

La prise des congés payés et la gestion des imprévus

L'épidémie de coronavirus risque de bouleverser pour certains salariés la période de leurs congés payés.

Sous certaines conditions, l'employeur peut, en effet, avancer les jours déjà posés par le salarié. Dans ce dossier pratique, nous faisons notamment le point sur les règles applicables en la matière.

Notons que celles-ci pourraient être amenées à évoluer, par ordonnance, pour permettre aux entreprises de faire face aux difficultés d'organisation auxquelles elles sont confrontées, compte tenu d'un fort taux d'absentéisme (v. l'actualité n° 18025 du 20 mars 2020).

À CLASSER SOUS
TEMPS DE TRAVAIL
CONGÉS PAYÉS

02 / 20

1 La période de prise des congés

QUAND LES SALARIÉS DOIVENT-ILS PRENDRE LEURS CONGÉS PAYÉS ?

Le salarié doit prendre, en principe, ses congés durant une période prévue à cet effet. En pratique cette période s'étend le plus souvent du 1^{er} juin au 31 mai, mais il peut en être autrement.

■ Qui définit la période de prise des congés payés ?

La période pendant laquelle les congés payés doivent être pris par le salarié est fixée par accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par convention ou accord de branche (C. trav., art. L. 3141-15).

En l'absence de telles dispositions, elle est fixée par l'employeur, après avis du comité social et économique (C. trav., art. L. 3141-16).

La période de prise des congés payés est portée par l'employeur à la connaissance des salariés au moins deux mois avant l'ouverture de cette période (C. trav., art. D. 3141-5).

À NOTER Selon la jurisprudence, le défaut de consultation des instances représentatives du personnel, en l'absence de dispositions conventionnelles applicables, est une infraction aux dispositions légales relatives aux congés payés, infraction constitutive d'une contravention de 5^e classe (amende de 1 500 €), qui doit prévaloir sur celle du délit d'entrave (Cass. crim., 6 février 1990, n° 87.82-316).

■ Comment cette période est-elle déterminée ?

La période de prise des congés doit comprendre dans tous les cas la période du 1^{er} mai au 31 octobre de chaque année (C. trav., art. L. 3141-13). Cette disposition est d'ordre public, la période de prise de congé ne peut donc pas s'achever ni débuter entre ces deux dates.

Au-delà de cet impératif, les partenaires sociaux ou l'employeur ont toute liberté pour fixer la période de prise des congés payés. Cependant, si elle résulte d'un usage, elle s'imposera dans l'entreprise tant que ledit usage n'aura pas été dénoncé par l'employeur ou modifié par accord collectif (Cass. soc., 16 mai 2000, n° 98-40.499).

La période de prise des congés peut donc commencer avant le 1^{er} mai et s'étendre au-delà du 31 octobre. Bon nombre de conventions collectives fixent une période de congé qui s'étend sur l'année entière (Cass. soc., 3 mai 2000, n° 98-41.845P). Ainsi, les deux conventions collectives nationales des ouvriers du bâtiment (celle visant les entreprises jusqu'à dix salariés et celle visant les entreprises de plus de dix salariés) fixent la période des congés du 1^{er} mai au 30 avril. Mais une convention collective peut aussi exclure une période de l'année, notamment une période d'accroissement d'activité, dès lors qu'elle ne se situe pas entre le 1^{er} mai et le 31 octobre.

■ Les congés peuvent-ils être posés à tout moment de l'année ?

Tous les congés ne peuvent pas être posés à tout moment de la période de prise des congés payés et ils doivent l'être au moins en deux temps (C. trav., art. L. 3141-17):

FERMETURE DE L'ENTREPRISE ET PRISE DES CONGÉS

L'accord collectif fixant la période de prise des congés et l'ordre des départs pendant cette période (*C. trav., art. L. 3141-15*) peut prévoir que les congés payés seront pris pendant la période de fermeture de l'entreprise. L'employeur peut aussi en décider lui-même après avis du CSE pour les entreprises qui en sont dotées (*C. trav., art. L. 3141-16*). L'accord du salarié n'est pas requis.

Les fermetures de l'entreprise ne doivent pas empêcher de respecter les dispositions d'ordre public, à savoir bénéficier d'au moins 12 jours ouvrables continus pendant la période prévue par l'accord organisant le fractionnement ou, à défaut d'accord, pendant la période du 1^{er} mai au 31 octobre (*C. trav., art. L. 3141-19, L. 3141-21 et L. 3141-23*).

Si l'entreprise ferme, le salarié doit se plier aux dates de fermeture et ne peut pas prendre ses congés à une autre date, sous peine de licenciement pour faute grave (*Cass. soc., 21 juillet 1986, n° 85-41.203*).

• Fermeture et fractionnement

Les règles du fractionnement s'appliquent aux congés payés pris pendant une période de fermeture (*v. le dossier pratique -Temps trav., CP- n° 148/2018 du 17 août 2018*). Ainsi, si la fermeture dure au moins 12 jours continus elle peut correspondre au congé principal du salarié. Elle doit dans ce cas se situer sur la période prévue par l'accord collectif organisant le fractionnement ou, à défaut d'accord, pendant la période du 1^{er} mai au 31 octobre sauf accord des salariés (*C. trav., art. L. 3141-21 et L. 3141-23*).

Si la fermeture de l'entreprise impose aux salariés de prendre une partie de leur solde de congés hors de la période prévue par l'accord ou, à défaut d'accord, entre le 1^{er} novembre et le 30 avril, les salariés doivent bénéficier de jours de congés supplémentaires pour fractionnement (*Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 17-15.060 FS-PB*).

