

### 3656 - Textes

Les congés payés sont régis par les articles L. 3141 et suivants du Code du travail.

— Sur les modalités pratiques d'organisation de la prise des congés payés, voir n<sup>OS</sup> 6930 et s.

### 3657 - Champ d'application

#### a) Employeurs assujettis

Selon l'article L. 3111-1 du Code du travail, les dispositions du Code du travail relatives aux congés payés sont applicables aux employeurs de droit privé, quelle que soit leur activité, ainsi qu'aux établissements publics à caractère industriel et commercial.

Les entreprises agricoles, les professions libérales et les organisations du secteur associatif sont donc également visées. Remarques

L'article L. 3141-30 du Code du travail prévoit la fixation, par décret, des modalités particulières d'application de la loi pour les branches d'activité où le personnel change fréquemment d'employeur au cours de la période de référence. Ces modalités comportent notamment l'affiliation de l'entreprise à une caisse de congés payés. Ont fait l'objet de tels décrets : les dockers, le personnel artistique des spectacles, le personnel intermittent des transports, le personnel du bâtiment et des travaux publics.

— Pour les industries du bâtiment et des transports, voir nos 3678 et s.

Les artisans ruraux relevant, en raison de leur activité, du régime des congés payés dans le bâtiment et les travaux publics, doivent s'affilier à la caisse de congés payés compétente (Cass. soc., 12 janv. 1989, n<sup>O</sup> 87-15.886, Bull. civ. V, p. 14).

#### b) Bénéficiaires

Selon l'article L. 3141-1 du Code du travail, tout salarié travaillant en France, quelle que soit sa nationalité, a droit, dès lors qu'il en remplit les conditions, à un congé annuel payé à la charge de son employeur.

##### 1. Dirigeants

Les dirigeants qui cumulent leur mandat social avec un contrat de travail (voir n<sup>OS</sup> 443 et s.), bénéficient à ce titre de congés payés dont le nombre et l'indemnisation sont déterminés sur la base de leur seule activité salariée.

Les cadres dirigeants visés à l'article L. 3111-2 du Code du travail, contrairement aux mandataires sociaux, sont titulaires d'un contrat de travail. S'ils sont exclus de l'application des dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail, à la répartition, à l'aménagement des horaires, des repos (quotidien et hebdomadaire) et des jours fériés, les dispositions relatives aux congés payés leur sont applicables (voir n<sup>O</sup> 411).

##### 2. Entrepreneurs salariés associés d'une coopérative d'activité et d'emploi

Les dispositions du Code du travail leur étant applicables (C. trav., art. L. 7331-1), les entrepreneurs salariés associés d'une coopérative d'activité et d'emploi bénéficient des congés payés dans les mêmes conditions que les autres collaborateurs.

##### 3. VRP

Les représentants statutaires (VRP) bénéficient du régime de droit commun. Toutefois, les modalités de leur rémunération, composée en grande partie d'un variable, appellent la mise en œuvre de règles particulières pour la détermination de l'indemnité qui leur est due (voir n<sup>O</sup> 5335).

##### 4. Concierges d'immeuble et personnel de maison

L'article L. 7213-1 du Code du travail étend aux concierges d'immeubles à usage d'habitation les dispositions communes, avec certains aménagements (C. trav., art. L. 7213-2 à L. 7213-7). Il en va de même pour les salariés employés par les particuliers (C. trav. art. L. 7221-2).

##### 5. Gérants succursalistes

L'article L. 7322-7 du Code du travail accorde aux gérants non salariés de succursales de maisons d'alimentation et de coopératives de consommation le bénéfice des congés payés, mais l'octroi d'un repos effectif peut être remplacé par une indemnité compensatrice. Il convient de distinguer ces gérants, d'une part, des directeurs de magasins salariés qui, titulaires d'un contrat de travail, bénéficient des congés payés dans les conditions de droit commun et, d'autre part, des gérants non salariés de magasins franchisés qui, faute de contrat de travail, ne sont pas concernés par les congés payés.

##### 6. Travailleurs à domicile

L'article L. 7413-2 du Code du travail fait bénéficier les travailleurs à domicile du statut légal des salariés. Les droits à congés payés des travailleurs à domicile se traduisent par l'octroi d'une allocation, payée en même temps que la rémunération des travaux exécutés, calculée en pourcentage de cette rémunération (Arr. min. 13 oct. 1941, JO 23 oct.). Cette allocation est fixée à 10 % par l'effet de la généralisation de la cinquième semaine (Arr. min. 18 févr. 1982, JO

21 févr.). Voir n<sup>o</sup> [5463](#).

### 7. Télétravailleurs

Selon l'article L. 1222-9 du Code du travail, le télétravail n'est qu'une forme d'organisation du travail, dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication. Le salarié en situation de télétravail bénéficie donc de la législation sur les congés payés dans les conditions de droit commun. L'article 4 de l'ANI du 19 juillet 2005 sur le télétravail précise expressément que les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables aux salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être conclus.

### 8. Salariés à temps partiel et intermittents

Qu'ils soient titulaires d'un contrat de travail à temps partiel ou d'un contrat de travail intermittent, ces salariés bénéficient des congés payés dans les mêmes conditions que les salariés à temps complet. Ils bénéficient ainsi du même nombre de jours de congé. La seule différence se traduit uniquement au niveau de l'indemnité de congés payés.

### 9. Collaborateurs en portage salarial

Il n'existe aucune disposition particulière dans le Code du travail pour les salariés portés en matière de congés payés. Ce sont donc les règles de droit commun qui s'appliquent. Pour autant, elles devront être conciliées avec l'absence d'obligation de fourniture de travail de la part de l'entreprise de portage salarial. Selon nous, les périodes sans prestation de service ne permettent donc pas aux intéressés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée d'acquérir des droits à congés payés.

### 10. Travailleurs handicapés admis dans un ESAT

Les travailleurs handicapés admis dans un CAT n'ont pas le statut juridique de salariés, mais d'usagers. Toutefois, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, ils bénéficient en application des articles L. 344-2-2 et R. 243-11 du Code de l'action sociale et des familles de 2,5 jours ouvrables de congé par mois d'accueil à partir d'un mois de présence.

Saisie dans le cadre d'un litige portant sur la période antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2007, la CJUE a considéré que la notion de travailleurs au sens de l'article 7 de la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprétée en ce sens qu'elle peut englober une personne admise dans un centre d'aide par le travail (CJUE, 26 mars 2015, aff. C-316/13). Reste à savoir la position que prendra la Cour de cassation, laquelle repose sur la question de savoir si notre droit interne est susceptible ou non de faire l'objet d'une interprétation conforme à la directive.

### 11. Salariés travaillant à l'étranger

L'application aux salariés travaillant à l'étranger des dispositions du Code du travail relatives aux congés payés dépend des situations et notamment de la loi qui régit le contrat de travail. Si le collaborateur travaille à l'étranger soit en exécution de son contrat de travail d'origine de droit français ou d'un contrat de travail de droit international régi par la loi française, il bénéficie au moins des congés payés tels que prévus par le Code du travail. À défaut, il relève de la législation applicable sur le lieu d'exécution du travail.

#### c) Personnels exclus

Sauf rares exceptions tels que les travailleurs handicapés admis dans un ESAT, les dispositions du Code du travail relatives aux congés payés ne s'appliquent pas aux collaborateurs qui ne sont pas titulaires d'un contrat de travail ou qui ne sont pas assimilés à des salariés au regard du droit du travail.

#### 1. Mandataires sociaux

Les dirigeants qui ont la qualité de mandataires sociaux ne peuvent pas, à ce titre, prétendre au bénéfice du congé annuel payé (Cass. soc., 20 oct. 1976, n<sup>o</sup> 75-40.690). Seul l'exercice d'une activité salariée exercée en parallèle peut leur en faire bénéficier.

#### 2. Stagiaires

Les stagiaires ne sont pas titulaires d'un contrat de travail et ne bénéficient pas du droit à congés payés.

## 3658 - Le droit à congés payés, principe du droit social de l'Union

Il est important de le savoir, car cela permet de mieux comprendre la jurisprudence européenne relative aux congés payés, la CJUE estime que « selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive n<sup>o</sup> 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993 » (CJUE, 22 nov. 2011, aff. C-214/10, KHS AG).

Ce droit est consacré par l'article 31, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Tirant les conséquences de ce principe, l'article 7 de la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003, relative à l'aménagement du temps de travail, indique 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* ». Ce texte dispose également 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* ».

Comme on le voit, la durée annuelle minimale du congé annuel est fixée par le droit de l'Union à **quatre semaines**, c'est pourquoi toutes les décisions de la CJUE portent sur ce socle minimal.

### **3659 - Droit à un congé et un repos annuel — Facultés de report**

Les congés payés constituent d'abord un **droit annuel au repos, à la détente et aux loisirs**. Cette finalité éclaire toute la jurisprudence, tant de la CJUE, que de la Cour de cassation, laquelle a récemment entraîné un bouleversement des règles traditionnelles.

La CJUE assigne aux congés payés « *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* » (CJUE, 22 nov. 2011, C-214/10, KHS AG).

#### **a) Périodicité annuelle des congés payés**

Un accord exprès entre employeur et salarié ne saurait tenir en échec les prescriptions légales. Une dérogation a toutefois été apportée à l'interdiction de renoncer au congé pour les gérants de succursales de maisons d'alimentation.

Le Code du travail impose la prise annuelle des congés payés, c'est-à-dire tous les ans. Le report d'une année sur l'autre est donc *a priori* exclu, sous réserve de l'application des dérogations légales autorisant le report ou la capitalisation des congés (voir n<sup>o</sup> 3660).

La loi n<sup>o</sup> 2000-37 du 19 janvier 2000 a prévu une possibilité de report des congés payés au-delà du cadre annuel. Cette possibilité concerne tous les salariés **dont le temps de travail est décompté à l'année** en vertu d'une disposition légale (C. trav., art. L. 3141-21). Il s'agit de ceux dont le temps de travail est organisé sur une période pluri-hebdomadaire ou auxquels est appliqué un forfait annuel en heures ou en jours.

Ainsi, lorsqu'une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, les congés ouverts dans l'année pourront être pris durant l'année civile suivant celle pendant laquelle a débuté l'année comprenant la prise de ces congés. En d'autres termes, des congés payés ouverts pendant la période du 1<sup>er</sup> juin « *n* » au 31 mai « *n + 1* » pourront être reportés dans l'année « *n + 2* ».

L'accord doit préciser :

- les modalités de rémunération des congés reportés ;
- les cas précis et exceptionnels de report ;
- les conditions dans lesquelles le report peut être effectué à la demande du salarié après accord de l'employeur ;
- les conséquences du report de congés sur les seuils applicables en matière de temps partiel, de modulation du temps de travail, de JRTT ou encore de convention de forfait en heures ou 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.

#### **b) Droit à repos**

**Le droit au congé annuel payé est un droit au repos**. Cela signifie que, sauf exceptions légales (rupture du contrat de travail avant la prise du repos, report dans le cadre des congés sabbatique et de création d'entreprise), il ne peut pas être compensé par une indemnisation.

La jurisprudence européenne va également dans ce sens puisqu'elle énonce que la réglementation relative au paiement du congé annuel doit assurer la prise effective du congé par le salarié (CJCE, 6 avr. 2006, aff. C-124-05 ; CJCE, 16 mars 2006, aff. jointes C-131-04 et C-257-04 ; Rev. de droit du travail Dalloz, n<sup>o</sup> 1-2007, p. 43, note Marc Vericel). En d'autres termes, dans tous les cas où quelle qu'en soit la raison, le salarié n'a pas pu prendre ses congés à la date prévue, il faut lui permettre de les prendre à une autre date (voir n<sup>os</sup> 3715 et 3718).

L'employeur ne peut pas se contenter de démontrer qu'il les a payés. Il doit apporter la preuve qu'il a pris les mesures pour que le salarié prenne effectivement ses congés (Cass. soc., 13 juin 2012, n<sup>o</sup> 11-10.929, FS-P+B+R).

#### **Remarques**

Cet arrêt constitue un revirement. Il s'agissait d'un distributeur de prospectus dont les congés payés étaient indemnisés par une majoration de 10 % lors de chaque versement de salaire. Aucun des bulletins de paie ne mentionnait la date de prise des congés payés, contrairement aux dispositions de l'article R. 3243-1 du Code du travail. L'intéressé demandait réparation de la privation de ses congés et, s'appuyant sur la jurisprudence selon laquelle il appartient au salarié de prouver que c'est l'employeur qui l'a empêché de prendre ses vacances (Cass. soc., 14 janv. 2004, n<sup>o</sup> 02-43.575 ; Cass. soc., 14 oct. 1998, n<sup>o</sup> 96-40.083), la cour d'appel l'avait débouté de sa demande. Selon la Cour de cassation, cette décision est contraire « *à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003* ». Elle en conclut 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.* »

Contrairement à la précédente, cette solution est tout à fait cohérente, tant avec le droit français, qu'avec le droit européen. Rappelons que les congés payés annuels constituent pour le salarié à la fois un droit à repos et une obligation. Quant à l'employeur, il s'agit d'un devoir d'ordre public, à tel point qu'il a fallu légiférer pour autoriser le

transfert d'une fraction des congés dans le compte épargne-temps. Il en a été de même pour permettre le report d'une année sur l'autre en cas d'annualisation du temps de travail, ou de congé sabbatique ou de création d'entreprise.

La loi a mis en place toute une batterie d'outils pour faire en sorte que ce droit à repos soit garanti : consultation de deux institutions représentatives du personnel, le comité d'entreprise et les délégués du personnel, sur la période des congés payés ; affichage de cette période ; consultation des délégués du personnel sur l'ordre des départs ; mention des droits à congé et des dates de départ sur le bulletin de paie... l'employeur a donc toutes facilités, en prouvant qu'il a accompli ces diligences, pour démontrer que le salarié s'est bien trouvé en mesure de prendre ses congés.

Cet arrêt pose deux questions. d'abord, est-ce la fin de la jurisprudence qui veut que les congés payés soient perdus si le salarié ne les a pas pris avant la fin de la période des congés payés (Cass. soc., 17 déc. 1987, n° 85-43.845) ?

Disons que le principe demeure, comme le laisse supposer un arrêt inédit (Cass. soc., 9 janv. 2013, n° 11-21.758). Il doit toutefois être tempéré par le fait que l'employeur doit être prêt à prouver qu'il a tout fait pour que le salarié parte en vacances. Autre question : qu'en est-il des employeurs qui règlent le salaire au moyen du CESU (chèque emploi-service universel) ? La réponse est simple quand le salarié prend ses congés d'un seul tenant. Dans ce cas, la prise des congés payés est démontrée par l'absence de délivrance d'un bulletin de paie sur un mois donné. Mais pour les autres, c'est plus délicat, car le service en ligne qui permet d'établir les bulletins de paie ne prévoit pas cette mention. Un échange de courriers semble alors le meilleur moyen de prouver que le salarié a bien pris ses congés.

Les restrictions apportées par la Cour de cassation au paiement des congés payés par majoration du salaire mensuel (voir n° 3701) s'expliquent essentiellement par la volonté de la Cour de cassation d'assurer l'effectivité d'un repos minimal de quatre semaines, conformément aux exigences de la directive n° 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 (Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070).

Il a été jugé que lorsque les salariés ont été dans l'impossibilité de prendre la totalité de leurs congés payés du fait d'un mauvais décompte des jours des congés payés par l'employeur, ils sont en mesure de bénéficier du droit au paiement d'une indemnité supplémentaire du congé (Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 93-46.408, Bull. civ. V, n° 416). Cet arrêt est ancien. Il n'est donc pas certain qu'il serait aujourd'hui confirmé.

#### c) *Devoir d'investigation du juge*

Dans un arrêt visant une salariée qui avait enchaîné les arrêts de travail pendant plus de douze mois et avait néanmoins signé un document attestant qu'elle avait soldé ses congés, la Cour de cassation a reproché au juge de s'être contenté de cette déclaration peu crédible. Le tribunal aurait dû rechercher « *si la salariée avait été en mesure de prendre effectivement ses congés acquis* » (Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-28.082).

#### d) *Congés conventionnels*

Les garanties liées au droit à un repos annuel minimal **ne s'appliquent pas aux congés payés supplémentaires d'origine conventionnelle**. En ce qui concerne ces derniers, c'est au salarié de démontrer qu'il n'a pas pu les prendre du fait de l'employeur (Cass. soc., 12 mai 2015, n° 13-30.349).

## 3660 - Obligation de repos

### a) *Principe*

Les congés payés constituent non seulement un droit annuel au repos (voir n° 3659), mais il s'agit également d'une obligation.

L'attribution des congés annuels entraîne, en principe, l'interdiction pour le salarié d'exercer une autre activité salariée pendant son temps de congé.

Cela pourrait constituer une faute grave pouvant entraîner un licenciement sans indemnité ni préavis.

Il a toutefois été jugé que la brièveté de la période travaillée pendant les congés payés permettait de considérer que le comportement du salarié ne constituait pas une faute grave privative des indemnités de rupture (Cass. soc., 4 avr. 1990, n° 86-43.597).

### b) *Dérogations*

L'obligation de repos ne porte que sur le socle minimal de quatre semaines par an (voir n° 3658).

Les salariés peuvent faire un don des jours excédentaires à un autre salarié de l'entreprise qui assume la charge d'un enfant âgé de moins de vingt ans atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants (L. n° 2014-459, 9 mai 2014, JO 10 mai ; voir n°s 3688 et 3747 et s.).

La loi autorise également le report des congés payés excédant 24 jours ouvrables, en cas de projet de congé sabbatique (voir n° 2175) ou de congé création d'entreprise (voir n° 2188).

Elle permet par ailleurs le transfert de cette fraction supplémentaire dans un compte épargne-temps (voir n° 3459).

Enfin, s'agissant de l'interdiction de travailler pendant les congés payés, une dérogation est prévue pour les salariés embauchés dans le cadre d'un « *contrat vendanges* » (L. n° 2001-1246, 21 déc. 2001, art. 8 (JO 26 déc.)) ; C. trav.,

art. L. 122-3-20 ancien). Cette disposition a été intégrée dans le Code rural par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

### 3661 - Sanctions civiles et pénales

#### a) Sanctions civiles

Le salarié qui n'a pas pris son congé annuel a droit à la réparation du préjudice qui en est résulté. Contrairement à ce que la jurisprudence affirmait autrefois (Cass. soc., 25 févr. 1988, n° 85-46.266, Bull. civ. V, p. 97 ; Cass. soc., 9 janv. 1990, n° 87-44.835 ; Cass. soc., 3 nov. 1994, n° 93-42.331 ; Cass. soc., 2 avr. 2003, n° 01-41.698), c'est à l'employeur qu'il appartient de prouver que les congés ont bien été pris (Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929 FS-P+B+R). C'est à des dommages-intérêts que peut prétendre le salarié, pas à une indemnité compensatrice. En particulier, s'il a continué à travailler, il ne peut prétendre à aucune indemnité compensatrice se cumulant avec son salaire (Cass. soc., 28 juin 1978, n° 76-40.897, Cah. prud'h. 1979, p. 1).

Voir encore Cass. soc., 5 mars 1987, n° 84-44.369 ; Cass. soc., 11 oct. 1995, n° 92-41.359.

Il a toutefois été jugé qu'une salariée, empêchée par ses arrêts de travail de prendre ses congés payés pendant deux années civiles consécutives, pouvait, **lors de la rupture de son contrat de travail**, obtenir le « *paiement de jours de congés payés acquis et non pris* » (Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-28.082).

L'employeur engage sa responsabilité en ne prenant pas les mesures nécessaires pour que les salariés jouissent de leur congé annuel (Cass. soc., 21 mars 1985, n° 82-41.199).

Si le salarié qui n'a pas pris son congé annuel par le fait de l'employeur et qui a continué à travailler, ne peut cumuler une indemnité compensatrice avec son salaire, il n'en subit pas moins un préjudice découlant de la privation d'un temps de repos, préjudice qui justifie l'octroi de dommages-intérêts (Cass. soc., 2 juill. 1987, n° 85-40.605). Ce n'est, en effet, que lorsque le salarié est licencié avant d'avoir pu bénéficier de la totalité de son congé que ses droits à congé se traduisent par l'octroi d'une indemnité compensatrice (voir n°<sup>OS</sup> 3707 et s.) ; seule la faute lourde du salarié emporte privation de cette indemnité (Cass. soc., 28 févr. 1995, n° 91-42.997).

Voir toutefois en faveur du versement d'une indemnité compensatrice de congés payés et non de dommages et intérêts : Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 93-46.408, Bull. civ. V, n° 416.

#### b) Sanctions pénales

L'employeur doit accorder les congés dus, verser les indemnités de congé correspondantes et, de façon générale, respecter les dispositions du Code du travail régissant les congés payés, sous peine des sanctions prévues par l'article R. 3143-1 du Code du travail : amende de 1 500 € au plus ; en cas de récidive dans le délai d'un an, l'amende peut être portée à 3 000 €.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés affectés (C. trav., art. R. 3143-1).

Les mêmes peines frappent la violation des dispositions fixant le régime spécial de certaines catégories de travailleurs.

Si la branche d'activité dont il relève est régie par une convention collective étendue, l'employeur qui ne respecte pas les dispositions qu'elle comporte en matière de congés payés est passible des sanctions prévues par l'article R. 2263-3 du Code du travail, et ce en vertu de l'article L. 2263-1 du Code du travail).

— Pour un tableau récapitulatif des sanctions pénales, voir n° 7944.

### 3662 - Obligations de l'employeur

Outre ses obligations quant à la fixation de la période des congés dans l'entreprise (voir n° 3680) et de l'ordre des départs (voir n° 3682), l'employeur doit :

- porter la période de prise de congés à la connaissance du personnel deux mois avant son ouverture (C. trav., art. D. 3141-5) ;
- afficher l'ordre des départs et aviser individuellement les intéressés un mois avant leur départ (C. trav., art. D. 3141-6) ;
- faire figurer, sur le bulletin de paie, la date des congés qui sont compris dans la période de paie considérée et le montant de l'indemnité correspondante (voir n° 3703).

Ces obligations sont sanctionnées par les peines d'amendes prévues par l'article R. 3143-1 du Code du travail, soit la contravention de la cinquième classe, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés.

### 3663 - Non-conformité du droit interne au droit de l'Union Européenne

Saisie de questions préjudicielles par la Cour de cassation sur la compatibilité des dispositions nationales avec la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du conseil du 4 novembre 2003 relative à l'aménagement du temps de travail, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a affirmé certains principes sur les congés payés, qui sont en contradiction avec les règles dégagées par le droit français (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, Dominguez). Certaines

de ces contradictions ont été corrigées, d'autres non.

**a) Le droit à congés payés ne peut pas être subordonné à une durée minimale de travail**

Conditionner l'ouverture du droit à congés payés à un minimum de temps de travail effectif (d'abord un mois, puis dix jours) était l'un des reproches fait à la législation française, cette disposition étant contraire à l'article 7 de la directive n° 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C- 282/10, Dominguez).

La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 a enfin tenu compte de cette directive et a supprimé toute référence à l'accomplissement d'une période minimale de travail effectif, que ce soit pour les CDI ou pour les CDD.

**b) Prise en compte des absences pour le droit au congé annuel payé de quatre semaines**

**1. Selon la CJUE, le congé minimal de quatre semaines est dû indépendamment de toute absence**

En l'état actuel du Code du travail, la durée de congé annuel payé auquel peut prétendre un salarié est déterminée en fonction de ses périodes de travail effectif. L'article L. 3141-5 du Code du travail y assimile certaines périodes d'absence. Celles qui sont consécutives à une maladie (autre que professionnelle) ou à un accident du trajet ne sont pas visées par ce texte. Il en résulte que, à défaut de dispositions conventionnelles ou d'usages plus favorables, le salarié malade ou en arrêt de travail à la suite d'un accident du trajet n'acquiert pas, selon la loi, de droit à congé pendant la durée de cette suspension de son contrat de travail.

Or l'article 7 de la directive n° 2003/88, qui accorde au salarié un congé annuel payé de quatre semaines, n'opère aucune distinction selon l'origine de l'absence pour raison de santé. La Cour de cassation a donc interrogé la CJUE afin de savoir si, selon ce texte, les salariés avaient un droit à congé payé identique, quelle que soit la cause, professionnelle ou non, de leur absence.

La CJUE rappelle que l'article 7 de la directive, tel qu'interprété dans l'affaire Schultz-Hoff du 20 janvier 2009 (point 40), ne fait aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents pour cause de maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de cette période. Elle en déduit que le droit au congé annuel payé de quatre semaines conféré par la directive ne peut pas être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir travaillé pendant la période de référence qu'il a établie. Cependant, l'article 7 de la directive ne fait pas obstacle, selon la CJUE, à l'existence de dispositions nationales prévoyant, en fonction de l'origine de l'absence du travailleur en congé maladie, une durée de congé annuel payé supérieure ou égale à la durée minimale de quatre semaines garantie par la directive.

**2. Conséquences de la non-transposition en droit interne d'un droit annuel à congés, indépendant de la durée des périodes travaillées**

Tirant les conséquences de cette interprétation, la Cour de cassation a décidé que les absences consécutives à un accident du trajet sont assimilées aux périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle (Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, P+B). Mais, en ce qui concerne l'acquisition des congés payés pendant les périodes de maladie, la solution est un peu différente. Les tribunaux français doivent interpréter la loi française à la lumière du texte et de la finalité de la directive. Ce principe a toutefois ses limites : les juges ne peuvent pas en faire une interprétation *contra legem*.

