédaction dudit article impose que, pour la détermination de la rémunération brute totale, il doit être tenu compte des « *périodes assimilées à un temps de travail par le 7° du même article L. 3141-5 qui sont considérées comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement, dans la limite d'une prise en compte à 80 % de la rémunération associée à ces périodes.*

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

En conséquence, il convient de retenir, au sein de l'assiette de congés payés, 80 % du salaire reconsti-

tué du salarié ayant été placé en arrêt de travail pour maladie non professionnelle. Cet abattement de 20 % conduit à calculer une provision de congés payés sur la base de deux jours de congés payés acquis par mois, et donc 24 jours ouvrables par année constituant 80 % des jours de congés payés acquis pour un droit à congés payés complet (30 jours).

Le fait de prendre en compte 100 % du salaire reconstitué conduirait en effet à indemniser 30 jours de congés payés par an ou deux jours et demi de congés payés par mois au salarié qui n'en a pourtant acquis que 24 par an ou deux par mois.

En conséquence, pour la détermination de l'assiette des congés payés, il convient, d'une part, de reconstituer le salaire de base du salarié et, d'autre part, de retrancher 20 % de celui-ci.

Enfin, il est important de se référer à l'article L. 3141-4 du Code du travail qui précise que « *sont assimilées à un mois de travail effectif pour la détermination de la durée du congé les périodes équivalentes à quatre semaines ou vingt-quatre jours de travail.* »



Impact de la maladie non professionnelle sur le calcul de l'indemnité de congés payés

DROIT À CONGÉS PAYÉS COMPLET	DROIT À CONGÉS PAYÉS INCOMPLET
<i>SALARIÉ TRAVAILLANT EFFECTIVEMENT DU 1^{er} JUIN 2023 AU 31 MAI 2024</i>	<i>ARRÊT MALADIE COUVRANT LA PÉRIODE DU 1^{er} JUIN 2023 AU 31 MAI 2024</i>
Somme des rémunérations intégrant l'assiette, perçues du 1 ^{er} juin 2023 au 31 mai 2024 : 30 000 €. Congés payés acquis : 30 jours. Provision de congés payés pour 30 jours : $30\,000\text{ €} \times 0,1 = 3\,000\text{ €}$. Lors de chaque prise, un jour de congé payé sera indemnisé ainsi : $3\,000\text{ €} \times 1/30 = 100\text{ €}$.	Somme des salaires reconstitués pendant la maladie non professionnelle du 1 ^{er} juin 2023 au 31 mai 2024 : 30 000 €. Détermination des sommes intégrant l'assiette : $80\% \times 30\,000\text{ €} = 24\,000\text{ €}$. Congés payés acquis : 24 jours. Provision de congés payés pour 24 jours : $24\,000\text{ €} \times 0,1 = 2\,400\text{ €}$. Lors de chaque prise, un jour de congé payé sera indemnisé ainsi : $2\,400\text{ €} \times 1/30 = 100\text{ €}$.

Toutefois, une difficulté se pose au regard de la règle d'équivalence prévue à l'article L. 3141-4 du Code du travail qui dispose que « *sont assimilées à un mois de travail effectif pour la détermination de la durée du congé les périodes équivalentes à quatre semaines ou vingt-quatre jours de travail* ».

Le salarié qui est placé en arrêt maladie non professionnelle pendant quatre semaines consécutives pendant la période d'acquisition va donc, au regard de cette disposition légale, acquérir 30 jours ouvrables de congés payés.

En revanche, pour déterminer l'indemnisation de ses congés payés selon la règle du dixième, il convient de prendre en compte dans l'assiette 80 % du salaire reconstitué pendant son arrêt maladie.

Cette règle conduit ainsi à neutraliser la règle d'équivalence précitée, dans la mesure où si le salarié acquiert effectivement 30 jours ouvrables de congés payés, sa provision de congés payés sera calculée comme suit.

MALADIE NON PROFESSIONNELLE ET PROVISION DE CONGÉS PAYÉS

Salaires perçus pendant la période d'activité : 27 500 €.
Salaires reconstitués pendant les quatre semaines d'arrêt pour maladie non professionnelle : 2 500 €.
Nombre de congés acquis : 30 jours (soit 2,5 jours ouvrables par période de 4 semaines).

Assiette selon la nouvelle rédaction de l'article L. 3141-24 du Code du travail :

$27\,500\text{ €} + (0,8 \times 2\,500\text{ €}) = 29\,000\text{ €}$.

Calcul de la provision de congés payés pour 30 jours ouvrables : $29\,000\text{ €} \times 0,1 = 2\,900\text{ €}$.

Ce calcul conduit à octroyer au salarié une indemnité de congés payés au titre de son arrêt maladie équivalente à deux jours de congés payés (80 % de 2,5), et donc à neutraliser la règle d'équivalence posée par l'article L. 3141-4 du Code du travail.

Pour la prise de chaque congé payé, le salarié va donc percevoir une indemnité de congé payés égale à : $2\,900\text{ €} \times 1/30 = 96,67\text{ €}$.

En tout état de cause, l'indemnisation selon la méthode dite « *du dixième* » n'est opposable que si elle s'avère plus favorable au salarié que la méthode dite « *du maintien de salaire* ».

Méthode du maintien de salaire

En effet, conformément à l'article L. 3141-24 du Code du travail, « *l'indemnité prévue au I du présent article ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler* ».

Afin d'opter pour l'indemnisation applicable, il convient de déterminer le salaire théorique en fonction de la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait effectivement travaillé.



Ce salaire théorique, sous réserve du respect des dispositions légales, est calculé en fonction du salaire perçu et entrant dans l'assiette présentée en première partie, pour la période précédant le congé, et de la durée du travail effectif de l'établissement.

Période de référence

En vertu de l'article évoqué ci-dessus, la méthode du maintien de salaire nécessite ainsi de retenir la rémunération entrant dans l'assiette du mois précédant la prise des congés payés, et de se placer à la date de sa prise effective.

Si l'article L. 3141-24 du Code du travail dispose que l'indemnité calculée selon la règle du maintien de salaire est déterminée en fonction du salaire gagné pendant la période précédant le congé, la jurisprudence précise que « *le salaire à prendre en compte est celui gagné par le salarié au cours de la période qui précède immédiatement la prise des congés et, de facto, celui du mois le précédant immédiatement* » ⁽⁵²⁾.

Une application stricte de l'article L. 3121-24 du Code du travail est effectuée par la jurisprudence. En effet, elle a considéré qu'il convient de retenir la rémunération du mois précédent, quand bien même celle-ci a été réduite en raison d'une réduction de primes de rendement induite par des grèves ⁽⁵³⁾.

Prise en compte de la durée du travail effective au sein de l'établissement

Il est enfin nécessaire de déterminer la durée du travail que le salarié aurait accomplie s'il avait travaillé afin de déterminer l'indemnisation applicable. Le texte précise en effet que l'indemnité est calculée en fonction de la durée du travail effectif de l'établissement, et donc de l'horaire que le salarié aurait effectué s'il n'avait pas pris ses congés payés.

Les heures supplémentaires effectuées de manière habituelle ⁽⁵⁴⁾, ainsi que les majorations pour les dimanches travaillés sont donc prises en compte dans la détermination de l'horaire collectif ⁽⁵⁵⁾.

Toutefois, en cas de variation d'horaire ayant été constatée sur le mois précédant immédiatement la prise des congés payés, la jurisprudence considère

que l'augmentation de celui-ci ne doit pas être prise en compte, dès lors qu'elle revêt un caractère exceptionnel. Il en est ainsi de la réalisation d'heures supplémentaires pour pallier l'absence pour vacances d'autres salariés ⁽⁵⁶⁾. Le cas échéant, l'indemnisation est définie en fonction de l'horaire habituel pratiqué dans l'entreprise.

Enfin, dans la mesure où l'indemnité doit correspondre au salaire qu'aurait perçu le salarié s'il avait travaillé, il est nécessaire de tenir compte de l'horaire individuel de travail de chaque salarié, notamment à défaut d'horaires collectifs définis au niveau de l'établissement.

Ce principe implique qu'une indemnisation calculée à due proportion de la durée contractuelle de travail doit être allouée concernant les salariés à temps partiel ⁽⁵⁷⁾.

Remarque

Les salariés disposant d'horaires alternés, impliquant la réalisation de semaines hautes et de semaines basses, disposeront d'une indemnisation calculée en fonction de l'horaire qu'ils auraient dû réaliser sur la semaine concernée. En conséquence, la Cour de cassation n'admet pas que la moyenne soit effectuée entre les périodes hautes et les périodes basses. Il résulte de cette jurisprudence que le salarié qui part en congé pendant sa semaine basse dispose d'une indemnité de congés payés réduite, qui sera en principe inférieure à celle calculée selon la règle du dixième ⁽⁵⁸⁾.

Par ailleurs, en cas de modification de la durée contractuelle de travail, formalisée par un avenant à durée indéterminée entré en vigueur au cours du mois pendant lequel le salarié prend des congés payés, il convient de tenir compte de cette nouvelle durée contractuelle. *A contrario*, si l'augmentation de la durée du travail est temporaire (*via* un avenant complément d'heures, par exemple), il sera tenu compte de la durée du travail habituelle du salarié.

Si elle est modifiée à la hausse, le salarié percevra une indemnisation assise sur cette nouvelle durée. L'indemnisation selon la règle du maintien de salaire sera plus favorable. Dans le cas contraire, si la nou-

⁽⁵²⁾ Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 98-45.725.

⁽⁵³⁾ Cass. soc., 14 oct. 1982, n° 80-41.312.

⁽⁵⁴⁾ Cass. soc., 13 oct. 1955, Bull. civ. n° 706 ; Cass. soc., 6 mai 1955, Bull. civ. n° 384.

⁽⁵⁵⁾ Cass. soc., 19 févr. 1981, n° 79-41.353.

⁽⁵⁶⁾ Cass. soc., 23 oct. 1963, Bull. civ. n° 718 ; Cass. soc., 21 oct. 1970, n° 69-40.611.

⁽⁵⁷⁾ Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-40.731,

⁽⁵⁸⁾ Cass. soc., 2 juin 1988, n° 85-41.200.



velle durée du travail est inférieure, la méthode du dixième s'appliquera en principe.

Incidence de l'arrêt maladie non professionnel

La loi du 22 avril 2024 ⁽⁵⁹⁾ n'a aucune incidence sur le calcul de l'indemnisation selon la méthode du maintien de salaire. En effet, si le salarié est en arrêt maladie de droit commun le mois précédant immédiatement ses congés payés, il percevra le salaire qu'il aurait perçu s'il avait travaillé. L'arrêt maladie sera reconstitué et pris en compte dans son ensemble, dans la mesure où le maintien de salaire revient à valoriser un jour de congé payé.

Le salarié, pendant son arrêt de travail consécutif à une maladie non professionnelle, acquiert deux jours ouvrables de congés payés par mois. En conséquence, la règle du maintien offrant une indemnisation quotidienne à chaque jour acquis par le salarié, ce dernier percevra une indemnisation réduite à due proportion.

Calcul

La charge de la preuve de la prise effective des congés payés et l'indemnisation afférente incombe à l'employeur. En tout état de cause, le Code du travail précise que le bulletin de paie comporte : « 12° Les dates de congé et le montant de l'indemnité correspondante, lorsqu'une période de congé annuel est comprise dans la période de paie considérée (...) » ⁽⁶⁰⁾.

L'indemnisation des congés payés selon la méthode du maintien de salaire fait l'objet d'une mention sur le bulletin de salaire. Il convient donc de déterminer, en sus du salaire dont bénéficie le salarié en contrepartie de son travail effectif pendant le mois considéré, l'indemnité de congés payés allouée à l'intéressé pendant la prise de ces derniers.

La jurisprudence considère tout d'abord que l'indemnité se calcule en fonction du nombre d'heures réelles de travail qu'aurait accomplies le salarié s'il avait travaillé. Il est donc nécessaire d'opérer une déduction de l'absence selon l'horaire pratiqué au cours du mois de la prise du congé ⁽⁶¹⁾.

Exemple

Un salarié prend deux semaines de congés payés en juin 2024 pendant lesquelles il aurait dû réaliser 35 heures de travail par semaine, soit 7 heures par jour le lundi, mardi, mercredi, jeudi et vendredi.

En juin, il aurait dû travailler 20 jours et donc 140 heures. Il a pris deux semaines pendant lesquelles il aurait dû travailler 70 heures.

L'indemnité de congés payés selon la règle du maintien de salaire, et donc à la condition d'être plus favorable que la règle du dixième, s'élève au salaire mensuel qu'il aurait perçu en contrepartie de son horaire réel : $2\,500\text{ €} \times 70/140$.

En conséquence, l'indemnité de congés payés s'élève donc en l'espèce à 1 250 €.

À noter que l'administration ⁽⁶²⁾ a préconisé trois autres modalités de calcul n'ayant toutefois aucune valeur normative :

- **la méthode du trentième**, équivalent au produit du salaire théorique mensuel par le quotient du nombre de jours de congés payés pris par 30 jours calendaires. Dans la mesure où cette méthode ne se rapporte pas à la situation réelle du salarié, il n'est pas opportun de s'en prévaloir ;
- **la méthode horaire**, équivalent au produit du salaire théorique par le quotient du nombre d'heures de travail qu'aurait été effectuées par le salarié par le nombre d'heures mensualisées (en principe 151,67 heures). Le caractère forfaitaire de cette méthode implique qu'elle n'est pas utilisée, ni recommandée en pratique ;
- **la méthode du 26^e**, équivalent au produit du salaire théorique par le quotient du nombre de jours de congés payés pris par 26 (nombre moyen de jours ouvrables par mois sur l'année : 6 jours ouvrables $\times 52/12$). Cette dernière méthode, bien que présentant un caractère forfaitaire, trouve à être utilisée en pratique dans la mesure où elle simplifie les calculs de l'indemnisation.

Exemple

Le salarié aurait perçu la somme de 2 500 € brut s'il avait travaillé pendant le mois complet. Or, il a pris 12 jours ouvrables de congés payés. Son indemnité sera la suivante : $2\,500\text{ €} \times 12/26 = 1\,153,85\text{ €}$, correspondant à son indemnité de congés payés.

⁽⁵⁹⁾ L. n° 2024-364, précitée.

⁽⁶⁰⁾ C. trav., art. R 3243-1

⁽⁶¹⁾ Cass. soc., 16 janv. 1974, n° 72-40.681 ; Cour supérieur d'arbitrage, 27 nov. 1972, CP, n° 3/1973, p. 57.

⁽⁶²⁾ Rép. quest. écrite n° 3136 : JO Cons. rép. 30 déc. 1951.



Comparaison des deux méthodes

Les dispositions légales et jurisprudentielles n'instituent pas un choix entre les deux méthodes : l'employeur est tenu de retenir celle qui s'avère être la plus favorable au salarié. Cette disposition est d'ordre public et aucun accord ne saurait y déroger. En ce sens, le Code du travail ⁽⁶³⁾ précise que « *le fait de méconnaître les dispositions de [notamment l'article L. 3141-24 du Code du travail imposant d'effectuer la comparaison], ainsi que celles des décrets pris pour leur application, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction* ».

Si l'article L. 3141-24 du Code du travail impose une comparaison des deux méthodes d'indemnisation des congés payés, la date à laquelle se placer pour y procéder n'est pas expressément précisée, même s'il convient en principe de se placer lors de chaque prise effective des congés payés. En tout état de cause, la comparaison doit s'effectuer pour l'intégralité de la période de prise des congés payés.

Il n'est donc pas rare en pratique de constater une régularisation lors de la prise des derniers congés payés acquis sur la période d'acquisition.

En ce sens, il est admis que la méthode du maintien du salaire soit appliquée chaque fois que le salarié prend une partie de ses congés, la régularisation n'intervenant que lors de la dernière prise du congé annuel. À cette date, l'employeur compare l'indemnisation perçue par le salarié et la provision de congés payés selon la méthode du dixième des salaires. Cette dernière donne donc lieu à une régularisation si le dixième s'avère plus favorable.

En tout état de cause, seules les circonstances de fait peuvent influencer sur la méthode à retenir pour la détermination de l'indemnisation. Toutefois, il est constant que la méthode du maintien de salaire est plus favorable en cas d'augmentation de la rémunération ou du temps de travail pendant la période précédant la prise effective du congé. Dans le cas contraire, la méthode selon le dixième sera retenue et une régularisation devra être effectuée en fin de période.

⁽⁶³⁾ C. trav., art. R. 3143-1.

Dispositions particulières concernant l'indemnité compensatrice de congés payés

Si les congés payés ne peuvent pas être compensés par une indemnité de congés payés pendant l'exécution du contrat de travail, l'employeur peut être tenu d'allouer une indemnité compensatrice de congés payés lors de la rupture du contrat de travail pour les congés payés lui restant dus.

En effet, à la rupture de son contrat de travail, quelle qu'en soit la cause, chaque salarié a droit à une indemnité compensatrice de congés payés ⁽⁶⁴⁾.

Remarque

La Cour de cassation avait en outre considéré que l'indemnité de congés payés afférente était due au salarié ayant été empêché de prendre ses congés payés au cours de la période prévue en raison de l'absence liée à la maladie, l'employeur s'étant opposé à leur report sur une autre période ⁽⁶⁵⁾. Cet arrêt est désormais obsolète compte tenu des obligations de l'employeur en matière de report lorsque le salarié n'a pas pu prendre ses congés, notamment pour des raisons de santé ⁽⁶⁶⁾.

Cette indemnité est encadrée par l'article L. 3141-28 du Code du travail qui dispose que « *lorsque le contrat de travail est rompu avant que le salarié ait pu bénéficier de la totalité du congé auquel il avait droit, il reçoit, pour la fraction de congé dont il n'a pas bénéficié, une indemnité compensatrice de congé déterminée d'après les articles L. 3141-24 à L. 3141-27* ».

Autrement dit, le calcul de l'indemnité de congés payés et le calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés sont identiques.

Règle du dixième

Si l'indemnité compensatrice de congés payés est calculée conformément à l'article L. 3141-28 du Code du travail, selon les mêmes règles que l'indemnité de congés payés, il est nécessaire de préciser deux points.

Pour la détermination du dixième, il convient de prendre en compte, au sein de l'assiette, l'indemnité de congés payés perçue par le salarié lors de la prise effective de ses congés payés sur la période de référence.

⁽⁶⁴⁾ Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-43.767.

⁽⁶⁵⁾ Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-70.612.

⁽⁶⁶⁾ C. trav., art. L. 3141-19-1



Règles générales

Toutefois, il est fréquent que les congés restants dus au salarié résultent de deux périodes d'acquisition distinctes. En pareil cas, une indemnité compensatrice de congés payés, correspondant au dixième des rémunérations perçues par le salarié doit être déterminée pour chaque période de référence.

Dès lors, l'indemnité compensatrice des congés payés correspondant à la période précédente n'entre pas dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés de la période suivante dans la mesure où cette dernière n'indemnise pas un temps de travail effectif ⁽⁶⁷⁾.

Illustration

Période du 1^{er} juin 2022 au 31 mai 2023	Indemnité calculée sur la base des salaires perçus pendant cette période (indemnité de congés payés versée lors de leur prise effective pendant cette période comprise).
+	
Période du 1^{er} juin 2023 au 31 mai 2024	Indemnité calculée sur la base des salaires perçus pendant cette période (indemnité de congés payés versée lors de leur prise effective pendant cette période comprise). Toutefois, l'indemnité précédemment calculée est exclue des salaires à prendre en compte dans la mesure où elle n'indemnise pas un temps de travail effectif.

Règle du maintien de salaire

Dans la mesure où le contrat du salarié est rompu et qu'aucune méthode n'a été précisée ni par les textes, ni par la jurisprudence, il s'avère difficile en pratique de pouvoir déterminer le salaire qu'il aurait perçu s'il avait travaillé pour être en mesure de comparer les deux méthodes.

En pratique, deux calculs sont constatés afin de déterminer sur quelle période calculer la présente indemnité :

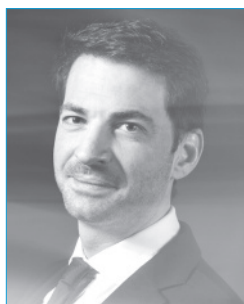
- considérer que le reliquat de congés payés aurait été pris sur la période suivant immédiatement la rupture du contrat ;
- considérer que le salaire de référence à maintenir est celui du mois au cours duquel la rupture est intervenue.