• Fermeture et cinquième semaine de congés payés

L'employeur est libre de fermer son entreprise quel qu'en soit le motif et de prévoir que la cinquième semaine de congés sera prise pendant cette fermeture tant que les salariés ne perdent ni congés ni rémunération. Il en a été ainsi jugé d'un employeur ayant décidé de fermer pour tenir compte de la conjoncture économique (*Cass. ch. mixte, 10 décembre 1993, n° 88-42.652 P*).

L'employeur doit en informer les salariés dans un délai suffisant. Faute de quoi, la fermeture de l'entreprise n'est pas considérée comme une période de congé et entraîne pour l'employeur l'obligation d'indemniser les salariés pour leurs salaires perdus (*Cass. soc., 25 février 1998, n° 95-45.659*).

• Fermeture plus de 30 jours

Si l'entreprise ferme pendant un nombre de jours dépassant la durée des congés légaux annuels, l'employeur verse aux salariés, pour chacun des jours ouvrables de fermeture excédant cette durée, une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité journalière de congés payés, en l'absence de convention expresse de forfait l'incluant dans la rémunération (*C. trav., art. L. 3141-31, al. 1; Cass. soc., 2 juillet 2002, n° 00-46.011*). Cette indemnité ne se confond pas et n'est pas cumulable avec l'indemnité de congés payés (*C. trav., art. L. 3141-31, al. 2; Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 04-46.935 FS-PB*). Elle doit être versée pour toute la durée supplémentaire de congé et son montant ne peut être inférieur au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler. Le personnel ne doit donc subir aucune perte de salaire (*Cass. soc., 12 février 1997, n° 94-40.605*). Cette règle s'applique quelle que soit la cause de l'allongement du congé, y compris en cas de circonstances extérieures à la volonté de l'employeur.

Attention : ces règles doivent être adaptées dans les entreprises où les salariés ont droit à plus de 30 jours de congés payés par an, notamment en application de dispositions conventionnelles.

– un congé principal de 24 jours ouvrables maximum. Il peut être dérogé à cette limite de quatre semaines en cas de contraintes géographiques particulières ou de présence au sein du foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne âgée en perte d'autonomie;

– une cinquième semaine de congés payés (sauf accord collectif prévoyant des congés supplémentaires) qui doit être prise séparément.

Le congé principal peut être fractionné s'il est d'une durée continue d'au moins 12 jours et avec l'accord du salarié (cet accord n'est pas requis en cas de congé pendant une période de fermeture de l'entreprise, *v. l'encadré ci-contre*). Une fraction d'au moins 12 jours continus du congé principal doit être posée au cours d'une période définie par accord ou fixée à défaut du 1^{er} mai au 31 octobre. Le solde du congé principal peut être posé hors de cette période (*C. trav., art. L. 3141-19 à L. 3141-23*). Dans ce cas, on fera application des règles de fractionnement fixées par l'accord collectif, et à défaut de précision dans l'accord, le salarié a droit à :
– deux jours ouvrables de congé supplémentaire lorsque le salarié pose au moins six jours entre le 1^{er} novembre et le 30 avril;

– un jour lorsque le salarié prend de trois à cinq jours entre ces mêmes dates.

Après accord individuel du salarié, l'employeur peut écarter l'application des règles supplétives relatives à la période du 1^{er} mai au 31 octobre ainsi que celles sur l'attribution de jours de congés pour fractionnement (*pour plus de détails sur les règles de fractionnement des congés payés : v. le dossier pratique -Temps trav., CP- n° 148/2018 du 17 août 2018*).

■ Un salarié doit-il attendre d'avoir acquis un certain nombre de congés pour les mobiliser ?

Non, le salarié n'a pas à attendre, tant qu'il respecte les règles sur la période de prise des congés et le fractionnement, il peut demander à bénéficier des jours de congés qu'il a acquis. La loi prévoit en effet que les congés peuvent être pris dès l'embauche et cette disposition est d'ordre public (*C. trav., art. L. 3141-12*).

En revanche, le salarié ne peut pas prendre de congés non encore acquis par anticipation, sauf si l'employeur y consent, notamment en cas de fermeture d'entreprise. Si le salarié quitte l'entreprise avant d'avoir acquis les congés pris par anticipation, il sera redevable du trop-perçu vis-à-vis de l'employeur (*C. trav., art. L. 3141-29*). La jurisprudence précise aussi que l'employeur ne peut pas imposer à son salarié de prendre des congés par anticipation (*Cass. soc., 30 avril 2003, n° 01-40853*).

L'EMPLOYEUR PEUT-IL IMPOSER AU SALARIÉ DE SOLDER SES CONGÉS PAYÉS PENDANT CETTE PÉRIODE ?

Sauf cas de reports autorisés par la loi ou par la convention collective (*v. ci-après*), l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir de direction, imposer au salarié de solder ses congés payés avant la fin de la période de prise de congés.

Il peut en outre obliger les salariés à poser leurs congés sur une période donnée lorsque l'entreprise ferme au cours de l'année (*v. l'encadré ci-contre*).

La marge de manœuvre de l'employeur est en revanche plus réduite en cas de rupture du contrat de travail

(v. « L'incidence d'une rupture ou autres événements », p. 6). En dehors de ces cas l'employeur ne peut imposer une prise de congés à un salarié.

L'EMPLOYEUR PEUT-IL REFUSER DES CONGÉS À SON SALARIÉ ?

L'employeur peut refuser une demande de départ en congé formulée par un salarié dès lors qu'il respecte les éventuelles dispositions prévues par un accord ou une convention collective sur ce point.

Ce refus ne doit pas être abusif. Il peut être justifié, par exemple, par :

- la continuité du service ;
- ou une forte activité ;
- ou des circonstances exceptionnelles.

2 L'ordre des départs en congés

QUI DÉTERMINE DANS QUEL ORDRE LES SALARIÉS PEUVENT PARTIR EN CONGÉS ?