Que se passe-t-il lorsqu'une disposition produit un effet direct ? Selon la CJUE, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne (et notamment, dans ce cas, l'article L. 3141-5 du Code du travail) si elle peut aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par la directive, en interprétant le droit français. C'est ce qui a permis à la Cour de cassation, dans l'affaire Dominguez, d'assimiler l'accident de trajet à un accident du travail et de faire ainsi droit à la demande de la salariée (Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834).

Dans le cas où cette technique ne peut pas être utilisée, il convient de distinguer selon que le litige oppose deux particuliers ou un particulier et une autorité publique.

Dans une affaire jugée en mars 2013 (Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285), le litige oppose un ouvrier agricole à son employeur, exploitant agricole, soit deux « particuliers ». La notion de « particuliers » vise, de fait, tous les employeurs du secteur privé, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

S'appuyant sur article 7, § 1, de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003, le salarié, après avoir été licencié, réclamait une indemnité compensatrice de congés payés pour une période de maladie de six mois.

Or, selon l'arrêt Dominguez précité, « conformément à une jurisprudence constante, une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre (voir, notamment, CJUE, 14 juill. 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec. p. I-3325, point 20 ; CJUE, 7 mars 1996, El Corte Inglés, aff. C-192/94, Rec. p. I-1281, point 15 ; Pfeiffer e.a., précité, point 108, ainsi que Küçükdeveci, aff. C-555/07, Rec. p. I-365, point 46). »

Il en va autrement :

— lorsque l'employeur est une autorité publique. Dans l'affaire Dominguez, la Cour de cassation ayant pu interpréter le droit français dans un sens conforme à la directive, la salariée n'avait pas eu à invoquer l'effet direct, mais elle l'aurait pu, la CJUE ayant relevé que son employeur était un organisme agissant dans le domaine de la Sécurité sociale ;

— lorsque le litige porte sur l'une des exceptions ou dérogations énumérées à l'article 17, ce qui n'est pas le cas des congés annuels.

Si, dans le cas des congés payés, **les salariés ne sont pas admis à invoquer directement la directive devant la juridiction prud'homale** (Cass. soc., 13 mars 2013, précité), ils peuvent en revanche agir à l'encontre de l'État (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, Dominguez, point 33 cité ci-dessus).

La Cour de cassation a donc suivi à la lettre la démarche indiquée par la CJUE. Il lui était impossible de rattacher la maladie ordinaire à l'une des assimilations à du travail effectif prévue par l'article L. 3141-5 du Code du travail. Elle ne pouvait cependant pas écarter la loi nationale, le litige opposant deux particuliers et le sujet n'entrant pas dans l'une des exceptions prévues par l'article 17. Cette situation lui a permis de **continuer à appliquer le droit français** en attendant que le Conseil d'État, saisi par un salarié, se prononce, lui ou le tribunal équivalent d'un autre État.

— Sur les conséquences à tirer de cet arrêt, voir n<sup>o</sup> 3665.

#### Remarques

Les salariés lésés par la non-conformité du droit français en matière de congé payé, disposent cependant de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État. Par ailleurs, ils peuvent se prévaloir de la jurisprudence de la Cour de cassation rendue à la lumière des décisions de la CJUE, comme par exemple l'arrêt du 3 juillet 2012 précité.

### 3664 - Détermination du droit à congés payés

Le salarié acquiert, en fonction du temps de travail effectué chez le même employeur, un nombre annuel de jours de congés payés. Jusqu'à la loi n<sup>o</sup> 2008-789 du 20 août 2008 (JO 21 août), le travail devait être effectué au cours d'une « période de référence ». Le Code du travail ne fait à présent plus mention de cette période.

#### a) L'abandon partiel de l'année de référence

Auparavant, le droit à congé annuel reposait donc sur le travail effectué au cours d'une période annuelle qui s'étendait du 1<sup>er</sup> juin de l'année précédente au 31 mai de l'année en cours. Une autre date pouvait être fixée par convention ou accord collectif de modulation ou de JRTT (C. trav., art. L. 3141-11 ; C. trav., art. R. 3141-3).

##### 1. Les textes

La loi du 20 août 2008 précitée a modifié l'article L. 3141-3 du Code du travail pour faire disparaître la mention de l'année de référence. L'intention avouée était de ne plus pénaliser les salariés qui avaient été embauchés dans le courant du mois de mai.

L'article L. 3141-3 est à présent ainsi rédigé :

« Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur.

« La durée totale du congé exigible ne peut excéder trente jours ouvrables. »

Malheureusement pour ceux qui ont à mettre la loi en pratique, les articles L. 3141-11 et R. 3141-3 du Code du travail sont restés inchangés.

Article L. 3141-11 :

« Un décret en Conseil d'État fixe le début de la période de référence mentionnée à l'article L. 3141-3.

« Une autre date peut être fixée par convention ou accord collectif de travail conclu en application de l'article L. 3122-2. »

Article R. 3141-3 :

« Le point de départ de la période prise en compte pour le calcul du droit au congé est fixé au 1<sup>er</sup> juin de chaque année.

« Toutefois, dans les professions où en application de l'article L. 3141-30 l'employeur est tenu de s'affilier à une caisse de congé, le point de départ de l'année de référence est fixé au 1<sup>er</sup> avril. »

##### 2. La jurisprudence

Pour ajouter à la perplexité, un arrêt considère que « la législation relative aux congés payés étant d'ordre public, il ne peut être dérogé aux dispositions de l'article R. 3141 3 du Code du travail qui fixe le point de départ de la période de référence pour la détermination du droit à congés, que dans les cas limitativement énumérés par l'article L. 3141 11 alors applicable » (Cass. soc., 23 sept. 2009, n<sup>o</sup> 08-42.087). Ce qui vise uniquement l'organisation du temps de travail sur une période pluri-hebdomadaire ou les forfaits annuels en heures ou en jours.

##### 3. Conduite à tenir

Devant la confusion des textes, la position à la fois la plus confortable et la plus prudente consiste à conserver la période de référence pour la gestion courante des congés payés, sauf dispositions différentes d'une convention ou d'un accord collectif. Il est donc recommandé de maintenir le point de départ du 1<sup>er</sup> juin de l'année n et la date-butoir du 31 mai de l'année n+1, en veillant à ce que ce maintien n'ait pas pour effet d'aller à l'encontre de la loi. Un salarié embauché courant mai doit pouvoir bénéficier d'un congé au titre de son travail sur ce mois-là.

Dans les entreprises tenues de s'affilier à une caisse de congés payés (voir n<sup>os</sup> 3720 et s.), celles-ci continuent d'ailleurs à appliquer la réglementation selon laquelle la période de référence débute non au 1<sup>er</sup> juin mais au 1<sup>er</sup> avril de chaque année et se termine donc le 31 mars de l'année suivante (C. trav., art. R. 3141-3).

#### b) Identité d'employeur

Le temps de travail effectif ou assimilé, au cours de l'année de référence, s'apprécie dans le cadre des rapports du salarié avec un même employeur. Lorsque le salarié a été employé dans des établissements différents ayant la même direction, il lui appartient d'établir qu'il s'agit de la même entreprise.

L'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail assure le maintien du contrat de travail en cas de

modification dans la situation juridique de l'entreprise. Les droits à congé payé acquis au cours de l'année de référence au service de l'ancien employeur sont opposables au nouvel employeur (voir n<sup>o</sup> [3702](#)).

#### Remarques

L'accord interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi permet au salarié qui a fait l'objet d'un licenciement collectif d'ordre économique de demander au nouvel employeur un congé non payé au titre de l'année de référence où est intervenu son licenciement ; la durée du congé équivaldra alors à l'indemnité compensatrice de congé payé perçue de l'ancien employeur.

### **3665 - Ouverture du droit au congé**

#### **a) Suppression de toute durée minimum de travail**

Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2012, le salarié a droit à des congés payés dès son entrée dans l'entreprise (C. trav., art. L. 3141-3). La situation des titulaires de contrats à durée indéterminée est ainsi alignée sur celle des salariés titulaires de contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-16).

#### Remarques

Ce congé étant égal à deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif (ou période équivalente), il doit être calculé *pro rata temporis* si le salarié ne justifie pas de ce temps de présence dans l'entreprise. Généralement, cela se soldera, en cas de rupture du contrat de travail, par l'attribution d'une indemnité compensatrice de congés payés.

#### **b) Référence au travail effectif**

Si la référence au travail effectif a été maintenue dans l'article L. 3141-3 du Code du travail, cette notion a été mise à mal par la jurisprudence de la CJUE et, à sa suite, par la Cour de cassation (voir n<sup>o</sup> [3666](#)).

Certains auteurs soutiennent même que la jurisprudence européenne a pour effet de déconnecter l'acquisition des congés payés de l'accomplissement préalable d'un travail effectif (voir en ce sens *Jean-Philippe Lhernould* : « *Le droit français doit admettre la faculté d'acquérir des congés payés en cas d'absence du salarié pendant la totalité de la période de référence* », *Liaisons sociales Europe*, Les synthèses, mars 2012).

Cette interprétation, très radicale, de l'article 7, paragraphe 1 de la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003 ne tient pas compte de l'une des finalités assignées au congé payé, « à savoir permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant » (CJUE, 22 nov. 2011, C-214/10, KHS AG ; voir n<sup>o</sup> [3658](#)). Elle semble pourtant confortée par l'arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 2012 (Cass. soc., 3 juill. 2012, n<sup>o</sup> 08-44.834). À la lumière de l'arrêt de la CJUE (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, Dominguez), les Hauts magistrats ont jugé que les périodes d'absence consécutives à un accident du trajet devaient, nonobstant l'article L. 3141-5 du Code du travail, être assimilées à du travail effectif pour l'acquisition des congés payés. Cela aboutit à la situation paradoxale, qu'un salarié qui est entré au service d'un employeur et qui est tombé immédiatement malade a droit à quatre semaines de congé payé, alors qu'il n'a effectué aucun travail pendant la période de référence. Cela peut également conduire à accorder des congés payés au salarié qui a pris un congé parental.

En attendant, la loi française demeure. Or, elle lie toujours l'acquisition des congés payés, soit à des périodes préalables de travail effectif, soit à des périodes préalables expressément assimilées à du travail effectif (voir n<sup>os</sup> [3666](#) à [3671](#)). Les salariés du secteur privé ne pouvant invoquer directement la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003 dans les conflits avec leurs employeurs, la Cour de cassation applique le droit français et confirme donc qu'une période de maladie ne permet pas d'acquérir des droits à congés payés dans le secteur privé (Cass. soc., 13 mars 2013, n<sup>o</sup> 11-22.285). Pour plus de développements sur cet arrêt, voir n<sup>o</sup> [3663](#).

#### Remarques

Faut-il d'ores et déjà modifier tous les logiciels de paye en déconnectant totalement les congés payés du travail effectif et en les liant simplement à une durée d'ancienneté ou faut-il s'en tenir à ce qui a été dit explicitement par la Cour de cassation en attendant que soit la législation, soit la jurisprudence, évolue ?

Cette deuxième solution, certes plus confortable, est néanmoins risquée. Elle revient à analyser la directive européenne comme n'ayant pas pour objectif d'allouer des congés payés à un salarié qui n'a pas préalablement travaillé, mais plutôt d'éviter qu'un salarié qui a acquis des droits à congés payés n'en soit pas privé au motif qu'il a été malade ou accidenté. Car le fait de se soigner ne peut pas être assimilé à du repos. Il s'agit néanmoins d'un quitte ou double, car il ne faut pas oublier que la jurisprudence ayant un effet rétroactif, la persistance de la CJUE, et donc de la Cour de cassation, dans une interprétation radicale pourrait coûter très cher aux employeurs. Les employeurs du secteur privé sont donc « en sursis »...

### **3666 - Notion de travail effectif au sens de la législation française**

Dans la législation française, le droit à congé payé repose sur la notion de travail effectif.

— Sur les doutes suscités par la jurisprudence de la CJUE et de la Cour de cassation, voir n<sup>o</sup> [3665](#).

Tout salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail (ou période équivalente) (C. trav., art. L. 3141-3). Ce mode de calcul est intangible, quel que soit l'horaire de travail du salarié.



En application du principe d'égalité posé à l'[article L. 3123-11 du Code du travail](#), les salariés travaillant à temps partiel bénéficient du même nombre de jours de congés payés que les salariés à temps complet, et ce quelle que soit la répartition de leurs horaires. Autrement dit, le fait qu'ils ne travaillent pas certains jours de la semaine ou du mois n'a aucune incidence sur le volume de leur droit.

Selon la même logique, les heures supplémentaires n'affectent pas la durée du congé.

Sauf disposition conventionnelle plus favorable, la notion de travail effectif, **telle qu'elle résulte de la loi française**, exclut les périodes où l'exécution du contrat de travail a été suspendue, à savoir :

- les périodes de maladie ou accident non professionnels ([Cass. soc., 29 oct. 1974, n<sup>o</sup> 73-40.799](#) ; [Cass. soc., 13 mars 2013, n<sup>o</sup> 11-22.285](#)) ;
- les périodes de grève ;
- les périodes d'absences même autorisées : une absence peut être non fautive, sans être pour autant assimilée à un temps de travail effectif ([Cass. soc., 5 nov. 1981, n<sup>o</sup> 79-41.169](#)).

Peu importe à cet égard que ces absences soient rémunérées. À défaut d'une assimilation expresse de l'absence à du temps de travail effectif, elle ne saurait ouvrir droit à congés payés.

Remarques

La période du préavis doit être prise en considération comme correspondant à un travail effectif, même lorsque le salarié est dispensé de l'effectuer ([C. trav., art. L. 1234-5](#) ; [Cass. soc., 24 nov. 1992, n<sup>o</sup> 90-42.764](#), Semaine sociale Lamy, n<sup>o</sup> 629).

**Il faut réserver l'hypothèse où une disposition légale, conventionnelle ou jurisprudentielle assimile certaines absences à un temps de travail effectif** (voir n<sup>os</sup> [3667](#) et [3668](#)).

### 3667 - Assimilations légales à un travail effectif

#### a) Assimilations issues de la législation propre aux congés payés

La loi assimile à un travail effectif pour l'acquisition des droits à congés payés ([C. trav., art. L. 3141-5](#)) :

- la période de congés payés de l'année précédente ;
- les périodes de congé maternité, de paternité et accueil de l'enfant, d'adoption et éducation des enfants ;
- les contreparties obligatoires en repos prévues par les [articles L. 3121-11 du Code du travail](#) et [L. 713-9 du Code rural](#) pour heures supplémentaires ;
- les jours de repos acquis au titre de la réduction du temps de travail (sur les jours RTT, voir n<sup>os</sup> [3374](#) et [3356](#)) ;
- la période de suspension provoquée par un accident du travail ou une maladie professionnelle ; voir n<sup>o</sup> [3669](#) ;
- le temps pendant lequel un salarié est rappelé ou maintenu sous les drapeaux.

Remarques

Initialement, le congé de paternité institué par la [loi n<sup>o</sup> 2001-1246 du 21 décembre 2001](#) (voir n<sup>o</sup> [2089](#)) n'était pas, à la lettre des textes, assimilé à du temps de travail effectif au regard des congés payés. En effet, l'article L. 223-4 visait littéralement « *les périodes de repos des femmes en couches prévues aux articles L. 122-25 à L. 122-30* ».

La même observation valait pour le congé d'adoption. L'opération de recodification a réparé cette omission.

La [loi n<sup>o</sup> 2012-1404 du 17 décembre 2012a](#) rectifié le texte pour tenir compte de la nouvelle dénomination du congé de paternité qui s'appelle désormais « *de paternité et accueil de l'enfant* »

#### b) Assimilations issues de textes particuliers

En vertu de textes spécifiques, sont notamment assimilés à du temps de travail effectif pour l'acquisition des droits à congés payés :

- le crédit d'heures des représentants du personnel ([C. trav., art. L. 2325-7](#)) ;
- le temps passé à la négociation collective ([C. trav., art. L. 2232-18](#)) ;
- la durée du congé de formation économique, sociale et syndicale accordée aux travailleurs ([C. trav., art. L. 3142-12](#)) ;
- la durée du congé pour la formation d'animateurs pour la jeunesse ([C. trav., art. L. 3142-34](#)) ;
- la durée du congé individuel de formation ([C. trav., art. L. 6322-13](#)) ;
- le congé pour effectuer un bilan de compétences ([C. trav., art. L. 6322-46](#)) ;
- les absences autorisées pour les candidats à certaines fonctions électives nationales ([C. trav., art. L. 3142-49](#)) ;
- les périodes de formation des cadres et animateurs de jeunesse ([C. trav., art. L. 3142-44](#)) ;
- les temps de mission et de formation des sapeurs-pompiers ([L. n<sup>o</sup> 96-370, 3 mai 1996](#)) ;
- les périodes d'activité partielle pour la totalité des heures chômées ([C. trav., art. R. 5122-11](#)) ;
- les absences des salariées pour se rendre aux examens obligatoires dans le cadre de la surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement ([C. trav., art. L. 1225-16](#)) ;
- les congés exceptionnels pour événements familiaux accordés par la loi ([C. trav., art. L. 3242-2](#)) ;
- les congés de formation à la sécurité ([C. trav., art. R. 4141-5](#)) ;
- le stage de formation économique des membres titulaires du comité d'entreprise ([C. trav., art. L. 2325-44](#)) ;
- la formation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ([C. trav.,](#)

art. L. 4614-14) ;

— le congé mutualiste (C. trav., art. L. 3142-48) ;

— le temps passé hors de l'entreprise, pendant le temps de travail, par les conseillers prud'hommes salariés, dans l'exercice de leurs fonctions (C. trav., art. L. 1442-6), ainsi que les autorisations d'absence pour les besoins de leur formation auxquelles ils ont droit (C. trav., art. L. 1442-3) ;

— le temps pris par les salariés, membres du conseil d'administration d'un organisme de sécurité sociale, sur les heures de travail, pour assister aux réunions plénières de ce conseil ou des commissions qui en dépendent (CSS, art. L. 231-9 ;

Cass. soc., 31 janv. 2006, n<sup>o</sup> 04-43.569, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 48) ;

— le temps pris par les représentants des salariés aux chambres d'agriculture, sur leurs heures de travail, pour l'exercice de leurs fonctions (C. rur., art. 515-3) ;

— le temps pris sur les heures de travail par les salariés assurant la représentation d'associations familiales pour assister à certaines réunions (C. fam., art. 16) ;

— le temps pris sur les heures de travail par les salariés siégeant au conseil d'administration du Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés ou dans une commission pour l'insertion des populations immigrées pour assister aux réunions de ces organismes (L. n<sup>o</sup> 85-772, 25 juill. 1985, art. 38, JO 26 juill.) ;

— la journée d'appel de préparation à la défense (C. trav., art. L. 3142-73) ;

— l'absence pour don d'ovocyte (C. santé publ., art. L. 1244-5) ;

— le congé de représentation accordé aux salariés, membres bénévoles d'une association ou d'une mutuelle (C. trav., art. L. 3142-53).

Il en va de même de tous les périodes assimilées par les textes à du temps de travail effectif :

— le temps consacré à suivre une formation au titre du CPF pendant les heures de travail (C. trav., art. L. 6323-18) ;

— le temps passé à suivre une action de formation dans le cadre du plan de formation. Il s'agit d'une modalité particulière d'exécution du contrat de travail. Ces périodes ouvrent droit à congés payés ;

— les actions de formation pour assurer l'adaptation du salarié au poste du travail ou liées à l'évolution et au maintien dans l'emploi dans l'entreprise (C. trav., art. L. 6321-2). Qu'elles se déroulent pendant ou en dehors des horaires de travail, ces deux types d'actions constituent du temps de travail effectif et ouvrent donc droit à congés payés.

Sur les autres périodes se déroulant en dehors du temps de travail mais considérées comme tel, voir n<sup>os</sup> 3177 et s.

### **3668 - Assimilations jurisprudentielles à un travail effectif**

#### **a) Accident du trajet**

Les absences consécutives à un accident du trajet sont assimilées aux périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Autrement dit, un salarié ayant été absent de manière continue pendant une durée maximum de 12 mois, suite à un accident du trajet, a les mêmes droits à congés payés que ceux qu'il aurait acquis s'il avait travaillé pendant toute cette période (Cass. soc.,

3 juill. 2012, n<sup>o</sup> 08-44.834, P+B).

Cette décision a été prise après saisine, pour question préjudicielle, de la Cour de justice de l'union européenne. Cette dernière s'est prononcée dans un arrêt du 24 janvier 2012.

Elle a jugé que « l'article 7, paragraphe 1, de la directive n<sup>o</sup> 2003/88/C du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé est subordonné à une période de travail effectif minimale de dix jours ou d'un mois pendant la période de référence ».

En revanche, elle a précisé que « l'article 7, paragraphe 1, de la directive no 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une disposition nationale prévoyant, selon l'origine de l'absence du travailleur en congé de maladie, une durée de congé payé annuel supérieure ou égale à la période minimale de quatre semaines garantie par cette directive ».

Elle a considéré enfin qu'« il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne, notamment l'article L. 223-4 du Code du travail (devenu C. trav., art. L. 3141-5), et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité de l'article 7 de la directive no 2003/88 et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci, si elle peut parvenir à une interprétation de ce droit permettant d'assimiler l'absence du travailleur pour cause d'accident de trajet à l'un des cas de figure mentionnés dans ledit article du code du travail ».

Suivant les préconisations de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation a donc décidé qu'il fallait assimiler les absences pour cause d'accident du trajet à celles consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle. Elle rappelle à cette occasion que ces suspensions du contrat de travail doivent être prises en compte, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pour l'ouverture du droit aux congés payés légaux.

Ce faisant, la Cour de cassation adopte une solution plus généreuse que la CJUE, laquelle cantonnait son analyse au congé principal de quatre semaines, garanti par le droit de l'Union. En faisant référence à l'article L. 3141-5 du Code du travail, la Cour de cassation l'étend en effet aux cinq semaines de congés légaux.

Remarques

Compte tenu des termes de la décision de la Cour de justice, on peut légitimement s'interroger sur la conformité du droit français au droit de l'Union européenne, en ce qui concerne la limitation à un an ininterrompu des périodes d'absences pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle n'ayant aucune incidence sur les droits à congés payés.

**b) Maladie non professionnelle**

L'article 7 de la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, tel que semble l'interpréter la CJUE, ne fait aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents en vertu d'un congé maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de cette période : les uns et les autres ont droit au congé annuel minimal de quatorze semaines.

Les salariés du secteur privé ne pouvant invoquer directement la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003 dans les conflits avec leurs employeurs, la Cour de cassation applique le droit français et confirme donc qu'une période de maladie ne permet pas d'acquérir des droits à congés payés (Cass. soc., 13 mars 2013, n<sup>o</sup> 11-22.285).

— Pour des développements plus approfondis, voir n<sup>o</sup> 3663.

**3669 - Limitation de l'assimilation des arrêts de travail consécutifs à un accident du travail ou à une maladie professionnelle**

**a) Assimilation dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an**

L'article L. 3141-5 du Code du travail limite à une durée ininterrompue **d'un an** l'assimilation à un temps de travail effectif de la période d'indisponibilité consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle.

Si l'on s'en tient à la lettre du texte, au-delà d'une durée d'un an ininterrompue d'absence, l'assimilation du temps de travail effectif ne joue plus. Il n'est pas exclu que, par interprétation de la jurisprudence de la CJUE, la Cour de cassation ne décide un jour de permettre au salarié d'acquérir des droits à congé payé sur la totalité des absences consécutives à un accident du travail (voir n<sup>o</sup> 3668).

**b) Rechute**

La Cour de cassation, s'en tenant à la lettre de la loi qui vise « *les périodes limitées à une durée ininterrompue d'un an pendant lesquelles l'exécution du contrat est suspendue pour cause d'accident du travail* », avait exclu la prise en compte des rechutes, puisque par définition une rechute suppose une interruption de la période d'arrêt de travail provoqué par l'accident :

« (...) *la durée de la suspension de travail imputable à un accident du travail ne peut être assimilée en totalité à une période de travail effectif qu'à la double condition d'avoir été ininterrompue et de n'avoir pas excédé un an...* » (Cass. soc., 7 janv. 1988, n<sup>o</sup> 85-44.421).

Voir encore Cass. soc., 13 mars 1991, n<sup>o</sup> 87-41.820.

Encore faut-il, pour exclure la rechute, que l'accident « *initial* » ait donné lieu à un arrêt de travail. En effet, le texte n'implique pas que l'arrêt de travail se produise à la suite immédiate de l'accident. Il autorise donc la prise en considération des **arrêts intervenant ultérieurement lorsque l'accident n'a pas provoqué un arrêt immédiat**. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation (Cass. soc., 4 déc. 2001, n<sup>o</sup> 99-45.911, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 374, p. 300).