En tout état de cause, pour la détermination de l'indemnité compensatrice de congés payés, la comparaison entre la méthode du dixième et la méthode du maintien est effectuée lors de l'indemnisation. ♦

⁽⁶⁷⁾ Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 89-44.825.



Cadres dirigeants et salariés soumis à une annualisation du temps de travail



Julien TOURNAIRE
Avocat associé



Florian DA SILVA
Avocat associé

CONGÉS PAYÉS DES CADRES DIRIGEANTS

Les cadres dirigeants ne sont pas exclus de la législation sur les congés payés

La qualité de « *cadre dirigeant* » suppose de remplir trois conditions cumulatives. Un seul article du Code du travail traite de la notion de « *cadre dirigeant* », à savoir l'article L. 3111-2 du Code du travail. Cet article définit le cadre dirigeant comme suit :

« Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande

Le droit des congés payés est le seul droit applicable à l'ensemble des salariés quel que soit leur statut : qu'ils soient cadres dirigeants, cadres autonomes ou soumis à un horaire collectif. Cependant, des particularités existent selon les modes d'aménagements du temps de travail.

indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement. »

Il prévoit également que les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions des titres II et III du Livre 1^{er} traitant de la durée du travail, du repos et des congés. Autrement écrit, les dispositions légales et réglementaires en matière de durée du travail, de répartition et d'aménagement des horaires (Titre 2), ainsi que celles relatives aux repos et aux jours fériés (Titre 3) n'ont pas vocation à s'appliquer aux cadres dirigeants.



A contrario, ils sont soumis au Titre 4 et donc à la législation relative aux congés payés. Cela n'est guère étonnant au regard du prisme européen qui garantit à tout travailleur des droits à des congés payés, véritable composante du droit au repos et à la santé.

La nouvelle législation relative aux congés payés issue de la loi n° 2024-364 du 22 avril 2024 ne réserve aucun sort particulier à aux cadres dirigeants qui restent soumis au droit commun des congés. Ceci implique notamment que le droit à acquisition de congés payés pendant les périodes d'arrêts maladie leur est applicable.

Autonomie et procédure de fixation des dates de départ

Une sévérité jurisprudentielle...

Les cadres dirigeants ont de telles responsabilités que cela implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps. Appliquée aux congés payés, cela devrait signifier qu'ils demeurent libres dans le choix de leurs dates de congés payés. *A priori*, on aurait tendance à considérer que le cadre dirigeant, en tant que bras droit du chef d'entreprise, est à même de définir ses propres dates de vacances.

Il apparaît cependant que les juges ne partagent pas ce point de vue dicté par le bon sens. Dans un contentieux prud'homal, un cadre dirigeant avait reproché à l'employeur de lui avoir imposé des dates de congé. Il soutenait que lui imposer des dates de congés payés revenait à méconnaître son statut de cadre dirigeant. La Cour d'appel de Paris ne fut pas de cet avis et retint que l'obligation faite à ce cadre de prendre ses congés en concertation avec le directeur commercial ne prouvait aucunement son absence de qualité de cadre dirigeant, dès lors qu'il peut être attendu d'un membre du comité de direction, dont les décisions et la présence ont un impact sur la bonne marche de l'entreprise, qu'il harmonise ses congés avec ceux de ses pairs ⁽¹⁾.

La jurisprudence semble d'ailleurs assez unanime en retenant, à propos du cadre légal du cadre dirigeant, que « ces dispositions, comme le relève l'employeur, ne dispensent pas un cadre dirigeant de respecter les procédures de l'entreprise en matière de congés

payés, ceux-ci ne relevant pas des titres II et III du code du travail » ⁽²⁾.

... que le contrat de travail peut confirmer ou atténuer

Ainsi, il revient donc à l'entreprise de se positionner suffisamment en amont : est-ce que le cadre dirigeant demeure libre des dates de prises (dans ce cas, le cadre dirigeant doit tenir des impératifs inhérents à l'entreprise) ou est-il soumis strictement au régime applicable à l'ensemble des collaborateurs. L'esprit du statut devrait en principe conduire à offrir au cadre dirigeant une certaine souplesse dans l'organisation de ses congés payés. Souplesse à laquelle le chef d'entreprise pourrait apporter des restrictions en cas d'abus du cadre dirigeant dans la fixation de ses dates de congés payés et qui conduirait à une désorganisation de l'activité.

En pratique, rien n'empêche de préciser dans le contrat de travail du cadre dirigeant le comportement qui est attendu de lui en ce qui concerne la prise de ses congés payés.

Exemple

Modèle de clause contractuelle

Madame (ou Monsieur) < > est investi(e) de la qualité de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du Code du travail et dispose à ce titre d'une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps.

(Variante 1) Cela étant, il sera soumis au respect des périodes de prise et d'ordre des départs en congés payés définis par l'entreprise et devra respecter la procédure mise en place à cet égard.

(Variante 2) Compte tenu de son statut de cadre dirigeant, il sera libre de prendre ses congés aux dates de son choix, en veillant toutefois à se coordonner avec les membres du comité de direction.

Il va de soi qu'il devra interrompre immédiatement ses congés en cas de situation de crise.

Application des dispositions concernant le droit au report

Le cadre dirigeant bénéficie, tout comme les autres salariés, des règles légales relatives au droit au report en cas d'absence pour raisons de santé l'empê-

(1) CA Paris, Pôle 6, ch. 6, 1^{er} mars 2023, n° 20/06621.

(2) CA Lyon, 23 mars 2023, n° 20/02282.



chant de prendre ses congés payés pendant la période prévue à cet effet ⁽³⁾.

L'entreprise doit donc le faire bénéficier de l'information obligatoire à l'issue de chaque arrêt de travail, information qui marque le point de départ de la période de report ⁽⁴⁾.

CONGÉS PAYÉS ET ANNUALISATION DU TEMPS DE TRAVAIL

Organisation pluri-hebdomadaire du temps de travail

L'articulation d'un aménagement pluri-hebdomadaire du temps de travail avec les congés payés pose deux problèmes relatifs au seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Cas du salarié dont les droits à congé sont incomplets

Lorsque le salarié ne dispose pas d'un droit à congés payés intégral, notamment lors de son entrée au sein de l'entreprise et dans le dispositif d'aménagement du temps de travail pluri-hebdomadaire, se pose nécessairement la question du seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Pour prendre l'exemple d'une annualisation stricte, le Code du travail précise dans un article relevant de l'ordre public que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires est de 1 607 heures : « Si la période de référence est annuelle, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de 1 607 heures » ⁽⁵⁾.

S'agissant d'un seuil de déclenchement des heures supplémentaires, il est cohérent que les congés payés ne soient pas inclus dans ce quantum de 1 607 heures.

Ainsi, un salarié ne bénéficiant pas de l'intégralité de ses droits à congés payés au cours de la période de référence permettant le décompte du temps de travail, il exécutera probablement davantage d'heures

de travail que 1 607 heures s'il est à temps complet (sauf autre suspension du contrat de travail).

Naturellement se pose la question de l'adaptation de ce seuil à cette situation particulière. Doit-il être augmenté pour tenir compte de l'absence d'un droit intégral à congés payés ou est-il immuable ?

La question avait été abordée par l'Administration dans une circulaire ⁽⁶⁾ faisant suite aux lois Aubry sous la forme suivante :

« 15 - Comment applique-t-on le plafond de 1 600 heures en matière de modulation et le dépassement de la durée moyenne lorsque la durée annuelle accomplie dépasse ces nombres du fait de la non-prise de l'ensemble des congés payés acquis sur la période de modulation ou du fait de la non-acquisition et donc de la non-prise de congés payés sur la période de modulation, le salarié venant d'être embauché ? »

La réponse apportée était claire : « dans la situation exposée, la durée annuelle moyenne et le plafond de 1 600 heures sont augmentés à due concurrence ».

Pour l'Administration, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires devait être adapté pour chaque salarié en fonction du nombre d'heures de travail que représentait le nombre de jours de congés payés manquants pour bénéficier d'un droit intégral.

Toutefois, la Cour de cassation a pris une position totalement inverse considérant « qu'aux termes de l'article L. 3122-9 du Code du travail dans sa rédaction applicable au litige [...] que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne peut être supérieur au plafond de 1 607 heures de travail par an, quand bien même le salarié n'aurait pas acquis l'intégralité de ses droits à congés payés au titre de la période de référence prévue par l'accord » ⁽⁷⁾.

Selon cette formulation, en cas d'annualisation du temps de travail et de droit à congés payés incomplet, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires n'est pas augmenté.

(3) C. trav., art. L. 3141-19-1 issu de la loi n° 2024-364 du 22 avril 2024.

(4) Voir dans le présent numéro, article de Séverine Fourvel, Jean-Julien Jarry et Julien Tournaire.

(5) C. trav., art. L. 3121-41.

(6) Circ. DRT n° 2000/07, 6 déc. 2000.

(7) Cass. soc., 14 nov. 2013, n°s 11-17.644, 11-17.645, 11-17.646 et 11-17.647.



Report des congés non pris en raison d'une absence pour maladie ou accident

En raison de la législation nouvelle en matière de congés payés, un salarié qui a été absent peut disposer d'un report de congés payés si son arrêt de travail l'a empêché de prendre ses congés payés pendant la période prévue à cet effet. Il s'agit du report instauré par la loi du 22 avril 2024 ⁽⁸⁾ dont la finalité et les modalités d'application sont différentes du report pouvant être prévu par voie d'accord collectif ⁽⁹⁾, notamment en matière d'annualisation du temps de travail.

Comme évoqué ci-dessus, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires de 1607 heures tient compte d'un droit à congés payés complet, à savoir 30 jours ouvrables, mais pas d'un nombre de congés payés reportés. Se pose par conséquent la question de l'adaptation de ce seuil de 1607 heures lorsque le salarié, au cours d'une période de référence pour le décompte de son temps de travail, bénéficie en sus de son droit à congés payés intégral de jours de congés payés reportés.

À la différence d'un droit incomplet, dans une pareille situation, le salarié dispose de plus de jours que ceux qui ont été pris en compte pour déterminer le seuil.

La question est donc de savoir si le seuil de déclenchement des heures supplémentaires de 1 607 heures doit être abaissé afin que la prise des jours de congés reportés ne pénalise pas le salarié sur le déclenchement des heures supplémentaires.

De prime abord, la réponse semble simple dans la mesure où tant le Code du travail que la Cour de cassation excluent d'assimiler les congés payés à du temps de travail effectif pour le décompte des heures supplémentaires ⁽¹⁰⁾, ce qui impliquerait que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne devrait pas être réévalué.

La Cour de cassation, pour sa part, s'est rarement prononcée en matière d'adaptation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires dans le cadre d'un aménagement du temps de travail.

À ce titre, elle a pu juger qu'une entreprise devait abaisser le seuil de déclenchement des heures supplémentaire à un salarié qui a fait l'objet d'absences

pour maladie au cours de la période de référence ⁽¹¹⁾. Toutefois, cette décision a été rendue en visant expressément les dispositions légales en matière de discrimination, cette dernière étant liée à l'état de santé dû à l'arrêt de travail.

En revanche, elle a pris un autre parti s'agissant d'un salarié absent en raison d'un congé sans solde ⁽¹²⁾, ce qui conforte l'idée qu'il convient d'abaisser le seuil de déclenchement des heures supplémentaires pour éviter une discrimination à l'égard du salarié.

De prime abord, l'absence liée à une prise de congé supérieure à la norme, du fait de l'exercice du droit à report, ne semble entrer dans aucun des motifs de discrimination prévus à l'article L. 1132-1 du Code du travail. Pourtant, indirectement le report qui génère un nombre de congés payés plus important, est la conséquence d'un arrêt maladie, donc lié à l'état de santé.

Ainsi, il n'est pas exclu que le report des congés payés en raison de la loi du 22 avril 2024 conduise à adapter le seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Ce d'autant plus qu'en la matière la jurisprudence européenne laisse subsister un doute. En effet, la CJUE a pu prendre une position différente de celle de la Cour de cassation en jugeant que les heures correspondant à une période de congés payés doivent être prises en compte en tant qu'heures de travail accomplies pour l'atteinte du seuil de majoration des heures supplémentaires ⁽¹³⁾.

Pour la CJUE, une solution inverse serait de nature à dissuader le travailleur d'exercer son droit à congé annuel payé durant le mois au cours duquel il a accompli des heures supplémentaires.

Si cette solution devait être retenue, alors il n'y a plus aucun doute sur le fait qu'il convient d'abaisser le seuil de déclenchement des heures supplémentaires lorsque le salarié bénéficie, au cours d'une période de référence, de droit à congés payés reportés si la prise des congés induit à prendre plus de 30 jours ouvrables.

Combinaison des congés payés avec un forfait annuel en heures

La problématique est identique à celle qui vient d'être exposée à propos d'un aménagement pluri-

(8) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024

(9) C. trav., art. L. 3141-22

(10) Cass. soc., 25 janv. 2017, n° 15-20.692.

(11) Cass. soc. 13 juil. 2010, n° 08-44.550.

(12) Cass. soc., 9 févr. 2011, n° 09-42.939

(13) CJUE, 13 janv. 2022, n° C-514/20



hebdomadaire du temps de travail, en cas de droit à congés payés incomplet.

Le nombre d'heures annuel, fixé dans la convention annuelle de forfait, correspond à un nombre d'heures à travailler, il n'intègre donc pas les congés payés.

Ainsi, en l'absence de droit à congés payés complet, le salarié peut être amené à travailler davantage que la durée du travail prévue au forfait.

Dans un pareil cas, au même titre que l'aménagement pluri-hebdomadaire du temps de travail, une régularisation devra être opérée

En cas de dépassement de la durée de 1607 heures, le salarié bénéficiera du paiement des majorations pour heures supplémentaires. Seule et unique différence avec le salarié dont l'aménagement est pluri-hebdomadaire : les heures supplémentaires ne s'imputeront pas sur le contingent annuel.

Articulation des congés payés avec un forfait annuel en jours

Nombre de jours à travailler

Un salarié ayant conclu une convention de forfait annuel en jours ne peut pas travailler plus de 218 jours par an (ou un plafond inférieur selon les dispositions conventionnelles applicables), sauf à ce que le salarié, dans certaines limites, décide d'abandonner des jours de repos.

Cette limite de 218 jours de travail a été fixée lorsque le salarié dispose d'un droit à congés payés complet. Cependant, le mécanisme d'acquisition au fil du temps de ces droits n'est pas sans conséquence sur le nombre de jours à travailler, notamment lorsque le salarié entre dans le dispositif du forfait annuel en jours, ou en sort, avec un droit à congés payés incomplet.

Ne disposant pas d'un droit à congés payés intégral, nécessairement le plafond de 218 jours (ou inférieur) est atteint plus rapidement.

Se pose alors la question de la réévaluation du nombre de jours à travailler, et le cas échéant la possibilité de dépasser la limite de 218 jours fixée par le Code du travail.

Deux écoles existent.

La première, la moins risquée, consiste à soutenir que le seuil de 218 jours est intangible lorsque le

salarié ne dispose pas d'un droit à congés payés complet. Dans ce cas, la référence à la notion de droit à congés complet (30 jours ouvrables) n'est là que pour expliquer et rendre cohérent le seuil de 218 jours.

Exemple

Des dispositions conventionnelles prévoient ce type de solution, comme la convention collective des bureaux d'études techniques (Accord national du 22 juin 1999). Il s'agit d'une rédaction assez générale que l'on retrouve dans d'autres textes (exemple : Convention collective des parcs et jardins zoologiques) :

« L'année complète s'entend du 1^{er} janvier au 31 décembre. »

« Dans le cas d'une année incomplète le nombre de jour à effectuer est calculé en fonction de la durée en semaine restant à courir jusqu'à la fin de l'année, selon la formule suivante par exemple :

« Forfait annuel : 218 jours, base annuelle de 47 semaines (52 semaines – 5 semaines de CP), soit :

« Nombre de jours à travailler = 218 jours × nombre de semaines travaillées / 47 sem. »

« Dans ce cas, l'entreprise devra déterminer le nombre de jours de repos à attribuer sur la période considérée. »

« Cette rédaction acte le principe que le seuil de 218 jours est intangible, y compris en cas de droit à congés incomplet (et/ou d'une prise de moins de 30 jours ouvrables sur la période). »

Pour être complet dans la rédaction de l'accord collectif, il nous paraît opportun de rajouter une mention de type *« la prise de congés payés légaux n'abaisse pas le nombre de jours à travailler »*.

La seconde solution est tirée de la circulaire DRT n° 2000/07 du 6 décembre 2000 concernant l'application de la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (question n° 19). Celle-ci précise :

« 19 - Comment applique-t-on le plafond de 217 jours lorsque la durée annuelle accomplie dépasse ce nombre du fait de la non-prise de l'ensemble des congés payés acquis sur la période de modulation ou du fait de la non-acquisition et donc de la non-prise de congés payés sur la période du forfait, le cadre venant d'être embauché ? »

« Dans ce cas, le plafond de 217 est augmenté à due concurrence. Ainsi, pour un salarié qui, du fait de sa »



date d'embauche, n'a pas acquis plus de 4 semaines de congés et de ce fait ne peut prendre que 4 semaines de congés payés au cours de l'exercice applicable à la modulation, le plafond applicable sera le suivant : 217 + 5 ou 6, soit 222 ou 223 jours. Ces règles s'appliquent à défaut de précisions contraires d'un accord collectif.

La rédaction ne laisse pas de place au doute : le plafond de 218 jours (217 à l'époque de la rédaction de la circulaire) est augmenté du nombre de jours de congés payés manquants pour avoir un droit intégral. Il ne serait donc pas intangible.

Il s'agit à notre sens de la solution à retenir, étant précisé que le nombre de jours à ajouter au compteur de jours à travailler est le nombre de jours ouvrés (et non ouvrables) de congés payés non acquis dans la mesure où les jours de repos hebdomadaires ont déjà été défalqués pour obtenir la valeur de 218 jours.

Une solution inverse conduirait indirectement à ce que le salarié, la première année, dispose indirectement d'un droit à congés payés complet ou quasi complet, puisqu'il bénéficierait d'un nombre de jours de repos augmenté, à due concurrence des congés payés non acquis, pour ne pas dépasser la limite de 218 jours, tout en bénéficiant de sa rémunération normale.

Enfin, au regard de la finalité même du droit à congés payés, il serait inéquitable que l'absence de droit à congés payés complet n'augmente pas le nombre de jours à travailler, alors que nul ne se pose la question de la situation du salarié qui dispose d'une durée hebdomadaire de travail. Pourtant ce dernier, s'il est embauché au début de la période d'acquisition des congés payés, pourrait éventuellement être amené à travailler, au titre de la première année, 52 semaines sur 52, faute de congés payés pouvant être pris, sans même pouvoir prétendre à une quelconque majoration si sa durée du travail hebdomadaire prévue contractuellement n'est pas dépassée.

Remarque

Notons toutefois que cette hypothèse d'un travail de 52 semaines sur une année est rendue improbable en raison de la disposition d'ordre public du Code du travail qui indique que les congés payés peuvent être pris dès l'embauche ⁽¹⁴⁾, une disposition destinée justement à éviter qu'un salarié puisse passer douze mois sans prendre de congés.

(14) C. trav., art. L. 3141-12

Rémunération des jours de dépassement

La solution consistant à augmenter le nombre de jours à travailler fait surgir deux autres interrogations.

D'une part, le paiement des jours travaillés au-delà du forfait convenu et, d'autre part, la majoration de rémunération de ces jours supplémentaires travaillés.

À notre connaissance, il n'existe aucune jurisprudence relative au paiement des jours excédentaires, mais il est possible de raisonner à partir de la jurisprudence rendue en matière d'annualisation du temps de travail (*voir ci-dessus*). Elle conduit à rémunérer les jours de travail dépassant le nombre de jours convenu dans le forfait.