La définition de l'ordre des départs pendant la période de prise des congés payés revient à l'accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, à l'accord de branche (C. trav., art. L. 3141-15, 2°). En l'absence de stipulations conventionnelles, c'est à l'employeur qu'il appartient de le définir après avis du comité social et économique (CSE).

Pour déterminer l'ordre, l'employeur doit tenir compte des critères suivants (C. trav., art. L. 3141-16, 1°, b) :

- la situation de famille des bénéficiaires, notamment les possibilités de congé du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité (Pacs), ainsi que la présence au sein du foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne âgée en perte d'autonomie ;
 - l'ancienneté ;
 - leur activité chez un ou plusieurs autres employeurs.
- De manière spécifique, la loi impose à l'employeur de permettre aux conjoints et aux partenaires liés par un Pacs travaillant dans une même entreprise de prendre leurs congés simultanément (C. trav., art. L. 3141-14).

QUAND LES SALARIÉS DOIVENT-ILS ÊTRE INFORMÉS DE L'ORDRE DES DÉPARTS ?

L'ordre des départs en congés payés doit être communiqué, par tout moyen, à chaque salarié un mois avant son départ (C. trav., art. D. 3141-6). Ce délai est d'ordre public.

À QUELLES CONDITIONS L'EMPLOYEUR PEUT-IL MODIFIER L'ORDRE DES DÉPARTS ?

L'employeur ne peut modifier l'ordre des départs sans respecter un délai de prévenance, sauf s'il peut justifier de circonstances exceptionnelles.

■ Dans les délais fixés par l'accord ou à défaut par la loi

L'accord collectif définissant l'ordre des départs fixe les délais que doit respecter l'employeur s'il entend modifier l'ordre et les dates de départs (C. trav., art. L. 3141-15, 3°).

À défaut de stipulations conventionnelles, l'employeur ne peut modifier l'ordre et les dates de départ moins d'un mois avant la date de départ prévue (C. trav., art. L. 3141-16, 2°).

Ce délai d'un mois s'apprécie à compter de la date de réception par le salarié (et non la date d'expédition par l'employeur) du courrier lui notifiant cette modification (Cass. soc., 4 mars 2003, n° 00-45.410). Si ce délai est respecté, l'employeur n'a pas à justifier sa décision et le salarié doit alors s'y soumettre.

■ En cas de circonstances exceptionnelles

En l'absence de stipulations conventionnelles sur le délai de prévenance et sauf à obtenir l'accord du salarié, l'employeur ne peut modifier l'ordre des départs en congés moins d'un mois avant la date prévue que s'il justifie de circonstances exceptionnelles (C. trav., art. L. 3141-16, 2°).

ANOTER Des circonstances, même exceptionnelles (tels des incidents techniques affectant le fonctionnement d'un haut-fourneau) ne peuvent être invoquées pour mettre brusquement des salariés en congé, peu important le respect ou non du délai de prévenance. Le délai d'un mois ne concerne que la modification de dates de congés déjà fixées (Cass. crim., 21 novembre 1995, n° 94-81.791 P).

L'épidémie de coronavirus (Covid-19) comme circonstance exceptionnelle

La possibilité de modifier l'ordre des départs en congés est mise en avant actuellement par le gouvernement, qui considère que l'épidémie de coronavirus peut être considérée comme une circonstance exceptionnelle. Celle-ci peut donc justifier le déplacement de dates de congés ayant été posées par les salariés sur une période à venir (Questions-réponses relatif au coronavirus pour les entreprises et les salariés - ministère du Travail, mis à jour le 17 mars 2020).

Les congés déplacés devront avoir pour but :

- soit de couvrir la période de vigilance de 14 jours suivant l'exposition d'un salarié à un risque sérieux de contamination ;
- soit de couvrir la période pendant laquelle le salarié doit garder son enfant de moins de 16 ans dont l'établissement scolaire est fermé et pour lequel le recours au télétravail n'est pas possible (si le déplacement de congés est impossible et que le télétravail ne peut pas être mis en place, le parent peut être placé en arrêt de travail indemnisé par le médecin de l'ARS sur demande de l'employeur).
- soit de couvrir la période pendant laquelle un salarié doit garder son enfant qui fait l'objet d'une mesure d'isolement, bien que le télétravail soit encore la solution à privilégier (si déplacement de congés et télétravail ne sont pas envisageables, l'ARS informe le salarié de la procédure à suivre et peut adresser un arrêt de travail à l'employeur).

ANOTER Une entreprise forcée à réduire son activité à cause de l'épidémie de coronavirus est invitée à recourir à l'activité partielle et au FNE-formation. Si elle est contrainte de fermer, ses salariés devront prendre leurs congés pendant la période de fermeture (v. l'encadré « Fermeture de l'entreprise et prise des congés », p. 2).

L'appréciation du caractère exceptionnel par les juges du fond

En cas de contentieux, le juge du fond est tenu de vérifier si les circonstances invoquées justifient que l'employeur retire une autorisation de congé initialement donnée (Cass. soc., 12 novembre 2002, n° 00-45.138).

À titre d'exemples, ont été reconnues comme des **circonstances exceptionnelles** :

- la **nécessité de remplacer** à l'étranger un salarié **décédé** (Cass. soc., 15 mai 2008, n° 06-44.354);
- une **commande importante**, inattendue et de nature à sauver l'entreprise (CA Chambéry, 12 décembre 1985, nos 84-253 à 84-256);
- la mise en **redressement judiciaire** de l'entreprise (CA Toulouse, 12 juillet 1996, n° 95-1093);
- dans le cas d'une entreprise connaissant de **graves difficultés financières**, l'achèvement par une comptable du travail nécessaire à l'élaboration du plan d'apurement (CE, 11 février 1991, n° 68-058 P);
- des **travaux** d'implantation d'un chantier ayant pris du retard du fait de l'absence de l'intéressé au cours du mois précédent son départ en congé et dont la **phase de finition** nécessitait sa présence (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-41.082).