Remarques

Avant sa rechute, le salarié avait eu précédemment un arrêt de travail consécutif à une hernie discale d'origine professionnelle dont le nouvel arrêt n'était que la récurrence. Cette circonstance excluait, selon l'employeur, qu'il puisse bénéficier de l'assimilation édictée par l'article L. 3141-5 du Code du travail, car il y avait eu interruption de l'absence. La Cour n'a pas retenu son argument. Cette décision peut être interprétée comme une évolution jurisprudentielle par rapport aux précédentes, s'agissant de la nécessité d'une absence ininterrompue.

**c) Nouvelle incapacité temporaire d'origine professionnelle**

En cas de succession de plusieurs accidents du travail ou de maladies professionnelles, la lettre du texte semble, en l'absence de jurisprudence, militer pour une remise du compteur à zéro. Autrement dit, l'assimilation à du temps de travail semble s'appliquer à chaque arrêt consécutif à une nouvelle incapacité temporaire d'origine professionnelle, sans lien avec la précédente.

**d) Accidents de trajet**

En dépit des termes de l'article L. 3141-5 du Code du travail, la Cour de cassation a décidé, pour tenir compte de la directive européenne n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003, que les absences consécutives à un accident du trajet étaient assimilées aux périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle (Cass. soc., 3 juill. 2012, n<sup>o</sup> 08-44.834, P+B).

— Sur les réflexions suscitées par cet arrêt, voir n<sup>os</sup> 3665 et 3668.

**3670 - Incidence de la maladie sur l'acquisition des droits à congés payés**

Contrairement aux arrêts de travail consécutifs à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (voir n<sup>o</sup> 3669),

et sauf dispositions conventionnelles plus favorables (voir n<sup>o</sup> [3671](#)), les autres absences pour raisons médicales n'étaient pas légalement assimilées à du temps de travail effectif pour l'acquisition des droits à congés payés.

Cependant, l'article 7 de la [directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003](#), tel que l'interprète la CJUE, ne fait aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents en vertu d'un congé maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de cette période. Les tribunaux français doivent interpréter la loi française à la lumière du texte et de la finalité de la directive, mais ce principe a ses limites : ils ne peuvent pas en faire une interprétation *contra legem*.

La Cour de cassation se refuse à arbitrer entre le droit européen et le droit français : « *Mais attendu que la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE ne pouvant permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire, la cour d'appel a retenu à bon droit, au regard de l'article L. 3141-3 du Code du travail, que le salarié ne pouvait prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre d'une période de suspension du contrat de travail ne relevant pas de l'article L. 3141-5 du Code du travail ; que le moyen ne peut être accueilli ; ...* »

([Cass. soc., 13 mars 2013, n<sup>o</sup> 11-22.285](#)). Les salariés du secteur privé ne pouvant invoquer directement la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE dans les conflits avec leurs employeurs, une maladie ne permet toujours pas d'acquérir des droits à congés payés.

Les salariés du secteur privé peuvent en revanche agir à l'encontre de l'État ([CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, Dominguez, point 33](#)).

— Pour plus de développements, voir n<sup>o</sup> [3663](#).

### 3671 - Assimilations conventionnelles

Les conventions collectives comportent souvent des dispositions qui assimilent, par exemple, les absences pour maladie à un temps de travail effectif.

La jurisprudence de la CJUE et la lecture qu'en fait la Cour de cassation (voir n<sup>o</sup> [3668](#)) risquent de rendre inutile toute la jurisprudence intervenue à propos de ces dispositions conventionnelles. Cependant, en attendant que la directive européenne soit incorporée au droit français, elles conservent tout leur intérêt.

Les périodes assimilées à des périodes de travail effectif ne peuvent être isolées de l'ensemble des autres dispositions conventionnelles déterminant la durée du congé. Dans un système conventionnel reposant sur un congé de 2 jours par mois de travail, et assimilant les arrêts maladie à un temps de travail effectif, cette assimilation n'est pas applicable au congé légal de 2 jours et demi par mois. La comparaison doit être faite globalement entre le système conventionnel et le système légal en vue de retenir le plus favorable ([Cass. soc., 27 févr. 1986, n<sup>o</sup> 84-43.444](#)). C'est l'application du principe de non-cumul des avantages légaux et conventionnels ayant le même objet.

À noter que la Cour de cassation refuse d'assimiler les jours de congés payés et les jours de récupération liés à la réduction du temps de travail ([Cass. soc., 25 févr. 2005, n<sup>o</sup> 02-17.433](#) ; [Cass. ass. plén., 24 oct. 2008, n<sup>o</sup> 07-42.799](#),

[Bull. ass. plén., n<sup>o</sup> 4](#)). À l'occasion de l'arrêt rendu par son assemblée plénière, la Cour de cassation a précisé dans un communiqué sur son site Internet que les jours de récupération, qui sont acquis par le salarié au titre d'un accord d'aménagement et de réduction du temps de travail et représentent la contrepartie des heures de travail qu'il a exécutées en sus de l'horaire légal ou de l'horaire convenu, n'ont ni la même cause ni le même objet que les congés payés d'ancienneté auxquels il a droit, en sus de ses congés légaux annuels. En effet, le droit à congés payés est un « *droit fondamental consacré par le droit interne, le droit communautaire et le droit international, [qui] a pour but la protection de la santé du salarié, tandis que les jours de récupération, qui résultent de dispositions conventionnelles ou d'usages, ne sont que la contrepartie d'un dépassement de l'horaire de travail légal ou convenu, qui, dans une certaine conjoncture économique, ont pour finalité la création d'emplois en dégageant des heures de travail pour promouvoir l'embauche* ».

Dans cette affaire, deux accords avaient été signés le 29 juin 1999 : un accord sur l'aménagement et la réduction du temps de travail prévoyant une réduction de la durée hebdomadaire de 39 à 33 heures avec des droits à jours de récupération et un accord sur les congés payés fixant la durée annuelle à 25 jours ouvrés au lieu de 35 antérieurement. Un syndicat a demandé à faire bénéficier les salariés des congés payés d'ancienneté prévus par la convention collective nationale applicable (Syntec) comme devant s'ajouter aux 25 jours ouvrés par an.

La Cour de cassation a censuré la cour d'appel qui avait rejeté la demande en rappelant que les avantages conventionnels ayant le même objet ne peuvent se cumuler et qu'il convenait de retenir le plus favorable d'entre eux. Les juges d'appel ne pouvaient déclarer les dispositions de la convention collective moins favorables que celles des accords d'entreprise, après avoir retenu que les salariés, même les plus anciens, bénéficiaient, aux termes de ces accords, d'un temps rémunéré non ouvré globalement plus important, qu'il s'agisse de jours de récupération du temps de travail ou de jours de congés. ([Cass. ass. plén., 24 oct. 2008, n<sup>o</sup> 07-42.799](#), [Bull. ass. plén., n<sup>o</sup> 4](#)).

#### Remarques

Les assimilations conventionnelles et notamment les arrêts de travail pour maladie posent certaines difficultés d'interprétation lorsque l'absence se prolonge sur une nouvelle période de référence. La Cour de cassation considère qu'un même arrêt de travail ne peut bénéficier deux fois de cette assimilation à un temps de travail effectif ([Cass. soc.](#),

25 févr. 1998, n<sup>o</sup> 95-45.531, JSL 23 avr. 1998, n<sup>o</sup> 12-40).

À noter également que les assimilations conventionnelles doivent être entendues de manière restrictive. Ainsi, des congés trimestriels supplémentaires qui ne sont pas expressément assimilés par la convention collective à un temps de travail effectif au regard des congés payés sont exclus de l'assiette de calcul des congés annuels (Cass. soc., 14 janv. 1998, n<sup>o</sup> 95-41.894, JSL 7 avr. 1998, n<sup>o</sup> 11-40).

### **3672 - Calcul de la durée du congé — Équivalences**

Dès sa première journée de travail, le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail, sans que la durée totale du congé exigible puisse excéder trente jours ouvrables (C. trav., art. L. 3141-3).

Il n'est pas exigé que ce mois soit accompli en continu. Les périodes de travail discontinues exécutées en application d'un ou plusieurs contrats sont également prises en compte.

Lorsque le nombre de jours ouvrables obtenu n'est pas un nombre entier, il est arrondi au nombre entier **supérieur** (C. trav., art. L. 3141-7).

Ainsi un salarié justifiant de 5 mois de travail effectif au cours de l'année de référence, aura droit à  $2,5 \times 5 = 12,5$  arrondi à 13 jours ouvrables.

La détermination du droit à congés payés est déconnectée de la durée du travail et de sa répartition. Les droits des salariés à temps partiel se déterminent exactement de la même manière que pour les salariés à temps complet (voir pour une illustration Cass. soc., 5 mars 2003, n<sup>o</sup> 00-46.223 ; Cass. soc., 31 janv. 2012, n<sup>o</sup> 10-30.935) (voir n<sup>o</sup> 3666).

**Pour la détermination de la durée du congé, la loi introduit une équivalence entre 4 semaines, 24 jours de travail effectif et 1 mois** (C. trav., art. L. 3141-4).

Selon l'interprétation communément admise, l'équivalence de 24 jours prévue par la loi suppose une répartition hebdomadaire du travail sur 6 jours. Dans les entreprises où cette répartition est plus étroite, 5 jours ou 5 jours 1/2, l'équivalence s'établira à 20 ou 22 jours, selon le cas.

Mais le jeu des équivalences ne prend pas en considération le nombre d'heures de travail. On ne saurait par exemple établir une équivalence entre 35 heures et une semaine (Cass. soc., 4 juin 1987, n<sup>o</sup> 84-41.754, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 367).

De cette règle des équivalences, il découle que le salarié qui a travaillé **pendant douze mois ou quarante-huit semaines ou deux cent quatre-vingt-huit jours (ou 264 jours, ou 240 jours, selon la répartition hebdomadaire de l'horaire)** a droit à trente jours ouvrables de congé.

Selon la jurisprudence, en effet, le calcul doit se faire par mois **ou** par période de 4 semaines, **ou** par période de 20 jours (ou 24 selon la répartition hebdomadaire du travail), le résultat le plus favorable au salarié devant être retenu (Cass. ass. plén., 9 janv. 1987, n<sup>o</sup> 85-43.471, Bull. ass. plén., n<sup>o</sup> 1, p. 1, JCP E 1987, II, n<sup>o</sup> 14996, note G. Vachet).

Avec cette interprétation, on aboutit à ce qu'un salarié qui a été absent un mois puisse bénéficier d'un droit plein à congés payés puisqu'il justifie de 48 semaines de travail ( $12 \times 4$ ).

Dans tous les cas, selon le législateur, l'absence du salarié ne peut entraîner une réduction de ses droits plus que proportionnelle à la durée de l'absence (C. trav., art. L. 3141-6).

### **3673 - Absence de déduction des absences autorisées**

Il est interdit de déduire du congé annuel (C. trav., art. D. 3141-5) :

- les absences autorisées ;
- les congés de maternité, de paternité et d'adoption ;
- les jours d'absences pour maladie ou accident ;
- les jours de chômage ;
- les périodes de préavis ;
- les périodes obligatoires d'instruction militaire.

### **3674 - Congé supplémentaire des mères de famille**

Les femmes salariées de moins de 21 ans au 30 avril de l'année précédente, donc de moins de 22 ans au 30 avril de l'année en cours, ont droit à un congé supplémentaire de 2 jours par enfant à charge, congé ramené à 1 jour lorsque le congé principal légal n'excède pas 6 jours (C. trav., art. L. 3141-9).

Remarques

Il a été demandé à la Cour de cassation de dire si ce congé était conforme à la Constitution. Selon l'opinion des demandeurs, ce congé porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, par les dispositions de l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et par la directive n<sup>o</sup> 76/207/CEE relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de travail. La Cour de cassation a refusé de saisir le Conseil constitutionnel d'une question qu'il n'a pas à trancher, la compatibilité d'une disposition législative aux engagements européens de la France ne constituant pas un grief d'inconstitutionnalité. Ce sujet est de la compétence des tribunaux judiciaires (Cass. soc., 8 juill. 2015, n<sup>o</sup> 15-40.023).

Est réputé enfant à charge tout enfant (légitime, reconnu, recueilli) qui vit au foyer et est âgé de moins de 16 ans au

30 avril de l'année en cours.

Le congé supplémentaire n'est pas subordonné à l'existence d'un lien de parenté entre la femme salariée et l'enfant. S'agissant d'un congé supplémentaire, le congé des mères de famille n'est dû que si un droit au congé principal existe, quelle qu'en soit la durée, ne serait-elle que de trois jours. Par contre, aucun plafond n'est fixé à la durée du congé total des mères de famille. Mais l'âge limite fixé restreint communément le nombre d'enfants ouvrant droit au congé. À titre d'exemple, le tableau ci-après donne la durée du congé global des mères de famille pour un, deux ou trois enfants à charge.

#### Afficher le tableau

Nombre de mois de travail	Congé global des mères de famille		
	1 enfant	2 enfants	3 enfants
1	4	5	6
2	6	7	8
3	10	12	14
4	12	14	16
5	15	17	19
6	17	19	21
7	20	22	24
8	22	24	26
9	25	27	29
10	27	29	31
11	30	32	33
12	32	34	36

#### **3675 - Congé supplémentaire des jeunes travailleurs**

Quelle que soit la durée du congé légal auquel leur donne droit leur temps de travail au cours de l'année de référence, les jeunes travailleurs âgés de moins de 21 ans au 30 avril de l'année précédente peuvent demander à bénéficier d'un congé global de 30 jours ouvrables, les jours excédentaires n'étant pas rémunérés (C. trav., art. L. 3164-9).

#### **3676 - Congé supplémentaire d'ancienneté**

Les accords collectifs peuvent introduire des majorations du congé principal en raison de l'âge ou de l'ancienneté (C. trav., art. L. 3141-8).

L'avantage négocié sous un régime légal et favorable subsiste-t-il lorsque le congé légal se trouve allongé par la loi nouvelle ? Le congé conventionnel d'ancienneté, institué sous le régime d'un congé légal moins long, se cumule-t-il avec le congé légal résultant de la loi nouvelle ? Pour un salarié dans une situation donnée, **la comparaison doit être faite globalement** entre le congé auquel il peut prétendre dans le cadre conventionnel (congé principal + supplément pour ancienneté) et le congé légal résultant des dispositions nouvelles, pour retenir le congé qui se révèle le plus favorable. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation :

« *Qu'en statuant ainsi, alors que les congés d'ancienneté de la convention collective du 30 mars 1977 avaient été fixés en fonction de la durée des congés annuels alors en vigueur, ce dont il découlait que les salariés, s'ils avaient les facultés de choisir le système qui leur était globalement le plus favorable, ne pouvaient cumuler les congés légaux tels que fixés par l'ordonnance du 16 janvier 1982 avec les congés d'ancienneté prévus par la convention collective, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé* » (Cass. soc., 5 déc. 1985, n<sup>o</sup> 83-43.213, Bull. civ. V, p. 420).

— Voir encore Cass. soc., 10 déc. 1986, n<sup>o</sup> 83-40.693, Bull. civ. V, p. 443 ; Cass. soc., 29 sept. 1988, n<sup>o</sup> 85-45.835.

Cette jurisprudence constante a été consacrée par l'Assemblée plénière (Cass. ass. plén., 26 avr. 1991, n<sup>o</sup> 90-40.222, Bull. ass. plén., p. 3).

Il n'en irait autrement que si l'accord collectif considéré instituait un congé d'ancienneté, distinct du congé principal, venant s'ajouter au congé principal légal sans référence à l'état du droit lors de la conclusion de l'accord (Cass. soc., 13 nov. 1986, n<sup>o</sup> 83-45.725 ; CA Amiens, 10 janv. 1984, Sté Amo c/ M. Brière, Cah. prud'h. 1984, p. 74). De même, la Cour de cassation a considéré que l'avantage conventionnel consistant en une majoration d'indemnité de congés payés en fonction de l'ancienneté du salarié, la prise effective des jours correspondants n'étant qu'une option ouverte dans certaines conditions au salarié, cet avantage pouvait se cumuler avec la cinquième semaine de congés payés instituée par l'ordonnance du 16 janvier 1982, dès lors que ces avantages n'avaient ni le même objet, ni la même cause (Cass. soc., 6 oct. 2010, n<sup>o</sup> 09-42.769 FS-PB à propos de la CCN du travail mécanique du bois).

#### **3677 - Congé supplémentaire de fractionnement**

Sur cette question, voir n<sup>o</sup> 3681.

### 3678 - Textes

La prise du congé est régie par les [articles L. 3141-12 et suivants du Code du travail](#).

— Sur les modalités pratiques d'organisation de la prise des congés payés, voir n<sup>OS</sup> [6930 et s.](#)

### 3679 - Décompte des jours de congés

Le congé légal correspond à un certain nombre de jours ouvrables.

Par jour ouvrable, il y a lieu d'entendre les jours qui peuvent être légalement consacrés au travail, donc **à l'exclusion des dimanches et des jours fériés chômés** dans l'entreprise.

Sous cette réserve, chaque semaine civile comporte donc 6 jours ouvrables puisque le 7<sup>e</sup> jour (en principe le dimanche) doit être légalement consacré au repos hebdomadaire.

Les **jours ouvrés** correspondent aux **jours collectivement travaillés dans l'entreprise** et non à ceux qui le sont habituellement par le salarié concerné. Il s'agit en pratique des jours où l'entreprise est ouverte.

Sous réserve des jours fériés chômés, chaque semaine civile comporte donc 5 jours ouvrés dès lors que l'entreprise reste fermée pendant le week-end.

#### a) Jour du repos hebdomadaire

Il s'agit du dimanche ou du jour de la semaine qui le remplace, lorsque le repos hebdomadaire est donné un autre jour que le dimanche. Il est considéré comme jour non ouvrable.

#### b) Jours fériés

Lorsque le décompte des congés payés est effectué en jours ouvrables conformément à l'[article L. 3141-3 du Code du travail](#) ou selon des modalités ne remettant pas en cause la notion de jour ouvrable, le congé doit être prolongé d'un jour quand un jour férié tombe un jour ouvrable, même s'il est habituellement non travaillé dans l'entreprise ([Cass. soc., 13 févr. 1991, n<sup>O</sup> 89-45.423](#), Bull. civ. V, p. 46 ; [Cass. soc., 27 oct. 2004, n<sup>O</sup> 02-44.149](#), Bull. civ. V, n<sup>O</sup> 279). Dans le même esprit, la Cour de cassation a jugé que les jours fériés chômés et payés, n'ayant pas le caractère de jours ouvrables, ne peuvent être imputés sur les congés payés ([Cass. soc., 26 janv. 2011, n<sup>O</sup> 09-68.309](#)).

#### c) Décompte des jours de congés en jours ouvrables

Lorsque le calcul des congés payés se fait en jours ouvrables, le dernier jour de congé, s'il correspond à une journée non travaillée dans l'entreprise, doit être comptabilisé comme jour de congé, que cette journée soit un samedi ou un lundi ([Cass. soc., 8 nov. 1983, n<sup>O</sup> 81-41.583](#), Bull. civ. V, p. 385 ; [Cass. soc., 7 mai 1986, n<sup>O</sup> 83-42.238](#) ; [Cass. soc., 7 mai 1998, n<sup>O</sup> 97-42.503](#)).

Mais le premier jour ouvrable de congé demeure le premier jour où le salarié aurait dû travailler et non le jour chômé dans l'entreprise en raison de la répartition du travail sur moins de 6 jours ([Cass. soc., 9 juill. 1992, n<sup>O</sup> 91-42.868](#)).

Cette règle est applicable même en cas de fractionnement de congé et doit jouer au titre de la cinquième semaine de congés payés ([Cass. soc., 19 mars 1992, n<sup>O</sup> 88-41.421](#), Bull. civ. V, p. 130).

### EXEMPLE

Dans une entreprise travaillant du lundi au vendredi, un salarié qui part 2 semaines en congés payés à compter d'un vendredi soir et revient le lundi matin de la troisième semaine suivante, a pris 12 jours ouvrables décomptés du lundi de la première semaine au samedi de la seconde semaine inclus.

La journée établissant **un pont** entre un jour férié et le dimanche doit être comptée comme jour ouvrable. Lorsqu'un accord collectif prévoit le chômage et le paiement d'un certain nombre de ponts, le fait qu'un salarié prenne son congé annuel au cours d'une période comprenant un tel pont ne lui ouvre pas droit au paiement d'un jour supplémentaire au titre de son congé, au motif que si ce salarié avait travaillé à ce moment, il aurait bénéficié d'un jour de congé supplémentaire ([Cass. soc., 3 déc. 1980, n<sup>O</sup> 79-41.051](#), Bull. civ. V, p. 645).

#### d) Décompte en jours ouvrés

##### 1. Choix du mode de décompte en jours ouvrés

Le décompte des jours de congé en jours ouvrés peut être imposé à l'employeur par la convention collective de branche ou par un accord d'entreprise. Il peut également résulter d'un usage dans l'entreprise ou d'une décision unilatérale de l'employeur.

Dans tous les cas, y compris lorsqu'il provient d'un accord collectif, il faudra s'assurer qu'il n'aboutit pas à un résultat inférieur au régime légal (voir ci-dessous).

Lorsqu'il est choisi, il doit être appliqué **sans discrimination** à tout le personnel. Ainsi, lorsqu'un accord d'entreprise prévoit qu'il « *est attribué au personnel en service en France vingt-cinq jours ouvrés de congé annuel pour chaque exercice* » et précise que « *par jour ouvré il faut entendre tous les jours de la semaine, à l'exception des samedis, dimanches et jours fériés légaux ne coïncidant pas avec un samedi ou un dimanche* », le décompte des droits à absence en jours ouvrés au titre des congés payés annuels ne peut se faire au profit des salariés à temps partiel que sur les jours habituellement ouvrés dans l'établissement, et non sur les seuls jours ouvrés qui auraient été travaillés par le salarié concerné, s'il avait été présent. L'employeur ne peut valablement pas décider d'appliquer aux salariés à temps partiel les dispositions de la convention collective de branche organisant le décompte en jours ouvrables, alors qu'il applique

l'accord d'entreprise aux travailleurs à temps plein (Cass. soc., 12 mai 2015, n° 14-10.509).

## 2. Nécessité d'une comparaison avec le régime légal

Le décompte des jours de congés peut être effectué en jours ouvrés, à la condition que le régime appliqué ne soit pas moins favorable que celui résultant des dispositions de l'article L. 3141-3 du Code du travail qui détermine la durée des congés en jours ouvrables (Cass. soc., 27 mai 1992, n° 91-40.423, Semaine sociale Lamy, n° 607 ; Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 90-42.746). Sous cette réserve, les salariés ne peuvent s'opposer à ce mode de calcul en jours ouvrés (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-43.655, rectific. Cass. soc., 2 juill. 1996, n° 96-43.010).

Le décompte en jours ouvrés peut se révéler moins favorable que la loi lorsqu'un jour férié coïncide avec un jour habituellement non travaillé (samedi ou lundi par exemple) dans l'entreprise.

En effet, lorsque la durée hebdomadaire du travail est répartie sur 5 jours (du lundi au vendredi) : pour cinq semaines civiles de congés, 25 jours ouvrés correspondent généralement à 30 jours ouvrables, sauf lorsqu'un jour férié coïncide avec un samedi.

Dans ce cas, le salarié a bien bénéficié de 25 jours ouvrés mais seulement des 29 jours ouvrables, le jour férié n'étant pas décompté comme jour de congé. Il aura donc droit à un jour de congé supplémentaire.

### Remarques

Si le décompte en jours ouvrés ne doit pas léser les salariés par rapport au décompte légal en jours ouvrables, la comparaison doit, selon nous, s'effectuer globalement sur l'année entière, et non pas à l'occasion de chaque prise de congés. La Cour de cassation ne s'est pas, à notre connaissance, prononcée sur ce point précis, même si c'est sous-entendu dans un arrêt du 27 mars 1996 (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-43.655). Quoi qu'il en soit, c'est la règle qui prévaut en ce qui concerne l'appréciation du caractère plus favorable de deux dispositions en concours.

Le raisonnement sera exactement le même lorsque la durée hebdomadaire est répartie du mardi au samedi et qu'un jour férié légal coïncide avec le lundi.

### Remarques

Ceci ne vaut bien entendu que pour autant que le régime des congés payés appliqué dans l'entreprise s'aligne sur le régime légal. Si la convention collective applicable prévoit un droit à congés payés supérieur au minimum légal (6 semaines par exemple), elle peut parfaitement s'en tenir au décompte en jours ouvrés, et ce en vertu du principe selon lequel les avantages légaux et conventionnels ne se cumulent pas.

En revanche, la Cour de cassation exclut la possibilité d'établir un décompte des congés en heures. En ce sens, Cass. soc., 11 mars 1998, n° 96-16.553 :

*« Après avoir constaté que l'accord d'entreprise tendait à substituer un décompte horaire des congés payés au décompte en jours ouvrables, la cour d'appel a exactement décidé que cet accord était contraire aux dispositions de l'article L. 3141-3 du Code du travail ».*

## 3680 - Fixation de la période des congés

La « période des congés », à ne pas confondre avec la période de référence, est le laps de temps au cours duquel les salariés pourront solliciter des congés payés ou pendant lequel l'employeur pourra décider de la fermeture de l'entreprise pour une partie des congés.