Remarque

Seulement, cette solution a une nouvelle fois pour objet d'avantager le salarié qui dispose d'un aménagement de son temps de travail, notamment une convention de forfait annuel en jours, par rapport au salarié disposant d'un décompte classique de son temps de travail. Pour ce dernier, quel que soit le nombre de jours de congés payés dont il dispose, il ne bénéficiera pas d'une rémunération complémentaire en raison d'un droit à congés payés incomplet, du fait des jours qu'il travaille faute de pouvoir prendre 30 jours des congés payés.

Pour ce qui concerne la majoration de ces jours supplémentaires travaillés, la problématique semble moins délicate.

En effet, selon une lecture stricte de la loi, les jours excédentaires ne devraient pas faire l'objet d'une majoration, puisque les dispositions légales prévoient qu'une telle majoration est due uniquement en cas de renonciation par le salarié à des jours de repos, ce qui suppose une démarche de la part du collaborateur.

En l'espèce, le fait de ne pas bénéficier d'un droit intégral à congé payé ne peut caractériser une renonciation du collaborateur à des jours de repos, d'autant plus qu'en visant les jours de repos le Code du travail semble viser les jours non travaillés en raison du forfait et non la renonciation à des congés payés.

Toutefois, cette solution pourrait être remise en question si l'on transpose le raisonnement issu d'un

de référence pour le décompte du temps de travail et des congés payés ne sont pas identiques.

Pour éviter toute ambiguïté, mais surtout en l'absence de dispositions / précisions légales en la matière, il est indispensable, notamment pour pallier le vide juridique, que l'accord collectif instaurant le forfait annuel en jours se saisisse de ces deux problématiques (paiement des jours supplémentaires et leur majoration) pour les traiter.

Jours de congés à prendre la première année de travail

Une problématique se pose quasi systématiquement lors de l'entrée dans le dispositif du forfait annuel en jours, qui généralement se fait au jour de l'embauche, c'est-à-dire à un instant où le salarié ne dispose d'aucun droit à congés payés.

En effet, dans la mesure où la prise des congés payés a des conséquences sur le nombre de jours à travailler convenu dans la convention individuelle de forfait, se pose la question de l'articulation entre la prise de ces jours, notamment lorsque les périodes

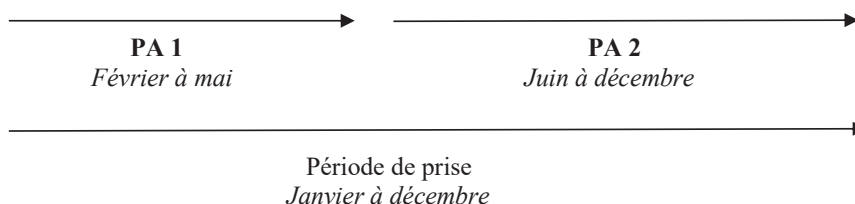
Illustration

Un salarié est embauché en forfait annuel en jours le 1^{er} février 2025 au sein de l'entreprise dont la période de référence du forfait est du 1^{er} janvier au 31 décembre.

La période d'acquisition est celle prévue par la loi (1^{er} juin de l'année N au 31 mai de l'année N+1). Combien de jours le salarié doit-il travailler en 2025 et combien de jours de congés peut-il poser ?

La question n'a pas de solution préétablie, car tout dépend de la période de prise et il apparaît quasiment impossible de pouvoir définir, au jour de l'embauche, le nombre de jours exacts devant être travaillés la première année et le nombre de congés payés devant être pris.

En effet, dans l'exemple précité, le salarié acquiert des jours sur les mois de février à mai (période d'acquisition 1 - PA1), soit $4 \times 2,5 = 10$ jours et également de juin à décembre (période d'acquisition 2 - PA2), soit $7 \times 2,5 = 17,5$ jours.



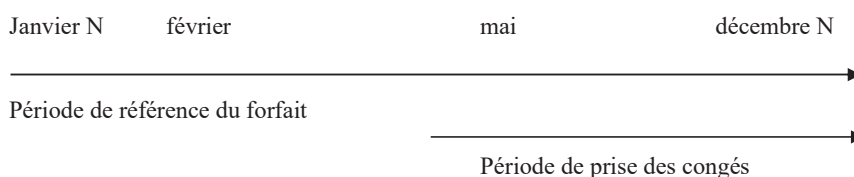
Selon les dispositions légales, le salarié peut prendre ses congés payés dès l'embauche, sous réserve de l'organisation des périodes de prise et en accord avec l'employeur.

Imaginons que la période de prise débute le 1^{er} mai et se termine le 30 décembre de la même année (*exemple 1 ci-après*).

Le salarié devra donc poser obligatoirement 10 jours (PA 1).

Le nombre de jours à travailler apparaît donc facilement déterminable, car la période de référence du forfait comprend la période de prise des congés payés.

Exemple n° 1 : le salarié peut prendre 10 jours jusqu'au mois de décembre N



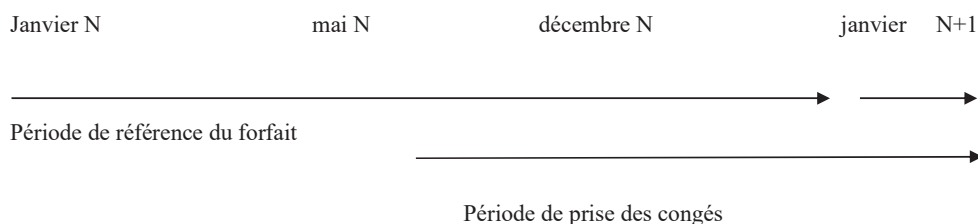
(15) Cass. soc., 14 nov. 2013, n^{os} 11-17.644, 11-17.645, 11-17.646 et 11-17.647.



La situation se complique si la période de prise excède la période de référence du forfait (*exemple 2 ci-après*).

Imaginons que la période de prise débute le 1^{er} mai N et se termine le 30 janvier N+1.

Exemple n° 2 : le salarié peut théoriquement prendre 10 jours uniquement sur le mois de janvier N+1



La question du nombre de jours pouvant être travaillés diffère bien selon les deux exemples. Au sein de l'exemple n° 2, le nombre de jours travaillés sera potentiellement supérieur sur l'année N, mais cela aura également un impact sur l'année N+1.

Ces exemples démontrent, notamment à titre de simplification, la nécessité d'avoir deux périodes qui coïncident (période de référence du forfait annuel et période de prise des congés payés – voire d'acquisition également).

Ce constat impacte également le nombre de jours non travaillés.

Partant de ce constat, les entreprises disposent de deux possibilités pour fixer d'emblée les règles et ainsi éviter toute surprise :

- acter dans le contrat de travail, les dates de prise du congé payés la première année (voire la seconde année également) et un nombre déterminé de jours de congés payés à prendre ;
- définir un nombre de jours contractuels à travailler sans tenir compte du nombre de congés payés éventuellement à prendre et qui viendront en déduction.

Ces préconisations impliquent au préalable de déterminer le nombre de jours à travailler (et donc la question du dépassement ou non du seuil de 218 jours).

Le nombre de jours à travailler jusqu'à la fin de la période de référence du forfait ne peut pas être calculé, car tout dépend du nombre de jours de congés qui seront pris sur la période de prise des congés.

Ainsi, 10 jours peuvent être pris sur l'année N comme ils peuvent être pris en tout ou partie sur l'année N+1.

MODÈLES DE CLAUSE CONTRACTUELLE

Madame (ou Monsieur) < > est soumis à une convention de forfait annuel en jour de < > jours, ce nombre de jours correspondant à un droit à congés payés complet.

Compte tenu de son arrivée le < date >, soit en cours de période de référence, et par conséquent d'un droit à congés payés incomplet, il devra :

(Variante 1) – sur la première année (soit du < date d'entrée > au < date de fin de la période de référence >), travailler < nombre > jours et prendre < nombre > jours de congés payés ;

– sur les années suivantes (soit < dates de début et de fin de la période de référence >), travailler < nombre > jours et prendre < nombre > jours de congés payés.

(Variante 2) – sur la première année (soit du < date d'entrée > au < date de fin de la période de référence >), travailler < nombre > jours.

– sur les années suivantes (soit < dates de début et de fin de la période de référence >), travailler < nombre > jours.

Il pourra prendre des congés payés dès la première année selon les dates fixées par l'entreprise. Ces jours de congés payés *viendront (ou ne viendront pas)* en déduction des nombres de jours à travailler précités.



Articulation avec les jours de congés payés supplémentaires

Il n'est pas rare que des salariés bénéficient de droit à congés payés supplémentaires, c'est-à-dire allant au-delà des droits à congés payés légaux de 30 jours ouvrables par an.

La source de ces congés payés supplémentaires peut être :

- légale, comme les jours supplémentaires de congés payés en cas du fractionnement du congés principal ⁽¹⁶⁾, pour les salariés de moins de 21 et ayant des enfants à charge ⁽¹⁷⁾ ou ceux résultant d'un don pour les parents d'enfants gravement malade ou proche aidant ⁽¹⁸⁾ ;
- conventionnelle ou résultant d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, comme les congés payés supplémentaires pour ancienneté, les congés payés supplémentaires issue d'un don.

La prise de ces congés supplémentaires réduit, au titre de la période de référence concernée, le nombre de jours à travailler.

C'est ce que la Cour de cassation a pu juger à plusieurs reprises, notamment pour ce qui concerne les jours supplémentaires de congés payés pour ancienneté ⁽¹⁹⁾.

Une solution inverse conduirait à ce que le salarié ne bénéficie pas de tels jours supplémentaires de congés payés, dans la mesure où il n'en a pas été tenu compte pour déterminer la valeur de 218 jours de travail.

Acquisition limitée de jours de congé en raison d'une maladie non professionnelle

La loi du 22 avril 2024 ⁽²⁰⁾ prévoit que le salarié en arrêt de travail pour maladie non professionnelle acquiert un nombre de jours de congés payés limité, à savoir deux jours ouvrables par mois d'absence (soit 1,66 jours de ouvrés).

En réalité, cette problématique se posait antérieurement à cette loi du 22 avril 2024, dans des propor-

tions plus importantes, lorsque le salarié n'acquerrait aucun droit à congés payés pendant ses périodes d'arrêt de travail.

La limite de 218 jours ayant été déterminée par une opération de déduction d'un nombre des jours de repos, et notamment d'un nombre de jours de congés payés ouvrés sur base d'un droit complet, il est évident que l'acquisition limitée d'un droit à congés payés pourra conduire le salarié à dépasser le nombre de jours de travail convenu dans son forfait.

À notre sens, la solution qui doit être retenue est la même que celle applicable lors de l'entrée du salarié dans le mécanisme du forfait annuel en jours qui ne dispose pas d'un droit à congés payés complet. À savoir, le paiement des jours supplémentaires de travail, semble-t-il sans majoration de ces derniers.

Mécanisme de report propre aux dispositifs d'annualisation du temps de travail

Le report des droits à congés payés existe dans le Code du travail depuis de nombreuses années, indépendamment des règles nouvellement définies par la loi pour les congés payés qui n'ont pas pu être pris en raison d'une période d'arrêt de travail pour maladie.

L'article L. 3141-22 du Code du travail prévoit un mécanisme de report, qui peut être instauré par un accord collectif, en cas d'aménagement du temps de travail sur l'année.

Ce mécanisme de report n'est possible que si un accord collectif le prévoit et que l'aménagement du temps de travail est sur l'année, ce qui exclut *de facto* toute organisation pluri-hebdomadaire du temps de travail sur d'une période infra annuel. Sont donc principalement concernés les salariés qui sont annualisés, les forfaits annuels en jours et en heures.

Par ailleurs, la loi encadre strictement ce mécanisme. Outre le fait que le report ne peut pas être effectué après le 31 décembre de l'année suivant celle pendant laquelle la période de prise de ces congés a débuté, elle impose à l'accord de préciser :

- les modalités de rémunération des congés payés reportés, étant précisé que les dispositions légales d'ordre public relatives au calcul de l'indemnité doivent être respectées.

⁽¹⁶⁾ C. trav., art. L. 3141-23.

⁽¹⁷⁾ C. trav., art. L. 3141-8.

⁽¹⁸⁾ C. trav., art. L. 1225-61-1 à L. 1225-65-2 et L. 3142-16 à L. 3142-25-1.

⁽¹⁹⁾ Voir notamment en ce sens Cass. soc., 25 mai 2022, n° 20-13.262.

⁽²⁰⁾ L. n° 2024-364, 22 avr. 2024.



Exemple de clause : « Pendant la durée des congés qui ont été reportés et qui sont pris à une date ultérieure comprise entre le 1^{er} juin de l'année N et le 31 décembre de l'année N, le salarié percevra l'indemnité de congés payés reportés, égale au dixième de la rémunération perçue par le salarié au cours de la période de référence à laquelle ces congés se rapportent, sans pouvoir être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant cette même période » ;

- les cas précis et exceptionnels de report.

Exemple de clause : « Dans ce cas, les reports de congés peuvent être effectués jusqu'au 31 août de l'année suivant celle pendant laquelle la période de prise de ces congés a débuté dans les cas précis et exceptionnels suivants : congé parental, arrêt maladie, AT/MP, maternité ».

Nombreux sont les accords qui prévoient une clause générale en la matière sans faire état des cas précis qui permettent de prétendre à un report des congés payés ;

- les conditions dans lesquelles ces reports peuvent être effectués, à la demande du salarié et après accord de l'employeur.

Remarque. L'accord peut parfaitement limiter le nombre de jours à reporter, le délai dans lequel ils peuvent être reportés, etc. En revanche, rien n'est précisé quant au fait que l'absence de prise de ces congés payés pendant la période de report autorisée entraîne la perte des droits à congé payé reporté. À notre sens, dans le cadre de ce mécanisme la perte des droits à congés payés à l'issue de la période de report n'est pas possible faute de disposition légale en prévoyant la possibilité.

En tout état de cause, la rédaction du texte suppose que le report ne peut se faire que sur demande du salarié et obligatoirement avec l'accord de l'employeur ;

- les conséquences de ces reports sur le respect du seuil annuel de 1 607 heures en cas d'annualisation du temps de travail, ou de 218 jours, s'agissant des forfaits en jours. Ce report ne doit pas avoir pour effet de majorer ces seuils dans une proportion plus importante que celle correspondant à la durée ainsi reportée. Le texte légal permet ainsi de majorer le seuil d'heures supplémentaires de 1 607 heures ou le nombre maximal (avec un droit

à congés payés complet) de jours de travail de 218 jours pour le forfait annuel en jours.

Pour les salariés en heures dont le temps de travail est annualisé, ceci permet d'éviter un déclenchement des heures supplémentaires du fait d'un report de congés payés. Autrement écrit, le salarié qui dépassera le seuil de 1 607 heures au cours de la période de référence sur laquelle il n'a pas pris l'intégralité de ses congés payés du fait d'un report sur la période de référence suivante, ne pourra prétendre, si l'accord le prévoit, à des majorations pour heures supplémentaires. Ce texte prend le contrepied de la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que le dépassement du seuil de 1 607 heures en raison d'un droit à congés payés incomplet ouvre droit aux majorations pour heures supplémentaires ⁽²¹⁾.

À l'inverse de la jurisprudence précitée, dans le cas particulier de l'article L. 3141-22 du Code du travail, le salarié est censé disposer de tous ses droits à congés payés. Le dépassement du seuil n'est pas la conséquence d'un droit à congés payés incomplet, mais de la volonté pour le salarié de solliciter le report de ses droits.

De manière plus générale et étonnement, cette disposition permet de déroger à l'article L. 3121-41 du code du travail, d'ordre public, auquel il n'est normalement pas possible de déroger, qui prévoit que si la période de référence est annuelle constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de 1 607 heures.

Ainsi, la seule restriction concernant la majoration des seuils sus-évoqués repose sur la nécessité de ne pas les majorer dans une proportion plus importante que celle correspondant à la durée ainsi reportée, et ce pour ne pas léser le salarié.

Enfin l'article L. 3141-22 précise expressément qu'il s'applique sans préjudice des reports de congés non pris pour cause d'accident ou de maladie, en cas de report pour création d'entreprise ou sabbatique, ainsi qu'à ceux engendrés par la mise en œuvre d'un compte épargne-temps.

L'ensemble de ces développements démontre l'importance de revenir sur le sort des congés payés à chaque négociation d'accord aménagement le temps de travail ! ♦

(21) Cass. soc., 14 nov. 2013, nos 11-17.644, 11-17.645, 11-17.646 et 11-17.647.



Autres destinations des congés payés



Séverine ARTIERES
Avocate associée



Florian DA SILVA
Avocat associé

Les congés payés sont synonymes de vacances, repos, loisirs... Cette assimilation évidente est une résultante du caractère sacré du droit à congés payés conféré par le droit international, européen et national, qui assure aux travailleurs un droit au repos et donc à la préservation de leur santé.

C'est un principe rappelé à plusieurs reprises par la Cour de justice de l'Union européenne, les congés payés permettant au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisirs ⁽¹⁾.

Sa finalité est telle que le droit à congés payés est un droit fondamental et un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, consacré notamment par l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

Si les congés payés sont avant tout destinés au repos et aux loisirs, certains peuvent être épargnés sur un CET ou un Perco, et d'autres peuvent être donnés dans des circonstances bien précises.

Sa destination principale est donc la prise effective des jours de congés payés en vue d'assurer sa finalité, impliquant qu'il n'est pas possible, sauf rare exception, d'obtenir le paiement de ses jours de congés

payés en lieu et place de leur prise effective.

À ce titre, l'article 7 de la directive du 4 novembre 2003 ⁽²⁾, relative à l'aménagement du temps de travail, prévoit expressément que « *la période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail* ». S'agissant d'une disposition européenne, la période minimale de congés payés correspond à quatre semaines.

Ce caractère sacré du droit à congés payés explique les raisons pour lesquelles il existe très peu de mécanismes permettant de les utiliser sans pour autant se reposer.

(1) CJUE, 20 janv. 2009, Schultz-Hoff, n° C- 350/06, point 25.

(2) Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, art. 7.



En tout état de cause, lorsque le droit à congés payés peut servir autrement que par la prise d'un repos, les dispositions légales encadrent ces dispositifs en excluant systématiquement le congé principal de quatre semaines de toute autre destination que le repos effectif.

Cette exclusion s'explique en raison du droit européen et plus particulièrement de la Directive du 4 novembre 2003 précitée qui prévoit que « *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* ».

Cependant, les jours de congés payés excédents ces quatre semaines, qu'il s'agisse de la cinquième semaine de congés payés ou des congés supplémentaires, peuvent en droit français être destinés à une utilisation autre qu'un repos.

CONGÉS PAYÉS ET COMPTE ÉPARGNE-TEMPS

Mise en place du compte épargne-temps

Seul un accord collectif peut mettre en place un compte épargne-temps (CET) au sein de l'entreprise.

L'article L. 3151-2 du Code du travail le décrit comme suit :

« *Le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non pris ou des sommes qu'il y a affectées.* »

Il s'agit en réalité d'un compte dont peut disposer le salarié qui le souhaite et lui permettant d'affecter des éléments en temps pour les convertir en argent et inversement, en fonction de ce que permet ou non l'accord.

Selon les dispositions légales, la convention ou l'accord collectif instaurant le compte épargne-temps ⁽³⁾ :

- détermine dans quelles conditions et limites celui-ci peut être alimenté en temps ou en argent à l'initiative

du salarié ou, pour les heures accomplies au-delà de la durée collective, à l'initiative de l'employeur ;

- définit les modalités de gestion du compte épargne-temps et détermine les conditions d'utilisation, de liquidation et de transfert des droits d'un employeur à un autre.

S'agissant de son utilisation, c'est à l'accord collectif de prévoir que les droits affectés sur le compte épargne-temps sont mobilisés, en tout ou partie ⁽⁴⁾ :

- pour contribuer au financement de prestations de retraite qui revêtent un caractère collectif et obligatoire ;
- pour réaliser des versements sur un ou plusieurs plans d'épargne pour la retraite collectifs ou plan d'épargne retraite d'entreprise collectif.