En revanche, ne constitue **pas** une **circonstance exceptionnelle** la nécessité d'une **intervention** qui, bien qu'urgente, fait partie de l'activité même de l'entreprise où une telle intervention est **courante**, dès lors que l'employeur ne rapporte pas la preuve, ni d'une technicité ou d'une particularité telle que seul le salarié concerné peut effectuer cette intervention, ni de son impossibilité de faire appel à un autre salarié (CA Aix-en-Provence, 24 juin 1997, RJS 11/97 n° 1248). De même ne constitue pas une circonstance exceptionnelle la tenue d'une réunion d'expertise sur un chantier dont le salarié avait eu la responsabilité et qui présentait de graves désordres (Cass. soc., 28 novembre 1991, n° 90-41.145).

À NOTER Si la loi ne permet pas d'écarter le délai de prévenance prévu par accord collectif pour modifier les dates de départ des salariés, les négociateurs sont cependant libres d'aménager ce délai et de prévoir des situations permettant de ne pas l'appliquer.

QUE SE PASSE-T-IL SI LE SALARIÉ REFUSE LA MODIFICATION DE SES DATES DE CONGÉS ?

■ Délai de prévenance respecté ou circonstances exceptionnelles invoquées

Le salarié qui refuse de décaler son départ en congé alors que l'employeur le lui a demandé, dans les délais fixés par une convention ou un accord collectif ou, à défaut, au moins un mois avant la date initialement prévue, s'expose à des **sanctions** disciplinaires. Ainsi un

ingénieur ayant refusé le report de ses congés a pu être licencié pour **faute grave**, bien que son absence n'ait pas perturbé l'entreprise (Cass. soc., 23 mars 2004, n° 01-45.225). De même, en présence de circonstances exceptionnelles, le salarié ne peut refuser de reporter ses vacances sans commettre une faute.

À NOTER Le salarié contraint de reporter ses congés à la demande de l'employeur pourrait-il demander un dédommagement pour compenser les frais induits par cette modification. Par ailleurs, si du fait de ce report, il n'a pas pu prendre l'ensemble de ses congés payés, il doit en être indemnisé (Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-43.655 à propos d'un salarié empêché de prendre ses congés en raison de l'exécution d'un marché important).

■ Délai de prévenance dépassé et absence de circonstances exceptionnelles

Si l'employeur modifie la date des départs moins d'un mois avant celle initialement prévue, sans justifier de circonstances exceptionnelles, le salarié **peut refuser** de décaler son départ **sans commettre de faute**. Ainsi, une société qui ne donne pas de planning de congés payés et modifie la date des départs moins d'un mois avant la date prévue, sans justifier de circonstances exceptionnelles, ne peut sanctionner une salariée qui décide de partir en congé à la date initialement prévue (Cass. soc., 3 juin 1998, n° 96-41.700 P). Dans ce cas, l'éventuel **licenciement** qui en découle peut être considéré comme **sans cause réelle et sérieuse** (Cass. soc., 12 novembre 2002, n° 00-45.138). L'employeur peut en outre être condamné à indemniser les salariés du préjudice qu'ils ont subi (Cass. soc., 7 décembre 1995, n° 92-43.099).

QUI DOIT PROUVER QUE DES CONGÉS ONT OU N'ONT PAS ÉTÉ PRIS ?

La jurisprudence a plusieurs fois eu l'occasion d'affirmer qu'en matière de congés payés c'est sur l'**employeur** que repose la charge de la preuve (Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929; Cass. soc., 24 octobre 2018, n° 17-18.753 F-D).

3 La modification de ses dates de congé par le salarié

LE SALARIÉ QUI MODIFIE SES DATES EST-IL FAUTIF ?

Les dates de congés payés fixées par l'employeur s'imposent au salarié qui ne peut pas les modifier de son propre chef. S'il entend redéfinir le moment de son départ et de son retour ou la durée de son congé, il devra donc obtenir l'accord de son employeur.

Prendre un congé non autorisé peut constituer une **cause réelle et sérieuse** de licenciement. C'est ainsi qu'a été jugée la prise d'un jour de congé par un salarié de sa propre initiative, pour convenance personnelle et sans se soucier de l'intérêt du service (Cass. soc., 23 novembre 1989, n° 87-40.555).

Mais le plus souvent, un **départ** en congés payés **sans autorisation** préalable de l'employeur comme un **retour tardif** est constitutif d'une **faute grave**. C'est ainsi qu'a été qualifié :

EXISTE-T-IL UN RISQUE À TRAVAILLER PENDANT SES CONGÉS ?

Oui, et ce risque pèse sur l'employeur et le salarié. Pour le Code du travail, le salarié qui accomplit un travail rémunéré pendant sa période de congés payés prive les demandeurs d'emploi d'un travail qui aurait pu leur être confié. Ils peuvent donc faire l'objet d'une action devant le juge d'instance en dommages et intérêts envers le régime d'assurance chômage. Ces dommages et intérêts ne peuvent être inférieurs au montant de l'indemnité due au salarié pour son congé payé. L'action en dommages et intérêts est exercée par le **maire de la commune intéressée ou le préfet**. L'employeur qui

emploie pendant la période fixée pour son congé légal un salarié à un travail rémunéré, même en dehors de l'entreprise, est considéré comme ne donnant pas le congé légal. Il peut faire l'objet de la même action en dommages et intérêts que le salarié (C. trav., art. D. 3141-1 et D. 3141-2).