### a) Formalités

C'est à l'employeur, après consultation des représentants du personnel (comité d'entreprise et délégués du personnel), de fixer la période des congés payés. S'il est tenu, pour le congé principal, d'observer les règles énoncées par l'article L. 3141-18 du Code du travail, il n'est légalement tenu à rien concernant la 5<sup>e</sup> semaine.

Toutefois, sa liberté peut être entravée par l'existence d'un usage tel que celui de donner la 5<sup>e</sup> semaine entre les fêtes de fin d'année. Cet usage doit alors s'appliquer jusqu'à révocation en bonne et due forme (Cass. soc., 16 mai 2000, n° 98-40.499, Bull. civ. V, n° 187, p. 143).

La période des congés payés est fixée par la convention collective ou, à défaut, par l'employeur qui doit alors se référer aux usages de la profession et consulter les délégués du personnel et le comité d'entreprise (C. trav., art. L. 3141-13).

Le non-respect de cette consultation entraîne l'application de la sanction spécifique de l'article R. 3143-1 du Code du travail, soit une amende de la 5<sup>e</sup> classe, laquelle doit prévaloir sur celle du délit d'entrave (Cass. crim., 6 févr. 1990, n° 87-82.316).

**La période des congés doit être portée à la connaissance du personnel deux mois avant son ouverture (C. trav., art. D. 3141-5).**

Si l'entreprise est fermée pendant toute la durée des congés, période de congés et période de départ en congé se confondent. Un arrêt de la Cour de cassation sanctionne l'obligation de publicité susmentionnée, en jugeant que les jours de fermeture qui n'auraient pas été portés à la connaissance du personnel dans le délai requis comme période des congés payés, ne peuvent être imputés sur le congé annuel (Cass. soc., 16 déc. 1968, n° 67-40.304, Dr. soc. 1969, p. 316). L'employeur doit donc indemniser les salariés pour les salaires perdus du fait de cette fermeture qui s'analyse



comme une inexécution de son obligation de fournir le travail convenu, les droits à congés payés restant intacts par ailleurs. Comme le remarque le commentateur, cette solution ne vaut que si le salarié a été réellement surpris par la date prévue pour la fermeture.

Un autre arrêt sanctionne un employeur par le versement de dommages-intérêts aux salariés pour leur avoir imposé un départ en congé anticipé (départ avant la période légale), cela pour réduire le recours au chômage partiel (désormais, activité partielle) (Cass. soc., 19 juin 1996, n<sup>o</sup> 93-46.549).

Enfin, la chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné pénalement l'employeur qui avait mis en congé des salariés brusquement, suite à un incident technique (Cass. crim., 21 nov. 1996, n<sup>o</sup> 94-81.791, Bull. crim., n<sup>o</sup> 355).

— Sur le transfert de jours de congés payés dans un compte épargne-temps, voir n<sup>o</sup> 3459.

— Sur l'incidence du congé de maternité et de la maladie sur la prise de congés payés, voir n<sup>os</sup> 3673 et s.

#### **b) La période proprement dite**

La période de prise des congés peut être fixée de différentes façons, mais doit comprendre dans tous les cas la période légale du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre de l'année (C. trav., art. L. 3141-13).

Lorsque la convention collective ne fixe pas la période des congés, et qu'aucun usage professionnel ne restreint sa liberté, l'employeur peut donc, après avoir consulté les représentants du personnel, étendre la période des congés payés au-delà de la période allant de mai à octobre. Il peut également la raccourcir puisqu'il a la possibilité de fermer l'entreprise.

Ainsi, la période de congé payé peut :

— couvrir uniquement la période légale du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre, même si cette hypothèse est rarement mise en œuvre depuis la légalisation de la 5<sup>e</sup> semaine par l'ordonnance du 16 janvier 1982 ;

— couvrir la période légale augmentée des deux derniers mois de l'année civile, soit du 1<sup>er</sup> mai au 31 décembre ; cette situation concerne le plus souvent les entreprises qui ferment à l'occasion de la prise des congés (4 semaines en été et une semaine en fin d'année) ;

— couvrir une période annuelle allant du 1<sup>er</sup> mai au 30 avril de l'année suivante, période prévue par de nombreuses conventions collectives ;

— être réduite à un nombre de mois inférieur à six du moment qu'ils se situent à l'intérieur de la période légale.

Remarques

Les dérogations à l'attribution du congé annuel pendant la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre ne peuvent résulter, en application de l'article L. 3141-17 du Code du travail que d'un accord individuel du salarié, d'une convention collective ou d'un accord collectif (Cass. soc., 7 nov. 1995, n<sup>o</sup> 91-45.849).

— Sur l'organisation la prise des congés payés, voir n<sup>os</sup> 6866 et s.

### **3681 - Fractionnement des congés — Jours supplémentaires**

Lorsque la fraction des congés prise en dehors de la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre, en une ou plusieurs fois, est au moins égale à 6 jours, le salarié bénéficie de **deux jours ouvrables de congés supplémentaires** ; il bénéficie d'un jour de congé supplémentaire lorsque cette fraction comprend 3, 4 ou 5 jours de congé.

Pour l'appréciation du droit au congé supplémentaire, les jours du congé principal au-delà de 24 jours ouvrables ne sont pas pris en compte.

#### **a) Fractionnement de la 5<sup>e</sup> semaine**

En posant que la durée du congé pris en une seule fois ne peut excéder vingt-quatre jours ouvrables (4 semaines), l'article L. 3141-17 du Code du travail introduit un **fractionnement obligatoire correspondant à la cinquième semaine**. Le fractionnement de la cinquième semaine n'entre donc pas dans le cadre de l'article précité et ne nécessite pas l'avis conforme des délégués du personnel ou l'agrément des salariés (Cass. crim., 25 févr. 1992, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 87 ; Cass. crim., 16 sept. 1992, n<sup>o</sup> 91-84.348, ch. mixte, 10 déc. 1993, n<sup>o</sup> 87-45.188, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 1). Néanmoins, les représentants du personnel doivent être, selon nous, au préalable consultés.

Dès lors, le fait pour un directeur d'avoir unilatéralement opéré ce fractionnement, sans l'assentiment des salariés, n'est pas susceptible d'incrimination pénale (Cass. crim., 25 févr. 1992, n<sup>o</sup> 90-86.099, Semaine sociale Lamy, n<sup>o</sup> 601). Il n'entraîne pas le droit à des jours de congé supplémentaires. Toutefois les dispositions conventionnelles antérieures à la législation de la cinquième semaine, qui instituaient des jours de congé supplémentaires correspondant à une cinquième semaine et accordaient des jours de fractionnement pour cette cinquième semaine, sont toujours applicables (Cass. soc., 4 avr. 1990, n<sup>o</sup> 87-40.267).

#### **b) Modalités de fractionnement du congé principal**

Entre 12 et 24 jours ouvrables, le fractionnement est une faculté soumise aux règles suivantes.

##### **1. Modalités**

Le fractionnement du congé annuel est seulement possible :

— au cas où le fractionnement **se combine avec une fermeture** de l'établissement, sur avis conforme des délégués du personnel et, en l'absence de délégués du personnel, avec l'agrément des salariés (l'agrément des salariés doit s'entendre de l'accord de la majorité d'entre eux) (C. trav., art. L. 3141-20). L'agrément des délégués du personnel peut prendre la forme d'un accord qui s'impose à l'ensemble des salariés (Cass. soc., 5 nov. 1986, n<sup>o</sup> 84-42.894, Bull. civ. V, p. 383). L'avis conforme des délégués du personnel doit être exprès. Si ce n'est pas le cas, le fractionnement est inopposable aux salariés (Cass. soc., 29 juin 2011, n<sup>o</sup> 09-70.688). Il en résulte qu'un tel avis doit être signé par la majorité des délégués présents à la réunion et ayant le droit de vote, c'est-à-dire les titulaires et les suppléants qui les remplacent.

**Attention** : une entreprise qui ferme 4 semaines dans une période incluant un jour férié (sauf si ce jour est un dimanche), opère, ce faisant, un fractionnement car elle n'a accordé que 23 jours ouvrables (Cass. soc., 20 oct. 1998, n<sup>o</sup> 96-17.652, Semaine sociale Lamy, 2 nov. 1998, n<sup>o</sup> 907, p. 13) ;

— au cas où les congés sont donnés par **roulement** (voir n<sup>o</sup> 3682) avec l'**agrément des salariés concernés** (C. trav., art. L. 3141-18) ; Cass. soc., 10 mars 2004, n<sup>o</sup> 01-44.941, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 85).

Le congé doit comporter une **fraction continue de douze jours ouvrables**, qu'il s'agisse du fractionnement d'un congé individuel pris par roulement ou d'un fractionnement se combinant avec une fermeture. Les conventions collectives peuvent évidemment allonger la durée de la fraction continue.

**Cette fraction continue doit être attribuée pendant la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre**. Mais des dérogations peuvent être apportées à cette règle par accord individuel ou accord collectif (Cass. soc., 6 juill. 1994, n<sup>o</sup> 93-42.360).

La nécessité d'obtenir l'avis conforme des délégués du personnel, lorsque le fractionnement s'accompagne d'une fermeture, exclut que l'employeur puisse imputer sur la cinquième semaine des jours supplémentaires de fermeture accolés à la fermeture annuelle de 4 semaines, sans l'accord des délégués du personnel (Cass. soc., 22 juill. 1986, n<sup>o</sup> 85-41.716, Bull. civ. V, p. 358).

## 2. Jours de congés supplémentaires

Lorsque la fraction des congés prise en dehors de la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre, en une ou plusieurs fois, est au moins égale à six jours ouvrables, le salarié bénéficie de **deux jours** ouvrables de **congés supplémentaires**.

Il bénéficie **d'un jour** de congé supplémentaire lorsque cette fraction comprend trois, quatre ou cinq jours ouvrables de congé (C. trav., art. L. 3141-19).

Des dérogations peuvent être apportées aux dispositions relatives aux jours supplémentaires soit après accord individuel du salarié, soit par convention collective ou accord collectif d'établissement (C. trav., art. L. 3141-19).

Pour l'appréciation du droit au congé supplémentaire, les jours du congé principal au-delà de 24 jours ouvrables ne sont pas pris en compte.

Ces jours de congés supplémentaires sont indemnisés : chaque journée donne droit au paiement d'une indemnité journalière de congés payés.

Il faut préciser par ailleurs que les jours de congés supplémentaires au titre du fractionnement se cumulent avec les congés conventionnels plus longs que les congés légaux. Dans la mesure où la loi accorde ces jours pour fractionnement, sans considération de la nature du congé fractionné, ils ont un caractère spécifique.

La Cour de cassation se prononce en ce sens :

*« Le droit aux jours de congés supplémentaires naît du seul fait du fractionnement et se trouve acquis, même dans le cas où l'employeur fait bénéficier ses salariés d'un congé conventionnel plus long que le congé légal, sauf clause dérogatoire »* (Cass. soc., 23 nov. 1994, n<sup>o</sup> 90-44.960, Semaine sociale Lamy, n<sup>o</sup> 722).

### c) Renonciation du salarié

Sauf convention ou accord collectif contraire (C. trav., art. L. 3143-19, al. 4), le fractionnement engendre des congés supplémentaires, que ce fractionnement intervienne à l'initiative de l'employeur ou qu'il intervienne à la demande du salarié (Rép. min., JOAN Q. 21 févr. 1970). **C'est le fait du fractionnement qui fait naître le droit aux jours de congés supplémentaires** (en ce sens, Cass. soc., 8 juin 1972, n<sup>o</sup> 71-40.328, Bull. civ. V, p. 387 ; Cass. crim., 27 mars 1973, n<sup>o</sup> 72-90.942, Bull. crim., p. 365 ; Cass. soc., 26 mars 1997, n<sup>o</sup> 94-43.100).

Toutefois, lorsque le salarié est demandeur du fractionnement, l'employeur peut subordonner son accord à sa renonciation aux congés supplémentaires de fractionnement. La Cour de cassation a en effet admis que la direction puisse, par note de service, poser en règle que l'autorisation de fractionnement du congé serait subordonnée à la renonciation aux jours de congés supplémentaires (Cass. soc., 9 nov. 1981, n<sup>o</sup> 79-42.713, Bull. civ. V, p. 649).

**Mais la renonciation ne se présume pas. La renonciation doit être individuelle** (Cass. soc., 19 juin 1987, n<sup>o</sup> 84-44.970).

Une note de service est donc inopérante à elle seule (Cass. soc., 17 déc. 1987, n<sup>o</sup> 85-41.979, Bull. civ. V, p. 486).

En revanche, la renonciation individuelle du salarié n'est pas requise en présence d'un accord collectif d'entreprise stipulant que le fractionnement à la demande du salarié ne lui ouvre pas droit aux congés supplémentaires. En effet, cet

accord collectif entre dans les prévisions de l'article L. 3141-19, alinéa 4 du Code du travail (Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2005, n<sup>o</sup> 04-40.811, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 354).

À défaut d'une renonciation individuelle, le salarié serait fondé à demander le paiement des jours de congés supplémentaires à titre de dommages-intérêts (Cass. soc., 4 nov. 1988, n<sup>o</sup> 86-42.349, Cah. prud'h. 1989, p. 15 ; Cass. soc., 22 janv. 1992, n<sup>o</sup> 88-43.843).

En pratique, l'employeur peut introduire, dans la fiche individuelle de demande de congé, une renonciation expresse aux jours supplémentaires de fractionnement signée par le salarié afin d'éviter tout litige.

Remarques

Dans le cadre du compte épargne-temps, le salarié peut reporter une partie de ses congés payés (voir n<sup>o</sup> 3459). Se pose alors la question de savoir si ce report peut ouvrir droit aux jours de congés supplémentaires pour fractionnement ?

Dans la mesure où l'article L. 3141-19 du Code du travail prévoit qu'« il est attribué deux jours ouvrables de congés supplémentaires lorsque le nombre de jours de congé est pris en dehors de la période et au moins égal à 6 et 1 seul lorsqu'il est compris entre 3 et 5 jours », on ne peut considérer les jours de congés capitalisés dans le cadre du compte épargne-temps comme étant pris.

### 3682 - Congés par roulement — Fixation de l'ordre des départs

Le roulement suppose que les départs se font individuellement, l'entreprise restant ouverte pendant la période des congés.

À moins que l'ordre des départs ne résulte des dispositions d'un accord collectif ou des usages, il est fixé par l'employeur, **après consultation des délégués du personnel** mais non du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 3141-14). La non-consultation des délégués du personnel caractérise la contravention spécifique édictée par l'article R. 3143-1 du Code du travail ; l'amende s'applique autant de fois qu'il y a de salariés concernés (Cass. crim., 6 févr. 1990, n<sup>o</sup> 87-82.316).

À défaut de stipulations conventionnelles ou d'usages, qui paraissent extrêmement rares, l'employeur reste limité dans son choix par les règles suivantes :

— un salarié peut exiger que la fraction de son congé annuel au moins égale à douze jours ouvrables se situe dans la période de mai à octobre (C. trav., art. L. 3141-13) ; il peut toutefois être dérogé à cette règle par accord collectif ou par un accord individuel.

Un accord d'entreprise peut prévoir que les congés seront pris en dehors de cette période, comme un salarié peut, à titre individuel, convenir avec son employeur de prendre la totalité de son congé en dehors de cette période, dès lors que la période des congés dans l'entreprise s'étend au-delà de la période normale (voir JO Sénat CR 1969, p. 438) ;

— l'ordre des départs doit tenir compte de la situation de famille des salariés, notamment des possibilités de congé du conjoint ou du partenaire lié par un Pacs, de l'ancienneté de services et, le cas échéant, de leur activité chez un ou plusieurs autres employeurs (C. trav., art. L. 3141-14) ;

— les conjoints travaillant dans la même entreprise ont droit à un congé simultané (C. trav., art. L. 3141-15).

Sur le départage des salariés en cas de concours de priorité, voir n<sup>o</sup> 6934.

**L'ordre des départs est affiché dans les locaux de travail et communiqué à chacun des intéressés** (C. trav., art. D. 3141-6).

Remarques

Avant la recodification, l'article D. 223-4 du Code du travail prévoyait une communication individuelle quinze jours avant le départ. Mais cette disposition était rendue caduque par l'article L. 3141-6 du Code du travail qui interdit à l'employeur, sauf circonstances exceptionnelles, de modifier l'ordre et les dates de départ dans le délai d'un mois avant la date prévue du départ. La commission de recodification a donc fait œuvre d'harmonisation.

Dès lors que l'employeur, pour faire face à des nécessités impérieuses, fait connaître au salarié, dans le délai légal d'un mois, son report de congé, ce dernier ne saurait, sauf motif impérieux lui interdisant de modifier la date de son départ, passer outre sous peine de se voir imputer une faute grave (Cass. soc., 13 juill. 1989, n<sup>o</sup> 86-43.310).

À l'inverse, dans l'hypothèse où l'employeur décide au dernier moment de fermer l'entreprise pour la cinquième semaine de congé, le salarié qui a déjà bénéficié de ses cinq semaines de congé est fondé à percevoir son salaire pour la période où il a été privé de travail (Cass. soc., 25 févr. 1998, n<sup>o</sup> 95-45.659).

### 3683 - Congé collectif — Fermeture de l'établissement

La fermeture de l'entreprise peut être décidée pour tout ou partie de la période fixée pour les congés, obligeant par là-même les salariés à prendre simultanément leur congé annuel.

Le comité d'entreprise sera consulté sur la fermeture lors de sa consultation sur la fixation de la période de prise des congés payés.

Lorsqu'il y a fractionnement par fermeture d'établissement, l'employeur doit recueillir l'avis conforme des délégués du personnel ou à défaut, l'agrément des salariés (C. trav., art. L. 3141-20).

**a) Fermeture limitée à la durée des congés légaux**

Pour le personnel qui a acquis un droit complet à congés payés, il n'y a aucune difficulté.

La faculté qui était offerte, aux salariés n'ayant pas droit à un congé d'une durée égale à la fermeture, de prétendre aux allocations du chômage partiel pour couvrir les jours de fermeture non payés a été supprimée par le décret n° 2013-551 du 26 juin 2013. Le texte de l'article R. 5122-10 du Code du travail a été complètement modifié et traite d'un autre sujet.

Les Direccte ont donc reçu consigne de refuser toute demande pour des congés postérieurs au 1<sup>er</sup> juillet 2013.

#### Remarques

À défaut de clause du contrat de travail mentionnant cette fermeture et sa durée, et précisant qu'elle serait traitée comme une absence non rémunérée, le salarié concerné semble fondé, selon nous, à solliciter le maintien de son salaire à titre de compensation du non-respect par l'employeur de son obligation contractuelle de lui fournir le travail convenu.

#### b) Fermeture excédant la durée des congés légaux

Lorsque le maintien en activité d'un établissement n'est pas assuré pendant un nombre de jours dépassant la durée fixée pour la durée des congés légaux annuels, l'employeur est tenu pour chacun des jours ouvrables de fermeture excédant cette durée, de verser à son personnel une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité journalière de congés payés. Cette indemnité journalière n'est pas cumulable avec l'indemnité de congés payés (C. trav., art. L. 3141-29).

En effet, le salarié qui a travaillé pendant toute l'année de référence acquiert 30 jours ouvrables de congé.

L'employeur qui ferme son entreprise pendant une durée supérieure manque à l'obligation essentielle du contrat de travail qui est de fournir le travail convenu ; sa responsabilité est engagée vis-à-vis des salariés qui, par son fait, sont ainsi privés de travail et en subissent un préjudice, à moins qu'il ne puisse justifier d'une circonstance de force majeure. Le préjudice correspond aux salaires perdus au-delà de la trentième journée ouvrable de fermeture, sauf à tenir compte des journées supplémentaires de congés payés dont certains salariés bénéficient à titre personnel, au-delà de trente jours ouvrables.

Par journée excédentaire, l'indemnité ne peut être inférieure à une indemnité journalière de congés payés.

Les dispositions de l'article précité sont applicables, même lorsque la fermeture prolongée de l'entreprise est motivée par une circonstance extérieure (Cass. soc., 17 déc. 1987, n° 86-41.530, Bull. civ. V, p. 487 ; Cass. soc., 29 mai 1991, n° 87-45.086).

La Cour de cassation interprète de façon extensive cette disposition. Elle a, en effet, assimilé à une fermeture de l'établissement, au-delà de la durée du congé légal, la situation découlant du fait que l'employeur, bien que l'établissement restât ouvert, n'était pas en mesure de fournir aux salariés des travaux correspondant à leurs fonctions habituelles. Il s'agissait en l'espèce d'un institut médico-pédagogique en période estivale (Cass. soc., 7 nov. 1984, n° 82-41.529).

Pour régler la question de l'indemnité de congé supplémentaire, il n'est pas exclu par la Cour de cassation, de convenir d'un salaire forfaitaire. Encore faut-il cependant que cette convention de forfait soit expresse et qu'elle n'aboutisse pas, pour le salarié, à un résultat moins favorable que la stricte application de la loi (Cass. soc., 4 juin 1998, n° 96-41.441).

#### c) Fermeture et fractionnement

Lorsque la fermeture de l'entreprise et le fractionnement se combinent, l'avis conforme des délégués du personnel est requis (voir n° 3681).

### 3684 - Respect par le salarié de ses dates de congés

La détermination des dates de congés constitue une prérogative de l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction.

Le fait que le salarié ait un droit à congé ne l'autorise pas à prendre ce congé sans avoir obtenu l'accord exprès ou implicite de son employeur ou de sa hiérarchie (Cass. soc., 6 oct. 1982, n° 80-40.647), et ce quand bien même il aurait exprimé son désaccord sur les dates retenues par ces derniers (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.941, Bull. civ. V, n° 85, à propos de congés fractionnés). 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. C'est ainsi qu'ont été considérés comme justifiant un licenciement pour faute grave :

— le fait de partir en congé sans prévenir, alors que cette absence inopinée désorganise le service (Cass. soc., 23 juin 1988, n° 86-42.061 ; voir encore Cass. soc., 20 avr. 1989, n° 86-41.442) ;

— le fait pour le salarié de modifier sans autorisation, la date de son départ et de rectifier de son propre chef la note de service qui avait arrêté les dates de ses congés (Cass. soc., 31 oct. 1989, n° 87-40.196), ou au contraire de maintenir la date initiale de son départ, sans justifier de motif impérieux, alors qu'il avait été prévenu à l'avance de la nécessité de retarder la prise de son congé, en raison d'impératifs tenant à la marche de l'entreprise (Cass. soc., 13 juill. 1989, n° 86-43.310).

La faute grave ne sera pas retenue en cas de défaillance de l'employeur (voir Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-41.706, Bull. civ. V, n° 121).

En outre, le retard du salarié à reprendre son travail à la date fixée peut constituer une cause légitime de licenciement et même, dans certaines circonstances, caractériser la faute grave : ainsi lorsque le comportement du

salarié correspond à un acte délibéré d'indiscipline (Cass. soc., 5 avr. 1990, n<sup>o</sup> 88-40.761).

— Voir encore Cass. soc., 26 juin 1986, n<sup>o</sup> 83-46.266 ; Cass. soc., 18 oct. 1990, n<sup>o</sup> 88-43.448 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n<sup>o</sup> 96-40.421.

Le fait que le salarié puisse invoquer, pour justifier son retard à reprendre son travail, son droit à bénéficier d'une journée de récupération ne légitime pas ce retard ; il ne lui appartient pas de se faire justice à lui-même (Cass. soc., 10 juill. 1980, n<sup>o</sup> 79-40.465, Bull. civ. V, p. 484).

Remarques

Il résulte de la jurisprudence que les juges portent une particulière attention sur le point de savoir si la prolongation d'absence a causé une perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise, s'il s'agit ou non d'un fait isolé et si le retard est de courte durée (information de l'employeur en temps voulu ou circonstances particulières empêchant le salarié de revenir ou de prendre contact avec l'employeur). Dans cette hypothèse, il n'y a pas faute grave (Cass. soc., 16 juin 1993, n<sup>o</sup> 91-43.756; Cass. soc., 3 mai 1995, n<sup>o</sup> 94-40.256). Dans le cas contraire, la faute grave est susceptible d'être retenue (Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 1994, n<sup>o</sup> 92-45.265, trois semaines de silence ; Cass. soc., 7 févr. 1995, n<sup>o</sup> 93-44.164, 11 jours de silence).

### 3685 - Modification des dates de congés par l'employeur

Le Code du travail ne permet pas à l'employeur de modifier les dates de départ et l'ordre de départ fixés par lui, moins d'un mois avant le départ, **sauf en cas de circonstances exceptionnelles** (C. trav., art. L. 3141-16).

Constitue par exemple une circonstance exceptionnelle, l'obligation faite par une société admise au bénéfice de la procédure de suspension provisoire des poursuites de déposer un plan d'apurement du passif dans un certain délai (CE, 11 févr. 1991, n<sup>o</sup> 68.058).

Les circonstances exceptionnelles visées à l'article précité ne concernent que la modification des dates de départ en congés et non la fixation de ces dates. L'employeur ne saurait donc se prévaloir de ce texte pour justifier la brusque mise en congé des salariés d'un service (Cass. crim., 21 nov. 1995, n<sup>o</sup> 94-81.791, Bull. crim., n<sup>o</sup> 355).

Dans le même sens, lorsque l'employeur modifie moins d'un mois avant le départ les dates de congé sans justifier de circonstances exceptionnelles, le salarié qui part aux dates initialement fixées sans autorisation écrite de son employeur ne commet pas une faute et son licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 3 juin 1998, n<sup>o</sup> 96-41.700, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 294).