Si les dispositions légales offrent une très grande liberté aux partenaires sociaux pour définir et déterminer les droits pouvant être affectés sur le CET, ainsi que leurs modalités d'utilisation, des dispositions légales auxquelles il n'est pas possible de déroger sont prévues.

Ces dispositions d'ordre public concernent essentiellement les relations entre les droits relatifs aux congés payés et le CET.

CET et droits à congés payés

L'article 7 de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail prévoit expressément, en matière de congés annuels, que :

« 1. 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.

« 2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail. »

À plusieurs reprises la CJCE a rappelé que le droit au congé annuel payé constitue un principe essentiel du droit social de l'Union ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ C. trav., art. L. 3152-4.

⁽⁵⁾ Voir entre autres CJCE, 26 juin 2001, n° C-173/99, Bectu ; CJCE, 18 mars 2004, n° C-342/01, Merino Gómez.

⁽³⁾ C. trav., art. L. 3152-1.



La finalité du droit à congé payé annuel est ⁽⁶⁾ « de permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et de disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part ».

Le caractère sacré du droit à congés payés a conduit le législateur à fixer des limites strictes aux fins d'éviter une monétisation des droits légaux à congés payés via le CET. Autrement écrit, éviter que le salarié ne bénéficie en contrepartie de congés payés, composante indispensable du droit à la santé, de sommes d'argent.

Pour ce faire, les limites sont de deux ordres et touchent aussi bien l'alimentation du compte épargne-temps que son utilisation.

Alimentation du CET avec des droits afférents aux congés payés

L'article L. 3151-2 du Code du travail, qui est d'ordre public, est sans ambiguïté : « *Le congé annuel ne peut être affecté au compte épargne-temps que pour sa durée excédant vingt-quatre jours ouvrables.* »

Ainsi, les quatre premières semaines de congés payés ne peuvent en aucun cas être affectées sur le CET.

Une telle limitation, qui s'explique par la finalité même du droit à congés payés, implique que le compte épargne-temps ne peut être alimenté, en matière de congés payés, que :

- des jours constituant la cinquième semaine de congés Si la jurisprudence en matière de CET est rare, la Cour de cassation a déjà pu se prononcer, au regard du droit de l'Union européenne, sur la possibilité d'affecter la cinquième semaine de congés payés sur ledit compte sans que cela porte atteinte à la pleine effectivité de la prise des repos garantis par la directive européenne précitée. Et elle a décidé ⁽⁷⁾ : « *Attendu, ensuite, que l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil qui prévoit que la période minimale de congé annuel de quatre semaines ne peut être remplacée par une indemnité financière qu'en cas de fin de la relation de travail, ne s'oppose pas à ce que des droits à congés supplémentaires puissent être accordés au salarié dans des conditions fixées*

par le droit national. Et attendu que l'article L. 3152-2 du Code du travail ne permettant l'affectation au compte épargne-temps que des congés annuels excédant vingt-quatre jours ouvrables et l'article 3.5 de l'accord d'entreprise excluant la monétisation des jours épargnés au titre de la cinquième semaine de congés payés, l'arrêt n'encourt pas les griefs du moyen » ;

- et des jours de congés supplémentaires résultant d'une disposition légale (exemple : jours de fractionnement) ou de dispositions conventionnelles voire unilatérales de l'employeur (congés supplémentaires notamment pour ancienneté...).

Encore faut-il que l'accord collectif mettant en œuvre le CET en offre la possibilité. Il peut également le faire de manière partielle en ouvrant la voie à une affectation des congés payés supplémentaires seulement, voire limiter le nombre de jours de congés payés constituant la cinquième semaine pouvant y être affectés.

Il pourrait également être prévu que l'accord de l'employeur soit nécessaire pour affecter des jours constituant la cinquième semaine de congés payés.

Exemple de disposition

« Chaque salarié bénéficiaire aura la possibilité d'alimenter le CET par des jours de repos et/ou des éléments de salaire dont la liste est fixée ci-après.

Par des éléments en temps :

Tout salarié peut décider de porter sur son compte individuel ouvert :

- *des jours de congés payés acquis au titre de la période précédente excédant 24 jours ouvrés dans la limite de cinq jours par an, sous réserve d'avoir obtenu l'accord préalable de la Direction de ne pas les prendre ;*
- *des jours de congés d'ancienneté éventuellement dans la limite d'un jour ;*
- *des jours de congés supplémentaires pour fractionnement dans la limite de deux jours. »*

Utilisation des droits à congés payés affectés sur le CET

L'article L. 3151-3 du Code du travail, d'ordre public, prévoit que « *l'utilisation sous forme de complément de rémunération des droits versés sur le compte épargne-temps au titre du congé annuel n'est autorisée que pour ceux de ces droits correspondant à*

(6) CJCE, 20 janv. 2009, n° C-350/06, Schultz-Hoff, point 25.

(7) Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-10.037.



des jours excédant la durée de trente jours fixée à l'article L. 3141-3 ».

Cette disposition implique que les jours constituant la cinquième semaine de congés payés, et affectés sur le CET, ne sont pas monétisables. Dès lors, ils ne peuvent constituer un complément de rémunération.

L'utilisation de ces jours de congés payés n'est donc possible que par leur prise. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'un mécanisme de report des congés payés sans véritable limite de temps, sauf à ce que l'accord collectif instituant le compte épargne-temps en fixe une.

La monétisation et la liquidation partielle n'étant pas permise, les jours constituant la cinquième semaine de congés ne peuvent pas faire l'objet d'un transfert dans un plan d'épargne salariale, dans un plan d'épargne pour la retraite collectif, dans un plan d'épargne retraite d'entreprise collectif ou pour contribuer au financement de prestations de retraite qui revêtent un caractère obligatoire et collectif.

De même, si l'accord instituant le CET prévoit la possibilité de liquider partiellement ou totalement le compte, les jours constituant la cinquième semaine de congés payés ne pourront faire l'objet d'une monétisation.

La seule exception à la monétisation de ces jours affectés au CET est la rupture du contrat de travail qui implique de liquider les droits affectés sur ledit compte et qui n'offre pas d'autres choix à l'entreprise que de verser une indemnité compensatrice faute pour le salarié de pouvoir prendre effectivement les jours.

C'est dire le caractère sacré consacré à la prise des jours de congés payés.

Toutefois, la monétisation des jours de congés payés est possible pour les jours excédant la cinquième semaine et qui aurait été affectés sur le CET. Mais il est nécessaire que l'accord collectif instituant le CET en prévoie la faculté. Dans la mesure où les partenaires sociaux ont une grande liberté dans la construction du compte épargne-temps, il pourrait parfaitement être prévu que les jours supplémentaires de congés payés ne puissent pas être monétisés, à l'inverse des jours de RTT, par exemple.

Au-delà de la monétisation des jours de congés payés supplémentaires (excédant la cinquième semaine),

se pose la question de la valorisation de ces jours en argent.

En principe, il appartient à l'accord collectif instituant le compte épargne-temps de prévoir ces modalités, puisque la loi est totalement muette sur ce point. Plusieurs solutions s'offrent aux partenaires sociaux :

– **valorisation en argent au jour de l'affectation** sur le compte épargne-temps. Ceci implique de prendre en considération, pour valoriser un élément de temps, le taux horaire ou journalier du salarié au jour de l'affectation. Cette solution, parfois rencontrée, apparaît peu satisfaisante dans la mesure où elle élude toute augmentation de salaire au fil de l'utilisation du CET ;

– **valorisation en argent au jour de l'utilisation** des droits en temps affectés au compte épargne-temps. Dans ce cas, la valorisation des éléments en temps, pour une conversion en argent se fera sur la base du taux horaire ou journalier du salarié au jour de l'utilisation. Cette solution, qui est souvent la plus retenue par les entreprises et partenaires sociaux, a le mérite de tenir compte des évolutions de salaire du collaborateur. D'ailleurs, la circulaire du 13 novembre 2008 ⁽⁸⁾ n'ayant pas valeur normative précise qu'il s'agit de la solution à retenir lorsque l'accord collectif est muet sur la valorisation : « *Les jours de repos affectés sur un CET qui font l'objet d'une monétisation sont rémunérés au salarié sur la valeur de base de la journée de repos calculée au moment de cette "liquidation partielle" du compte en tenant compte des modalités de gestion des droits prévues par l'accord collectif qui peut prévoir des modalités particulières de valorisation. En l'absence d'accord collectif prévoyant les modalités de valorisation de la journée, la valeur de cette dernière est appréciée à la date du paiement.* »

Sort des congés supplémentaires acquis en raison de la rétroactivité de loi du 22 avril 2024

Les principes étant précisés, se pose naturellement la question de l'affectation des jours de congés payés

(8) Circ. DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Fiche 13, point 3.2.1.



acquis en raison de l'effet rétroactif de dispositions prévues par la loi du 22 avril 2024 ⁽⁹⁾.

Pour mémoire, cette loi prévoit expressément que l'acquisition de congés payés pendant une période d'arrêt maladie a un effet rétroactif pour la période courant du 1^{er} décembre 2009 à la date d'entrée en vigueur de la loi, soit le 24 avril 2024, de sorte que les salariés ayant fait l'objet d'arrêts maladie sur cette période peuvent solliciter une régularisation de leurs jours de congés payés, dans les conditions fixées par la loi.

Ces congés payés acquis au titre de l'effet rétroactif de la loi peuvent-ils être affectés sur le compte épargne-temps ? Le cas échéant, l'affectation est-elle également limitée à la cinquième semaine ?

La loi ne prévoit aucun aménagement particulier de l'affectation sur le CET, ou de leur utilisation, des congés supplémentaires, tels que qualifiés par la loi, acquis en raison de l'effet rétroactif de la loi.

Dès lors, l'affectation sur le compte épargne-temps de ces congés payés supplémentaires qui constituent la cinquième semaine est possible, à condition toutefois que l'accord prévoie la possibilité d'affecter les jours de congés payés constituant la cinquième semaine de congés payés.

La difficulté pratique sera alors d'identifier, au titre des jours de congés payés régularisés, ceux qui appartiennent à la cinquième semaine et ceux qui ne le sont pas.

Quant aux jours supplémentaires régularisés qui ne constituent pas la cinquième semaine de congés payés, leur affectation est *de facto* exclue. Ceci implique que les jours supplémentaires acquis en raison de l'effet rétroactif de la loi pour les périodes d'arrêt maladie d'origine non professionnelle ne sont pas affectables sur le CET, dans la mesure où la loi du 22 avril 2024 limite la régularisation à 24 jours, soit quatre semaines de congés payés, par période d'acquisition.

Ainsi, en pratique, très peu de jours de congés payés supplémentaires acquis au titre de l'effet rétroactif de la loi pourront intégrer le compte épargne-temps. Et ce d'autant qu'il semble évident que l'accord

collectif instaurant le CET ne peut prévoir une dérogation permettant d'affecter ces jours supplémentaires de congés payés régularisés au-delà de la cinquième semaine, car cela reviendrait à déroger à une disposition légale d'ordre public.

Il est d'ailleurs surprenant que la loi ne se soit pas emparée de la problématique, notamment aux fins de laisser la possibilité aux partenaires sociaux par voie d'accord collectif, de pouvoir rendre affectables certains de ces jours de congés payés supplémentaires en vue de les monétiser. Cette monétisation aurait à tout le moins pu être permise pour les jours supplémentaires régularisés constituant la cinquième semaine.

En effet, la monétisation aurait pu être envisageable pour les congés payés supplémentaires acquis au titre de la rétroactivité de la loi du 22 avril 2024 et qui, en raison de l'ancienneté de l'arrêt maladie ouvrant droit à ces congés payés supplémentaires, ont perdu leur finalité.

Pour mémoire, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé à maintes reprises que « *le droit au congé annuel payé poursuit une double finalité, à savoir permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part. Le droit au congé annuel payé acquis par un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives ne saurait répondre aux deux volets de sa finalité que dans la mesure où le report ne dépasse pas une certaine limite temporelle. En effet, au-delà d'une telle limite, le congé annuel serait dépourvu de son effet positif pour le travailleur en sa qualité de temps de repos, ne gardant que sa qualité de période de détente et de loisirs* » ⁽¹⁰⁾.

À notre sens, rien n'empêchait de prévoir une affectation sur le CET, en vue d'une éventuelle monétisation, des jours de congés supplémentaires qui, bien qu'acquis en raison de la rétroactivité de la loi du 22 avril 2024, seraient dépourvus de leur effet positif pour le travailleur en qualité de temps de repos.

Une telle solution aurait eu le mérite, sans pour autant affecter le droit au repos du salarié, de laisser la possibilité aux entreprises, avec leurs partenaires sociaux, de débloquer du pouvoir d'achat pour les

(9) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole.

(10) CJUE, 9 nov. 2023, n° C-271/22, XT. c/ Keolis Agen Sarl.



salariés, le tout en évitant à l'entreprise de devoir faire face, compte de la tension sur la situation de l'emploi, à des difficultés de recrutement en vue du remplacement des salariés absents en raison de la prise de ces congés supplémentaires.

Remarque de la rédaction

Il faut bien noter toutefois que l'article L. 3151-2 du Code du travail n'impose qu'une seule limite : « *Le congé annuel ne peut être affecté au compte épargne-temps que pour sa durée excédant vingt-quatre jours ouvrables.* » Or, les droits acquis au titre du report s'ajouteront généralement aux jours de congés dus pour la période en cours. Dès lors que le salarié aura bien bénéficié, pour une période de référence donnée, du minimum de 24 jours, le surplus peut parfaitement être affecté au CET, moyennant peut-être une légère révision de l'accord collectif.

CONGÉS PAYÉS ET CONSTITUTION DE DROITS EN VUE DE LA RETRAITE

Des dispositions particulières existent dans le Code du travail afin de permettre aux salariés qui ne disposent pas d'un CET dans l'entreprise de consacrer des jours de congés à l'alimentation d'un Plan d'épargne collectif pour la retraite (Perco) ou de contribuer au financement de prestations de retraite dès lors que le régime est collectif et obligatoire.

En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 3334-8 du Code du travail, inclus dans un chapitre intitulé « *Plan d'épargne pour la retraite collectif* » prévoit expressément : « *En l'absence de compte épargne-temps dans l'entreprise, le salarié peut, dans la limite de dix jours par an, verser les sommes correspondant à des jours de repos non pris sur le plan d'épargne pour la retraite collectif ou faire contribuer ces sommes au financement de prestations de retraite qui revêtent un caractère collectif et obligatoire déterminé dans le cadre d'une des procédures mentionnées à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale. Le congé annuel ne peut être affecté à l'un de ces dispositifs que pour sa durée excédant vingt-quatre jours ouvrables.* »

Assez curieusement, cette disposition crée une distinction entre les salariés d'une entreprise bénéficiant d'un CET et les autres, puisque, comme nous

l'avons vu, au contraire des seconds, les premiers n'ont pas cette possibilité de verser l'équivalent en argent des jours correspondant à la cinquième semaine de congés payés.

Une telle distinction est surprenante puisqu'au regard de la finalité du droit à congés payés le salarié disposant d'un CET est placé dans une situation identique à celui n'en disposant pas, la possibilité de détenir un compte épargne-temps n'impliquant pas que celui-ci qui en bénéficie se repose davantage que celui qui n'en a pas.

De la même manière, au regard de l'objectif poursuivi, à savoir le versement dans un Perco ou la contribution au financement de prestations de retraite, rien ne justifie que l'un puisse mobiliser des jours de sa cinquième semaine de congés payés et pas l'autre. Et ce d'autant qu'en outre l'article L. 3334-8 du Code du travail ne cantonne pas l'alimentation du Perco, pour le salarié ne disposant pas d'un compte épargne-temps, aux seuls jours de congés issus de la cinquième semaine. En effet, dès lors qu'il vise « *des jours de repos non pris* », cela peut inclure des RTT, jours non travaillés dans le cadre du forfait en jours, tout autre congé supplémentaire, etc.

Pour ce qui concerne la valorisation des jours de congés investis dans le Perco, l'article R. 3334-1-1 du Code du travail prévoit qu'ils le sont pour la valeur de l'indemnité de congés calculée selon les dispositions des articles L. 3141-24 à L. 3141-27 du même Code, c'est-à-dire selon la méthode la plus avantageuse entre celle du dixième et celle du maintien de salaire.

DON DE JOUR DE REPOS À UN PARENT D'ENFANT DÉCÉDÉ OU GRAVEMENT MALADE

Un salarié peut, à sa demande et en accord avec son employeur, renoncer anonymement et sans contrepartie, à une partie de ses jours de congés payés au bénéfice d'un autre salarié de l'entreprise.

Cette possibilité, afin qu'elle ne se heurte pas aux droits fondamentaux des travailleurs, est réservée à certains cas spécifiques et dans des proportions limitées.

Né en France en 2009 d'un élan de solidarité initié par des salariés d'une entreprise qui avaient déci-



dé, en dehors de tout cadre légal, de faire don de 17 jours de RTT à un de leurs collègues, père d'un enfant de 11 ans gravement malade, pour lui permettre, avec l'accord de la direction, de rester près de son enfant sans perte de revenu, le dispositif a fait l'objet d'un premier encadrement législatif par la loi du 9 mai 2014 ⁽¹¹⁾, dite *Loi Mathys*, permettant, en conformité avec le droit européen, le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade.

À l'époque, seules quelques entreprises avaient formalisé ce type d'initiatives par le biais d'un accord d'entreprise.

Le dispositif de don de jours de repos a ensuite été élargi à d'autres situations :

- au bénéfice des proches aidants de personnes en perte d'autonomie ou présentant un handicap ⁽¹²⁾ ;
- au bénéfice de salariés qui ont souscrit à un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ⁽¹³⁾ ;
- au bénéfice des salariés dont un enfant à charge de moins de 25 ans est décédé ⁽¹⁴⁾ ;
- au bénéfice des salariés sapeurs-pompiers volontaires ⁽¹⁵⁾.

Dans tous les cas de figure ci-dessus évoqués, il s'agit d'une cession anonyme des jours de repos acquis mais non pris par des salariés, avec l'accord de l'employeur, au profit de salariés bénéficiaires.

Depuis peu, ce dispositif a été élargi au bénéfice de fondations ou d'associations reconnues d'utilité publique et de certains organismes d'intérêt général ⁽¹⁶⁾. Dans ce cas, les jours de repos auxquels le salarié renonce sont convertis en unités monétaires selon des modalités qui restent à déterminer par décret.

Les entreprises se sont par la suite largement emparées de ce dispositif, notamment dans le cadre des négociations obligatoires sur l'égalité profession-

nelle et la qualité de vie au travail, sous l'axe solidarité, accompagnement des personnes fragiles.

Les accords collectifs conclus sur ce thème répondent à plusieurs incertitudes juridiques laissées par les textes en l'absence de précisions dans le Code du travail, concernant la garantie de l'anonymat, la gestion des congés « *donnés* », mais « *non attribués* », ou encore les règles d'attribution en présence de plusieurs bénéficiaires.

Mais, revenons brièvement sur les principes juridiques avant de se pencher sur les initiatives prises par certaines entreprises pour clarifier les zones grises de ce dispositif.

Champ d'application et salariés concernés

Le don de jours de repos est possible dans toutes les entreprises visées à l'article L. 1211-1 du Code du travail. Il s'agit :

- des entreprises de droit privé, quels que soient leur effectif et leur activité ;
- des entreprises du secteur public pour leurs salariés employés dans des conditions de droit privé, et ce quel que soit l'effectif de l'entreprise, sauf s'il existe des dispositions similaires dans ces entreprises.

L'employeur n'a aucune obligation d'instaurer dans l'entreprise un dispositif de dons de jours de repos, même si les salariés en font la demande. Ce n'est pas un droit pour les salariés. Cela relève de son pouvoir de direction.

En outre, les dispositions légales ne prévoient pas la possibilité de dons de jours entre salariés d'entreprises différentes appartenant à un groupe ou à une UES.

En l'absence de précisions dans le Code du travail, il peut s'agir de tout salarié, quel que soit son contrat de travail ou son ancienneté. Cependant, un accord d'entreprise peut, le cas échéant, réduire le champ des donateurs aux seuls salariés en CDI, par exemple.