– le départ en vacances d'une salariée en juillet, comme elle avait l'habitude de le faire, alors que l'employeur lui avait imposé septembre (*Cass. soc.*, 26 octobre 1989, n° 87-41.819);

– la **prolongation des vacances** par le « pont » de l'Ascension, dès lors que l'employeur avait informé les salariés de l'absence de « pont » cette année (*Cass. soc.*, 1^{er} juillet 1998, n° 96-42.824);

– le **retour tardif de congés**, sans aviser l'employeur en temps utile de l'impossibilité de regagner la France, en le laissant dans l'ignorance du motif de l'absence pendant trois semaines (*Cass. soc.*, 1^{er} mars 1994, n° 92-45.265).

– la prise de congés au mois d'août **sans autorisation** ni justification (*Cass. soc.*, 19 janvier 2005, n° 02-46.418);

– celui qui a demandé le fractionnement de ses congés, mais qui, **refusant d'appliquer les dates** fixées par l'employeur, a prolongé ses congés de quelques jours (*Cass. soc.*, 10 mars 2004, n° 01-44.941 P);

– le **départ en congé, le 2 septembre au lieu du 9** sans autorisation, d'un salarié ayant rectifié de son propre chef la note de service qui a fixé les dates de ses congés (*Cass. soc.*, 31 octobre 1989, n° 87-40.196);

– le fait de vouloir imposer une prise de congés en juillet au lieu du mois d'août constitue une faute grave bien que le licenciement ait été prononcé avant le départ en congé (*Cass. soc.*, 2 avril 1997, n° 95-43.980).

À NOTER Le salarié qui part sans autorisation en congé ne peut en aucun cas être considéré comme démissionnaire, et ce en l'absence de volonté claire et non équivoque de démissionner (*Cass. soc.*, 2 février 1994, n° 90-42.879).

LE SALARIÉ PEUT-IL INVOQUER DES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES ?

Oui. Si l'employeur peut sanctionner le salarié qui ne respecte pas ses dates de congé, sa propre attitude peut constituer une **circonstance atténuante**. Ainsi, en l'absence d'affichage de l'ensemble des dates de départ, l'employeur ne peut se prévaloir d'une transgression par le salarié de l'ordre des départs en congé (*Cass. soc.*, 6 février 1986, n° 83-42.624). En outre, des justifications apportées par le salarié peuvent atténuer la gravité de sa faute. En la matière, la **jurisprudence** est **fluctuante** et varie en fonction des circonstances de la cause.

■ Des cas où le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse

Dans certaines affaires, il a pu être jugé que le fait pour un salarié de ne pas avoir averti son employeur de son intention de prendre ses congés ne constituait **ni une faute grave ni une cause réelle et sérieuse** de licenciement compte tenu de la **défaillance** de l'employeur dans l'**organisation** des congés payés. Ainsi, un employeur ne pouvait reprocher au salarié d'être parti sans autorisation, dès lors que les demandes de ce dernier étaient restées sans réponses (*Cass. soc.*, 11 octobre 2000, n° 98-42.540) et qu'il avait pu penser, de bonne foi, que sa demande était acceptée (*Cass. soc.*, 14 novembre 2001, n° 99-43.454).

À NOTER Au contraire, la mauvaise foi du salarié qui savait que le **planning** des congés devait être approuvé par la direction, mais qui était parti avant cette approbation a pu justifier un licenciement pour faute grave (*Cass. soc.*, 18 février 1998, n° 95-41.744).

■ Des cas où la faute grave est écartée mais pas la cause réelle et sérieuse

La défaillance de l'employeur dans l'organisation des congés payés ne suffit parfois pas à faire tomber la cause réelle et sérieuse du licenciement. Ainsi les juges ont pu écarter la faute grave mais pas le caractère réel et sérieux d'un licenciement dès lors que l'**employeur n'avait pas répondu aux courriers** de l'intéressé (*Cass. soc.*, 11 juillet 2007, n° 06-41.706).

Il en a été de même dans une affaire où une salariée était partie plus tôt du fait de la modification de ses horaires d'avion, sans avoir le temps d'obtenir l'autorisation de son employeur, mais en organisant l'arrivée un jour plus tôt de l'intérimaire devant la remplacer (*Cass. soc.*, 23 novembre 1989, n° 87-41.571).

Les **juges tiennent ainsi compte des justifications** que peut apporter le **salarié**. Le fait de prendre un jour de congé pour un motif impérieux, malgré le refus de l'employeur, n'a pas été jugé fautif (*Cass. soc.*, 28 novembre 2006, n° 05-42.062). De même, des congés pris malgré le refus de l'employeur ne constituaient pas une faute grave dès lors que la faute était intervenue dans un contexte de tension (*Cass. soc.*, 16 mai 2007, n° 05-44.703).

Il en est de même d'un **retour tardif** de congés, mais que le salarié peut justifier par un motif valable, comme par exemple des grèves des transports, l'arrêt du trafic aérien lié à une éruption volcanique, ou encore un tremblement de terre, etc. Ainsi, la faute grave a pu être écartée pour un salarié rentré d'Afrique avec quatre jours de retard (*Cass. soc.*, 2 février 1994, n° 91-40.263) ou un autre revenu un jour plus tard que la date prévue après avoir prévenu l'employeur de sa panne de voiture (*Cass. soc.*, 22 novembre 1995, n° 91-44.032).

4 L'incidence de la maladie sur les congés

LE SALARIÉ CONSERVE-T-IL SES DROITS QUAND IL TOMBE MALADE AVANT SES CONGÉS ?

Lorsqu'un salarié est en arrêt maladie au jour de la date prévue de son départ en congés, son **contrat de travail** est **suspendu** et il **conserve les droits** à congés qu'il a acquis. Si le salarié réintègre son poste avant la fin de la période de prise des congés, l'employeur est tenu de lui permettre de poser les jours qui lui restent avant la fin de cette période (*Cass. soc.*, 16 février 1999, n° 96-45.364). L'employeur peut, en outre, lui demander de prendre ses congés immédiatement après son arrêt maladie (*Cass. soc.*, 4 décembre 1996, n° 93-44.907).