### 3686 - Congés par anticipation

La Cour de cassation admettait qu'une fois le congé « *acquis* », il puisse être **pris avant la période normale fixée par la loi** (1<sup>er</sup> mai – 31 octobre) (Cass. soc., 13 déc. 1989, n<sup>o</sup> 86-45.622).

La loi n<sup>o</sup> 2000-37 du 19 janvier 2000 (JO 20 janv.) a entériné cette position : modifiant l'article L. 3141-12 du Code du travail elle dispose que les congés peuvent désormais être pris **dès** l'ouverture des droits. Les nouveaux salariés pourront donc, sous réserve de l'accord de leur employeur, demander à bénéficier de leurs droits à congés sans avoir à attendre obligatoirement la fin de la période de référence.

Par ailleurs, quelles que soient les circonstances, l'employeur ne saurait imposer au salarié la prise anticipée de ses congés (Cass. soc., 22 oct. 1997, n<sup>o</sup> 95-43.884 ; Cass. soc., 10 févr. 1998, n<sup>o</sup> 95-40.905 ; Cass. soc., 5 févr. 2003, n<sup>o</sup> 00-45.951 ; Cass. soc., 30 avr. 2003, n<sup>o</sup> 01-40.853 ; Cass. soc., 4 déc. 2013, n<sup>o</sup> 12-16.697).

La Cour de cassation sanctionne un employeur par le versement de dommages-intérêts aux salariés lorsque cet employeur leur impose un départ en congé anticipé (départ avant la période légale), ceci pour réduire le recours au chômage partiel (Cass. soc., 19 juin 1996, n<sup>o</sup> 93-46.549).

La prise des congés par anticipation donne droit à des congés supplémentaires si une fraction du congé principal est prise par anticipation avant l'ouverture de la période légale des congés, c'est-à-dire pour les salariés qui prennent une partie de leur congé avant le 1<sup>er</sup> mai. Ils sont soumis au même régime que le fractionnement de jours de congé principal après le 31 octobre, fin de la période légale de congé (Cass. soc., 7 mars 1990, n<sup>o</sup> 87-40.629, Bull. civ. V, p. 66).

Si le contrat est rompu avant que le salarié ait assez travaillé pour acquérir les droits à congés qu'il a pris par anticipation, l'employeur peut procéder à une compensation à son profit. Si en raison de l'ordre des départs, le salarié a bénéficié par anticipation d'un congé plus long que celui auquel son temps de travail effectif avant la cessation du contrat lui donne droit, il doit rembourser le trop-perçu à moins que la rupture ne soit imputable à la faute lourde de l'employeur (C. trav., art. L. 3141-27).

### 3687 - Congé payé et préavis

Le congé annuel payé ne peut se confondre avec le préavis.

Le salarié ne peut se voir imposer ce congé ou décider unilatéralement de prendre son congé pendant son préavis

(Cass. soc., 20 nov. 1985, n<sup>o</sup> 84-45.952).

Dans l'hypothèse où la nécessité d'exécuter un préavis empêche le salarié de prendre tout ou une partie de ses congés payés, les droits à congé se traduiront au terme du préavis par l'octroi d'une indemnité compensatrice de congés payés : « *Attendu, cependant, que licencié le 17 juillet 1972, B. a cessé de travailler le 31 octobre suivant, à l'expiration du préavis ; qu'il n'a donc pas été en mesure de prendre son congé d'été de deux mois ; qu'il ne peut être privé de l'indemnité correspondante au motif qu'il a perçu son salaire pendant le préavis, les périodes de préavis et de congés payés ne pouvant être confondues et devant donner lieu à des versements distincts...* » (Cass. soc., 26 mai 1981, n<sup>o</sup> 80-41.914).

— À rappr. Cass. soc., 19 mai 1988, n<sup>o</sup> 86-40.409, Bull. civ. V, p. 198.

**Néanmoins, la prise du congé par le salarié à une période où il aurait dû effectuer son préavis, et ce en accord avec l'employeur, n'est pas contraire à l'ordre public** (Cass. ass. plén., 5 mars 1993, n<sup>o</sup> 88-45.233, Bull. civ. ass. plén., p. 10).

À défaut d'accord, la prise du congé suspend le préavis (Cass. soc., 14 nov. 1990, n<sup>o</sup> 87-45.288, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 553).

Il résulte de ces éléments que :

- le licenciement ou la démission, notifiés pendant le congé annuel, ne prennent effet et ne font courir le préavis qu'à la date où le congé annuel prend fin (Cass. soc., 4 déc. 1986, n<sup>o</sup> 84-41.693, Bull. civ. V, p. 440) ;
- dans tous les cas où le début du préavis est antérieur aux congés, les parties peuvent convenir de suspendre le cours du préavis pour permettre au salarié de prendre son congé payé, le terme du contrat pouvant se trouver alors reporté d'autant (Cass. soc., 14 nov. 1990, n<sup>o</sup> 87-45.288) ;
- en cas de prise effective des congés payés en cours de préavis, une indemnité complémentaire de préavis est due si le salarié s'est trouvé dans l'obligation de prendre son congé à cette date. Il en est ainsi lorsque la prise des congés pendant le préavis est imposée par la fermeture temporaire pour congés annuels de l'entreprise (Cass. soc., 21 nov. 2001, n<sup>o</sup> 99-45.424, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 354, p. 283). En revanche, un salarié démissionnaire qui a pris son congé avec l'accord de l'employeur pendant son préavis, ne peut ensuite prétendre à cette indemnité compensatrice (Cass. ass. plén., 5 mars 1993, précitée).

### 3688 - Don de jours de congés payés

S'inspirant de certaines expériences réalisées dans de grandes entreprises françaises, le législateur permet au salarié de faire don d'une partie de ses jours de repos (congés payés y compris) à un collègue dont l'enfant est gravement malade (L. n<sup>o</sup> 2014-459, 9 mai 2014, JO 10 mai).

— Pour plus de développements, voir n<sup>os</sup> 3747 et s.

### 3689 - Textes

Le régime de l'indemnité de congé payé est régi par les articles L. 3141-22 et suivants du Code du travail.

L'indemnité afférente au congé est égale **au dixième** de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence (C. trav., art. L. 3141-22, I).

Cette indemnité ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler (C. trav., art. L. 3141-22, II).

Il s'agit là des règles dites du « dixième » et du « salaire théorique ».

### 3690 - Calcul du dixième

Lorsqu'il est fait application de la règle du dixième, il convient d'inclure, dans la rémunération annuelle de référence servant au calcul de l'indemnité de congés payés, toutes les sommes ayant la nature d'un salaire à l'exclusion, s'agissant des primes, de celles calculées sur l'année entière, périodes de congés comprises (sur ce point, voir n<sup>o</sup> 3691). Comme le précise la loi, le calcul se fait période de référence par période de référence (sur cette notion, voir n<sup>o</sup> 3664).

L'article L. 3141-22 du Code du travail donne une liste non exhaustive des éléments à inclure. La jurisprudence ne cesse de la compléter.

#### a) Éléments à inclure

Ce sont les sommes qui sont la contrepartie directe ou indirecte du travail du salarié, c'est-à-dire :

- le salaire de base, contrepartie immédiate de la prestation de travail ;
- la valeur des avantages en nature quand ils ne sont pas maintenus pendant les congés payés (voir n<sup>o</sup> 3695) ;
- l'indemnité de congés payés de l'année précédente (C. trav., art. L. 3141-22) ;
- l'indemnité pour fermeture de l'entreprise versée en rémunération de l'absence au-delà de la durée des congés légaux, et ce bien que cette absence ne soit pas assimilée à du temps de travail effectif pour l'acquisition des droits à congés (Cass. soc., 2 juill. 2002, n<sup>o</sup> 00-46.011). Le montant de l'indemnité ne peut pas être inférieure à l'indemnité journalière de congé payé (C. trav., art. L. 3141-29) ;

- les commissions lorsqu'elles sont liées directement au travail personnel (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1985, n<sup>o</sup> 82-41.887 ; CJUE, 22 mai 2014, aff. C-539/12 : pour plus de détails, voir n<sup>o</sup> 3692) ;
- les primes d'objectifs lorsqu'elles sont attribuées en fonction des résultats personnels du salarié (Cass. soc., 9 juill. 1987, n<sup>o</sup> 85-41.621) ; même solution s'agissant de primes mensuelles, dont le nombre maximal annuel est fonction de la réalisation ou du dépassement des objectifs fixés par le contrat de travail dès lors qu'elles sont versées en fonction de l'activité déployée par le salarié et ont vocation à rémunérer les seules périodes de travail (Cass. soc., 9 juill. 2003, n<sup>o</sup> 01-44.269 ; également Cass. soc., 23 janv. 2013, n<sup>o</sup> 11-27.003 ; Cass. soc., 24 sept. 2014, n<sup>o</sup> 12-28.965 s'agissant d'une prime annuelle calculée en fonction des résultats de l'agence et répartie à parts égales sur chaque vendeur).

**Remarques :** Cette solution est tout à fait logique. Tous les éléments du salaire doivent être inclus dans l'assiette des congés payés. Seuls peuvent en être exclus les éléments de rémunération qui ne sont pas « affectés par la prise des congés », car leur inclusion dans l'assiette de calcul de congés payés conduirait à les payer en partie une deuxième fois. Or, une prime de profitabilité est forcément affectée par la prise des congés payés, puisque c'est l'activité des salariés qui dégage des résultats. Le fait qu'elle soit calculée sur les résultats collectifs et répartie uniformément sur chaque salarié, quelle qu'ait été sa contribution aux profits, ne change rien au fait qu'elle est la contrepartie de leur activité professionnelle et n'est donc pas répartie sur l'année entière ;

- les pourboires évalués selon les règles de sécurité sociale (C. trav., art. L. 3141-24 ; voir n<sup>os</sup> 6129 et s.) ;
- les majorations pour heures supplémentaires ;
- les majorations pour travail de nuit (Cass. soc., 25 janv. 1968, n<sup>o</sup> 66-40.557) ;
- les majorations pour travail du dimanche (Cass. soc., 19 févr. 1981, n<sup>o</sup> 79-41.353) ;
- les indemnités afférentes au repos compensateur prévues à l'article L. 3121-1 du Code du travail (C. trav., art. L. 3141-22) ;
- les primes mensuelles d'ancienneté (Cass. soc., 6 déc. 1979, n<sup>o</sup> 78-41.408, Bull. civ. V, p. 710 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1985, n<sup>o</sup> 82-41.887 ; Cass. soc., 30 mars 1995, n<sup>o</sup> 91-43.640) ;
- le salaire fictif correspondant à des périodes de repos ou d'inactivité assimilées par la loi ou les conventions et accords collectifs à des périodes de travail effectif (C. trav., art. L. 3141-22).

Sont visées les périodes assimilées à du travail effectif par l'article L. 3145-1 du Code du travail (voir n<sup>o</sup> 3667). La Cour de cassation considère qu'il y a lieu de reconstituer le salaire qui aurait été perçu en fonction de l'horaire de l'établissement et d'incorporer cette rémunération fictive dans la masse des gains de la période de référence (ainsi pour le congé de maternité, Cass. soc., 10 nov. 1988, n<sup>o</sup> 86-40.863) ;

- les sommes représentatives des avantages en nature normalement accordés et non maintenus pendant les congés (C. trav., art. L. 3141-23) ;
- les primes d'ancienneté au taux en vigueur au cours de la période de référence (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1985, n<sup>o</sup> 82-41.887) ;
- les primes d'assiduité versées mensuellement (Cass. soc., 11 juin 1987, n<sup>o</sup> 84-45.122) ;
- de façon générale, les primes qui indemnisent une contrainte liée à l'emploi occupé, dès lors qu'elles ne sont pas maintenues durant les congés payés – prime de travail de nuit, par exemple, prime semestrielle de non-accident (Cass. soc., 13 févr. 2013, n<sup>o</sup> 11-23.880) ; ou encore primes d'astreinte (Cass. soc., 4 juill. 1983, n<sup>o</sup> 81-40.819 ; Cass. soc., 3 juill. 1990, n<sup>o</sup> 89-40.340) ;
- les primes de nuit (Cass. soc., 13 mars 1991, n<sup>o</sup> 87-45.608), les primes d'équipe (Cass. soc., 8 oct. 1987, n<sup>o</sup> 85-42.252) ;
- les remboursements forfaitaires de frais ne correspondant pas aux frais réellement engagés : primes de déplacement considérées comme des sursalaires (Cass. soc., 10 janv. 1985, n<sup>o</sup> 82-41.394 ; Cass. soc., 28 févr. 1985, n<sup>o</sup> 82-43.306 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1985, n<sup>o</sup> 82-42.574), primes de panier et remboursements de transport ne correspondant pas à des frais réellement engagés et non versés pendant les congés payés (Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 1992, n<sup>o</sup> 88-42.067) ; primes de dépaysement et primes de missions, compensant les désagréments de l'éloignement et non les dépenses effectivement engagées (Cass. soc., 22 nov. 1979, n<sup>o</sup> 77-40.643 ; Cass. soc., 4 févr. 1993, n<sup>o</sup> 89-40.473) ; ou encore, primes d'entretien ne correspondant pas à des frais engagés (Cass. soc., 2 avr. 1987, n<sup>o</sup> 84-40.403) ; voir toutefois Cass. soc., 17 déc. 2014, n<sup>o</sup> 13-14.855, ci-dessous qui pourrait constituer sinon un revirement, du moins une atténuation du principe, le caractère forfaitaire de l'avantage ne suffisant plus à lui seul à caractériser un sursalaire ;
- les primes, même discrétionnaires et exceptionnelles, allouées par l'employeur en contrepartie de la performance du salarié (Cass. soc., 14 mai 2014, n<sup>o</sup> 12-35.033).

#### **b) Éléments à exclure**

D'une manière générale, doivent être exclues les sommes qui n'ont pas le caractère de salaire ou qui ne sont pas la

contrepartie directe ou indirecte de l'activité du salarié, c'est-à-dire :

— les indemnités d'expatriation (Cass. soc., 25 mars 1998, n<sup>o</sup> 96-40.754).

**Remarques** : Le conseil de prud'hommes n'est pas lié par les positions prises par les organismes de sécurité sociale de n'inclure que partiellement une indemnité de déplacement dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale (Cass. soc., 13 janv. 1977, n<sup>o</sup> 76-40.053; Cass. soc., 27 oct. 1977, n<sup>o</sup> 76-40.861, Bull. civ. V, p. 461) ;

— les compléments de salaire versés par l'employeur ou les indemnités de la Sécurité sociale accordées pour une absence non assimilée à du travail effectif (il ne reste guère plus que la maladie et peut-être pas pour longtemps ; voir n<sup>o</sup> 3663) ;

— les allocations versées pour compenser une période d'activité partielle (voir n<sup>o</sup> 2262) ;

— la participation et l'intéressement qui, juridiquement, ne sont pas des salaires ;

— les sommes versées par le comité d'entreprise ; pour exemple, le **complément** de salaire versé par le comité d'entreprise et le syndicat à un salarié en congé de formation économique, social et syndical n'a pas à être inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 8 juill. 1992, n<sup>o</sup> 89-42.543) ;

— les primes qui ne rétribuent pas le travail du salarié (Cass. soc., 22 juin 2011, n<sup>o</sup> 09-71.262, pour une prime allouée à des visiteurs médicaux en fonction des ventes faites par les pharmacies sur prescription de médecins) ;

— les primes qui ont pour objet de compenser une dépense supplémentaire exposée pour le travail, par exemple l'indemnité de repas allouée au personnel ouvrier des Transports routiers lorsqu'il est obligé de prendre son repas hors de son lieu de travail (Cass. soc., 17 déc. 2014, n<sup>o</sup> 13-14.855). En l'espèce, les salariés avaient plaidé que l'indemnité de repas, compensant une sujétion, devait être incluse dans l'assiette de calcul du dixième. La Cour de cassation a considéré que, cette indemnité ayant « *pour objet de compenser le surcoût du repas consécutif au déplacement, cette indemnité constitue, nonobstant son caractère forfaitaire, un remboursement de frais qui n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité de congés payés* ». On peut dès lors se demander si cet arrêt ne constitue pas un revirement par rapport à la jurisprudence sur les remboursements forfaitaires de frais évoquée ci-dessus. La prudence s'impose. Sans conclure au revirement, il nous semble plus raisonnable de considérer que le caractère forfaitaire d'une prime ne suffit pas à changer sa nature. Si, dans l'esprit des partenaires sociaux, elle est véritablement destinée à compenser des frais, elle reste exclue de l'assiette de calcul du dixième ;

— les sommes ayant le caractère de dommages-intérêts ; ainsi, pour l'indemnité allouée en compensation du repos compensateur non pris du fait de la contestation par l'employeur des heures supplémentaires effectuées (C. trav., art. L. 3141-22 ; Cass. soc., 21 mai 2002, n<sup>o</sup> 99-45.890).

Pour le cas particulier des primes ou gratifications annuelles, voir n<sup>o</sup> 3691.

### 3691 - Primes et gratifications

Pour qu'une prime ou une gratification entre dans l'assiette de l'indemnité de congé payé, trois conditions doivent être remplies :

— en premier lieu, il faut, en principe, qu'elle constitue un élément de salaire correspondant à un droit pour le salarié, susceptible d'être juridiquement sanctionné. À défaut, elle doit, pour être prise en compte, rémunérer directement le travail effectué par l'intéressé ;

— il faut, et ceci vaut surtout pour les primes, qu'elle ne soit pas la compensation d'un risque exceptionnel ;

— il faut qu'elle soit affectée dans son montant ou mode de calcul par la prise du congé.

**Les primes et les gratifications discrétionnaires et bénévoles** qui ne constituent pas un droit pour le salarié et dont l'employeur fixe discrétionnairement les conditions d'attribution et le montant n'entrent pas, en principe, dans l'assiette de l'indemnité (Cass. soc., 17 mars 1988, n<sup>o</sup> 85-45.587 ; Cass. soc., 14 oct. 2009, n<sup>o</sup> 07-45.587, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 224).

Il en va différemment des primes et des commissions liées à la production de l'entreprise ou à l'activité du salarié. Celles-ci entrent dans le calcul de l'assiette des congés payés (Cass. soc., 22 févr. 1995, n<sup>o</sup> 93-44.254). C'est la position adoptée par la Cour de cassation en ce qui concerne une prime d'objectif non forfaitaire rétribuant de manière directe l'activité déployée par le salarié pour réaliser l'objectif assigné (Cass. soc., 30 avr. 2003, n<sup>o</sup> 01-41.874). La même solution a été retenue s'agissant d'une prime discrétionnaire et exceptionnelle, mais qui récompensait la performance du salarié (Cass. soc., 14 mai 2014, n<sup>o</sup> 12-35.033). Idem s'agissant d'une prime annuelle calculée en fonction des résultats de l'agence et répartie à parts égales entre chaque vendeur (Cass. soc., 24 sept. 2014, n<sup>o</sup> 12-28.965).

**Les primes qui compensent un risque exceptionnel** sont également à exclure (Cass. soc., 25 janv. 1968, n<sup>o</sup> 66-40.557, Bull. civ. V, p. 50).

Mais il faut distinguer le risque exceptionnel des servitudes permanentes de l'emploi (Cass. soc., 8 oct. 1987, n<sup>o</sup> 85-42.252, Bull. civ. V, p. 354, à propos d'une prime d'équipe). Une prime de nuit, dans la mesure où elle rémunère une telle servitude, s'incorpore dans l'assiette de l'indemnité (Cass. soc., 25 janv. 1968, précité ; Cass. soc., 13 mars 1991, n<sup>o</sup> 87-45.608). Il en va de même pour une prime d'amplitude indemnisant le salarié du temps de trajet pour se rendre sur son



lieu de travail (Cass. soc., 29 mai 1979, n<sup>o</sup> 78-40.247). Ainsi, une prime d'insalubrité, une prime de hauteur lorsqu'elles sont attribuées de façon permanente, parce que l'emploi entraîne nécessairement le travail en milieu insalubre ou le travail en hauteur, doivent entrer en ligne de compte. En revanche, ces mêmes primes, lorsqu'elles sont accordées dans une circonstance particulière tenant, non à l'emploi lui-même, mais à des conditions exceptionnelles où le salarié se trouve placé, sont à exclure.

Par sa nature, l'indemnité de congé payé est destinée à compenser la perte de rémunération résultant de la prise des congés. Par conséquent, les **primes et les gratifications dont le montant n'est pas affecté par la prise du congé annuel** sont à exclure de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés faute de quoi cela reviendrait à les payer partiellement une seconde fois (Cass. soc., 6 mai 1981, n<sup>o</sup> 79-41.486 ; Cass. soc., 5 janv. 1978, n<sup>o</sup> 76-41.136, Bull. civ. V, p. 18).

Il en est ainsi :

- pour un 13<sup>e</sup> mois calculé pour l'année entière, périodes de travail et de congés confondues (Cass. soc., 2 avr. 1997, n<sup>o</sup> 94-41.389 ; Cass. soc., 8 juin 2011, n<sup>o</sup> 09-71.056) ;
- pour une prime de résultat (Cass. soc., 6 juin 1963, n<sup>o</sup> 62-40.695, Bull. civ. IV, p. 386) ;
- pour une prime d'intéressement (Cass. soc., 15 juin 1978, n<sup>o</sup> 77-41.196, Cah. prud'h. 1978, p. 152) ;
- pour une prime semestrielle de productivité et une prime semestrielle d'assiduité, forfaitairement calculées (Cass. soc., 20 nov. 1974, n<sup>o</sup> 73-40.294, Bull. civ. V, p. 519 ; à rapp. Cass. soc., 3 déc. 1975, n<sup>o</sup> 74-40.288, Bull. civ. V, p. 499) ;
- pour une prime de bonus se rapportant à toute l'année (CA Dijon, ch. soc., 14 mars 2013, n<sup>o</sup> 12/00701) ;
- pour une prime exceptionnelle (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n<sup>o</sup> 96-40.421, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 361, p. 274 ; Cass. soc., 13 févr. 2013, n<sup>o</sup> 11-23.880) ;
- pour une prime de médaille (Cass. soc., 13 févr. 2013, précité).

Certaines conventions collectives consacrent cette jurisprudence sous la forme d'une disposition excluant les gratifications qui, en raison des conditions de leur attribution, ne se trouvent pas réduites par le fait que le salarié a bénéficié d'un congé.

En revanche, une prime d'ancienneté, une prime d'assiduité, une prime de rendement, lorsqu'elles sont attribuées dans le cadre du mois de travail effectif, entrent bien dans l'assiette de l'indemnité. Ainsi pour l'intégration d'une prime mensuelle d'assiduité non versée pendant le congé (Cass. soc., 11 juin 1987, n<sup>o</sup> 85-45.122). Elles n'en sont exclues que si elles rémunèrent globalement une période comprenant le congé annuel (en ce sens, Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, précité).

De même, une prime annuelle qui sera exclue de l'assiette, si elle est assise sur la rémunération des périodes de travail et de congés payés confondues, sera au contraire prise en compte si elle est assise uniquement sur le salaire des périodes de travail, puisque dans cette hypothèse il n'y a pas cumul pour la période du congé annuel (Cass. soc., 25 mars 1982, n<sup>o</sup> 80-40.589, Bull. civ. V, p. 168).

Remarques

Le principe du non-cumul aboutit ainsi à exclure le plus souvent de l'assiette de l'indemnité les gratifications et les primes qui ne rémunèrent pas des facteurs qui s'intègrent dans la prestation élémentaire du travail. Il faut, en tout état de cause, s'attacher aux modalités d'octroi de la gratification ou de la prime considérée.

### 3692 - Commissions

#### a) L'intégration des commissions dans l'assiette de calcul du dixième

Selon la CJUE, la rémunération du travailleur doit être maintenue pendant ses congés payés, en d'autres termes, il doit percevoir sa rémunération habituelle pendant cette période de repos (CJUE, 16 mars 2006, aff. C-131/04 et C-257/04 ; CJUE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06). Peu importe à cet égard que son salaire soit composé d'un fixe et d'un variable. L'objectif est de placer le travailleur dans une situation qui est, s'agissant du salaire, comparable aux périodes de travail..

La rémunération versée au titre des congés payés doit donc, selon directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003, inclure les commissions (CJUE, 22 mai 2014, aff. C-539/12), lesquelles doivent donc être également incluses dans l'assiette du dixième.

Le droit français, sur ce point, est en parfaite harmonie avec la norme européenne (Cass. soc., 22 févr. 1995, n<sup>o</sup> 93-44.254).

#### b) La question du cumul de l'indemnité de congés payés et de commissions

Rien ne s'oppose au « cumul » de l'indemnité de congé payé et des commissions devenant exigibles pendant le congé, mais qui correspondent à un travail antérieur.

**En effet, lorsque les commissions sont liées au travail personnel du salarié**, les sommes qui deviennent exigibles à ce titre, pendant son congé, correspondent en réalité à la rémunération d'un travail accompli avant son départ en congé. L'impact de la prise du congé annuel se trouvera simplement décalé dans le temps.