Pour le salarié bénéficiaire, la seule exigence légale est de justifier être dans l'une des situations prévues par le Code du travail pour bénéficier de ce don de jours et de pouvoir le justifier. Là encore la négociation d'entreprise peut encadrer le champ des bénéficiaires aux seuls salariés en CDI ou justifiant d'une ancienneté minimale.

(11) L. n° 2014-459, 9 mai 2014, permettant le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade.

(12) C. trav., art. L. 3142-25-1.

(13) C. trav., art. L. 3142-94-1.

(14) C. trav., art. L. 1225-65-1.

(15) L. n° 2021-1520, 25 nov. 2021, visant à consolider notre modèle de sécurité civile et valoriser le volontariat des sapeurs-pompiers et les sapeurs-pompiers professionnels, art. 35 et 36.

(16) L. n° 2024-344, 15 avr. 2024, visant à soutenir l'engagement bénévole et à simplifier la vie associative, art. 5.



Quels jours de congés peuvent faire l'objet d'un don ?

Le salarié qui effectue un don de jours de repos renonce anonymement et sans contrepartie à ses jours de repos.

Il peut s'agir de jours de congés payés : seuls les jours de congés au-delà du 24^e jour ouvrable peuvent faire l'objet d'un don. Cela concerne donc les jours constituant la cinquième semaine de congés payés et les jours de congés supplémentaires conventionnels ou non.

Il peut également s'agir de jours de réduction du temps de travail, de jours non travaillés dans le cadre d'un forfait en jours ou encore des journées offertes par l'entreprise.

Fonctionnement

Le salarié donateur doit faire connaître sa décision par écrit et indiquer le nombre et la nature des jours de repos afférents.

Le don est anonyme. En pratique, cela signifie que le salarié bénéficiaire verra ses comptes de jours de repos crédités sans qu'il ne connaisse la provenance du don.

Le salarié qui bénéficie du don de jours de repos conserve sa rémunération pendant son absence, ainsi que tous les avantages qu'il avait acquis avant le début de sa période d'absence. Celle-ci est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté.

Don de jours dans les accords collectifs

Les entreprises qui se sont emparées du sujet par la voie de la négociation collective ont travaillé sur la procédure de don et d'utilisation de jours afin de respecter les principes légaux d'anonymat et d'absence de contrepartie.

Ainsi nombre d'entre elles ont opté pour la création d'un Fonds de solidarité géré par le service RH/Paie destiné à recevoir les jours donnés par les salariés volontaires.

Le fonctionnement via le fonds de solidarité permet également de traiter de la question de la gestion des congés « donnés », mais « non attribués ».

Autres aspects pratiques traités par les entreprises dans le cadre de la négociation collective

Règles d'attribution en présence de plusieurs bénéficiaires

Lorsque la question est traitée, ce qui reste assez anecdotique, les entreprises raisonnent de manière pragmatique par ordre chronologique de réception des demandes, en limitant le nombre de jours par demande et par salarié bénéficiaire.

Limites du nombre de jours donnés et reçus, plafonnement du fonds de solidarité et modalités d'utilisation

Ainsi, les demandes de jours de repos font généralement l'objet d'un encadrement dans le volume et la durée tout comme le nombre de jours donnés par une même personne au cours d'une année.

Enfin, les modalités du suivi de ce dispositif sont également traitées dans les accords dans le cadre de commissions de suivi créées *ad hoc* ou dans le cadre du CSE.

Ainsi, sont comptabilisés dans le cadre d'un bilan annuel :

- le nombre de jours cédés ;
- le nombre de jours cédés effectivement utilisés ;
- le nombre de salariés ayant effectué un don ;
- le nombre de salariés ayant bénéficié d'un don ;
- la durée moyenne des congés utilisés dans ce cadre par salarié.



Levier de la négociation sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail, le don de jours dont le champ d'application a été considérablement élargi depuis sa création est une thématique dont les entreprises se sont emparées dans une dynamique plus large de réflexion sur le collectif, la solidarité et la durabilité. ♦



Importance de la négociation collective



André DERUE
Avocat associé

Schémas réalisés par
Eva SAVAREUX

Les dispositions légales et réglementaires applicables en matière de congés qui peuvent être adaptées par voie d'accord collectif sont nombreuses.

L'idée selon laquelle un accord collectif peut déroger à la loi ou à des dispositions réglementaires, lorsque la loi le prévoit expressément, est d'ailleurs actée depuis de très nombreuses années dans notre Code du travail. La matière des congés payés n'y échappe pas.

Enfin, le conflit bien particulier entre accords collectifs de niveau différents est également source de règles spécifiques.

Un bref rappel de la manière dont sont réglés ces conflits de normes s'impose donc préalablement à un inventaire des situations dans lesquelles l'accord collectif peut intervenir.

L'employeur a toujours le droit d'organiser par lui-même la prise des congés payés, après avoir consulté le CSE, mais le législateur l'incite à passer par la négociation collective qui lui offre plus de souplesse.

HIÉRARCHIE DES NORMES RÉSULTANT DE L'ARCHITECTURE DU CODE DU TRAVAIL

La partie du Code du travail consacrée aux congés

payés ⁽¹⁾ est, comme c'est le cas dans nombre d'autres domaines, subdivisée pour chaque thématique en trois sous parties :

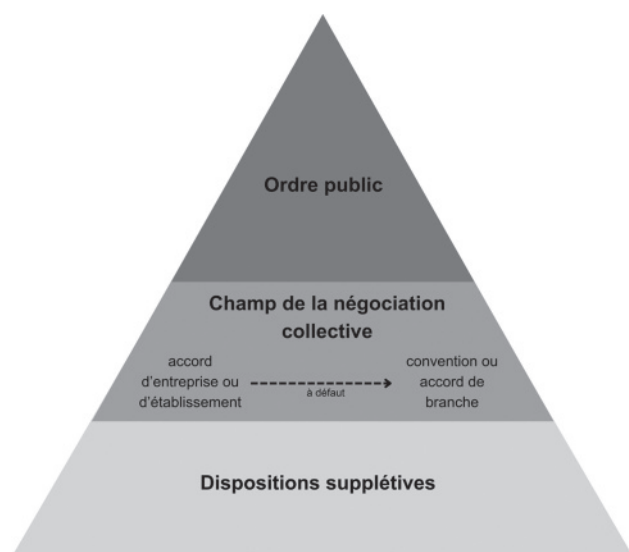
- **ordre public**, qui correspond aux règles auxquelles il ne peut pas, en principe, être dérogé ;
- **champ de la négociation collective**, qui vise les sujets sur lesquels un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut seulement de ces derniers, une convention ou un accord de branche, peut prévoir des dispositions spécifiques dans le respect naturellement des règles d'ordre public ;

(1) C. trav., art. art L. 3141-3 à L. 3141-33.



Rôle du tissu conventionnel dans la fixation des normes applicables

- et **dispositions supplétives**, qui déterminent les règles applicables en l'absence d'accord.



Cette hiérarchie entre ce qui relève de l'ordre public, de la négociation collective ou de la décision de l'employeur doit être combinée avec le principe posé par l'article L. 2253-3, qui règle la question de l'application d'un accord d'entreprise ou d'un ac-

cord de niveau supérieur, en posant pour principe celui de la primauté de l'accord d'entreprise, en tout cas en ce qui concerne la matière des congés payés.

Ce texte prévoit en effet que dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, qui ne concernent pas les congés payés, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Ce n'est qu'en l'absence d'un accord d'entreprise que la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique.

Voyons maintenant ces thématiques sur lesquelles l'accord collectif peut intervenir en matière de congés payés après avoir rappelé, rubrique par rubrique, ce qui relève de l'ordre public, du champ de la négociation collective et des dispositions supplétives applicables.

DURÉE DU CONGÉ

Ordre public	Champ de la négociation collective	Ordre public
<ul style="list-style-type: none">• L'acquisition du droit à congés• Les périodes assimilées à du temps de travail effectif• Les jours de congés supplémentaires accordés aux jeunes parents	<ul style="list-style-type: none">• Aménager une durée plus longue des congés payés• Fixer le début de la période de référence pour l'acquisition des congés (SAUF affiliation à une caisse de congés payés)• Majorer la durée du congé en raison de l'âge, de l'ancienneté ou du handicap	<ul style="list-style-type: none">• Article R. 3142-4 du Code du travail : 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

Relèvent de l'ordre public les règles relatives à l'acquisition du droit à congé, aux périodes assimilées à un travail effectif, notamment celles qui résultent de la récente loi du 22 avril 2024, ainsi que les jours de congés supplémentaires accordés aux jeunes parents ⁽²⁾.

La voie de la négociation collective est ouverte sur trois points.

En premier lieu, et il s'agit ici de la stricte application du principe de faveur en droit du travail, les conventions et accords collectifs de travail (de branche, d'entreprise, d'établissement...) peuvent naturellement assurer des congés payés **d'une plus longue durée** que celle prévue par la loi.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une telle possibilité est également ouverte par le biais du contrat individuel de travail ou par la voie d'un usage ⁽³⁾.

⁽²⁾ C. trav., art L. 3141-3 à L. 3141-9.

⁽³⁾ C. trav., art. L. 3141-9.



Sous réserve de modalités particulières prévues par décret dans certaines professions, industries et commerces (on pense ici essentiellement aux caisses de congés payés), un accord d'entreprise ou d'établissement ou à défaut, une convention ou un accord de branche peut, par ailleurs :

– **fixer le début de la période de référence pour l'acquisition des congés** ⁽⁴⁾, c'est-à-dire concrètement une période autre que celle qui est fixée par l'article R. 3141-4 du Code du travail et débute au 1^{er} juin de chaque année. Toutefois, pour les employeurs à l'égard desquels s'impose une affiliation à une caisse de congés payés le point de départ de l'année de référence est fixée au 1^{er} avril sans possibilité de prévoir une autre période par voie d'accord collectif. Hors le cas d'affiliation obligatoire à une caisse de congés, une telle possibilité de définition d'une période autre que celle prévue par les disposi-

tions réglementaires peut notamment avoir du sens en alignant la période en question avec la période retenue en matière d'aménagement de la durée du travail lorsque celle-ci est annuelle (on pense naturellement alors à l'année civile). La fixation d'une telle période par voie d'accord a nécessairement un effet sur le point de départ de la période de report de 15 mois issue de la loi du 22 avril 2024 ⁽⁵⁾ lorsque celle-ci débute à la date à laquelle s'achève justement la période de référence au titre de laquelle les congés ont été acquis si, à cette date, le contrat de travail est suspendu depuis au moins un an en raison de la maladie ou de l'accident ;

– **majorer la durée du congé** en raison de l'âge, de l'ancienneté ou du handicap. La pratique de telles majoration essentiellement en fonction de l'ancienneté est assez répandue, notamment dans les conventions collectives de branche.

PÉRIODE DE PRISE DES CONGÉS ET ORDRE DES DÉPARTS

Ordre public	Champ de la négociation collective	Ordre public
<ul style="list-style-type: none">• Les congés payés peuvent être pris dès l'embauche• La période de prise comprend dans tous les cas la période du 01/05 au 31/10 de chaque année• Le droit pour les conjoints et les partenaires liés par un Pacs travaillant simultanément dans une même entreprise de prendre leur congé de manière simultanée	<ul style="list-style-type: none">• Fixer une période de prise des congés ⁽¹⁾• Fixer l'ordre des départs pendant cette période ⁽¹⁾• Fixer les délais que doit respecter l'employeur s'il entend modifier l'ordre des dates de départ	<ul style="list-style-type: none">• L'employeur détermine la période de prise après avis du CSE ⁽¹⁾• L'employeur détermine unilatéralement cet ordre, après consultation du CSE en tenant compte des critères prévus par l'article L. 3141-16• L'employeur ne peut pas modifier l'ordre et les dates de départ moins d'un mois avant la date de départ prévue (sauf circonstances exceptionnelles)

(1) Attention au respect des dispositions d'ordre public.

Relève de l'ordre public le principe selon lequel les congés peuvent être pris dès l'embauche, la période de prise de ceux-ci qui doit comprendre dans tous les cas la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année ainsi, enfin, que le droit pour les conjoints et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité travaillant dans une même entreprise de prendre leur congé de manière simultanée ⁽⁶⁾.

Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut fixer ⁽⁷⁾ :

– la **période de prise des congés**, qui, ainsi que cela a été indiqué, devra respecter à minima la période d'ordre public fixée du 1^{er} mai au 31 octobre. À défaut d'un tel accord, l'employeur détermine cette période, tout en respectant la période d'ordre public, après avis du CSE ;

– l'**ordre des départs** pendant cette période, sans pouvoir déroger à la règle d'ordre public concernant les conjoints et pacsés travaillant dans la même entreprise. Ce n'est qu'à défaut d'un tel accord collectif que s'appliquent les dispositions supplétives prévues en la matière, qui permettent à l'employeur de déterminer unilatéralement cet ordre, après consultation du CSE, en tenant

(4) C. trav., art L. 3141-10 1.

(5) C. trav., art. L. 3141-19-2.

(6) C. trav., art. L. 3141-12 à L. 3141-23.

(7) C. trav., art L. 3141-15.



Rôle du tissu conventionnel dans la fixation des normes applicables

compte des critères prévus par l'article L. 3141-16 du Code du travail ⁽⁸⁾;

- les **délais que doit respecter l'employeur s'il entend modifier l'ordre et les dates**

de départs. À défaut d'accord collectif, l'employeur ne peut, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, modifier l'ordre et les dates de départ moins d'un mois avant la date de départ prévue.

FRACTIONNEMENT ET REPORT

Ordre public

- La durée des congés pouvant être prise en une seule fois : maximum 24 jours ouvrables (sauf dérogation)
- La possibilité de fractionnement du congé principal d'une durée supérieure à 12 jours ouvrables, avec l'accord du salarié
- La période de report de 15 mois (maladie ou accident)
- L'information du salarié par l'employeur au terme d'une période d'arrêt de travail sur le nombre de jours de congé dont il dispose et la date à laquelle ces jours peuvent être pris

Champ de la négociation collective

- La période pendant laquelle la fraction continue d'au moins 12 jours ouvrables est attribuée
- Les règles de fractionnement du congé au-delà du 12^e jour
- Une durée de la période de report du congé supérieure à 15 mois
- Les congés ouverts au titre de l'année de référence peuvent faire l'objet de reports, jusqu'au 31/12 de l'année suivante celle pendant laquelle la période de prise de ces congés a débuté

Ordre public

- La fraction continue d'au moins 12 jours ouvrables est attribuée pendant la période du 01/05 au 31/10 de chaque année
- Les jours restant dus (L. 3141-19) peuvent être accordés en dehors de la période du 01/05 au 31/10
- Les jours de fractionnement doivent être octroyés aux salariés prenant des congés en dehors de la période du 01/05 au 31/10
- La période de report du congé court du 01/05 au 31/10 de chaque année

Relèvent de l'ordre public les dispositions légales qui sont relatives ⁽⁹⁾ :

- à la durée des congés pouvant être pris en une seule fois qui ne peut excéder 24 jours ouvrables sauf dérogation possible dans certaines situations individuelles (contraintes géographiques particulières, présence au foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne âgée en perte d'autonomie) ;
- à la durée du congé ne dépassant pas douze jours ouvrables qui doit être continu ;
- à la possibilité de fractionnement, avec l'accord du salarié (sauf fermeture de l'établissement), du congé principal d'une durée supérieure à douze jours ouvrables. Dans ce cas, une des fractions est au moins égale à douze jours ouvrables compris entre deux jours de repos hebdomadaire ;

– à la période de report de 15 mois issue de la loi du 22 avril 2024 en cas d'impossibilité pour le salarié pour cause de maladie ou d'accident, de prendre tout ou partie des congés qu'il a acquis ;

– à l'information du salarié, issue du même texte, par l'employeur, au terme d'une période d'arrêt de travail, sur le nombre de jours de congés dont il dispose et de la date à laquelle ces jours peuvent être pris.

Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut fixer :

– la période pendant laquelle la fraction continue d'au moins douze jours ouvrables est attribuée, ainsi que les règles de fractionnement du congé au-delà du douzième jour ⁽¹⁰⁾. À défaut d'accord collectif, cette période court du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année. De même, en l'absence d'un tel accord, les jours restant dus peuvent être accordés en dehors de la période du 1^{er} mai au 31 octobre et les jours de fractionnement doivent être octroyés aux salariés prenant des congés en dehors de cette période ;

⁽⁸⁾ À savoir : la situation de famille, notamment les possibilités de congés, dans le secteur privé ou la fonction publique, du conjoint ou du partenaire pacsé, ainsi que la présence au sein du foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne âgée en perte d'autonomie, la durée de service chez l'employeur, ainsi que l'activité chez un ou plusieurs autres employeurs.

⁽⁹⁾ C. trav., art L. 3141-17 à L. 3141-20.

⁽¹⁰⁾ C. trav., art L. 3141-21.



– une durée de la période de report du congé issue de la loi précitée du 22 avril 2024, supérieure à celle prévue à l'article L. 3141-19-1 du Code du travail ⁽¹¹⁾. En visant l'article L. 3141-19-1, l'article L. 3141-21-1 ne permet d'allonger la période de report de quinze mois, par voie d'accord collectif, que dans une seule hypothèse. Il s'agit de celle dans laquelle le salarié est dans l'impossibilité pour cause de maladie ou d'accident de prendre au cours de la période de prise de congés tout ou partie des congés qu'il a acquis. Cette période ne débute qu'à la date à laquelle le salarié reçoit de l'employeur, après sa reprise du travail, les informations prévus à l'article L. 3141-19-3, c'est-à-dire le nombre de jours dont il dispose, ainsi que la date à laquelle ces jours peuvent être pris. Il ne s'agit là, en réalité, que de l'application stricte du principe de faveur, même s'il est surprenant que le texte permette ainsi de « déroger » à une disposition qui est classée parmi celles d'ordre public. Bien plus, la lecture du texte conduit à considérer qu'il n'est pas possible à un accord collectif d'augmenter la durée de la période de report de 15 mois prévue, par dérogation, à l'article L. 3141-19-2. Cette période de report spécifique débute en effet à la date à laquelle s'achève la période de référence pour l'acquisition de ces congés si, à cette date le contrat de travail est suspendu depuis au moins un an en raison de la maladie ou de l'accident. Cette période de report ne court donc pas à compter de l'information faite au salarié. Dans ce cas, un accord collectif ne pourrait donc pas augmenter la durée de 15 mois, ce qui peut paraître surprenant ;

– un report des congés ouverts au titre d'une année de référence lorsque, en application d'une disposition légale, la durée du travail d'un salarié est décomptée à l'année. En pareil cas, les reports de congés peuvent être effectués jusqu'au 31 décembre de l'année suivant celle pendant laquelle la période de prise de ces congés a débuté.

Remarque

L'accord collectif doit alors préciser les points suivants :

- les modalités de rémunération des congés payés reportés sans préjudice des règles légales en matière de calcul (règles du dixième et du maintien de salaire) ;
- les cas précis et exceptionnels de report ;
- les conditions dans lesquelles ces reports peuvent être effectués, à la demande du salarié, après accord de l'employeur ;
- les conséquences de ces reports sur le respect des seuils annuels prévus par le Code du travail en matière de déclenchement de heures supplémentaires, de forfait en jours et s'agissant de la définition du temps partiel. Ces reports ne doivent pas avoir pour effet de majorer ces seuils dans une proportion plus importante que celle correspondant à la durée ainsi reportée.

Un tel accord s'applique sans préjudice des autres cas de report prévus par la loi, tel celui qui est applicable au report de congés non pris pour cause d'accident ou de maladie, au congé pour création d'entreprise, au congé sabbatique et au compte épargne-temps. ♦

(11) C. trav., art L. 3141-21-1.



Enjeux de la définition de la période de prise des congés par les entreprises ou les branches



Emmanuel ANDREO
Avocat associé



Julien TOURNAIRE
Avocat associé

AUDITER LES DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

Les entreprises et les branches ont intérêt à actualiser les stipulations de leurs accords ou conventions collectives, parfois anciennes, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 2024 ⁽¹⁾, même si l'accord de branche n'est applicable qu'« à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement »).