LE SALARIÉ CONSERVE-T-IL SES DROITS QUAND IL TOMBE MALADE PENDANT SES CONGÉS ?

Selon la jurisprudence, sauf dispositions conventionnelles contraires ou accord de l'employeur, le salarié qui tombe malade pendant ses congés ne peut exiger **ni report ou prolongation** de ces congés, **ni indemnité** « compensatrice » à ce titre (*Cass. soc.*, 4 décembre 1996, n° 93-44.907).

La Cour de cassation pourrait cependant revoir sa position pour tenir compte de la jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne** (CJUE). Celle-ci

estime en effet que « la finalité du droit au congé annuel payé est de permettre au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisirs. Cette finalité diffère en cela de celle du droit au congé de maladie ». Elle en déduit qu'« une disposition nationale ne peut pas empêcher un travailleur dont l'incapacité de travail survient pendant ses congés payés de bénéficier de ce congé après la fin de la période d'incapacité de travail ».

Autrement dit, le travailleur dont le congé annuel payé coïncide avec une période de congé de maladie a le droit de prendre son congé à une époque ultérieure, et ce indépendamment du moment auquel cette incapacité de travail est survenue (CJUE, 21 juin 2012, aff. C-78/11). Cependant, ces règles sont issues de l'article 7 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 qui n'ont qu'un effet direct vertical et ne s'imposent pas dans une relation entre un employeur privé et son salarié. Néanmoins, la CJUE a récemment admis l'effet direct horizontal de l'article 31 paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux, qui reconnaît à tout travailleur le droit à une période annuelle de congés payés. Une telle solution pourrait conduire la Cour de cassation à admettre un droit au report des congés lorsque la maladie du salarié survient pendant ses congés.

À NOTER Pour la période de congé correspondant à des jours de maladie, l'employeur est seulement tenu de verser l'indemnité de congés payés, et non les indemnités complémentaires pour maladie.

QUE FAIRE SI LES ARRÊTS MALADIE DU SALARIÉ L'EMPÊCHENT DE SOLDER SES CONGÉS ?

Lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés avant la fin de la période de prise des congés en raison d'absences liées à une maladie (Cass. soc., 24 février 2009, n° 07-44.488 P), un accident du travail ou une maladie professionnelle (Cass. soc., 27 septembre 2007, n° 05-42.293) ou pour rechute d'accident du travail (Cass. soc., 16 février 2012, n° 10-21.300), les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail ou, en cas de rupture, être indemnisés au titre de l'article L. 3141-28 du Code du travail.

Ce droit au report des congés payés est également admis en cas d'absences successives pour différents motifs. Un report devait ainsi être accordé à une salariée qui avait enchaîné un arrêt consécutif à un accident du travail, un arrêt maladie et un arrêt pour rechute d'accident du travail (Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-28.082 FS-PB). En pratique, lors du retour d'un salarié absent pour maladie, il convient d'organiser les modalités de prises des jours de congés qu'il n'a pas eu la possibilité de prendre.

S'il est licencié, il perçoit une indemnité compensatrice au titre des congés reportés, calculée selon les règles de droit commun de l'indemnité compensatrice de congés payés (C. trav., art. L. 3141-28).

À NOTER Selon la CJUE, la période de report des droits à congé d'un travailleur en incapacité peut être limitée compte tenu de la finalité du congé et de l'organisation du travail. Une période maximale de report de 15 mois est raisonnable (CJUE, 22 novembre 2011, KHS, aff. C-214/10). Le Conseil d'État a ainsi considéré, à propos de fonctionnaires, que les congés peuvent être pris au cours d'une période de 15 mois après le terme de l'année civile correspondant à la période de prise des congés (CE, 26 avril

2017, avis n° 406009; v. le dossier jurisprudence hebdo n° 98/2017 du 30 mai 2017). Quant à la Cour de cassation, elle a récemment affirmé qu'une limitation dans le temps du droit au report est permise dès lors que la durée retenue dépasse substantiellement celle de la période de référence. En l'absence de dispositions prévoyant valablement une durée maximale de report des congés non pris en raison de la maladie, le juge national ne peut pas lui-même fixer cette limite de report pour les entreprises et appliquer d'office le délai de 15 mois (Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-24.022 FS-PBRI; v. l'actualité n° 17418 du 4 octobre 2017).

5 L'incidence d'une rupture ou d'autres événements

QUEL EST L'IMPACT D'UNE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL SUR LES CONGÉS PAYÉS ?

La question de l'incidence d'une rupture du contrat de travail sur les congés payés se pose de différentes façons. Dans tous les cas, si le salarié n'a pas soldé ses congés au terme de son contrat de travail, il aura droit à l'indemnité compensatrice de congés payés (C. trav., art. L. 3141-28).

■ Rupture avant les congés

En cas de licenciement ou de démission avant le départ en congé, le préavis commence à courir à compter de la notification de la rupture, mais est suspendu pendant la durée du congé (Cass. soc., 14 octobre 1987, n° 84-41.670; sauf fermeture d'entreprise: Cass. soc., 21 novembre 2001, n° 99-45.424), si les dates de congé ont été fixées antérieurement.

Si les dates des congés payés n'étaient pas fixées avant la notification de la rupture, ni l'employeur ni le salarié ne peuvent exiger la prise des congés et la suspension du préavis. Le salarié qui s'est trouvé dans l'obligation de prendre son congé au cours du préavis a toutefois droit à une indemnité compensatrice de préavis. Tel est le cas, par exemple, lorsque la prise des congés pendant le préavis est imposée par la fermeture temporaire de l'entreprise (Cass. soc., 21 novembre 2001, n° 99-45.424). Le salarié ne peut exiger de prendre son solde de congés pour faire reculer la date de son départ de l'entreprise (Cass. soc., 20 février 1986, n° 83-41.049).