**Mais lorsque la commission représente un intéressement général sur les affaires de l'entreprise ou d'un service,**

sans rapport immédiat et nécessaire avec le travail personnel du bénéficiaire, on ne saurait, à peine de cumul, englober, d'une part, dans l'assiette de l'indemnité de congé payé, le montant des participations acquises pendant l'année de référence, tout en maintenant, d'autre part, les participations acquises pendant le congé. Il y aurait ici un cumul effectif (Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 1983, n<sup>o</sup> 81-42.285 ; Cass. soc., 30 janv. 1985, n<sup>o</sup> 81-41.769 Cass. soc., 10 avr. 2000, n<sup>o</sup> 00-42.143, cas où la partie variable de la rémunération est calculée en fonction de la production globale annuelle).

— Voir encore Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1985, n<sup>o</sup> 82-42.599.

— Sur le non-cumul du salaire avec l'indemnité de congé payé, voir n<sup>o</sup> 3700.

### c) La question de l'intégration de l'indemnité de congés payés dans les commissions

Selon la CJUE, on ne peut pas admettre que le taux annuel des commissions prenne déjà en compte par avance les périodes de congé annuel payé : « La directive no 93/104 s'oppose à ce que le paiement du congé annuel minimal au sens de cette disposition fasse l'objet de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué, et non d'un versement au titre d'une période déterminée au cours de laquelle le travailleur prend effectivement congé » (CJUE, 22 mai 2014, aff. C-539/12 ; CJUE, 16 mars 2006, aff. C-131/04 et C-257/04). Cette solution repose sur la règle selon laquelle la période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail (Dir. n<sup>o</sup> 2003/88/CE, 4 nov. 2003).

La Cour de cassation précise par ailleurs que le niveau élevé des commissions allouées à un VRP ne permet pas d'établir à lui seul qu'elles incluent l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 23 nov. 1994, n<sup>o</sup> 91-41.467, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 307).

Comme pour les autres salariés, la forfaitisation ne peut être réalisée que sur convention expresse entre les parties (voir n<sup>o</sup> 3701).

### 3693 - Calcul du dixième pour une durée de congés inférieure à 30 jours

Lorsqu'au cours de la période de référence des absences non assimilées à du travail effectif ont eu lieu, ou en cas d'embauche ou de départ en cours de période de référence, le salarié a droit à un nombre de jours de congés inférieur à 30 jours ouvrables.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu de proratiser le dixième : en effet, dans le cas d'une période de référence réduite, l'assiette de calcul du dixième (la rémunération annuelle) sera elle-même réduite.

### 3694 - Règle du salaire théorique

Le résultat obtenu par l'application de la règle du dixième doit être comparé au salaire qu'aurait perçu le salarié s'il avait travaillé effectivement pendant son congé. Cette rémunération est déterminée à raison tout à la fois du salaire gagné pendant la période précédant le congé et de la durée du travail effectif dans l'établissement (C. trav., art. L. 3141-22, II). C'est ce que l'on appelle le salaire théorique.

#### Lorsque le congé comporte un fractionnement, le calcul selon le salaire théorique doit se faire distinctement pour chaque fraction.

Ce salaire théorique est fonction :

— **du salaire** gagné pendant la période précédant le congé (Cass. soc., 19 déc. 1979, n<sup>o</sup> 78-41.044, Bull. civ. V, p. 756). La période précédant le congé doit s'entendre de la période immédiate ; on ne saurait lui substituer une autre période au motif que la situation n'avait pas été normale du fait d'arrêts de travail, par exemple (Cass. soc., 14 oct. 1982, n<sup>o</sup> 80-41.307, Cah. prud'h. 1983, p. 61). Comme pour l'application de la règle du dixième (voir n<sup>os</sup> 3690 et s.) tous les éléments de rémunération qui ne représentent ni un remboursement de frais, ni la compensation d'un risque exceptionnel doivent être pris en compte. Pour les salariés payés aux pièces, il est recommandé de prendre une base plus large afin de retenir une rémunération moyenne plus exacte ; on fera le calcul sur les gains du mois précédant le départ, par exemple. Si une majoration de salaire intervient pendant la durée du congé payé, l'indemnité doit en tenir compte ;

— **de l'horaire** qui aurait été celui du salarié s'il avait travaillé pendant le congé, heures supplémentaires comprises. Il s'agit de l'horaire effectif et non d'un horaire moyen (Cass. soc., 2 juin 1988, n<sup>o</sup> 85-41.200, Bull. civ. V, p. 222).

Lorsque l'établissement ferme pendant la période des congés, la durée du travail à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité sera celle effectuée au cours de la période de travail précédant le congé, en tenant compte de l'horaire effectif et non d'un horaire moyen.

Lorsque l'établissement ne ferme pas, il y a lieu de se référer à l'horaire pratiqué pendant l'absence du salarié (Cass. soc., 19 févr. 1981, n<sup>o</sup> 79-41.353), sauf à vérifier si l'horaire ainsi suivi n'a pas été exceptionnellement allongé, notamment pour remédier à l'absence des salariés en congé (Cass. soc., 21 oct. 1970, n<sup>o</sup> 69-40.612, Cah. prud'h. 1971, p. 40 ; à rapp. Cass. soc., 10 mai 1978, n<sup>o</sup> 77-40.304, Cah. prud'h. 1979, p. 2 ; Cass. soc., 8 juin 1978, n<sup>o</sup> 77-40.433, Bull. civ. V, p. 349).

— Dans le même sens, Cass. soc., 29 nov. 1979, n<sup>o</sup> 78-41.137, Bull. civ. V, p. 671.

**Le fait que pendant la période de référence, un salarié ait travaillé successivement à temps partiel et à temps plein ne modifie pas la mise en œuvre de la règle du salaire théorique.** Le premier élément de comparaison constitué par le salaire moyen, résultant de l'application de la règle du dixième, sera évidemment affecté puisque la masse des salaires perçus comportera la rémunération réduite des périodes de travail à temps partiel ; mais pour déterminer le salaire qui aurait été perçu si le salarié avait travaillé pendant son congé, on considérera l'horaire qui aurait été le sien à ce moment. Si après avoir occupé un emploi à temps partiel, le salarié prend ou reprend un emploi à temps plein au moment des vacances, le salaire théorique sera constitué par le salaire correspondant à ce travail à temps plein et se révélera plus favorable que le salaire moyen. Il en sera de même en cas d'activité partielle avec réduction du temps de travail hebdomadaire pendant la période de référence et reprise d'une activité normale au moment de la prise des congés payés. Il faut réserver l'hypothèse où le retour à un emploi à temps plein serait temporaire et occasionnel et où il faudrait en revenir pour calculer le salaire théorique à l'horaire habituel réduit (Rép. min., JOANQ 2 mars 1981, p. 930).

— Sur l'incidence d'une prise de congé pendant une période d'activité partielle, voir n<sup>o</sup> 2262.

### 3695 - Avantages en nature

À l'indemnité proprement dite s'ajoute la valeur des avantages en nature, logement et nourriture notamment, dont le salarié ne profite plus pendant son congé.

S'il continue à en profiter pendant son congé (logement de fonction par exemple), il n'y a pas lieu de tenir compte de leur valeur (C. trav., art. L. 3141-23).

A été jugé par ailleurs que l'avantage personnel que le salarié peut tirer de l'utilisation à des fins personnelles de la voiture mise à sa disposition pour les besoins du service, lorsqu'il s'agit d'une simple tolérance, n'a pas à être pris en considération (Cass. soc., 19 oct. 1967, n<sup>o</sup> 66-40.311, Bull. civ. IV, p. 558).

### 3696 - Comparaison du dixième et du salaire théorique

Le mode légal de calcul de l'indemnité de congé payé repose sur la comparaison entre le résultat obtenu en calculant le dixième d'un salaire moyen annuel et le montant de ce qu'il aurait perçu si, au moment où il prend son congé, il avait continué à travailler (salaire théorique). C'est la somme qui se révèle la plus élevée qui doit être versée au salarié au titre de son congé (Cass. soc., 20 nov. 1985, n<sup>o</sup> 84-45.119, Bull. civ. V, p. 402). La comparaison à opérer entre l'indemnité calculée en application de la règle du dixième et celle calculée en application de la règle du maintien du salaire doit être effectuée sur la base du même nombre de jours de congés, sans exclusion de la rémunération des jours fériés et chômés inclus dans la durée desdits congés payés (Cass. soc., 10 juill. 2013, n<sup>o</sup> 12-22.809).

La comparaison entre le dixième et le salaire théorique est une obligation **d'ordre public**.

Un accord collectif, même dérogatoire, ne peut priver le salarié du bénéfice de ce droit qu'il tient de l'article L. 3141-22 du Code du travail, pour la période antérieure à la signature de l'accord.

En l'espèce, il s'agissait d'un accord d'entreprise qui avait pour objet d'apurer, pour le passé, la situation en matière de congés payés, le versement d'une somme globale étant supposé couvrir tous les arriérés. Cet accord ne pouvait faire obstacle à la réclamation d'un salarié qui se plaignait que la règle du dixième n'ait pas été appliquée aux heures supplémentaires (Cass. soc., 11 juill. 2000, n<sup>o</sup> 98-40.696).

L'employeur doit de sa propre initiative, sans attendre une revendication du salarié, appliquer la règle qui se révèle la plus favorable au salarié. **La comparaison doit se faire pour chaque salarié ; l'employeur ne saurait s'en tenir a priori à une règle unique pour tous les salariés**. Il ne saurait se contenter d'appliquer la règle du 1/10<sup>e</sup> (Cass. soc., 20 juin 1995, n<sup>o</sup> 91-45.877), ni celle du salaire théorique, seule.

**La règle du salaire moyen** aboutit à retenir le 1/10<sup>e</sup> de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de l'année de référence.

**La fraction 1/10 est une constante** : elle s'applique même lorsque le congé est inférieur au congé plein ; c'est la rémunération prise comme base qui sera simplement plus faible puisque, par hypothèse, le salarié n'aura pas travaillé pendant toute l'année de référence.

Le deuxième terme de la comparaison, **le salaire théorique** égal au salaire qu'aurait perçu le salarié s'il avait travaillé ne constitue qu'un minimum garanti.

Remarques

Dans la plupart des cas, l'employeur procède de la manière suivante :

- 1) il maintient le salaire en se référant à la notion de salaire théorique à chaque prise de congés au cours de l'année ;
- 2) puis il procède à une régularisation en fin de période en comparant les sommes versées au titre des congés pris et le montant du 1/10 des salaires perçus (méthode de calcul des congés sur la base de 1/10) ; la régularisation s'impose, le 1/10 est plus favorable.

Le jeu de la régularisation annuelle qui est prônée par l'administration et réalisée par comparaison entre le dixième et les maintiens de salaire, évite de devoir procéder à chaque congé à cette opération fastidieuse.

### 3697 - Indemnisation des congés supplémentaires

Tout jour de congé supplémentaire, même d'origine conventionnelle, est indemnisé sur la base d'une indemnité journalière du congé principal : on prendra le quotient de l'indemnité afférente au congé principal par le nombre de jours ouvrables compris dans ce congé principal. Les dispositions légales qui déterminent le mode de calcul de l'indemnité de congés payés sont d'ordre public : elles s'appliquent également aux congés supplémentaires d'origine conventionnelle, de sorte qu'un employeur ne peut se prévaloir d'un usage pour imposer aux salariés des mesures moins favorables (Cass. soc., 26 févr. 1997, n<sup>o</sup> 93-46.579, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 85, p. 60).

Cette indemnité journalière ne peut en outre être inférieure à la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait travaillé le jour où il a pris ce congé supplémentaire, en application de la règle du salaire théorique (voir n<sup>o</sup> 3694).

Par suite, ceux-ci peuvent demander que les congés annuels supplémentaires conventionnels soient calculés selon la règle du 1/10, en l'espèce plus favorable.

Pour adapter la règle du dixième au calcul d'un nombre de jours de congés supérieur au congé légal, il faut procéder à une proratisation.

En effet, selon le Code du travail, lorsque la durée du congé est supérieure, « l'indemnité est calculée proportionnellement à la durée du congé effectivement dû » (C. trav., art. L. 3141-22). Il y a donc lieu de procéder à une règle de trois.

#### EXEMPLE

L'indemnité pour trente jours est égale au 1/10 de la rémunération annuelle soit 1/10 RA.

Pour un jour, elle est trente fois moindre soit :

1/10 rémunération annuelle RA/30.

Pour trente-deux jours (hypothèse de l'exemple), elle sera de 32 fois supérieure soit : 1/10 RA/30 × 32.

Si RA = 24 000 €, l'indemnité de congé sera :

— pour 30 jours ouvrables de congés, de 2 400 € ;

— pour 32 jours ouvrables de congés, de 2 560 € (2 400/30 × 32).

#### 3698 - Prime de vacances

De nombreux accords collectifs accordent aux salariés une prime de vacances s'ajoutant à l'indemnité de congé payé qui constitue une gratification et qui devient une obligation pour l'employeur sauf dénonciation de sa part.

#### 3699 - Rémunération des jours travaillés

La détermination de la rémunération des mois comportant une période de congé payé et des jours travaillés fait difficulté dans la mesure où il s'agit de concilier la forfaitisation, qu'implique la mensualisation, avec les règles applicables au calcul de l'indemnité de congé payé.

Il résulte d'un arrêt (Cass. soc., 17 févr. 1982, n<sup>o</sup> 79-41.673, Dr. ouvrier 1982, p. 82), que la rémunération des jours travaillés dans le mois comportant une période de congé payé doit être déterminée en déduisant de la mensualité normale le salaire des heures non travaillées en raison de la prise de congé. Le salaire horaire à prendre en considération est, non pas le salaire moyen, mais le salaire horaire réel pour le mois considéré obtenu en rapportant la mensualité normale au nombre d'heures de travail effectif compris dans le mois considéré.

Bon nombre d'entreprises néanmoins procèdent différemment en comptant dans le mois considéré le nombre d'heures de travail effectuées. Elles procèdent donc par addition et non par soustraction, ce qui est autorisé.

Par ailleurs, l'indemnité de congés payés est calculée selon les règles fixées par l'article L. 3141-22 du Code du travail.

S'il apparaît que la règle du 1/10<sup>e</sup> donne un résultat plus favorable que le salaire qui aurait été gagné (qui correspond à la somme déduite de la mensualité normale pour calculer le salaire des jours résiduels), c'est la somme résultant de l'application de la règle du 1/10 qui est due ; la mensualité effective sera alors nécessairement supérieure à la mensualité normale. Si la règle du 1/10 donne un résultat moins favorable, c'est la mensualité normale qui est maintenue (voir notamment Cass. soc., 14 mai 1987, n<sup>o</sup> 85-17.578).

Les heures correspondant aux jours de congés payés n'ont pas à être prises en compte pour le calcul du seuil de déclenchement des majorations pour heures supplémentaires, sauf dispositions conventionnelles contraires (Cass. soc., 4 avr. 2012, n<sup>o</sup> 10-10.701, P+B).

#### 3700 - Principe du non-cumul du salaire et de l'indemnité de congés payés

##### a) Principe de non-cumul

L'indemnité de congé se substitue au salaire perçu habituellement.

C'est en application de ce principe que cette indemnité ne peut se cumuler avec le salaire perçu par un salarié qui n'aurait pas fait usage de son droit à un congé effectif (Cass. soc., 11 avr. 1995, n<sup>o</sup> 92-41.423) ; le salarié serait toutefois fondé à réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par la privation du congé, s'il était établi que c'est l'employeur qui s'est opposé à la prise du congé (Cass. soc., 9 janv. 1990, n<sup>o</sup> 87-44.825).

— Voir encore Cass. soc., 5 mars 1987, n<sup>o</sup> 84-44.369 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n<sup>o</sup> 95-44.428.

Ce principe de non-cumul ne fait toutefois pas obstacle à ce que soit accordée au salarié une indemnité compensatrice

de congés payés non pris au cours des années antérieures, dès lors qu'il est établi que le solde des congés litigieux avait été reporté, avec l'accord de l'employeur, sur la période de référence en cours à la date de rupture (Cass. soc., 27 sept. 2007, n<sup>o</sup> 06-41.744, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 145 ; voir n<sup>o</sup> 3713).

**L'indemnité ne peut se cumuler avec un autre élément de rémunération se rapportant au temps du congé pris par le salarié.** Ainsi, un membre titulaire du comité d'entreprise ne peut cumuler une indemnité de congés payés avec les sommes dues au titre des heures de délégation utilisées (Cass. soc., 19 oct. 1994, n<sup>o</sup> 91-41.097). Sur les heures de délégation, voir n<sup>os</sup> 4789 et s.

Le principe du non-cumul conduit à exclure de la masse des rémunérations de la période de référence retenue pour l'application de la règle du 1/10 (salaire moyen) certains éléments de rémunération qui prennent en compte une période englobant indistinctement le temps de travail et le temps de congé (prime annuelle, treizième mois...) (voir n<sup>os</sup> 3691 et 3692).

Sur la question du cumul de l'indemnité de congé payé avec des commissions devenues exigibles pendant les congés payés mais correspondant à un travail antérieur, voir n<sup>o</sup> 3692.

#### b) Exception

La conjugaison d'un certain nombre de circonstances exceptionnelles peuvent conduire la Cour de cassation à faire une exception au principe (Cass. soc., 27 nov. 2013, n<sup>o</sup> 12-24.465).

Dans cette affaire, il y avait conjugaison entre des réunions de délégués du personnel, de membres du comité d'entreprise et d'une commission de suivi du plan de sauvegarde de l'emploi, d'une part, et l'imminence du départ en retraite de l'intéressé, d'autre part. Le salarié avait donc participé à des réunions pendant son congé.

La Cour de cassation lui accorde le cumul de l'indemnité de congés payés et des paiements des heures de réunion : « Mais attendu que les heures passées par le salarié titulaire d'un mandat de représentation du personnel aux réunions organisées à l'initiative de l'employeur doivent être payées comme du temps de travail effectif ; Et attendu qu'ayant constaté que le salarié, pendant ses congés payés, s'était rendu aux réunions organisées à l'initiative de l'employeur pour exercer son mandat représentatif dans l'intérêt de la collectivité des salariés et qu'il n'avait pu, du fait de son départ en retraite, bénéficier des congés payés auxquels il pouvait prétendre, c'est à bon droit que le conseil de prud'hommes a statué comme il l'a fait ».

#### 3701 - Forfaitisation de l'indemnité de congés payés — Nécessité d'un accord exprès

Dans certaines professions, il est admis que les congés payés soient acquittés par une majoration du salaire (travailleurs à domicile, salariés de particuliers payés par le chèque emploi-service) ou englobés dans la rémunération (VRP). C'est ce que l'on appelle la forfaitisation de l'indemnité de congés payés.

La Cour de cassation n'est pas hostile au paiement de l'indemnité de congés payés par majoration du salaire mensuel mais, jusqu'en novembre 2013, elle a subordonné cette pratique à trois exigences :

- elle doit être justifiée par des circonstances particulières tenant à l'emploi ;
- elle doit faire l'objet d'une convention expresse entre l'employeur et le salarié ;
- elle ne doit pas aboutir à un résultat moins favorable que l'application stricte de la loi (Cass. soc., 2 avr. 1997, n<sup>o</sup> 95-42.320, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 135 ; Cass. soc., 25 mars 2009, n<sup>o</sup> 08-41.229).

Elle a reformulé sa position concernant la forfaitisation des congés payés, à la lumière de la directive n<sup>o</sup> 93/104/CE et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 16 mars 2006 (CJCE, 16 mars 2006, aff. C-131/04 et C-257/04).

L'article 7 de la directive n<sup>o</sup> 93/104 n'est pas en contradiction avec la jurisprudence précitée, mais il est plus exigeant, du moins en ce qui concerne le congé annuel minimal à l'échelon de l'Europe, le minimum étant de quatre semaines. D'abord, il « s'oppose à ce qu'une partie du salaire versé au travailleur au titre du travail effectué soit affectée au paiement du congé annuel sans que le travailleur perçoive, à ce titre, un paiement en sus de celui versé au titre du travail effectué ; il ne saurait être dérogé à ce droit par un accord contractuel. » Le contrat de travail ou la convention spécifique passée avec le salarié sur ce point doit donc indiquer clairement quel est le montant de la majoration correspondant au congé payé.

Ensuite, il s'oppose à ce que la CJUE appelle des « versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué » (en d'autres termes, l'inclusion de l'indemnité de congés payés dans le salaire mensuel), dès lors que ces versements ne sont pas connectés à une période au cours de laquelle le salarié prend effectivement son congé. « Ce qui est prohibé, et aucun accord ne peut y déroger, c'est l'affectation d'une partie du salaire correspondant au travail fourni, à l'indemnisation du congé » (Marie-Louise Vigouroux, [www.svp.com](http://www.svp.com)).

Mais il ne s'oppose pas à la pratique des « versements partiels » ci-dessus désignés, si ces sommes sont payées « de manière transparente et compréhensible » et « imputées sur le paiement d'un congé déterminé qui est effectivement pris par le travailleur ».

Reprenant cette jurisprudence de la CJUE à son compte, la Cour de cassation exige donc dorénavant que la convention expresse passée entre l'employeur et le salarié **indique clairement le montant affecté au congé payé** et que

**l'employeur fasse en sorte que le congé annuel soit effectivement pris** (Cass. soc., 14 nov. 2013, n<sup>o</sup> 12-14.070).

Un contrat de travail qui se borne à stipuler que la rémunération globale du salarié inclut les congés payés ne peut pas être regardé comme transparent et compréhensible et quand, à la fin du contrat de travail, il apparaît qu'un reliquat de jours de congés payés n'a pas été pris, l'employeur doit être condamné à payer une indemnité compensatrice de congés payés.

Remarques

Cet arrêt est à rapprocher de celui qui a décidé que l'employeur ne pouvait pas se contenter de démontrer qu'il avait payé les congés, mais devait prouver avoir pris les mesures pour que le salarié prenne effectivement ses congés (Cass. soc., 13 juin 2012, n<sup>o</sup> 11-10.929; voir n<sup>o</sup> 3659).

### 3702 - Débiteur de l'indemnité

Le paiement de l'indemnité de congés payés est à la charge de l'employeur.

En cas de décès de l'employeur, sans continuation de l'entreprise, les indemnités sont à la charge de la succession (Cass. soc., 28 juin 1958, n<sup>o</sup> 6.029, Bull. civ. IV, p. 619).

**a) Substitution d'employeur dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail**

L'article L. 1224-2 du Code du travail consacre le transfert au nouvel employeur des obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification qui a emporté la transmission de plein droit des contrats de travail en cours.

Le transfert ne joue pas, toutefois, lorsque la modification emportant application de l'article L. 1224-1 du Code du travail intervient dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation de biens (Cass. soc., 19 févr. 1992, n<sup>o</sup> 89-45.112, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 93 ; Cass. soc., 4 déc. 2002, n<sup>o</sup> 00-44.328). La loi exclut également le transfert lorsque la substitution intervient en dehors d'une convention conclue entre eux (substitution de prestataire de services, par exemple).

Le nouvel employeur peut se faire rembourser par l'ancien employeur les sommes payées pour son compte, à moins que la convention intervenue entre eux n'ait pris en considération la charge ainsi assumée.

L'application de l'article L. 1224-2 du Code du travail conduit à mettre à la charge du nouvel employeur l'indemnité de congé payé correspondant aux droits acquis pendant toute l'année de référence, sauf à se faire rembourser, par l'ancien employeur, la partie de l'indemnité afférente aux droits acquis avant la substitution (Cass. soc., 22 juill. 1985, n<sup>o</sup> 84-12.824 ; à rapp. Cass. soc., 14 mai 1987, n<sup>o</sup> 85-13.287, Bull. civ. V, p. 195).

**b) Succession d'employeurs hors article L. 1224-1 du Code du travail**

La situation envisagée est celle du transfert d'un salarié d'une entreprise à une autre, en dehors du cadre de l'article précité, transfert impliquant la cessation du contrat avec le premier employeur. Il n'y a pas lieu de transposer la solution retenue dans la mise en œuvre de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Sauf accord entre les employeurs successifs, les droits à congé payé acquis lors du transfert se sont traduits par une indemnité compensatrice de congé payé versée par l'ancien employeur qui en est le seul débiteur. Mais lorsque le nouvel employeur a poursuivi le contrat de travail initial, il doit verser au salarié l'intégralité de l'indemnité de congé payé, sauf recours contre l'ancien employeur pour la fraction de l'indemnité correspondant au temps pendant lequel, au cours de la période de référence, le salarié a été au service de ce dernier (Cass. soc., 7 mars 1990, n<sup>o</sup> 86-43.823).

### 3703 - Bulletin de paie

L'indemnité de congés payés est due, en principe à terme échu et apparaît sur le bulletin de paie du mois considéré. Toutefois l'employeur peut en faire une avance totale ou partielle au salarié qui le demande.

L'article R. 3243-1 du Code du travail impose de faire figurer sur le bulletin de paie la date des congés qui peuvent être compris dans la période de paie considérée et le montant de l'indemnité correspondante. Ces mentions peuvent toutefois n'être portées que sur le bulletin de paie du mois suivant, lorsque les délais de prise en charge de la paie l'imposent (Circ. min., 30 août 1978, BO Trav. 1978, n<sup>o</sup> 48).