L'article D. 3141-5 du Code du travail, d'ordre public, dispose que la période de prise des congés payés est

La définition de la période de prise des congés payés fait partie du domaine de la négociation collective. Les entreprises qui n'ont pas choisi de passer par un accord d'entreprise doivent, avant d'appliquer les dispositions supplétives du Code du travail, vérifier ce que prévoit leur convention de branche.

portée par l'employeur à la connaissance des salariés au moins deux mois avant son ouverture. De plus, l'ordre des départs en congé est communiqué, par tout moyen, à chaque salarié un mois avant son départ ⁽²⁾. Cette obligation d'information participe de l'obligation de l'employeur de garantir le droit au repos de ses salariés.

À ce titre, il est de la responsabilité des partenaires sociaux de se saisir de la mise en œuvre du régime légal, duquel il ressort la notion centrale de période de prise des congés payés pour trois raisons.

Tout d'abord, pour tenir compte des nouvelles obligations informatives à la charge de l'entreprise à la suite d'un arrêt de travail du salarié,

(1) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole.

(2) C. trav., art. D. 3141-6.



Ensuite, pour intégrer le rôle pivot que la période de prise de congés joue pour l'application du nouveau délai de report de 15 mois.

Enfin, parce que la Cour de cassation et, à sa suite, les juridictions du fond, sanctionnent l'absence de publicité susmentionnée, en jugeant que les jours de fermeture de l'entreprise qui n'auraient pas été portés à la connaissance du personnel dans le délai requis, comme période des congés payés, ne peuvent pas être imputés sur le congé annuel ⁽³⁾, ce qui permet au salarié de réclamer un rappel de salaire au titre des congés payés irrégulièrement imposés et des dommages-intérêts.

Remarque

Bien entendu, l'employeur qui procède par voie d'affichage est tenu de s'assurer que chaque salarié a eu connaissance de la période de prise des congés payés en temps utile ⁽⁴⁾, ce qui veut dire qu'il est plus prudent d'avertir le personnel par une note de service annexée au bulletin de paie du mois de février (sur la raison de cette date, voir ci-dessous).

L'utilisation du site intranet est non seulement possible, mais fréquent.

Les branches ont ainsi vocation à s'emparer de ce sujet dans l'intérêt des entreprises qui relèvent de leur champ d'application, puisque l'une de leur mission est de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ⁽⁵⁾. Plus précisément, elles ont un rôle de soutien des entreprises qui ne négocieraient pas, en prévoyant des dispositions supplétives à celles d'éventuels accords d'entreprises sur le même thème. De surcroît, elles assurent la publicité, en ce sens qu'elles mettent en lumière des dispositions spécifiques du Code du travail qui peuvent être omises.

La nouvelle obligation informative de l'entreprise, dans le délai d'un mois à la suite de la reprise d'un arrêt de travail du salarié, s'applique peu importe son origine professionnelle ou non, son indemnisation ou non, et sa durée (même de quelques jours). Elle porte sur le nombre de jours de congés dont le salarié dispose et sur « la date jusqu'à laquelle ces jours peuvent être pris » ⁽⁶⁾.

En conséquence, encore faut-il, pour que cette information prenne effectivement corps, qu'une période

de prise de congés payés ait été préalablement définie conformément au Code du travail, ce qui n'est pas toujours le cas. Or, définir une période de prise de congés est incontournable pour respecter pleinement cette obligation informative. La Cour de cassation juge qu'il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement ⁽⁷⁾. Nul doute que ces obligations en font partie intégrante. À défaut, l'entreprise est justiciable de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par le salarié ⁽⁸⁾. De plus, la loi introduit en droit français un nouveau délai de report de 15 mois au terme duquel, sous certaines conditions, les droits à congés payés s'éteignent si le salarié n'a pu les prendre pour cause d'arrêt de travail. Le texte ⁽⁹⁾ prend également appui sur la période de prise de congés en ces termes : « *Lorsqu'un salarié est dans l'impossibilité pour cause de maladie ou d'accident de prendre au cours de la période de prise de congés tout ou une partie de ses congés qu'il a acquis, il bénéficie d'une période de report.* » Le dispositif de report sera inapplicable si une période de prise de congés payés n'a pas non plus été préalablement définie.

Force est de constater que la période de prise de congés est, pour le moment, insuffisamment prise en compte par les entreprises et les branches.

Ces éléments justifient que le sujet de la période de prise de congé soit traité à bon escient dans le cadre des dispositions du Code du travail relevant du champ de la négociation collective : « *Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche fixe : 1° la période de prise des congés* » ⁽¹⁰⁾. Pour mémoire, les principes de base sont une prise des congés payés possible dès l'embauche, et la fixation d'une période comprenant *a minima* la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année ⁽¹¹⁾. Il s'agit d'une disposition d'ordre public, en sorte qu'un accord collectif (d'entreprise ou de branche) ne saurait restreindre cette période légale (ce qui n'a pas été le cas dans le passé, d'où des accords faisant débiter la période parfois au 1^{er} juin).

(3) Cass. soc., 16 déc. 1968, n° 67-40.304 ; pour une illustration récente : CA Aix-en-Provence, 4^e ch., 2 févr. 2023, n° 19/15743.

(4) CA Toulouse, 4^e ch., 10 nov. 2023, n° 22/02370.

(5) C. trav., art. L. 2232-5-1.

(6) C. trav., art. L. 3141-19-3, al. 1

(7) Cass. soc. 21 sept. 2017, n° 16-18.898 ; Cass. soc. 22 sept. 2021, n° 19-17.046.

(8) Cass. soc. 13 juin 2012, n° 11-10.929.

(9) C. trav., art. L. 3141-19-3, al. 1, précité.

(10) C. trav., art. L. 3141-15.

(11) C. trav., art. L. 3141-12 et L. 3141-13.



Exemple

Un salarié est absent depuis le 30 avril 2024 jusqu'au 15 août 2026. Les congés acquis entre le 1^{er} juin 2024 et le 31 mai 2025 sont reportés de plein droit à compter du 1^{er} juin 2025 pour une durée de 15 mois. Le terme de la période de 15 mois est le 31 août 2026. Lorsque le salarié revient le 15 août 2026, l'employeur l'informe de ses droits à congés payés dès le 16 août 2026. Le salarié a donc jusqu'au 31 août 2026 pour prendre les congés payés acquis entre le 1^{er} juin 2024 et le 31 mai 2025, soit 15 jours pour prendre 24 jours. Si l'employeur a, en amont, organisé la prise des congés dans l'entreprise, aucun grief ne pourra lui être reproché et il pourra être soutenu que les droits sont susceptibles d'être perdus. Inversement, si l'employeur était défaillant, il ne pourrait pas se prévaloir de la règle d'extinction.

Les branches ont intérêt à prévoir rapidement des dispositions qui s'appliqueraient en l'absence de dispositions internes aux entreprises.

Certes, celles, supplétives, du Code du travail prévoient qu'à défaut de stipulation conventionnelle « l'employeur définit après avis, le cas échéant, du comité social et économique, la période de prise des congés » ⁽¹²⁾. Mais cela est peu déployé dans les entreprises censées consulter leur CSE et informer leur personnel au moins deux mois avant l'ouverture de la période de prise de congés ⁽¹³⁾, soit avant fin février de chaque année.

QUELQUES EXEMPLES DE DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES DE BRANCHE

Dans la pratique, la période de prise annuelle des congés est plus large que ces quelques mois légaux (rares sont les entreprises qui cantonnent la période uniquement entre le 1^{er} mai et le 31 octobre de chaque année). Les partenaires sociaux, particulièrement de branche, ont leur rôle à jouer. En voici trois exemples qui pourraient inspirer les négociations d'entreprise.

La Convention collective nationale de la Métallurgie stipule ⁽¹⁴⁾ que « la période de congés payés est fixée en principe du 1^{er} mai au 30 avril de l'année suivante », et ajoute que « en fonction des besoins de l'entreprise,

une autre période peut être fixée par l'employeur. Celle-ci comprend nécessairement la période du 1^{er} mai au 31 octobre. Elle est portée à la connaissance des salariés au moins deux mois avant son ouverture ». La période annuelle d'acquisition court ainsi du 1^{er} juin de l'année N au 31 mai de l'année N+1, tandis que la période de prise des congés payés acquis court du 1^{er} mai de l'année N+1 au 30 avril de l'année N+2. Avec un léger chevauchement sur le mois de mai, la période est d'une durée de 12 mois. Cette stipulation conventionnelle de la période de prise annuelle des congés payés permet d'appliquer la nouvelle législation relative à l'obligation informative et de la période de report de 15 mois des congés payés.

Second exemple, celui de la Convention nationale des Bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils, qui stipule ⁽¹⁵⁾ : « La période de prise des congés payés démarre, sauf stipulation différente, le 1^{er} mai. La période de prise des congés payés, dans tous les cas, est de 13 mois au maximum. Tout report au-delà de cette période nécessite une demande écrite formulée par l'employeur. » Dans cette branche, la période de prise des congés payés, d'une durée de 13 mois, court du 1^{er} mai de l'année N+1 jusqu'au 31 mai de l'année N+2. Prévoir une période de prise de congés payés légèrement supérieure à l'année ne pose pas de difficulté sachant que la période légale est respectée. Cela oblige simplement à gérer des chevauchements, entre la période de référence d'acquisition qui se termine le 31 mai et la période de prise qui couvre deux fois le mois de mai (au début et en fin de période). Cette stipulation conventionnelle permet aux entreprises de la branche de gérer la nouvelle obligation informative et le dispositif de report de 15 mois.

Remarque

Il est permis de s'interroger à propos d'une période de prise supérieure à 12 mois. Rien ne l'interdit et cela pourrait être considéré comme favorable au salarié qui dispose de plus de temps pour organiser sa prise de congés payés.

Cela étant, il demeure préférable, selon nous, de respecter le principe d'annualité des congés payés et de veiller à la garantie minimale d'une prise de quatre semaines par période de 12 mois.

⁽¹²⁾ C. trav., art. L. 3141-16.

⁽¹³⁾ C. trav., art. D. 3141-5.

⁽¹⁴⁾ CCN de la Métallurgie, art. 85.

⁽¹⁵⁾ CCN Bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils, art. 5.3.



Enfin, il pourrait être intégré des dispositions relatives au compte épargne-temps. En effet, le report des congés payés fera naître des arriérés importants. La loi du 22 avril 2024 n'a pas abordé la possibilité d'affecter les droits nouvellement acquis dans un CET. Cet outil est un dispositif qui peut s'avérer intéressant pour les entreprises.

La branche du Travail temporaire a ainsi pu négocier sur le CET ⁽¹⁶⁾ :

« 6.3.1. Éléments affectables

« Les intérimaires peuvent alimenter leur compte épargne-temps en y affectant, tout ou partie :

(...)

– de l'indemnité compensatrice de congés payés dans la limite de l'équivalent de 10 jours par an.

« Le cumul des jours affectés au compte épargne-temps d'un intérimaire ne peut excéder l'équivalent de 22 jours par an au titre des congés payés, des repos compensateurs et des jours de repos liés à la réduction du temps de travail. »

En revanche, l'illustration à ne pas suivre est celle de la Convention collective des Avocats et de leur personnel, qui dispose que ⁽¹⁷⁾ « la période normale des congés annuels est celle prévue par la loi », ce qui est insuffisant et ne correspond guère à la pratique des cabinets d'avocats ! ♦

⁽¹⁶⁾ Accord du 27 mars 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail (Personnels intérimaires), art. 6.

⁽¹⁷⁾ CCN des Avocats et de leur personnel, art. 22.



Comment articuler la loi du 22 avril 2024 et les dispositions conventionnelles



Hugues LAPALUS
Avocat associé

Avec la loi du 22 avril 2024, sont bouleversées, à compter de 2009, les règles qui régissaient l'acquisition, la prise et l'éventuel report des droits à congés payés.

Or, nombre de conventions collectives traitent de la question de l'acquisition et du report des droits à congés payés. Ces stipulations conventionnelles ont été prises sous l'empire d'un droit positif que les partenaires sociaux pensaient légitimement applicable. L'effet rétroactif de la loi du 22 avril 2024 rend délicate l'appréciation de la portée de ces stipulations dont les interprétations sont sujettes à caution tant pour le passé que pour l'avenir.

Face à ce constat que doivent faire les branches professionnelles ?

Se précipiter dans la révision de leurs stipulations n'est peut-être pas la mesure la plus sage. En effet,

La loi du 22 avril 2024 doit, comme toutes les autres, se combiner avec les dispositions plus favorables des conventions collectives, ce qui est plus délicat que d'habitude, compte tenu de son caractère rétroactif.

la technicité du sujet et les nombreuses incertitudes sur la portée des dispositions légales militent en faveur d'une patience raisonnée.

Dans l'attente d'une révision des dispositions conventionnelles, quelques règles juridiques de bon sens

doivent être rappelées pour concilier stipulations conventionnelles et « *dispositions légales nouvelles à effet rétroactif* » principalement dans le champ des nouvelles règles légales relatives à l'acquisition.

La règle légale régissant l'articulation loi / accord collectif, ainsi que la méthode dégagée par la jurisprudence en matière d'interprétation des accords collectifs ont l'une et l'autre vocation à s'appliquer.

LOI / ACCORD COLLECTIF

L'article L. 2251-1 du Code du travail précise qu'« *une convention ou un accord peut comporter des stipu-*



lations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public » et impose d'opérer une comparaison entre dispositions légales et stipulations conventionnelles.

Cette comparaison doit s'opérer selon les règles dégagées par la jurisprudence. En premier lieu, la comparaison s'opère par groupe d'avantages, c'est-à-dire des avantages ayant le même objet ou la même cause ⁽¹⁾. À ce titre, on peut raisonnablement penser que les règles conventionnelles qui régissent l'acquisition sont à comparer avec les règles légales régissant cette même acquisition. Il paraît délicat de considérer que l'acquisition et la prise relèveraient du même groupe d'avantages, puisqu'ils n'ont pas le même objet et/ou la même cause. Au demeurant, en pratique, la comparaison serait très hasardeuse, le temps de l'acquisition n'étant pas celui de la prise.

En second lieu, une application cumulative ou distributive des dispositions légales et conventionnelles n'est pas envisageable. En effet, la comparaison doit s'opérer par bloc. Elle ne peut s'opérer distributivement en appliquant le plus favorable de chacun des paramètres légaux ou conventionnels de calcul. Rappelons à ce titre que la Cour de cassation avait jugé une telle application distributive impossible s'agissant des règles légales et conventionnelles applicables en matière de calcul de l'indemnité de licenciement ⁽²⁾.

Exemple

Une convention collective prévoit que le salarié absent pour cause de maladie acquiert 2,5 jours ouvrables de congés payés pendant 2 mois d'absence et 0 jours au-delà.

Si un salarié est absent 6 mois dans l'année, il acquiert :

- Selon la convention collective :
 - 15 jours ouvrables au titre des 6 mois de travail effectif ;
 - 5 jours ouvrables au titre des 2 mois d'absence maladie assimilés à du travail effectif selon la convention collective,

soit un total de 20 jours ouvrables.

- Selon la loi :
 - 15 jours ouvrables au titre du travail effectif ;
 - 12 jours ouvrables au titre de la maladie,

soit un total de 27 jours ouvrables.

Une application « distributive » ou « cumulative » aurait conduit à ce que le salarié acquière :

- 15 jours ouvrables au titre du travail effectif ;
- 5 jours ouvrables au titre des 2 mois d'absence maladie assimilés à du travail effectif selon la convention collective ;
- 8 jours ouvrables au titre des dispositions légales pour les 4 mois d'absence,

soit un total de 28 jours ouvrables.

En l'espèce, il conviendra donc de retenir un droit de 27 jours

En dernier lieu, la question de la méthode de comparaison peut se poser : faut-il avoir une approche en tenant compte de l'ensemble des intérêts des salariés ou salarié par salarié ? La question n'est pas véritablement tranchée, même s'il apparaît d'évidence que, pour l'intéressé, s'agissant d'un droit qui lui est individuel, un calcul selon les dispositions de la convention collective ne saurait être moins favorable que celui qu'il tient de la loi.

Comparer nécessite toutefois d'être certain de l'interprétation à donner aux stipulations conventionnelles. Exercice de très haute difficulté compte tenu notamment de l'effet rétroactif de la loi.

RÈGLES D'INTERPRÉTATION DES STIPULATIONS CONVENTIONNELLES

L'application des dispositions légales nouvelles, tant pour le passé que pour l'avenir, peut conférer à la stipulation conventionnelle existante un sens incertain. En cas d'imprécision, la Cour de cassation rappelle que la méthode d'interprétation d'un accord collectif se fait en plusieurs étapes : « Une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte » ⁽³⁾.

C'est donc l'interprétation littérale qu'il convient de privilégier. Ce n'est que dans l'hypothèse où, selon cette méthode, demeurerait une incertitude sur le

(1) Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-42.769.

(2) Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-41.709.

(3) Cass. soc., 8 févr. 2023, n° 21-16.805.



Rôle du tissu conventionnel dans la fixation des normes applicables

sens et la portée du texte conventionnel que le juge s'appuierait sur un texte législatif ayant le même objet et, à défaut, en rechercherait l'objectif social.

Un exemple illustre ce principe : une convention collective conclue antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 2024 assimile « à du temps de travail effectif » les absences pour cause de maladie. La question peut alors se poser de savoir si, pour l'avenir et pour le passé, cette simple assimilation offre 2,5 ou 2 jours ouvrables de congés payés au salarié absent.

La question n'est pas de pur principe, car on rappellera que loi nouvelle considère les périodes d'absence maladies « *comme des périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé* » ⁽⁴⁾ tout en précisant que ⁽⁵⁾ « *la durée du congé auquel le salarié a droit au titre des périodes mentionnées au 7° de l'article L. 3141-5 (maladie) est de deux jours ouvrables par mois* ».

Le texte conventionnel ne manque pas de clarté en ce qu'il assimile l'absence à du temps de travail effectif. Il n'est donc pas susceptible d'interprétation s'agissant d'une assimilation par principe de l'absence maladie à du temps de travail effectif, comme le fait dans des termes identiques l'article L. 3141-5. Le texte ne précise toutefois pas le nombre de jours ouvrables de congés payés acquis par mois d'absence maladie. Or, c'est ici qu'une difficulté se pose à partir du moment où la loi nouvelle, à effet rétroactif, considère que l'absence maladie génère deux jours ouvrables de congés payés. Il convient donc de se livrer à une interprétation de la stipulation conventionnelle. La méthode littérale ne suffit pas, puisque le texte lui-même ne définit pas le volume de jours de congés payés associé à l'absence maladie. Il faut donc recourir à la méthode qui consiste à se référer à un texte législatif ayant le même objet. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 2024, le seul texte législatif ayant le même objet est l'article L. 3141-3 du Code du travail qui prévoit que le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur. C'est donc cette interprétation qu'il convient de retenir, laquelle est au demeurant en parfaite adéquation avec la finalité du texte (méthode téléologique) et l'intention des parties à l'accord qui, en ne précisant pas le *quantum* des jours de congés payés acquis pendant l'absence s'en sont remis sur ce point à la loi.

Serait-il possible d'objecter que la loi nouvelle à effet rétroactif imposerait de retenir deux jours ouvrables par mois d'absence ? Cela semble délicat, dans la mesure où le II de l'article 37 de la loi du 22 avril 2024, s'il confère à la loi un effet rétroactif, réserve l'application des « *stipulations conventionnelles plus favorables en vigueur à la date d'acquisition des droits à congés* ». Interprétées de la sorte, les stipulations conventionnelles sont à l'évidence plus favorables que les nouvelles dispositions légales.

Pour le futur, l'application des mêmes méthodes d'interprétation ne produit pas les mêmes effets : sans aucun doute, et comme pour le passé, la méthode littérale conduit dans la même impasse. En second, la méthode qui consiste à se référer à un texte législatif ayant le même objet conduit inévitablement à appliquer les dispositions nouvelles de l'article L. 3141-5-1, lesquelles traitent spécifiquement du nombre des jours acquis en cas d'absence maladie et de déduire que, pour l'avenir, en application des stipulations conventionnelles comme de la loi, le salarié acquière deux jours ouvrables de congés payés par mois d'absence maladie.