Toutefois, rien ne s'oppose à ce que le salarié, en accord avec son employeur, prenne son congé pendant la période de préavis. Dans ce cas, le préavis n'est pas prolongé d'autant (Cass. ass. plén., 5 mars 1993, n° 88-45.233).

■ Rupture pendant les congés

L'employeur peut tout à fait décider de licencier un salarié pendant ses congés. Et puisque la convocation du salarié à l'entretien préalable au licenciement en dehors du temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure, le salarié peut être convoqué à une date située pendant ses congés (Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 07-42551). En pratique et pour éviter de causer un préjudice à son salarié, l'employeur le convoquera plutôt hors de ses périodes de congés, d'autant que le préavis ne commencera pas à courir avant la fin du congé.

De son côté, le salarié peut également démissionner pendant ses congés et son préavis ne commencera à courir qu'à compter du jour de son retour.

CERTAINS ÉVÉNEMENTS PERMETTENT-ILS LE REPORT DES CONGÉS ?

■ Les congés pour événements familiaux

À l'occasion de certains événements familiaux (mariage, naissance, décès, etc.), le salarié peut bénéficier d'une autorisation exceptionnelle d'absence rémunérée (C. trav., art. L. 3142-1 et L. 3142-2). Mais si l'événement a lieu pendant ses congés, le salarié ne peut prétendre au bénéfice de ces congés spéciaux et n'a droit ni à une indemnisation ni à une prolongation de ses congés payés (Cass. soc., 11 octobre 1994, n° 93-42.310). Toutefois, un accord collectif peut être plus favorable.

■ La grève

Lorsque la grève débute pendant les congés payés d'un salarié, celle-ci n'a aucune incidence sur les congés. Lorsque la grève commence avant les congés, à notre avis, il en est de même. À ce jour, la Cour de cassation n'a jamais eu à statuer sur ce point.

■ L'activité partielle

Les entreprises confrontées à des difficultés peuvent recourir à la fermeture totale de l'entreprise. Pendant cette période de fermeture l'employeur peut imposer la prise de congés payés (v. l'encadré « Fermeture de l'entreprise et prise des congés payés », p. 2). Pour les salariés ne bénéficiant pas d'assez de droits à congés payés pour couvrir toute la période de fermeture, il n'est plus possible pour les entreprises de recourir à l'activité partielle de manière individuelle depuis le 1^{er} juillet 2013 (C. trav., art. R. 5122-10 ancien).

L'entreprise doit donc adopter des solutions alternatives telles que l'envoi du salarié en formation ou la pose des jours de RTT qui sont à la disposition de l'employeur en vertu de l'accord sur le temps de travail. Elle peut aussi inciter son salarié à prendre des jours de RTT, des contreparties en repos, ou encore des congés par anticipation. Sinon elle devra indemniser son salarié pour les jours chômés non couverts par ses congés payés (v. l'encadré précité).

■ La prescription médicale d'une cure thermale

Lorsque la cure thermale, justifiée médicalement, n'est pas prescrite à une date déterminée, l'employeur peut exiger que le salarié concerné effectue sa cure pendant son congé annuel.

À l'inverse, si le certificat médical fixe des dates, la durée de la cure s'impose à l'employeur, la durée de la cure ne s'imputant pas sur les congés annuels.

6 Le sort des congés non pris et les cas de report

QUE DEVIENNENT LES CONGÉS NON PRIS ?

Si un salarié n'a pas pris l'intégralité de ses congés payés à la fin de la période de prise des congés d'une année, il perd ses droits, sans pouvoir réclamer une rémunération ou une indemnité compensatrice à ce titre. L'indemnité compensatrice de congés payés n'est par principe due qu'en cas de rupture du contrat. Toutefois, il pourra obtenir des dommages-intérêts si c'est l'employeur lui-même qui l'a empêché de prendre ses congés (Cass. soc., 12 juillet 2004, n° 03-43.296).

Et rappelons que c'est à l'employeur qu'il appartient de démontrer qu'il a mis le salarié en mesure de prendre ses congés (Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-18.898). Il ne peut pas verser une indemnité au salarié pour compenser l'absence de prise des congés payés (Cass. soc., 20 novembre 2012, n° 11-20.343).

Des employeurs ont pu être condamnés à verser des dommages et intérêt dans diverses situations. Ce fut le cas :

– d'un employeur ayant interdit au salarié de prendre ses congés en raison de l'exécution d'un marché important dont dépendait la survie de l'entreprise (Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-43.655) ;

– d'un employeur dont le salarié a légitimement pu craindre, suite à un précédent, de subir une retenue sur salaire s'il prenait effectivement ses congés (Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-42.290).

LE SALARIÉ PEUT-IL EXIGER LE REPORT ?

Non. Sauf cas particuliers (v. ci-après), rien n'oblige l'employeur à accorder le report des congés non pris sur la période suivante, ou à indemniser le salarié. En effet, il faut une autorisation expresse de l'employeur pour reporter des congés payés non pris. Le salarié qui ne justifie pas de cette autorisation n'est donc pas fondé à solliciter une indemnité compensatrice de congés payés pour les jours non pris (Cass. soc., 9 janvier 2013, n° 11-21.758 F-D). Il est recommandé que cette autorisation écrite précise les modalités dans lesquelles procéder au report sur la période de prise des congés suivante.

Quant à l'employeur il ne peut pas non plus imposer au salarié le report de ses congés au-delà de la période de prise des congés.

ANOTER Avant d'accorder un report à un salarié, l'employeur doit analyser le risque de cumul de périodes d'absence du travailleur sur la période de prise des congés suivante et les difficultés que ces absences répétées pourraient impliquer pour l'organisation de son travail. Mais dans le même temps, il ne doit pas oublier que refuser un report peut avoir des conséquences sur la motivation du salarié ou le climat social.