Le défaut de mention des dates de congés payés sur le bulletin de paie expose l'employeur au versement de dommages-intérêts pour privation du repos annuel (Cass. soc., 13 juin 2012, n<sup>o</sup> 11-10.929, P+B+R ; voir n<sup>o</sup> 3661).

Il est également accepté que, pour les entreprises du bâtiment et des travaux publics qui relèvent du régime des caisses de congés payés, seules figurent sur les bulletins de paie les dates du congé (Lettre min., BO Trav. 1979, n<sup>o</sup> 81).

Le fractionnement du congé annuel et l'application de la règle du salaire moyen font qu'il est parfois impossible de connaître avec exactitude le montant de l'indemnité correspondant à un congé pris au cours d'un mois. On est conduit à procéder par maintien du salaire à titre provisionnel, sauf à procéder à une régularisation à la fin de la période des congés. En pareille hypothèse, la mention sur le bulletin de paie du maintien du salaire doit être tenue pour satisfaisante (en ce sens, Circ. min., 30 août 1978, précitée).

Remarques

En pratique, la plupart des logiciels de paie permettent de faire apparaître la somme correspondant à l'absence congés

payés et la même somme correspondant à l'indemnité congés payés (maintien du salaire). Nonobstant la délivrance de fiches de paie, il appartient à l'employeur qui prétend être libéré de son obligation de prouver le paiement de l'indemnité compensatrice de congés payés. La cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les dispositions de l'article L. 3243-3 du Code du travail et l'article 1315 du Code civil (Cass. soc., 11 juin 2013, n° 12-13.520).

### 3704 - Indemnités de congés payés et cotisations sociales

Les indemnités de congés payés doivent donner lieu à versement de cotisations (CSS, art. L. 242-1), et ce quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont versées et que le salarié ait pris ou non son congé annuel (voir n° 6106). Ainsi, sont soumises à cotisations les indemnités de congés payés allouées à des préposés dont le contrat de travail se trouve suspendu en raison de la maladie (Cass. soc., 26 nov. 1969, n° 67-14.712, Bull. civ. IV, p. 543) ou versées aux ayants droit d'un salarié décédé avant la date de son congé (Cass. soc., 28 mars 1979, n° 77-13.647, Bull. civ. V, p. 204).

Pour les salariés bénéficiaires d'une déduction supplémentaire pour frais professionnels, celle-ci s'applique également à l'indemnité de congés payés. Sur le problème des abattements forfaitaires, voir n° 6185.

Les indemnités supportent les cotisations d'assurance-chômage ainsi que toutes les autres charges sur salaires.

### 3705 - Garanties de paiement

Le paiement des indemnités dues pour les congés payés est soumis aux règles fixées par le Code du travail pour le paiement des salaires et traitements.

L'indemnité de congés payés est donc **insaisissable** dans les mêmes limites que le salaire (voir n° 1293). Elle est **compensable** avec les avances faites par l'employeur au salarié, mais seulement dans les conditions fixées par la loi (voir n° 1293).

Les articles 2101 et 2104 du Code civil mentionnent les indemnités dues pour les congés payés parmi **les créances privilégiées** sur la généralité des meubles et immeubles, au même titre que les salaires.

L'article L. 3253-4 du Code du travail institue un **superprivilège** pour le paiement des indemnités de congés payés, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens (voir n° 1317).

### 3706 - Délai de prescription

L'action en paiement de l'indemnité de congés payés est soumise à la prescription de 3 ans applicable au salaire (voir n°<sup>OS</sup> 5661 et s.).

Outre que ce délai ne débute qu'à compter de la date où le salarié a, ou aurait dû avoir, connaissance de ses droits (C. trav., art. L. 3245-1), il court à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés auraient pu être pris (Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 93-46.408, Bull. civ. V, n° 416, p. 298 ; Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-17.409).

### 3707 - Conditions d'attribution

#### a) Rupture du contrat de travail

La rupture du contrat avant que le salarié ait pu solder l'intégralité de ses droits à congé annuel lui ouvre le droit à une indemnité compensatrice de congés payés. Le fait que la résiliation soit à l'initiative du salarié n'influe pas sur ce droit.

Seule la faute lourde peut priver le salarié de l'indemnité compensatrice (C. trav., art. L. 3141-26) (voir n° 3708). La cessation du contrat à durée déterminée ouvre également droit au profit du salarié à une indemnité compensatrice (C. trav., art. L. 1242-16).

Les salariés intérimaires liés à un entrepreneur de travail temporaire ont droit à une indemnité compensatrice de congé payé pour chaque mission, quelle qu'en ait été la durée (C. trav., art. L. 1251-19).

#### b) Indemnité compensatrice en l'absence de rupture du contrat de travail

Hormis le cas de rupture du contrat de travail, l'indemnité compensatrice de congés payés n'est due en principe que pour autant que le salarié ait été empêché par son employeur de prendre effectivement ses congés.

Lorsqu'un salarié n'a pas pu prendre ses congés pendant la période fixée dans l'entreprise, pour cause de maladie (Cass. soc., 24 févr. 2009, n° 07-44.488), d'accident du travail ou de maladie professionnelle (Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 05-42.293 ; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-43.767), il ne peut pas, en principe, prétendre à une indemnité compensatrice de congés payés, laquelle suppose la rupture du contrat de travail. Les congés non pris ne sont pas pour autant perdus. Ils sont obligatoirement reportés (voir n°<sup>OS</sup> 3717 et s.). S'agissant toutefois de la non-prise des congés pour cause de congé parental, la Cour de cassation devrait revenir sur la position selon laquelle la décision du salarié de bénéficier d'un congé parental d'éducation s'imposait à l'employeur, ce dont il résultait que l'intéressé avait lui-même rendu impossible l'exercice de son droit à congé payé (Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.314, Bull. civ. V, n° 32). En

effet, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le salarié doit retrouver ses jours de congés payés non pris à son retour de congé parental (CJUE, 22 avr. 2010, aff. C-486/08).

— Sur le cas particulier du congé de maternité, voir n<sup>o</sup> 3715.

### 3708 - Incidence de la faute lourde

Une faute lourde peut priver le salarié de l'indemnité compensatrice de congés payés pour la période de référence **en cours** (C. trav., art. L. 3141-26). Cette disposition n'est pas applicable lorsque l'employeur est tenu d'adhérer à une caisse de congés payés (C. trav., art. L. 3141-28).

La qualification de faute grave, privative par ailleurs du préavis, n'est pas suffisante pour emporter la perte du droit à l'indemnité compensatrice de congé payé (Cass. soc., 26 juin 1985, n<sup>o</sup> 82-40.747). Il faut que la faute lourde soit caractérisée (Cass. soc., 23 avr. 1976, n<sup>o</sup> 75-40.343, Dr. ouvrier 1977, p. 109).

Rappelons que, pour caractériser une faute lourde, les agissements des salariés doivent être dictés par l'intention de nuire à l'employeur (Cass. soc., 29 nov. 1990, n<sup>o</sup> 88-40.678, Bull. civ. V, p. 360 ; Cass. soc., 12 nov. 1997, n<sup>o</sup> 95-41.572).

— Sur la notion de faute lourde, voir n<sup>o</sup> 2499.

**Mais la privation n'affecte que les droits se rapportant à la période de référence en cours lors de la rupture du contrat** (Cass. soc., 28 oct. 1975, n<sup>o</sup> 74-40.712, Cah. prud'h. 1976, p. 23).

#### EXEMPLE

Une rupture intervenant en septembre privera le salarié des droits correspondant à la période allant de juin à septembre de l'année considérée, mais n'affectera pas les droits acquis au titre de la période de référence qui a pris fin le 31 mai. *A fortiori*, la faute lourde ne saurait priver le salarié des indemnités relatives aux années antérieures pour lesquelles il n'aurait pas été rempli de ses droits.

Lorsque la faute lourde a été commise en cours de préavis, elle ne remet pas en cause le droit à l'indemnité compensatrice, celle-ci étant acquise au jour de la décision de licenciement (Cass. soc., 23 oct. 1991, n<sup>o</sup> 88-43.008 ; Cass. soc., 22 mai 2002, n<sup>o</sup> 00-40.446, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 173), ou jour de la notification de démission (Cass. soc., 13 janv. 1993, n<sup>o</sup> 91-45.260).

### 3709 - Mode de calcul

L'indemnité compensatrice se calcule comme l'indemnité de congés payés (voir n<sup>os</sup> 3689 et s.), en considérant la période de travail effectif s'étendant entre la date initiale de la période de référence (1<sup>er</sup> juin), ou la date d'embauche si elle est postérieure, et la date de résiliation jusqu'à la fin du préavis.

La prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail mettant fin immédiatement au contrat de travail, c'est à la date de cette prise d'acte qu'il y a lieu de se placer pour calculer l'indemnité compensatrice (Cass. soc., 4 avr. 2007, n<sup>o</sup> 05-43.406, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 61).

L'indemnité ne peut être inférieure à la rémunération qu'aurait perçue le salarié s'il avait travaillé pendant son congé, calculée sur la base du dernier salaire et de la durée du travail dans l'établissement (C. trav., art. L. 3141-22). Il n'y a donc pas lieu de tenir compte d'une augmentation des salaires postérieure à la rupture (Cass. soc., 19 déc. 1979, n<sup>o</sup> 78-41.044, Bull. civ. V, p. 756). En revanche, l'indemnité compensatrice de préavis entre dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés (C. trav., art. L. 1234-5).

Il faut, par ailleurs, rechercher quel aurait été le temps de travail effectif. Un arrêt de la Cour de cassation fait une application significative de cette règle. En l'espèce, le salarié était englobé dans un licenciement provoqué par des difficultés économiques qui avaient entraîné une réduction de l'horaire hebdomadaire à 25 heures. Le licenciement collectif avait permis de porter à 40 heures la durée de travail du personnel subsistant. Considérant que l'horaire pendant la période de congés avait été de 40 heures, la cour d'appel avait retenu cette base de calcul. Or, il apparaissait comme acquis que, si le licenciement n'était pas intervenu, l'horaire hebdomadaire aurait été maintenu à 25 heures. Cette considération emporte la cassation. La cour d'appel n'avait pas recherché quelle aurait été la situation effective si le salarié avait continué à travailler et donc par hypothèse si le licenciement collectif n'avait pas été mis en œuvre (Cass. soc., 10 mai 1978, n<sup>o</sup> 77-40.148, Cah. prud'h. 1979, p. 2). Dans le même sens : Cass. soc., 4 avr. 1995, n<sup>o</sup> 93-44.066.

Il arrive parfois que le salarié ait droit à **deux indemnités de congés** : l'une au titre de l'année de référence antérieure, l'autre au titre de l'année en cours. Cela arrive lorsque le contrat est rompu après le 31 mai (date d'expiration de la période de référence) et avant que le salarié n'ait pris l'ensemble de ses congés. Dans ce cas, les deux indemnités doivent être calculées séparément en prenant en compte les salaires afférents à chaque période de référence. Il convient de noter que, dans cette hypothèse, l'indemnité compensatrice de congés payés due au titre de la période de référence précédente n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité compensatrice due au titre de l'année suivante (Cass. soc., 17 févr. 1993, n<sup>o</sup> 89-44.825).

Enfin, la prise des congés payés pendant une période de préavis pose quelques problèmes d'ordre juridique tenant au caractère préfix du préavis.



— Sur ce point, voir n<sup>o</sup> [3687](#).

### **3710 - Entreprise débitrice de l'indemnité en cas de succession d'employeurs**

Si la durée du congé annuel se détermine en fonction du nombre de mois de travail au cours de l'année de référence, le droit au congé et le droit à l'indemnité de congés payés ne sont définitivement acquis qu'au moment du départ en congé. En cas de rupture du contrat de travail, l'indemnité compensatrice n'est acquise qu'au moment de la rupture. Il s'ensuit que la charge de l'indemnité incombe à l'employeur au service duquel le salarié se trouve lors de la rupture.

— Sur l'incidence d'un transfert dans le cadre de l'[article L. 1224-1 du Code du travail](#), voir n<sup>o</sup> [3702](#).

### **3711 - Droit des héritiers**

Lorsque le salarié décède avant d'avoir pris son congé annuel, ses héritiers ont droit à l'indemnité compensatrice correspondante ([C. trav., art. L. 3141-26](#)). S'il meurt en cours de congé, ses héritiers perçoivent l'indemnité de congés payés pour les jours de congé effectivement pris, si elle n'a déjà été versée, et une indemnité compensatrice pour les jours dont le décès a privé l'intéressé (ainsi, le cas échéant, qu'une indemnité compensatrice pour les congés acquis depuis le 1<sup>er</sup> juin de l'année en cours).

#### Remarques

Prenant position par rapport au droit allemand, la CJUE a confirmé la validité du droit interne français. Le droit au congé annuel payé ne saurait s'éteindre, au moment du décès du salarié, sans ouvrir droit à une indemnité financière au titre des congés non pris. Celle-ci n'est pas subordonnée à une demande préalable de l'intéressé. Même si les dates du congé n'étaient pas encore posées, l'indemnité compensatrice doit être versée aux ayants-droit. Les dispositions de l'[article L. 3141-26 du Code du travail](#) sont donc conformes au droit européen (CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 12 juin 2014, aff. C-118/13).

Il a été jugé que l'indemnité compensatrice de congés payés, versée par une caisse de congés payés aux ayants droit d'un salarié décédé, constitue, même dans ce cas, un élément de salaire à paiement différé et supporte en tant que tel les cotisations ([Cass. soc., 28 mars 1979, n<sup>o</sup> 77-13.647](#), Bull. civ. V, p. 204).

### **3712 - Assujettissement de l'indemnité à cotisations de sécurité sociale**

L'indemnité compensatrice de congés payés a la nature d'un salaire et est assujettie aux cotisations sociales, à la CSG et à la CRDS.

Toutefois, contrairement à l'indemnité compensatrice de préavis, il n'y a pas lieu, pour la détermination du plafond de cotisations, d'assimiler fictivement à un temps de travail la période que représente l'indemnité compensatrice de congés payés.

#### **L'indemnité est ajoutée à la dernière paie et l'employeur compte un plafond de cotisations de sécurité sociale pour le dernier mois de salaire et l'indemnité compensatrice de congés payés.**

À noter que les cotisations de sécurité sociale dues pour l'emploi des personnes recrutées à titre temporaire et non bénévole pour l'encadrement des mineurs dans les centres de vacances et de loisirs sont calculées sur une base forfaitaire qui inclut l'indemnité de congés payés ([Cass. soc., 19 mars 1998, n<sup>o</sup> 96-17.837](#), Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 165, p. 122).

### **3713 - Congé des années antérieures**

L'indemnité compensatrice ne vise évidemment que le congé de l'année en cours lors de la résiliation. Mais rien ne fait obstacle à ce qu'un salarié réclame, dans la limite de la prescription triennale (voir n<sup>o</sup> [5661](#)), pour les années antérieures, les indemnités de congés payés qui ne lui ont pas été versées pour les congés annuels qu'il a effectivement pris ([Cass. soc., 6 mars 1963, n<sup>o</sup> 62-40.006](#)).

Toutefois, si, pour les années antérieures, le salarié n'a pas pris ses congés payés et a travaillé en percevant un salaire, il ne peut réclamer une indemnité compensatrice pour ces périodes ; le principe du non-cumul entre un salaire et l'indemnité de congé payé s'y oppose ([Cass. soc., 28 oct. 1963, n<sup>o</sup> 60-40.809](#), Bull. civ. IV, p. 612 ; [Cass. soc., 1<sup>er</sup> oct. 1975, n<sup>o</sup> 74-40.439](#), Cah. prud'h. 1976, p. 22), sauf s'il est établi que l'indemnité correspond à un solde de congés payés qui avait été reporté, avec l'accord de l'employeur, sur la période de référence en cours à la date de la rupture ([Cass. soc., 27 sept. 2007, n<sup>o</sup> 06-41.744](#), Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 145) ou en raison de l'impossibilité d'une non-prise antérieure pour raison de santé, congé de maternité ou congé parental d'éducation, dès lors que ces absences ne peuvent faire perdre le droit aux jours de repos acquis ([Cass. soc., 28 mai 2014, n<sup>o</sup> 12-28.082](#)).

Rien n'autorise, par ailleurs, l'employeur à procéder de plein droit à la compensation entre l'indemnité compensatrice due au titre de l'année en cours lors de la rupture et les congés excédentaires qu'il aurait pu accorder les années précédentes au-delà des congés régulièrement acquis par un salarié en raison de son temps de travail effectif ([Cass. soc., 13 mars 1963, n<sup>o</sup> 61-40.289](#), Bull. civ. IV, p. 205).

Nous avons vu que la faute lourde ne saurait priver le salarié des indemnités dues au titre des années antérieures (voir

n<sup>o</sup> [3708](#)).

### 3714 - Garanties

Sur la garantie de paiement de l'indemnité, voir n<sup>o</sup> [3705](#).

Sur la prise en charge au titre de l'assurance insolvabilité, voir n<sup>o</sup> [5371](#).

### 3715 - Maternité et congés payés

— Sur l'assimilation du congé de maternité à du temps de travail effectif, voir n<sup>o</sup> [3667](#).

La question se pose de l'incidence du congé de maternité sur la prise effective des congés payés.

Lorsque le retour de la salariée se situe à une date où la période de prise des congés payés est encore ouverte, l'employeur **doit mettre l'intéressée en mesure de prendre effectivement ses congés payés**, et ce quand bien même ses dates de départs en congés payés auraient déjà été fixées (Cass. soc., 2 juin 2004, n<sup>o</sup> [02-42.405](#), Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 161, p. 152, JSL 21 sept. 2004, n<sup>o</sup> 152).

De ce point de vue, la situation est la même qu'en cas de maladie (voir n<sup>o</sup> [3717](#)).

Il doit en être de même lorsque le congé de maternité englobe toute la période des congés payés fixés dans l'entreprise.

En effet, les salariés de retour d'un congé de maternité ou d'adoption ont droit à leur congé payé annuel, quelle que soit la période de congé payé retenue par accord collectif ou par l'employeur, pour le personnel de l'entreprise (C. trav., art. L. 3141-2).

Cette disposition légale tire les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes qui a considéré que la salariée doit pouvoir bénéficier de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité, même si celui-ci coïncide avec la période fixée dans l'entreprise pour l'ensemble du personnel (CJCE, 18 mars 2004, aff. 34201). La Cour de cassation s'était alignée sur la jurisprudence de la CJCE en énonçant dans un attendu de principe « *que les congés annuels doivent être pris au cours d'une période distincte du congé de maternité* » (Cass. soc., 2 juin 2004, n<sup>o</sup> [02-42.405](#), précité).

Autrement dit, l'employeur doit dans tous les cas de figure veiller à ce que les dates de congés payés des femmes dans cette situation ne coïncident pas avec leur congé de maternité et les mettre en mesure de prendre effectivement leurs vacances.

### 3716 - Maladie et acquisition des congés payés

Les absences pour maladies ou accidents (sauf les accidents du travail et les maladies professionnelles pour une durée ininterrompue de un an, ainsi que les accidents du trajet ; voir n<sup>o</sup> [3668](#)) ne sont pas considérées comme un temps de travail effectif par le Code du travail (voir n<sup>o</sup> [3670](#)).

Les salariés du secteur privé ne pouvant invoquer directement la directive n<sup>o</sup> 2003/88/CE du 4 novembre 2003 dans les conflits avec leurs employeurs, la Cour de cassation applique le droit français et confirme donc qu'une période de maladie ne permet pas d'acquérir des droits à congés payés (Cass. soc., 13 mars 2013, n<sup>o</sup> [11-22.285](#)).

— Sur la portée de cet arrêt, voir n<sup>o</sup> [3663](#).

D'autre part, les conventions collectives tendent à assimiler à un temps de travail effectif les périodes d'arrêts de travail pour maladie dont elles prévoient par ailleurs l'indemnisation (voir n<sup>o</sup> [3666](#)).

### 3717 - Articulation des congés payés et des absences pour maladie ou accident

Dans un arrêt concernant la législation espagnole, la Cour de justice européenne a estimé qu'un « *travailleur qui est en congé de maladie durant une période de congé annuel fixée au préalable, a le droit, à sa demande et afin qu'il puisse bénéficier effectivement de son congé annuel, de prendre celui-ci à une autre époque que celle coïncidant avec la période de congé de maladie* » (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-277/08, Madrid Movilidad SA).

Cette position n'est pas nouvelle, elle avait déjà été exprimée peu de temps avant (CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06 et C-520/06). Elle a été confirmée par un arrêt du 21 juin 2012 (CJUE, 21 juin 2012, aff. C-78/11).

Comme le souligne Jean-Philippe Lhernould (*Liaisons sociales Europe, Les synthèses, mars 2012*), cette jurisprudence remet en cause l'ancien mode de raisonnement français.

Pendant longtemps, en effet, la Cour de cassation a retenu une approche chronologique, la première cause de suspension du contrat prévalant sur la seconde. Cela donnait les solutions suivantes :

— si le salarié était tombé malade ou avait été accidenté avant la date prévue pour son congé payé, la maladie étant la cause première de suspension de contrat, le salarié était considéré comme étant en arrêt maladie et sa date de départ en congé était reportée, à condition toutefois qu'il soit rétabli avant la fin de la période légale des congés payés (Cass. soc., 4 déc. 1996, n<sup>o</sup> [93-44.907](#), Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 420) ;

— si le salarié, absent pour maladie ou accident avant sa date de congé payé, l'était encore à la fin de la période des congés payés, il perdait son droit à report, sauf usage ou dispositions plus favorables de la convention collective (Cass.

soc., 7 juill. 1988, n<sup>o</sup> 85-45.988, Bull. civ. V, p. 279 ; Cass. soc., 19 juill. 1988, n<sup>o</sup> 86-41.070 ; Cass. soc., 20 mai 1998, n<sup>o</sup> 96-41.307) ;

— si, enfin, la maladie ou l'accident survenait pendant le congé, la maladie ne suspendait pas le cours du congé et **l'employeur n'était pas tenu d'accorder ultérieurement au salarié un reliquat du congé** (Cass. soc., 8 nov. 1984, n<sup>o</sup> 82-42.372, Bull. civ. V, p. 318).

Tenant compte de la jurisprudence européenne, elle adopte aujourd'hui un raisonnement fondé sur la finalité des congés annuels : « *eu égard à la finalité qu'assigne aux congés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail* » (Cass. soc., 24 févr. 2009, n<sup>o</sup> 07-44.488, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 49).

Elle confirme ainsi, en matière de maladie, la solution qu'elle avait déjà dégagée à propos d'une absence pour accident du travail (Cass. soc., 27 sept. 2007, n<sup>o</sup> 05-42.293).

L'ancienne distinction, fondée sur la première cause de suspension, est donc définitivement abandonnée.

Les règles applicables sont aujourd'hui les suivantes :

— la maladie en cours de congé annuel payé suspend le cours du congé. Sauf accord de l'employeur, ou dispositions conventionnelles plus favorables, le salarié ne peut donc prolonger son absence. Il peut en revanche prétendre à un reliquat de congé, même si la période de référence est expirée. En cas de litige, le juge doit vérifier que le congé a effectivement été pris. Il ne peut se contenter d'un document signé par lequel le salarié reconnaît avoir soldé ses congés (Cass. soc., 28 mai 2014, n<sup>o</sup> 12-28.082) ;

— l'employeur n'est plus tenu de payer l'indemnité de congé payé tant que le salarié est malade.

Remarques

Auparavant l'employeur était tenu de payer l'indemnité de congés payés, calculée comme s'il n'y avait pas eu maladie.

Cette indemnité se cumulait avec les indemnités journalières de la Sécurité sociale (Cass. soc., 28 oct. 1958, n<sup>o</sup> 57-40.086, Bull. civ. IV, p. 861). En revanche, elle ne pouvait se cumuler avec les indemnités de maladie dues par l'employeur, en application d'une convention collective, sous la forme du maintien de tout ou partie du salaire (Cass. soc., 6 mars 1986, n<sup>o</sup> 83-41.805, Cah. prud'h. 1986, p. 100 ; Cass. soc., 22 juill. 1986, n<sup>o</sup> 84-40.220 ; Cass. soc., 2 mars 1989, n<sup>o</sup> 86-42.426, Bull. civ. V, p. 103).

Certaines conventions collectives règlent le problème de la maladie survenant en cours de congés payés en prévoyant que le congé se trouve interrompu et que la date de reprise de travail est reculée d'autant, à moins que les nécessités de service n'imposent une reprise immédiate dès l'expiration de l'arrêt de maladie. Le reliquat de congé payé est alors reporté à une date ultérieure fixée par accord entre les parties. L'interprétation d'une telle clause peut, d'ailleurs, faire difficulté sur le point de savoir si la prolongation de l'absence est de plein droit (sauf opposition de l'employeur), ou si l'autorisation doit être expresse et préalable de la part de celui-ci.

— Voir notamment Cass. soc., 30 mars 1994, n<sup>o</sup> 90-44.876.

### **3718 - Report des congés payés non pris en raison d'une maladie ou d'un accident**

#### **a) Droit au report**

La Cour de justice européenne pose le principe du droit au report des congés payés pour le salarié qui n'a pas pu, du fait d'une maladie ou d'un accident, prendre ses congés annuels pendant ce qu'elle appelle la « *période de référence* ». Il est permis de penser que cette dernière notion correspond plutôt à ce que le droit français appelle la « *période des congés payés* » (voir n<sup>o</sup> 3680) : « *Le salarié dans l'incapacité de prendre les congés avant le terme de la période de référence est en mesure d'en obtenir le report car le droit ne s'éteint pas à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national* » (CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06 ; CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-520/06, Schultz-Hoff et Stringer).