Certains pourraient considérer que cette interprétation ne correspond pas à l'esprit des parties. Observation très partiellement vraie en ce sens que les partenaires sociaux n'ont fait d'autres choix, par leur stipulation, que de s'en remettre à la loi sur la question du *quantum* des jours acquis en période d'absence maladie.

Dans les cas d'interprétation les plus difficiles et en dernier recours les partenaires sociaux, au travers de la Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation (CPPNI) en ce qui concerne les branches, peuvent également recourir à l'avis ou l'avenant interprétatif dont l'intérêt est, sous conditions, de produire un effet « *rétroactif* ». Rappelons en effet que l'avis d'une commission d'interprétation, instituée par un accord collectif, s'impose au juge si l'accord lui donne la valeur d'un avenant et à la condition que l'avenant « *se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse* » ⁽⁶⁾.

Dans le champ des droits à congés payés, les définitions imparfaites ne devraient pas manquer... ♦

(4) C. trav. art. L. 3141-5.

(5) C. trav. art. L. 3141-5-1.

(6) Cass. soc., 11 mai 2022, n° 20-15.797.



Quelques aspects du contentieux



Olivier BARRAUT
Avocat associé

LE DÉLICAT PROBLÈME DE LA PRESCRIPTION

Le droit du travail obéit à des règles particulières : il s'agit d'un droit spécial qui déroge très souvent au droit général.

Le mécanisme de la prescription n'échappe pas à ce principe.

En ce qui concerne la prise de congés payés acquis en période d'arrêt maladie, la loi du 22 avril 2024 a modifié la règle pour tenir compte du nombre très important de salariés qui ont été lésés dans leurs droits depuis de nombreuses années.

En revanche, la loi ne modifie pas le principe en ce qui concerne la réclamation d'une indemnité compensatrice de congés payés, de sorte que les dispositions issues de l'article L. 3245-1 du Code du travail restent applicables, ce qui n'est pas sans faire naître un sentiment d'inégalité de traitement.

Quelles sont les règles applicables en termes de prescription ? Quelles conséquences la loi du 22 avril emporte-t-elle sur les demandes des salariés, et quels sont les risques encourus par les entreprises ?

Toutes les réclamations ne portant pas sur la prise en compte des absences pour raisons de santé, il convient de rappeler d'abord les règles de droit commun et ensuite celles qui portent sur les revendications relatives à ces absences, telles qu'elles sont désormais

traitées par la loi ⁽¹⁾.

Règles de droit commun

Il convient de distinguer la situation du salarié qui est toujours lié à son employeur par un contrat de travail de celle du salarié dont le contrat a été rompu.

Dans la première hypothèse, seule une demande de prise de congé est possible dans le cadre du méca-

(1) L. n° 2024-364, 22 avr. 2024, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole.



nisme du report de congés organisé par la nouvelle loi, dans la mesure où le congé doit être pris afin de préserver la santé du travailleur.

Dans la seconde hypothèse, l'ancien salarié ne peut prétendre qu'à une indemnité compensatrice de congés payés, cette dernière venant se substituer au droit à prendre un congé en application de l'article L. 3141-28 du Code du travail.

Dans les deux cas, employeur et salarié pourraient se retrouver devant le conseil de prud'hommes à défaut d'avoir pu se mettre d'accord sur les droits acquis, mais avec un délai de prescription différent.

Une demande de prise de congés payés s'inscrit dans le cadre d'une action en exécution du contrat de travail dès lors que le contrat est toujours en cours. Le délai est de deux ans seulement.

En revanche, l'indemnité compensatrice de congés payés constitue un salaire et n'est due que si le contrat de travail est rompu. Le délai de prescription est alors de trois ans.

Un premier écueil doit être contourné : celui du point de départ du délai pour agir devant le juge.

La loi semble pourtant claire sur cette question : un justiciable ne peut agir en justice que s'il connaît ou aurait dû connaître l'existence de son droit à agir.

En matière d'exécution du contrat, l'article L. 1471-1 du Code du travail dispose que « *toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* ».

On retrouve la même formulation en matière de créance salariale dans les termes de la première phrase de l'article L. 3245-1 du Code du travail qui dispose que « *l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

Point de départ du délai

Mais peut-on déterminer avec précision « *le jour de la connaissance* » qui déclenche l'écoulement du délai de prescription ou les raisons qui empêchent l'écoulement du temps ?

Rien n'est moins sûr, car il existe des situations particulières.

Trois cas peuvent être signalés.

Le premier : c'est l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » qui vient perturber la connaissance que le salarié peut avoir de son droit.

Si le droit est inscrit dans la loi ou dans un texte écrit de même portée, le salarié doit être en mesure de connaître ses droits et devra agir dans le délai qui lui sera opposable.

Si ce droit émane de la jurisprudence de la Cour de cassation par exemple (il ne s'agit pas à proprement parler de la loi, mais seulement d'une source de droit), sa connaissance est plus difficile à déterminer, bien que les moyens récents d'accès à l'information en général permettent aujourd'hui de connaître tout sur tout dans des délais extrêmement rapides.

Manifestement, la loi s'est fait l'écho de l'adage rappelé ci-dessus, en prévoyant l'hypothèse où le salarié aurait dû connaître les faits à l'origine de sa créance.

En employant la formule « *aurait dû* » le texte laisse présumer que le salarié ne peut plus ignorer ses droits.

Le deuxième. Il est constant que celui qui serait privé de son droit d'agir (en raison de son impossibilité intellectuelle d'agir en justice, ce qui est le cas d'une hospitalisation), ne peut se voir opposer un quelconque délai de prescription en application de l'article 2234 du Code civil qui dispose que « *la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ».

Le délai de prescription ne courra pas non plus si la créance à recouvrer dépend d'une condition qui n'est pas encore remplie en application de l'article 2233 du Code civil.

Tel est le cas du salarié qui ne connaît pas les conditions d'attribution d'une prime, dès lors que les modalités de sa détermination ne sont connues et détenues que par son employeur ⁽²⁾.

Dans ce cas de figure, un salarié qui aurait été privé d'un droit à indemnité dont il ignorait l'existence, car ni le principe ni le *quantum* de la créance ne lui avaient été communiqués, pourrait utilement reven-

(2) Cass. ass. plén., 7 juill. 1978, n° 76-15.485.

diquer son droit en justice sans que l'on puisse lui opposer la prescription.

Il s'agit-là de l'application de l'adage « *contra non valemten agere non currit praescriptio* » (la prescription ne peut courir contre celui qui ne peut agir).

Le troisième. Enfin, il est également constant que celui qui a reconnu, auprès de son créancier, le bien-fondé de la créance interrompt le délai de prescription de l'action qui avait commencé à courir, et ce en application de l'article 2240 du Code civil.

La Cour de cassation a jugé que la reconnaissance, même partielle, du droit à la créance devait entraîner l'interruption du délai de prescription, qui avait commencé à courir, pour la totalité de la créance ⁽³⁾.

Il s'agit là encore de situations de bon sens qui doivent être approuvées.

Ces dérogations, tirées du droit commun, sont normalement applicables en droit du travail.

Dès lors, un employeur qui aurait admis, par écrit, que l'un de ses salariés disposait bien d'un droit à congé payé, dont il n'a pas pu bénéficier, ne pourra utilement se prévaloir de la prescription à l'occasion d'un débat devant le juge.

Concernant plus particulièrement la demande d'indemnité compensatrice de congés payés, force est de relever que la question de la prescription n'a pas manqué de susciter des interrogations et des interprétations.

Point de départ du droit à agir

Selon l'article L. 3245-1 du Code du travail, rappelé ci-dessus, applicable en matière de paiement de salaire, c'est bien la date à laquelle le titulaire d'un droit sait ou **aurait dû savoir** qu'il pouvait agir en justice qui marque le point de départ de son délai pour faire reconnaître son droit en justice ; la saisine de la juridiction marquant l'interruption de ce délai.

À quel moment le salarié pouvait-il savoir qu'il disposait d'un droit à congés payés qu'il conservait pendant ses arrêts maladie ?

La loi française prévoyait que le salarié en situation d'arrêts de travail professionnels (accident du travail ou maladie professionnelle) pouvait acquérir des droits à congés payés dans la limite d'une durée

ininterrompue d'un an, car cette période était considérée comme du temps de travail effectif en application de l'article L. 3141-5 ancien du Code du travail.

En revanche, rien n'était prévu pour un salarié en situation d'arrêts maladie de droit commun.

Les principes, édictés par la loi française, étaient pourtant contraires à la réglementation européenne et de multiples décisions avaient été rendues à ce sujet, par la CJUE, depuis au moins l'année 2009 ⁽⁴⁾.

Bien plus, à compter de l'année 2013, la Cour de cassation française a mentionné cette jurisprudence européenne dans ses rapports annuels, laquelle, depuis les décisions précitées de 2018, reconnaît l'effet direct de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit à congé annuel payé.

Ainsi, depuis au moins 2018, tout salarié pouvait savoir que la loi française était contraire à une Directive européenne.

Or, dans la mesure où la réglementation européenne s'impose à un juge national, ce dernier devait, en application de l'article 31 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne, et de la jurisprudence de la CJUE ⁽⁵⁾, s'il était saisi d'une demande de congés payés, laisser inappliquée la loi française au profit des textes européens tels qu'ils sont interprétés par la CJUE.

Il en résulte que tout salarié aurait dû savoir qu'en raison de cette divergence fondamentale entre la position de la CJUE et la loi française, il pouvait parfaitement se prévaloir de ce droit, à chaque fois qu'il recevait son bulletin de salaire (lequel n'aurait pas mentionné son droit acquis à congés payés durant une période de maladie), au moment de son retour dans l'entreprise ou au moment de son solde de tout compte, lorsque son employeur établissait le récapitulatif de ses droits passés.

Si une décision émanant d'une juridiction suprême peut faire naître un droit, alors force est de relever que le droit à indemnité à congés payés durant un arrêt maladie (ou à une indemnité compensatrice en cas de rupture du contrat) était déjà né avec la Directive 2003/88/CE et surtout **consacré par les arrêts précités de la CJUE**.

⁽⁴⁾ CJCE, 20 janv. 2009, n° C-350/06 ; CJUE, 24 janv. 2012, n° C-282/10 ; CJUE, 6 nov. 2018, n° C-569/16 et C-570/16.

⁽⁵⁾ Notamment CJUE, 6 nov. 2018, n° C-569/16.

⁽³⁾ Cass. 3^e civ., 14 mai 2020, n° 19-16210.



En somme, le droit que vient de reconnaître la Cour de cassation, et que le législateur s'est enfin décidé à codifier, était déjà connu et à disposition des salariés depuis longtemps.

Étendue de la créance

L'article L. 3245-1 du Code du travail est ainsi rédigé :

« L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois dernières années précédant la rupture du contrat. »

Cette rédaction de l'article L. 3245-1 a suscité nombres de décisions en ce qu'elle semble opérer une distinction entre la prescription de l'action et la prescription de la demande.

C'est en tout cas ce qui ressort d'un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ⁽⁶⁾.

Si la première phrase du texte ne suscite aucune interprétation particulière, puisqu'elle rappelle que le point de départ d'un délai de prescription se situe au moment où le justiciable a connaissance de son droit à agir **ou aurait dû en avoir connaissance**, il en va différemment de la seconde phrase.

En effet, le législateur a souhaité limiter la période de recouvrement aux trois années qui précèdent soit la connaissance du droit, soit la rupture du contrat.

Cette seconde phrase a donné cours à des divergences, car la loi ne dit pas que le salarié doit agir dans les trois ans de la rupture de son contrat pour pouvoir réclamer des salaires sur les trois années précédant la rupture de celui-ci. Elle précise seulement quelle est la créance maximale qui peut être recouvrée.

C'est donc la jurisprudence qui a considéré que le point de départ du délai de prescription devait « glisser » au jour de la rupture du contrat (et non plus à compter de la connaissance du droit à agir, ce que prévoit pourtant la première phrase de l'article L. 3245-1).

Cette prise de position ne manque pas d'interpeller, dans la mesure où admettre que le salarié dispose de trois ans à compter de la rupture du contrat pour réclamer des salaires portant sur les trois ans précédant ladite rupture reviendrait à lui accorder un délai de prescription de six ans maximum, ce qui non seulement est contraire au principe de l'abaissement de la durée de la prescription voulue par le législateur depuis plusieurs années, mais crée également une forme d'inégalité avec les salariés dont le contrat n'est pas rompu. Il en résulte en pratique que :

- le salarié en cours de contrat doit agir dans les trois ans de la réception de son bulletin de salaire, car c'est à ce moment-là qu'il a connaissance de son droit ⁽⁷⁾ ;
- celui dont le contrat est rompu dispose également de trois ans pour agir, mais à compter de la rupture de son contrat, alors même qu'il a pu avoir connaissance de l'existence de son droit bien avant.

En d'autres termes, selon la Cour de cassation, c'est la rupture du contrat qui ferait naître le droit et non la connaissance de celui-ci, contrairement à ce qu'énonce la loi dans la première phrase de l'article L. 3245-1.

Ce supplément de « délai » octroyé au salarié dont le contrat est rompu ne trouve pourtant aucune explication rationnelle : le fait qu'il soit toujours en fonctions ou que son contrat soit rompu ne change rien à la connaissance qu'il peut avoir de son droit.

En réalité, la rupture du contrat n'a pour conséquence que de substituer une indemnité à un congé non pris, mais elle ne crée pas un nouveau droit.

Seule la nature de sa demande peut avoir un impact sur le délai de prescription.

Si le salarié est toujours en poste et entend bénéficier de son droit à congés payés, il devra agir dans un délai de deux ans après avoir été en mesure de connaître son droit en application de l'article L. 1471-1 du Code du travail, s'agissant d'une action en exécution du contrat.

(6) Cass. ass. plén., 17 mai 2023, n° 20-20.559.

(7) Voir par exemple Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 23-23.551.



Si le salarié n'est plus dans l'entreprise, il devra agir dans un délai de trois ans à compter de la rupture du contrat, dès lors qu'il ne peut réclamer qu'une indemnité assimilée à un salaire.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré comme prescrite une action en justice ayant pour but de réclamer des salaires sur les trois dernières années précédant la rupture du contrat et qui n'a pas été introduite dans les trois ans de la rupture du contrat ⁽⁸⁾.

Pour la Haute juridiction, c'est bien la date de la rupture du contrat qui marque le point de départ du délai de prescription de trois ans pour agir, étant précisé que l'étendue de la demande en paiement ne peut pas dépasser trois ans, mais calculée rétroactivement depuis la saisine du juge.

La date de saisine du conseil de prud'hommes doit donc être prise en compte pour apprécier si la créance a plus ou moins trois ans, car c'est à cette date que le salarié fait la démonstration de ce qu'il a incontestablement connaissance de son droit.

Au vu de cette première série de décisions, le juge doit donc prendre en considération :

- la date de la rupture du contrat qui devient le point de départ de l'action judiciaire ;
- la date de la saisine du conseil de prud'hommes qui interrompt le délai de prescription.

Il en résulte que la prescription de la créance doit être appréciée « *rétroactivement* » à compter de la saisine de la juridiction, de sorte que plus le salarié attend pour agir, moins il pourra obtenir de rappels de salaire sur la période maximale de trois ans.

Malgré cette évidence, la Cour de cassation devait adopter, dans un second temps, une position différente en décidant que, quelle que soit la date de saisine du juge, l'intégralité de la période de trois ans précédant la rupture est due ; ne prenant plus alors en considération la date de la saisine ⁽⁹⁾.

Une telle interprétation semble contraire au texte et accrédite la thèse selon laquelle le salarié dont le

contrat est rompu disposerait d'un délai de prescription effectif de six ans, pour réclamer un rappel de salaire, ce qui n'est pas cohérent avec l'abaissement de la durée de la prescription, ainsi que cela a été rappelé ci-dessus.

Craignant que les employeurs se saisissent du moyen radical tiré de la prescription des demandes qui leur seraient présentées depuis les arrêts de septembre 2023, la Cour de cassation, puis le législateur, ont imaginé contourner cette difficulté en invoquant la rétroactivité de la loi.

Pourtant, par principe, la loi n'est pas rétroactive et ne dispose que pour l'avenir, alors que la jurisprudence est d'application immédiate, notamment pour les litiges en cours.

Prescription résultant de la signature du reçu pour solde de tout compte

L'article L. 1234-20 du Code du travail dispose que « *le solde de tout compte, établi par l'employeur et dont le salarié lui donne reçu, fait l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail.*

« Le reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé dans les six mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées. »

L'article D. 1234-8 du Code du travail précise que le reçu est dénoncé par lettre recommandée.

Pour conférer une valeur libératoire au reçu pour solde de tout compte, il convient de détailler les sommes versées : salaire, heures supplémentaires, indemnité de préavis et de congés payés, etc.

En effet, même s'il est rédigé en termes généraux, le reçu n'a d'effet libératoire que pour les sommes qui y sont mentionnées.

C'est ce qui est constamment jugé par la Cour de cassation en ces termes ⁽¹⁰⁾ : « *La cour d'appel, qui a souverainement retenu que le salarié formait des demandes de rappel de salaires au titre d'heures supplémentaires et d'une requalification, et relevé qu'aucune somme n'était mentionnée à ce titre par le reçu pour solde de tout compte, en a exactement*

⁽⁸⁾ Cass. soc., 30 mai 2018, n°16-25.557 ; Cass. soc., 9 déc. 2020, n° 19-12.788 ; Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 19-10.859 ; Cass. soc., 8 avr. 2021, n° 19-22.700 ; Cass. soc., 30 juin 2021, n° 18-23.932.

⁽⁹⁾ Cass. soc., 14 déc. 2022, n° 21-16.623 ; Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 21-25.830.

⁽¹⁰⁾ Cass. soc., 13 déc. 2023, n° 22-19.121.



déduit que les demandes du salarié étaient recevables. »

L'employeur n'a pas l'obligation d'informer le salarié du délai de six mois lui permettant de dénoncer le reçu pour solde de tout compte, ni de l'effet libératoire de ce reçu.

En outre, l'effet libératoire n'est pas subordonné à la mention de ce délai dans le document ⁽¹¹⁾.

Passé ce délai, le salarié ne peut plus contester le reçu et son action devient forclose ⁽¹²⁾.

Peu importe que le calcul des sommes qui y sont mentionnées soit illicite ⁽¹³⁾.

Plus particulièrement en ce qui concerne la question des congés payés, des juridictions d'appel ont pu abonder dans un sens identique en consacrant l'effet libératoire du solde de tout compte, une fois celui-ci signé.

La Cour d'appel de Grenoble a ainsi statué : « Le reçu pour solde de tout compte a été signé par la salariée et l'employeur le 27 avril 2018, et mentionne le versement d'une somme de 954,02 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés. »

« Mme [H] a ensuite saisi le conseil de prud'hommes le 11 février 2020, soit plus de six mois après la signature du solde de tout compte.

« La cour constate donc que le reçu pour solde de tout compte signé le 27 avril 2018 a un effet libératoire pour la somme versée au titre des congés payés, étant observé en outre qu'en tout état de cause Mme [H] formule sa demande sans apporter aucun élément, ni sur le nombre de congés payés qu'elle estime non versés, ni sur les modalités de calcul de la somme réclamée.

« Sa demande sera donc rejetée, par confirmation du jugement entrepris » ⁽¹⁴⁾.

La Cour d'appel de Versailles applique également la position de la Cour de cassation en ces termes : « En l'espèce, l'indemnité compensatrice de préavis figure au solde de tout compte signé le 16 mars 2016 par le salarié. Elle n'a pas été contestée dans le délai

de six mois par ce dernier. Par conséquent, le solde de tout compte devient libératoire pour l'employeur pour cette indemnité. M. [P] doit être débouté de sa demande à ce titre et aux congés payés afférents » ⁽¹⁵⁾.

Décision confirmée dans une autre espèce rendue la même année ⁽¹⁶⁾.

Règles spécifiques résultant de la loi du 22 avril 2024

La loi du 22 avril 2024 s'est largement inspirée de la position prise par la Cour de cassation à propos de l'acquisition de congés payés durant les arrêts maladie.

Le moins que l'on puisse dire est que la Haute juridiction a fixé des règles particulières en ce qui concerne la prescription.