DANS QUELS CAS LE SALARIÉ A-T-IL DROIT AU REPORT ?

■ Lorsque le contrat de travail ou la convention collective le prévoient

L'employeur à qui le salarié demande le report de ses congés doit vérifier s'il n'existe pas un accord individuel ou des dispositions d'un accord collectif en ce sens. De tels accords peuvent imposer un droit au report et les modalités de celui-ci, notamment pour les salariés expatriés, ceux des départements et territoires d'outre-mer ou encore pour les salariés étrangers qui travaillent en France.

■ Lorsque le salarié souhaite prendre un congé sabbatique ou pour création d'entreprise

Le salarié qui souhaite prendre un congé sabbatique ou un congé pour création d'entreprise peut bénéficier d'un report de congés payés. Les modalités de ce report sont définies par accord d'entreprise ou, à défaut, par accord de branche (C. trav., art. L. 3142-33 et L. 3142-118).

En l'absence d'un tel accord, le salarié peut demander le report du congé payé annuel qui lui est dû au-delà de 24 jours ouvrables – autrement dit, la 5^e semaine – sur six années au maximum, jusqu'à son départ en congé (C. trav., art. L. 3142-35 et L. 3142-120). Au moment de son départ en congé, le salarié percevra une indemnité compensatrice pour l'ensemble des congés payés ainsi reportés (C. trav., art. L. 3142-121). Toujours à défaut d'accord collectif, si le salarié renonce à son projet, les congés ainsi capitalisés sont ajoutés aux congés payés annuels. Ils peuvent être pris par fraction de six jours et jusqu'à épuisement (C. trav., art. L. 3142-122). Enfin, en cas de rupture du contrat de travail, le salarié doit percevoir une indemnité compensatrice pour les droits à congés payés reportés (C. trav., art. L. 3142-123).

À NOTER Des dispositions similaires sont prévues pour les salariés souhaitant bénéficier d'un congé pour l'exercice de responsabilités de direction au sein d'une entreprise répondant aux critères de jeune entreprise innovante (JEI).

■ Pour alimenter un compte épargne-temps

Si l'accord instituant le compte épargne-temps (CET) le prévoit, le salarié peut reporter tout ou partie de ses congés payés excédant 24 jours ouvrables – en pratique, la 5^e semaine, ainsi que les congés conventionnels supplémentaires – pour alimenter son compte (C. trav., art. L. 3151-2).

La décision de l'employeur obligeant les salariés à prendre tous les jours de repos sans pouvoir alimenter le CET constitue un trouble manifestement illicite (Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-11.979 FS-PB).

■ En cas d'annualisation du temps de travail

Pour le salarié dont la durée du travail est décomptée à l'année (forfaits annuels, répartition du temps de travail sur tout ou partie de l'année, modulation, etc.), le report des congés payés est possible si l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, la convention ou l'accord collectif de branche le prévoient. Dans ce cas, les congés peuvent être reportés jusqu'au 31 décembre de l'année suivant celle pendant laquelle la période de prise de ces congés a débuté (C. trav., art. L. 3141-22).

Par exemple, pour une période de prise des congés payés fixée du 1^{er} juin 2019 au 31 mai 2020, le report des congés payés peut s'effectuer jusqu'au 31 décembre 2020.

À NOTER L'accord collectif doit comporter certaines mentions : les modalités de rémunération des congés payés reportés, les cas précis et exceptionnels de report,

les conditions dans lesquelles ces reports peuvent être effectués (à la demande du salarié, après accord de l'employeur) et les conséquences de ces reports sur le respect des seuils annuels de travail (exprimées en heures ou en jours). En tout état de cause, le report ne doit pas avoir pour effet de majorer ces seuils dans une proportion plus importante que celle correspondant à la durée ainsi reportée.

■ En cas de congé de maternité ou d'adoption

Le salarié de retour d'un congé de maternité ou d'adoption a droit à son congé payé annuel, quelle que soit la période de congé payé retenue par l'accord collectif ou par l'employeur, pour le personnel de l'entreprise (C. trav., art. L. 3141-2).

■ Et en cas de congé parental ?

Le salarié de retour d'un congé parental d'éducation n'a droit ni au report de ses congés payés ni à une indemnité compensatrice, sauf accord de l'employeur. Selon la Cour de cassation, c'est le salarié lui-même, en décidant de bénéficier d'un congé parental, qui rend impossible l'exercice de son droit à congé payé (Cass. soc., 28 janvier 2004, n° 01-46.314).

Cependant, la Cour de cassation pourrait devoir aligner sa jurisprudence sur la position de la Cour de justice de l'Union européenne. Selon cette dernière, l'impossibilité pour un travailleur de retour d'un congé parental de prendre ses congés payés acquis l'année précédant la naissance de l'enfant est contraire au droit communautaire (CJUE, 22 avril 2010, aff. C-486/08).

À NOTER Compte tenu de cette solution, il est conseillé de faire bénéficier le salarié revenant d'un congé parental des congés annuels payés acquis durant l'année précédant la naissance de son enfant.

LE REPORT DONNE-T-IL DROIT AUX JOURS SUPPLÉMENTAIRES POUR FRACTIONNEMENT ?

Selon le ministère du Travail, les règles relatives au fractionnement du congé principal sont applicables en cas de report des congés payés du fait de la maladie ou de la maternité (JO Assemblée nationale du 19 octobre 2010, Question n° 74829). Ainsi, si l'employeur et le salarié conviennent de fixer la date des jours de congés payés reportés en dehors de la période légale (1^{er} mai au 31 octobre), le salarié a droit à des jours de congé supplémentaires, calculés selon la méthode prévue à l'article L. 3141-19 du Code du travail : deux jours ouvrables de congés lorsque le nombre de congé pris en dehors de la période légale est au moins égal à six et un jour lorsque ce nombre est compris entre trois et cinq jours.