Un arrêt de la CJUE, rendu à propos de la législation autrichienne, accorde le droit à report des congés payés à l'issue d'un congé parental (CJUE, 22 avril 2010, aff. C-486/08, Land Tirol).

La Cour de cassation consacre également ce droit au report, notamment dans un arrêt visant une salariée en longue maladie : « *Mais attendu qu'eu égard à la finalité qu'assigne aux congés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail* » (Cass. soc., 24 févr. 2009, n<sup>o</sup> 07-44.488).

On peut relever aussi un arrêt visant un salarié accident du travail qui s'était trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés en raison d'une rechute intervenue peu après la reprise du travail (Cass. soc., 16 févr. 2012, n<sup>o</sup> 10-21.300,

P+B : Cass. soc., 11 janv. 2011, n<sup>o</sup> 09-65.514).

**b) Limitation dans le temps du droit de report**

La CJUE est tiraillée entre son attachement à « *l'effet positif du congé annuel payé pour la sécurité et la santé du travailleur* », qui « *se déploie pleinement lorsque ce congé est pris dans l'année prévue à cet effet, à savoir l'année en cours* » et la nécessité qu'aucun salarié « *en congé de maladie durant toute la période de référence et au-delà de la période de report fixée par le droit national* », ne soit « *privé de toute période ouvrant la possibilité de bénéficier de son congé annuel payé* » (CJUE, 22 nov. 2011, aff. C-214/10, KHS AG).

Cette difficulté la conduit donc à limiter le droit à report entraîné par les absences du salarié. Après avoir affirmé qu'un « *cumul illimité de droits au congé annuel payé, acquis durant une telle période d'incapacité de travail, ne répondrait plus à la finalité même du droit au congé annuel payé* », elle recommande « *une période de report du droit au congé annuel payé, fixée à quinze mois par les dispositions ou les pratiques nationales, telles que des conventions collectives* » (CJUE, 22 nov. 2011, précité).

Ce délai de quinze mois doit, nous semble-t-il, se calculer à partir de la date de départ en congé initialement prévue et qui a dû être reportée. Lorsqu'aucune date n'avait été prévue, compte tenu de la longueur de l'absence du salarié, il semble logique de se placer au dernier jour de la période des congés payés arrêtée dans l'entreprise après consultation des délégués du personnel.

**3719 - Objet des caisses de congés payés**

Les régimes particuliers de congés payés concernent les salariés appartenant aux professions dites à « *travail discontinu* ». Ils visent les secteurs du bâtiment et travaux publics, les dockers ; la manutention, les transports et enfin le spectacle.

Dans ces professions, et à une époque où le travail était saisonnier ou intermittent, les salariés étaient soumis à des changements d'employeurs fréquents. Pour leur permettre de bénéficier d'un droit à congé, le législateur a considéré que la résiliation du contrat de travail n'entraînait pas la perte du droit à congé acquis. Le droit à congé acquis est maintenu et s'impose au nouvel employeur. La gestion et la prise en charge de l'indemnité de congé sont assurées par des organismes de compensation qui se substituent aux employeurs : les caisses de congés payés.

**3720 - Entreprises assujetties**

L'article D. 3141-12 du Code du travail détermine le champ d'application du régime, par référence à celui des conventions nationales étendues du bâtiment et des travaux publics. Il conditionne l'affiliation aux caisses de congés payés à l'exercice d'une ou plusieurs « *activités entrant dans le champ d'application des conventions collectives nationales étendues du bâtiment et des travaux publics* ».

**Remarques**

Auparavant, le Code du travail instituait l'obligation d'affiliation par référence aux groupes 33 (bâtiment) et 34 (travaux publics) de la nomenclature Insee de 1947, au demeurant obsolète. Or cette nomenclature avait été modifiée en 1959 et ne correspondait plus à la nomenclature d'activité française (NAF) de l'Insee, révisée en 2003 puis, dernièrement, en 2008.

À la lettre de l'article précité, on pourrait penser que le régime ne s'applique qu'aux entreprises relevant au titre de leur activité principale de ces conventions collectives.

Compte tenu du régime applicable aux entreprises mixtes (voir ci-dessous), une telle lecture semble erronée. Autrement doivent aussi s'affilier, quel que soit leur effectif salarié, les entreprises à activités multiples, pour leur personnel exerçant une des activités de bâtiment ou de travaux publics visées dans le champ d'application des conventions collectives nationales du BTP, même si celle-ci est secondaire ou accessoire.

Le Code du travail précise que le régime s'applique également aux carrières annexées à ces entreprises, ainsi qu'aux ateliers travaillant exclusivement pour leur fonctionnement et leur entretien (C. trav., art. D. 3141-13).

C'est bien entendu l'activité réellement exercée qui est déterminante.

Le classement Insee de l'entreprise **ne saurait donc prévaloir** sur l'activité réelle qu'il appartient, le cas échéant, au juge de rechercher (Cass. soc., 29 avr. 1986, n<sup>o</sup> 85-10.217, Bull. civ. V, p. 150 ; Cass. soc., 28 oct. 1992, n<sup>o</sup> 89-12.642). Cette décision prise sur le fondement des anciennes dispositions du Code du travail qui se référaient expressément à la codification Insee est transposable sous l'empire des dispositions actuelles.

Il a été ainsi jugé qu'exerçait une activité effective d'entrepreneur général du bâtiment, l'obligeant à s'affilier à une caisse de congés payés, la société qui se charge, selon un plan fourni par elle, de construire, sous sa responsabilité, une maison individuelle sur le terrain d'autrui, en exécution de contrats de louage d'ouvrage régis par l'article L. 231-1 du Code de la construction et qui conclut des contrats de sous-traitance avec des entrepreneurs pour la réalisation matérielle des travaux (Cass. ch. mixte, 10 avr. 1992, n<sup>o</sup> 89-13.246, Bull. ch. mixte, p. 2). Dans le même sens : Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 1995, n<sup>o</sup> 92-18.371. De même, pour une entreprise spécialisée dans la fabrication et la commercialisation d'équipements aérauliques et frigorifiques industriels qui a été bénéficiaire d'un chantier de climatisation à la suite d'un appel d'offres, la Cour de cassation en a déduit qu'au moins pour partie l'activité de la société relevait de la profession du bâtiment et devait être affiliée à la caisse des congés payés (Cass. soc., 21 janv. 2009, n<sup>o</sup> 07-12.411).

En revanche, un GIE n'exerçant pas une activité effective d'entrepreneur général de bâtiment mais dont l'activité est de faciliter la conclusion de contrats par ses membres, n'a pas à s'affilier à une caisse de congés payés (Cass. crim., 11 oct. 1994, n<sup>o</sup> 92-81.526, Sem. soc. Lamy, n<sup>o</sup> 722).

Bien que le premier alinéa de l'article D. 3141-12 du Code du travail puisse laisser penser que l'affiliation à la caisse des congés payés du BTP ne s'impose que pour les entreprises dont l'activité principale les fait relever du champ d'application des conventions nationales du bâtiment ou des travaux publics, le second alinéa prévoit une procédure de dispense pour les entreprises qui appliquent, au titre de cette activité principale, une autre convention collective.

Remarques

La lettre du texte est à ce point ambiguë, qu'on se demande si la situation visée concerne exclusivement le cas des entreprises qui appliquent au lieu et place des conventions du BTP, dont elles relèvent, une autre convention collective, ou si elle concerne les entreprises mixtes dans lesquelles les activités BTP ne sont qu'accessoires. Au vu des travaux parlementaires et de la pratique ancestrale des caisses de congés payés, c'est la seconde interprétation qui est la bonne. Ce texte dispose qu'elles peuvent être autorisées à assurer elles-mêmes le service des congés et à ne pas déclarer aux caisses les salariés employés dans des activités BTP relevant du périmètre des caisses.

Cette faculté est soumise à deux conditions :

1) elle est réservée aux entreprises qui appliquent une convention collective nationale, même non étendue, autre que celle du BTP au titre de leur activité principale, entendue comme celle dans laquelle le plus grand nombre de salariés est employé ;

2) il doit en plus s'agir d'une convention d'une branche professionnelle dont les organisations professionnelles d'employeurs représentatives sont signataires avec l'Union des Caisses de France de protocoles d'accords répondant aux exigences précédemment introduites dans le Code du travail par le décret du 11 mai 2007.

— Sur l'obligation d'adhésion à une caisse de congés payés pour les artisans ruraux exerçant leur activité dans le secteur du bâtiment, voir Cass. soc., 12 janv. 1989, n<sup>o</sup> 87-15.886, Bull. civ. V, p. 14.

### **3721 - Durée du congé**

Les droits des travailleurs sont déterminés conformément aux dispositions communes. Mais des règles particulières sur certains points sont fixées (C. trav., art. D. 3141-29).

Le congé est déterminé non pas d'après la durée du travail effectif dans la même entreprise, mais d'après la durée du travail effectué par le salarié au service de n'importe quelle entreprise.

Cent cinquante heures de travail effectif sont équivalentes à un mois pour la détermination de la durée du congé. Il est ajouté, à l'ensemble des heures de travail accomplies au cours de l'année de référence, 160 heures représentant forfaitairement le congé de l'année précédente, lorsqu'il a été payé par l'intermédiaire d'une caisse.

De plus, pour ces professions, le point de départ de la période de référence est fixée au 1<sup>er</sup> avril, au lieu du 1<sup>er</sup> juin (C. trav., art. R. 3141-3).

### **3722 - Calcul de l'indemnité**

L'indemnité est calculée sur la base du 1/25 du salaire horaire moyen de la dernière paie multiplié par le double du nombre d'heures de travail effectif accomplies au cours de l'année de référence (C. trav., art. D. 3141-32). Par salaire de la dernière paie, il faut entendre la dernière paie complète et normale, tenant compte des éléments constants de la rémunération, primes, heures supplémentaires, et non la dernière paie chronologique lorsqu'en raison des circonstances (terminaison d'un chantier, par exemple) celle-ci est amputée de certains éléments habituels (Cass. soc., 20 févr. 1959, n<sup>o</sup> 6.476, Bull. civ. IV, p. 228).

### **3723 - Caisses de congés payés**

Le service des indemnités est assuré par une caisse des congés payés. Le salarié reçoit de son employeur (de ses employeurs successifs) un certificat attestant de ses droits. Après l'ouverture de la période des congés payés, il percevra de la caisse, s'il justifie qu'il prend effectivement un congé, le montant de l'indemnité correspondant à ce congé.

Sont assujettis tous les salariés, y compris le personnel sédentaire et administratif. Contrairement à ce qui est prévu dans le régime des entreprises de transport et de manutention (voir n<sup>o</sup> 3729), le personnel administratif n'est pas, en tant que tel, exclu du service des congés payés par la caisse.

**L'indemnité de congés payés est versée directement par la caisse au salarié.**

Le salarié est détenteur d'une créance contre la caisse. Les charges sociales et fiscales sont réglées par les caisses, qui précomptent les cotisations salariales de sécurité sociale, sur les indemnités ; les contributions patronales sont incluses dans le taux de la cotisation versée par les employeurs aux caisses.

Dans la mesure où l'employeur a satisfait à ses obligations à l'égard de la caisse (ou que sa carence n'a pas été suivie d'une mesure de radiation ou de suspension ; n<sup>o</sup> 3725), il est déchargé de toute obligation quant au paiement de l'indemnité ; les salariés n'ont aucune possibilité d'action contre lui mais exclusivement contre la caisse (Cass. soc., 24 janv. 1985, n<sup>o</sup> 82-43.438).

Si l'employeur est défaillant dans le paiement des cotisations, la caisse assure le service des droits des salariés déclarés, en versant une indemnité proratisée en fonction des périodes pour lesquelles les cotisations ont été payées par rapport à l'ensemble de la période d'emploi accomplie pendant l'année de référence, sans que cela dégage l'employeur défaillant de l'obligation de payer à la caisse l'ensemble des cotisations (majorations de retard et pénalités qui restent dues). Après régularisation de la situation de l'employeur, la caisse verse au salarié le complément d'indemnités de congés payés dû, calculé suivant les mêmes principes (D. n° 97-580, 30 mai 1997, JO 31 mai).

## **3724 - Obligations de l'employeur**

### **a) Affiliation**

**L'employeur est tenu de s'affilier** en acquittant le droit d'entrée à la caisse de congés payés compétente pour sa région. Les entreprises de travaux publics relèvent d'une caisse nationale.

L'affiliation est obligatoire, même si l'employeur n'a pas à verser de cotisations, faute d'employer du personnel entrant dans le cadre de la loi. Cette obligation a été jugée compatible avec la liberté d'association (Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 03-18.771, Bull. civ. V, n° 85). L'obligation d'affiliation s'impose dès le 1<sup>er</sup> avril de la première année de référence (Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2005, n° 04-11.378, Bull. civ. V, n° 353).

Certains employeurs ont essayé de faire valoir que le caractère obligatoire de l'affiliation à la caisse de congés payés du Bâtiment et des Travaux Publics était contraire aux articles 81 et 82 du Traité CE relatifs à la libre concurrence. La Cour de cassation a considéré que les caisses de congés payés remplissant une fonction de caractère exclusivement social et n'exerçant pas d'activité économique, les articles 81 et 82 du Traité CE ne sont pas applicables en la matière. Aucun autre organisme ne peut donc se substituer à la caisse de congés payés du Bâtiment et des Travaux Publics (Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-12.411, Bull. civ. V, n° 14).

### **b) Cotisations dues aux caisses**

#### **1. Objet des cotisations**

La cotisation congés payés finance exclusivement le coût des congés payés de tous les salariés des entreprises affiliées à la caisse.

Elle finance à elle seule la charge de l'ensemble des droits à congés dus aux salariés en application des dispositions légales et conventionnelles, qui recouvrent : le congé principal, la cinquième semaine, la prime de vacances, les congés pour ancienneté, les congés pour fractionnement et, dans l'attente de la mise en place de la réforme initiée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2015, les charges sociales y afférentes à l'exception de la cotisation FNAL et du versement transport que l'employeur règle directement par l'intermédiaire d'une majoration de 11,5 (L. fin. séc. soc. 2013, n° 2012-1404, 17 déc. 2012, JO 18 déc. ; D. n° 2012-1552, 28 déc. 2012 ; Circ. ACOSS n° 19, 28 mars 2013).

#### **2. Prise en charge progressive des charges sociales par les employeurs**

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 (L. fin. séc. soc. n° 2014-1554, 22 déc. 2014) retire progressivement aux caisses de congés payés la responsabilité du versement des charges sociales afférentes aux indemnités de congés payés. Les cotisations et contributions sociales seront versées par les employeurs auprès des organismes de recouvrement pour les périodes d'acquisition des droits à congé postérieures au 1<sup>er</sup> avril 2015. Toutefois, la disposition de l'article L. 136-5 du Code de la sécurité sociale qui prévoit que la CSG due sur les indemnités de congés payés est précomptée par les caisses de congés payés ne sera supprimée qu'à compter du 1<sup>er</sup> avril 2016.

Pendant une période transitoire, fixée par décret pour chaque secteur concerné, et qui s'achèvera au plus au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2018, les cotisations et contributions seront versées par les caisses de congés payés auprès des Urssaf. Toutefois, sans attendre la fin de la période transitoire, les employeurs des secteurs qui le souhaitent pourront anticiper et s'acquitter de leurs cotisations et contributions sociales auprès des Urssaf.

Pour le FNAL et le versement transport, aucun changement n'est prévu par rapport au fonctionnement actuel.

Les caisses de congés payés devront adapter le montant des cotisations en conséquence. Le mode de calcul des cotisations doit être déterminé par décret. Ce décret (D. n° 2015-586, 29 mai 2015) fixe les taux des cotisations provisionnelles versées par les caisses pendant la période transitoire, soit :

— pour le secteur du bâtiment et des travaux publics, 5,65 % pour les caisses situées en métropole et 3,88 % pour les caisses situées dans les départements d'outre-mer ;

— pour les autres secteurs, 4,06 %.

Les caisses doivent procéder à un ajustement correspondant à la différence entre les cotisations et contributions sociales salariales et patronales calculées sur les indemnités de congés payés effectivement versées au cours de chaque période annuelle de prise de congés et les versements provisionnels effectués par la caisse au cours de l'exercice d'acquisition des droits à congés correspondant est versé lors de l'exigibilité des cotisations de sécurité sociale qui suit la fin de la période de prise des congés payés.

Les caisses de congés payés procèdent au versement et à l'ajustement selon les règles, les garanties et les sanctions applicables au recouvrement des cotisations de sécurité sociale.

#### **3. Déclaration des salariés**

L'employeur doit déclarer à la caisse les salariés qu'il emploie, y compris les salariés sédentaires, et, sous les réserves évoquées ci-dessus, cotiser pour eux selon un pourcentage de salaires fixé par le règlement intérieur de la caisse (C. trav., art. D. 3141-38). Il s'agit des salaires bruts, sans limitation de montant avant déduction du précompte. Certaines caisses ont toutefois adopté un plafond de salaires, notamment pour les ETAM (employés, techniciens, agents de maîtrise).

Les cotisations non versées dans le délai fixé par le règlement intérieur des caisses sont affectées de pénalités de retard prévues par le même règlement. Les dispositions de l'[article 1152 du Code civil](#) permettant au juge de réduire la pénalité manifestement excessive ne peuvent s'appliquer à ces majorations de retard (Cass. soc., 29 nov. 1978, n<sup>o</sup> 76-14.896, Bull. civ. V, p. 611 ; Cass. soc., 18 janv. 1984, n<sup>o</sup> 82-13.846).

S'agissant de l'opposabilité aux employeurs des délibérations du conseil d'administration des caisses concernant les taux appliqués, la Cour de cassation a considéré qu'était appropriée et opposable la publication faite par le journal « *Le Moniteur* », hebdomadaire d'annonces légales et des marchés publics spécialisé dans les travaux publics et le bâtiment (Cass. soc., 7 avr. 2010, n<sup>o</sup> 08-14.843) ou les mentions des taux de cotisation appliqués figurant sur les imprimés de déclaration qui leur sont adressés (Cass. soc., 7 avr. 2010, n<sup>o</sup> 08-16.262).

Les caisses bénéficient d'un privilège pour le recouvrement des cotisations pendant un an à compter de leur date d'exigibilité (C. trav., art. L. 3253-23).

#### c) Remise d'un certificat

L'employeur doit remettre aux salariés, soit à l'époque du congé annuel, soit lors de la résiliation du contrat, **un certificat**, en double exemplaire (C. trav., art. D. 3141-33), indiquant :

- la durée du travail effectué au cours de l'année de référence, soit pendant la période du 1<sup>er</sup> avril au 31 mars ;
- le taux du salaire appliqué pendant cette période ;
- le nom et l'adresse de la caisse à laquelle l'entreprise est affiliée.

#### d) Affichage

**L'employeur doit afficher**, dans les locaux où s'effectue la paie, la raison sociale et l'adresse de la caisse d'affiliation (C. trav., art. D. 3141-27).

### 3725 - Responsabilité de l'employeur

#### a) Sanctions pénales

Les chefs d'entreprise, tenus de s'affilier à une caisse de congés payés et qui ne se sont pas conformés à leurs obligations, s'exposent aux **sanctions pénales** qui répriment les infractions à la législation des congés payés.

— Pour un tableau récapitulatif de ces sanctions, voir n<sup>o</sup> 7944.

#### b) Responsabilité civile

##### 1. Vis-à-vis des salariés

L'employeur qui ne s'est pas affilié à une caisse reste tenu du paiement des indemnités (Cass. soc., 10 juill. 1959, n<sup>o</sup> 3221, Bull. civ. IV, p. 738). De même, l'employeur qui ne satisfait pas à son obligation de déclarer les salaires ou qui fait une déclaration inexacte est tenu de réparer le préjudice subi de ce fait par les salariés et peut être condamné à payer à ceux-ci une somme équivalente à celle dont ils ont été privés (Cass. soc., 29 nov. 1979, n<sup>o</sup> 77-41.438, Bull. civ. V, p. 680).

##### 2. Vis-à-vis des caisses

L'employeur est responsable du paiement des cotisations. Il ne saurait prétendre opérer la compensation entre les cotisations dues et les indemnités versées directement et irrégulièrement à son personnel au titre des congés payés (Cass. soc., 14 oct. 1981, n<sup>o</sup> 80-13.486, Bull. civ. V, p. 583).

Les statuts des caisses instituent une procédure de radiation et une procédure de suspension à l'encontre des employeurs qui ne satisfont pas à leurs obligations.

La radiation emporte l'obligation maintenue de payer les cotisations jusqu'à la date d'effet de cette radiation. Elle fait cesser, d'autre part, la responsabilité de la caisse à l'égard des salariés pour les droits à congés acquis au titre des périodes postérieures à sa date de prise d'effet (Cass. soc., 27 juin 1984, n<sup>o</sup> 82-40.648).

La suspension interrompt les obligations de la caisse au regard des salariés pour la période postérieure à sa date d'effet. Mais l'employeur reste tenu de ses obligations notamment en ce qui concerne le paiement des cotisations (Cass. soc., 9 oct. 1986, n<sup>o</sup> 83-13.998). L'employeur qui a réglé directement à ses salariés les indemnités de congé payé correspondant à la période de suspension peut, au demeurant, en obtenir le remboursement de la caisse après avoir intégralement apuré sa situation – cotisations et majorations de retard – (Cass. soc., 5 mars 1987, n<sup>o</sup> 85-10.532, Bull. civ. V, p. 79).

### 3726 - Contentieux

Le conseil de prud'hommes n'est pas compétent pour statuer sur une contestation entre un salarié et la caisse de congés

payés (Cass. soc., 3 mai 1974, n<sup>o</sup> 73-40.445, Bull. civ. V, p. 261 ; Cass. soc., 11 déc. 1974, n<sup>o</sup> 74-40.220, Bull. civ. V, p. 560).

Ces différends sont du ressort du tribunal d'instance (Rép. min., JOANQ 19 janv. 1981, p. 290).

Les différends qui opposent les salariés à leur employeur, en raison d'un défaut d'affiliation ou d'une non-remise du certificat sont en revanche du ressort du conseil de prud'hommes. La loi n<sup>o</sup> 79-44 du 18 janvier 1979 portant réforme des conseils de prud'hommes permet la mise en cause de la caisse de congés payés, devant le conseil de prud'hommes, à côté de l'employeur, en cas de litige entre celui-ci et les salariés ; il s'agit de rendre opposable à la caisse une décision rendue à l'égard de l'employeur (L. n<sup>o</sup> 79-44, 18 janv. 1979, JO 19 janv.).

Une commission paritaire est constituée auprès de chaque caisse pour statuer sur toutes les contestations relatives au droit au congé des travailleurs déclarés à la caisse.

### **3727 - Entreprises visées**

Entrent dans le champ d'application du régime (C. trav., art. D. 741-1) :

- les entreprises de transports routiers de marchandises ;
- les entreprises d'enlèvement (ordures, gravats) ;
- les entreprises de location d'automobiles pour le transport de marchandises ;
- les entreprises de groupage ;
- les entreprises de manutention (emballage) ;
- les entreprises de déménagement ;
- les commerces de combustibles ;
- les entreprises de nettoyage.

### **3728 - Durée du congé**

Les droits des salariés au congé sont appréciés par référence aux règles du régime général. Il est toutefois précisé que dix-sept jours de travail effectif sont considérés comme équivalant à un mois de travail. La période de référence s'étend du 1<sup>er</sup> avril au 31 mars (C. trav., art. R. 3143-3).

### **3729 - Caisses de congés payés**

Les employeurs intéressés doivent s'inscrire à la caisse de congés payés compétente pour la localité où se trouve le siège de l'établissement et déclarer, au début de chaque mois, les salaires du personnel embauché au cours du mois écoulé.

Echappent au régime particulier le personnel administratif et le personnel non administratif liés à l'entreprise par un contrat à durée déterminée conclu pour un minimum d'un an et ayant acquis date certaine par enregistrement.

Le chef d'entreprise peut toutefois faire assurer par la caisse le service des congés du personnel dont la déclaration n'est pas obligatoire.

Les salariés doivent continuer à être déclarés :

- jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre, lorsque le travailleur est occupé dans l'entreprise depuis moins de six mois, le 1<sup>er</sup> avril suivant la date de son embauchage ;
- jusqu'au 1<sup>er</sup> avril lorsque le travailleur est occupé dans l'entreprise depuis moins de six mois, le 1<sup>er</sup> octobre suivant la date de son embauchage.

La période de déclaration obligatoire ne peut donc, pour un salarié déterminé, être inférieure à six mois ni égale ou supérieure à un an.

La cotisation est déterminée par un pourcentage des salaires payés aux travailleurs déclarés, pourcentage fixé par le conseil d'administration de la caisse.

Les règles fixées par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 à propos du versement des charges sociales obligatoires sur les indemnités de congé (L. fin. séc. soc. n<sup>o</sup> 2014-1554, 22 déc. 2014 ; voir n<sup>o</sup> 3724) s'appliquent également aux caisses de congés payés du secteur du transport.