En effet, elle considère que le point de départ du délai de prescription « doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris dès lors que l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement afin d'assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé » ⁽¹⁷⁾.

Ainsi, pour la Cour de cassation, le point de départ du délai pour agir n'est pas spécialement la connaissance du droit, mais la fin de la période de prise de congés.

En outre, et s'appuyant sur l'adage classique « *contra non valemten agere non currit praescriptio* », la Cour conditionne l'écoulement du délai de prescription pour agir au fait que le salarié ait été informé de son droit **par l'employeur**.

En d'autres termes, si l'employeur n'a pas tenu informé son collaborateur de l'existence de son droit à congés payés, aucun délai de prescription ne saurait lui être opposé, ce qui a fait dire à certains auteurs qu'il y avait, en la matière, une forme évidente d'imprescriptibilité renforçant alors l'insécurité juridique.

Une telle construction est audacieuse.

En précisant que c'est à l'issue d'une période de prise de congés que doit se situer le point de départ

⁽¹¹⁾ Cass. soc., 4 nov. 2015, n° 14-10.657.

⁽¹²⁾ CA Amiens, 5^e ch., 28 sept. 2023, n° 22/03473 ; CA Rennes, 8^e ch., 9 nov. 2023, n° 20/06236.

⁽¹³⁾ Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 12-29.454.

⁽¹⁴⁾ CA Grenoble, ch. soc., sect. A, 13 juin 2023, n° 21/02376.

⁽¹⁵⁾ CA Versailles, 19^e ch., 12 avr. 2023, n° 21/03548.

⁽¹⁶⁾ CA Versailles, 6^e ch., 26 oct. 2023, n° 21/02849.

⁽¹⁷⁾ Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-11.106.



du délai de prescription, et à condition que l'employeur en ait informé son salarié, la Cour ajoute une condition difficile à remplir.

Ce faisant, elle s'est fondée sur la position de la CJUE qui avait déjà prévu de contourner le moyen tiré de la prescription d'une demande de congés présentée par un salarié, qui lui serait opposé par son employeur.

La Cour de cassation énonce en effet : « *Il y a donc lieu de juger désormais que, lorsque l'employeur oppose la fin de non-recevoir tirée de la prescription, le point de départ du délai de prescription de l'indemnité de congés payés doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris dès lors que l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement afin d'assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé* » ⁽¹⁸⁾.

Les mots employés interpellent :

- d'une part, l'utilisation du mot « *désormais* » annonce un changement de position voulu par les Hauts magistrats dans l'intérêt du salarié ;
- d'autre part, si l'employeur invoque la prescription, ce qui était prévisible, car le droit à congés payés en période d'absence maladie est connu depuis plusieurs années, il faut alors fixer le point de départ du délai pour agir à l'expiration de la période légale de prise de congés, mais surtout le conditionner au fait que l'employeur ait informé son salarié de son droit ;
- enfin, et surtout, à défaut d'information de ses droits par l'employeur, le délai de prescription ne court pas.

Pourtant, il ne saurait être reproché **rétroactivement** à l'employeur de ne pas avoir informé expressément ses salariés d'un droit à congés payés durant une période d'arrêt maladie, et ce dans le but manifeste et exclusif d'éviter d'opposer à ces salariés un délai de prescription qui a normalement couru, alors que, selon la législation française, un tel droit n'était pas ouvert.

C'est pourtant ce qu'a fait la Cour de cassation en toute connaissance de cause, car elle ne pouvait ignorer qu'aucun employeur n'avait informé ses sa-

lariés, tout au long de la relation contractuelle, des jours de congés que ceux-ci auraient dû acquérir durant leurs arrêts maladie !

Malheureusement, la loi du 22 avril 2024 reprend à son compte ce mécanisme doublé du caractère rétroactif de ses dispositions laissant ainsi le champ libre aux salariés pour solder le passé...

La loi précise en effet, sur l'information faite au salarié, les dispositions suivantes :

« Au terme d'une période d'arrêt de travail pour cause de maladie ou d'accident, l'employeur porte à la connaissance du salarié, dans le mois qui suit la reprise du travail, les informations suivantes, par tout moyen conférant date certaine à leur réception, notamment au moyen du bulletin de paie :

1° Le nombre de jours de congé dont il dispose ;

2° La date jusqu'à laquelle ces jours de congé peuvent être pris » ⁽¹⁹⁾.

Obligation est donc faite à l'employeur d'informer ses salariés, dans le mois de la reprise du travail, de leurs droits acquis en matière de congé payés.

C'est cette information qui marquera la connaissance du droit à congés payés et la possibilité, pour le salarié, de reporter ses congés.

En réalité, le législateur distingue deux situations :

- si l'arrêt maladie a duré moins d'un an, la période de report débutera à la date à laquelle le salarié a effectivement reçu l'information de ses droits à sa reprise de travail ⁽²⁰⁾ ;
- si l'arrêt maladie a duré au moins un an, la période de report débutera à la date à laquelle s'achève la période de référence au titre de laquelle les congés ont été acquis, étant précisé que lors de la reprise du travail, si la période de report est toujours en cours, elle sera suspendue jusqu'à ce que le salarié reçoive les informations prévues à l'article L. 3141-19-3.

Une fois informé, le salarié devra alors utiliser ses congés accumulés durant la maladie sur une période de 15 mois, à défaut de quoi il perdra définitivement son droit, étant précisé qu'un accord collectif

⁽¹⁸⁾ Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-10.529.

⁽¹⁹⁾ C. trav., art. L. 3141-19-3.

⁽²⁰⁾ C. trav., art. L. 3141-19-1.



(entreprise, établissement, convention collective ou convention de branche) pourra fixer une période de report plus longue que 15 mois ⁽²¹⁾.

Sans cette information, on aurait pu imaginer que les salariés ne seraient jamais prescrits, sauf que la loi a prévu qu'en tout état de cause ils devraient agir dans les deux ans suivant sa publication.

Mais ce qui est le plus discutable est le principe de rétroactivité consacré par la loi et qui permet aux salariés de récupérer des congés payés acquis **depuis le 1^{er} décembre 2009**.

Cette possibilité de réclamer des congés payés à compter du 1^{er} décembre 2009 avait déjà été envisagée par le conseiller *Huglo* qui précisait, dans son commentaire de l'arrêt n° 22-10.529 du 13 septembre 2023, que « les salariés pourraient revendiquer des congés au titre des arrêts maladie depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui a donné une force juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'article 31, § 2, a un effet direct et, après 2029, le délai butoir de 20 ans sera applicable ».

C'est maintenant chose faite par la volonté du législateur qui s'exprime ainsi :

« Conformément au II de l'article 37 de la loi n° 2024-364 du 22 avril 2024, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée ou de stipulations conventionnelles plus favorables en vigueur à la date d'acquisition des droits à congés, les dispositions du présent article sont applicables pour la période courant du 1^{er} décembre 2009 à la date d'entrée en vigueur de ladite loi.

« Toutefois, pour la même période, les congés supplémentaires acquis en application des dispositions mentionnées au premier alinéa ne peuvent, pour chaque période de référence mentionnée à l'article L. 3141-10 du Code du travail, excéder le nombre de jours permettant au salarié de bénéficier de vingt-quatre jours ouvrables de congé, après prise en compte des jours déjà acquis, pour la même période, en application des dispositions du même code dans leur rédaction antérieure à ladite loi.

« Toute action en exécution du contrat de travail ayant pour objet l'octroi de jours de congé en

application dudit II doit être introduite, à peine de forclusion, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de ladite loi. »

Il en ressort que :

- la rétroactivité n'est possible que pour les congés payés qui auraient dû être acquis durant des arrêts maladie d'origine non professionnelle, et sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, ou de stipulations conventionnelles plus favorables en vigueur à la date d'acquisition des droits à congés ;
- le nombre de jours relatifs aux périodes déjà écoulées sera limité à 24 jours ouvrables de congés, et après déduction des jours déjà acquis en application de la précédente législation ;
- l'action judiciaire visant à faire respecter le droit à congés doit être introduite, à peine de forclusion, **avant le 24 avril 2026**.

En revanche, rien n'a été prévu pour le salarié dont le contrat de travail est rompu et qui n'est susceptible de réclamer qu'une indemnité compensatrice de congés payés.

Pour lui, les dispositions de l'article L. 3245-1 du Code du travail s'appliquent : il doit agir dans les trois ans de la rupture de son contrat et aura la possibilité de réclamer une indemnité compensatrice portant sur les trois années précédant la rupture de son contrat de travail.

INCIDENCES DE LA LOI DU 22 AVRIL 2024 SUR LES ACTIONS EN JUSTICE DU SALARIÉ

Devant le conseil de prud'hommes

Si un salarié avait déjà saisi le conseil de prud'hommes avant la parution de la nouvelle loi, la question se pose de savoir s'il peut compléter ses prétentions initiales par une demande de prise de congés payés (ou une demande de condamnation à une indemnité compensatrice de congés payés), ou s'il doit nécessairement saisir le Conseil dans le cadre d'une nouvelle instance.

Depuis la suppression du principe de l'unicité de l'instance, par décret du 20 mai 2016 ⁽²²⁾, à effet du

(21) C. trav., art. L. 3141-19-1 et L. 3141-21-1.

(22) D. n° 2016-660, 20 mai 2016, relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.



1^{er} août 2016 (cette règle permettait aux parties de présenter de nouvelles demandes en cours de procédure, y compris devant la cour d'appel), le salarié qui aurait omis de présenter une demande devant le conseil de prud'hommes, doit en principe prendre l'initiative d'une nouvelle instance prud'homale, car une demande additionnelle n'est pas systématiquement recevable.

C'est ce que prévoit l'article 70 du Code de procédure civile, lequel devient de plein droit applicable à la procédure prud'homale depuis l'abrogation de l'article R. 1452-7 du Code du travail, en ces termes « *les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant...* ».

Toute demande nouvelle présentée dans le cadre de l'instance en cours ne pourra donc être déclarée recevable que si et seulement si celle-ci présente un lien suffisant avec les autres demandes.

Or, l'indemnité compensatrice de congés payés, en cas de rupture du contrat, ou la prise de congés, si le contrat est en cours, peuvent constituer des demandes totalement autonomes par rapport aux autres demandes qui sont d'ores et déjà soumises au Conseil.

En effet, en cas de contestation de la rupture du contrat de travail (qu'il s'agisse d'un licenciement, d'une rupture conventionnelle, d'une demande de résiliation judiciaire ou d'une prise d'acte...), le salarié va réclamer des dommages-intérêts et diverses indemnités liés à cette rupture.

Ainsi, une demande d'indemnité compensatrice de congés payés n'a-t-elle rien à voir avec ces demandes.

Le salarié devra alors saisir une nouvelle fois le conseil de prud'hommes, que ce soit la formation de référé, le cas échéant (si la créance n'est pas sérieusement contestable), ou le bureau de conciliation et d'orientation.

Devant la cour d'appel, la situation se présente pratiquement dans les mêmes conditions.

Devant la cour d'appel

L'article 564 du Code de procédure civile est ainsi rédigé : « *À peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation,*

faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait. »

Il résulte de ce texte que toute demande nouvelle est en principe irrecevable devant la Cour, ce qui est manifestement le cas d'une demande de congés payés ou d'indemnité compensatrice de congés payés qui serait présentée pour la première fois par le salarié.

Il est néanmoins envisagé des tempéraments.

L'article 566 prévoit ainsi : « *Les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire.* »

Tel n'est donc pas le cas d'une demande d'heures supplémentaires présentée, pour la première fois, en cause d'appel, alors que le salarié avait seulement contesté son licenciement devant le premier juge ⁽²³⁾.

Ainsi, à défaut, pour le salarié, de démontrer que la demande relative aux congés payés constitue un accessoire ou le complément nécessaire à une demande initiale présentée en première instance, la Cour devra la rejeter.

De même, la revendication d'une telle indemnité ne peut pas être considérée comme une quelconque conséquence des autres demandes litigieuses et ne peut pas constituer un élément nouveau qui aurait évolué en cause d'appel.

Enfin, c'est tout aussi vainement que le salarié invoquerait les dispositions de l'article 565 du Code de procédure civile qui dispose : « *Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent.* »

En effet, pour qu'une demande ne soit pas nouvelle, encore faut-il qu'elle puisse se rattacher à une demande initialement présentée devant le premier juge **pour aboutir à la même conséquence**.

Tel serait le cas d'une demande d'annulation d'un licenciement présentée devant la Cour, alors que le salarié avait seulement demandé que son licenciement soit déclaré sans cause réelle ni sérieuse de-

⁽²³⁾ Cass. soc., 25 mai 2022, n° 21-11.478.



vant le premier juge : les conséquences étant les mêmes en termes d'indemnisation de la rupture ⁽²⁴⁾.

SANCTIONS PÉNALES ET CIVILES ENCOURUES

Au plan civil

Au-delà d'une action visant à prendre effectivement ses congés payés, le salarié a la possibilité d'obtenir, devant le juge, une indemnité dans l'hypothèse où son employeur aurait refusé de lui accorder un congé ou n'aurait pris aucune disposition pour lui assurer un repos effectif.

Cette indemnité vise à réparer un préjudice lié au fait que le salarié n'a pas pu se reposer. Il ne s'agit donc pas d'une indemnité compensatrice de congés payés (due en cas de rupture du contrat), mais de dommages-intérêts venant sanctionner le non-respect de l'obligation de sécurité ⁽²⁵⁾.

L'employeur engage donc sa responsabilité civile en ne respectant pas son obligation de sécurité.

Mais l'employeur ne pourrait-il pas engager, à son tour, la responsabilité de l'État qui a tardé à transposer les termes de la Directive européenne 2003/88/CE et lui impose aujourd'hui, de manière rétroactive, de payer des sommes parfois très élevées à des salariés en longue maladie ?

Cette possibilité ne semble pas écartée si l'on se réfère à une récente décision rendue le 18 juillet 2023 par la Cour administrative d'appel de Versailles qui a condamné l'État français à indemniser des syndicats de salariés pour « *mauvaise transposition* » d'une directive communautaire.

Mais une autre décision est à signaler concernant l'action exercée par un CSE et une organisation syndicale visant à faire juger que les dispositions des articles L. 3143-1 et L. 3143-5 du Code du travail sont contraires au droit communautaire et à ordonner, à un employeur, de faire rétroactivement bénéficier les salariés de leurs droits à congés payés à compter du 1^{er} décembre 2009.

La question pouvait en effet se poser de savoir si un syndicat avait qualité pour agir au nom de l'intérêt

d'une collectivité de salariés susceptibles de bénéficier d'un rappel de congés payés.

L'instance avait été introduite le 8 juin 2023, mais les demandeurs ont complété leurs demandes relatives aux congés payés le 15 novembre 2023, soit après la parution de arrêts de la Cour de cassation de septembre 2023.

Les débats ont eu lieu le 21 mars 2024, mais la décision a été rendue le 25 avril suivant, soit concomitamment à la parution de la nouvelle loi.

Dans cette affaire, étaient contestées la recevabilité de la demande additionnelle, ainsi que la qualité à agir tant du CSE que de l'organisation syndicale.

Compte tenu de ces incidents de procédure, c'est le Juge de la mise en état (JME) qui a été amené à statuer par ordonnance rendue le 25 avril 2024.

Aux termes de sa décision, le JME :

- reçoit les demandes nouvelles au motif que celles-ci « *ont pour objet, tout comme les prétentions initiales, de faire respecter le droit aux congés des salariés en se fondant sur les dispositions du droit de l'Union européenne...* » ;
- déclare irrecevable l'action du CSE au motif évident « *qu'aucune des prétentions présentées par les demandeurs ne tend à faire respecter les prérogatives propres du comité social et économique* » ;
- rejette la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à agir du syndicat pour les raisons suivantes : « *Agissant au nom de l'intérêt collectif de la profession, les organisations syndicales doivent pouvoir, lorsque celle-ci est avérée, faire pleinement sanctionner par les juridictions nationales la méconnaissance générale par l'employeur des garanties et prérogatives que le droit communautaire reconnaît aux salariés en matière de droits aux congés. La nécessité d'assurer toute son effectivité à la protection juridique découlant de l'application de ces droits implique en outre que les organisations syndicales puissent demander non seulement que leur méconnaissance cesse pour l'avenir, mais également qu'il soit enjoint à l'employeur de se conformer complètement à ses obligations en octroyant à l'ensemble des salariés, le cas échéant de façon rétroactive, le bénéfice des garanties qu'ils tirent de normes communautaires.* »

(24) Cass. soc., 1^{er} déc. 2021, n° 20-13.339.

(25) Cass. soc., 11 oct. 1995, n° 92-41.359.



Cette motivation résonne comme un attendu de principe de la Cour de cassation et ouvre largement la porte à des actions concertées des organisations syndicales qui se voient investies du droit de faire sanctionner les employeurs qui ne respectent pas le droit communautaire en matière de congés payés.

Bien que le syndicat ne puisse intervenir dans le cadre d'une action de substitution (il ne peut réclamer pour chaque salarié, pris individuellement, ce qui lui est dû), il semble évident que ce genre de procédure, qui vient d'obtenir de manière franche l'aval d'un Tribunal judiciaire important, risque de se développer vraisemblablement pour pallier l'inertie de certains salariés.

Pour le surplus, dans cette affaire, la cause et les parties ont été renvoyées à la mise en état, afin que chacun puisse conclure au fond ⁽²⁶⁾.

Au plan pénal

L'article R. 3143-1 du Code du travail est ainsi rédigé : « *Le fait de méconnaître les dispositions des articles L. 3141-1 à L. 3141-33 et L. 3164-9, relatives aux congés payés, ainsi que celles des décrets pris pour leur application, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction.*

« *La récidive est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15 du Code pénal.* »

En cas de non-respect des règles relatives aux congés payés, qu'elles soient légales ou conventionnelles, l'employeur commet une infraction pénale punie d'une amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (soit un maximum de 1 500 €) prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés.

En cas de récidive commise dans un délai d'un an à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, l'amende maximale est portée à 3 000 €, si l'employeur est une personne physique ⁽²⁷⁾, et à 10 000 € si l'employeur est une personne morale ⁽²⁸⁾.

Bien évidemment, les poursuites pénales seront exercées à la diligence du Parquet soit à l'occasion d'un contrôle effectué par un inspecteur du travail qui aurait pu relever, par procès-verbal, l'une des infractions commises en application des articles L. 3141-1 et suivants du Code du travail, soit à la suite d'une plainte déposée par un salarié.

À compter du 1^{er} juillet 2016, l'administration du travail peut proposer, le cas échéant, si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le Parquet, une transaction pénale en application de l'article L. 8114-4 du Code du travail qui dispose que :

« L'autorité administrative compétente peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite d'une infraction constituant une contravention ou un délit, prévue et réprimée :

1° Aux livres II et III de la première partie ;

2° Au titre VI du livre II de la deuxième partie ;

3° Aux livres Ier, II et IV de la troisième partie, à l'exception des dispositions mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 8115-1 ;

4° À la quatrième partie, à l'exception des dispositions mentionnées au titre V du livre VII et au 5° de l'article L. 8115-1 ;

5° Au titre II du livre II de la sixième partie ;

6° À la septième partie.

« Sont exclus de cette procédure les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus. »

Les congés payés sont prévus au Titre IV du Livre premier de la troisième partie.

Si la transaction est acceptée par l'employeur (personne morale ou personne physique), le projet d'accord est transmis au Parquet qui l'homologuera.

Le montant de la transaction sera déterminé en fonction de la gravité de l'infraction et des ressources du contrevenant.

Attention : la transaction ne met fin qu'à l'action publique, ce qui laisse supposer que la victime (en l'occurrence le salarié) pourrait réclamer, devant un juge, des dommages-intérêts en raison de l'infraction commise. ♦

⁽²⁶⁾ Trib. Jud. de Nanterre, 25 avr. 2024, RG 23/05445, Fédération nationale des syndicats des mines, CGT CSE société Gazelenergie Génération c/ Société Gazelenergie Génération.

⁽²⁷⁾ C. pén., art. L. 132-11.

⁽²⁸⁾ C. pén., art. L. 132-15.

