DOSSIER

Congés payés et jours de repos, des leviers complémentaires ou alternatifs à l'activité partielle

SANDRINE JEAN - DOCTEUR EN DROIT, AVOCATE AU BARREAU DE PARIS, BARTHÉLÉMY AVOCATS

Mobilisables par tout employeur, les jours de congés payés – dans la limite de 6 jours ouvrables – impliquent la conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou, à défaut, de branche. Les jours de repos et droits du CET – dans la limite de 10 jours – sont quant à eux à la libre disposition de l'employeur dès lors qu'il rencontre des difficultés économiques.

L'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020, prise en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid 19 (art. 11.1°. b), offre différents leviers d'action à tout employeur, qu'il peut solliciter en complément ou indépendamment du recours à l'activité partielle : les congés payés, les jours de repos, auxquels il convient d'ajouter le cas échéant les droits du compte-épargne temps. Sur ces trois points, des mesures dérogatoires au Code du travail voire aux dispositions conventionnelles sont autorisées, sous certaines conditions.

D'emblée une différence majeure affecte l'utilisation de ces moyens : tandis que le recours aux congés payés est, sur le fond, inconditionnel, la sollicitation des jours de repos et des droits du CET suppose l'existence de difficultés économiques, lesquelles ne sont pas définies.

Une autre différence tient à l'outil juridique de mise en œuvre : l'employeur peut unilatéralement positionner des jours de repos, il ne peut en revanche disposer des congés payés qu'autant qu'un accord collectif l'autorise à le faire, qu'il s'agisse d'un accord d'entreprise ou, à défaut, d'un accord de branche.

I. La mobilisation des jours de congés payés suppose la conclusion d'un accord collectif

Nécessité d'un accord collectif. L'employeur ne peut actionner le levier des congés payés afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation du Covid-19 sans le préalable d'un accord collectif. Cette exigence s'explique eu égard aux objets ouverts à

la négociation, qui relèvent soit du champ de la négociation collective (date des départs) soit de l'ordre public (voir ci-dessous).

Primauté de l'accord d'entreprise. Un ordre de priorité est affirmé : suivant la logique mise en place par la loi du 8 août 2016 et par les ordonnances de 2017, la primauté est donnée à l'accord d'entreprise. En l'absence de conclusion d'un accord au niveau de l'entreprise, l'employeur peut appliquer l'accord conclu le cas échéant au niveau de la branche et positionner le nombre de jours de congés payés prévus par l'accord, après information voire consultation du comité social et économique.

En raison de la primauté de l'accord d'entreprise, l'employeur peut toujours négocier avec ses partenaires un accord différent si l'accord de branche ne lui sied pas (C. trav., art. L. 2253-4).

Il est notable que plusieurs branches, qui ont entrepris ce travail de négociation et abouti à un accord, comme la métallurgie ou les services de l'automobile, donnent non seulement la priorité à la négociation d'entreprise mais la rende obligatoire.

Absence de motivation. L'employeur/la partie patronale n'ont pas à justifier d'un quelconque motif pour entreprendre la négociation d'un accord d'entreprise ou de branche. Il n'en demeure pas moins que la réussite de la négociation peut obliger l'employeur/la partie patronale à justifier auprès de ses partenaires de la pertinence des mesures envisagées. Les conditions économiques amenant l'entreprise à négocier un tel accord pourront figurer dans le préambule, lequel est, rappelons-le, obligatoire.

Trois objets de négociation. L'accord collectif peut, tout d'abord, autoriser l'employeur à imposer ou à modifier les dates de prise de jours de congés payés. Six jours ouvrables maximum peuvent être laissés à la discrétion de l'employeur, lequel devra simplement respecter un délai de prévenance minimum d'un jour franc, l'accord pouvant prévoir un délai supérieur. Le délai peut être distinct pendant le confinement et après le confinement. Il peut ainsi revenir sur des dates de congés validées ou imposer d'office tel ou tel jour.

En l'absence de limite, le nombre de jours peut être modulé selon les secteurs d'activités, les catégories professionnelles ou tout autre critère objectif et pertinent.

Autre assouplissement prévu par l'ordonnance : l'accord peut permettre à l'employeur de mobiliser non seulement les jours de congé portant sur la période de prise actuelle mais aussi les jours qui ne pourraient en temps normal n'être posés qu'au cours de la prochaine période d'ouverture des congés payés (à compter du 1^{er} juin 2020). Il appartient donc aux partenaires sociaux de préciser les jours que l'employeur pourra mobiliser. Les jours à prendre au cours de la prochaine période de congés peuvent être posés dès la signature de l'accord soit une mobilisation anticipée de jours de congés. L'accord peut aussi prévoir un mix entre les derniers jours de l'actuelle période de prise

des congés et les jours à prendre au cours de la prochaine période, toujours dans la limite de 6 jours.

L'accord peut ensuite autoriser l'employeur à **fractionner** les congés payés sans l'accord du salarié. Cette mesure concerne semble-t-il l'ensemble des congés payés autres que la 5^e semaine et les 12 jours ouvrables continus auquel tout salarié a droit.

L'accord peut enfin suspendre le droit des conjoints ou partenaires liés par un Pacs travaillant dans l'entreprise à un **congé simultané**.

Ces deux dernières facultés ne sont pas sans surprendre dans la mesure où l'exigence de l'accord du salarié pour le fractionnement de ses congés (C. trav., art. L. 3141-19) et le droit des conjoints à un congé simultané (C. trav., art. L. 3141-14) font partie du premier étage du triptyque c'est-à-dire du bloc ordre public. En temps normal, ces règles ne peuvent faire l'objet d'un aménagement conventionnel. À titre dérogatoire et temporaire, l'exigence de l'accord individuel et le droit des conjoints à un congé simultané peuvent être supprimés par l'accord d'entreprise ou de branche. Deux règles perdent ainsi momentanément leur impérativité. L'ordonnance reconfigure autrement dit le triptyque en déclassant deux règles d'ordre public.

Mobilisation jusqu'au 31 décembre. Ces assouplissements ont vocation à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2020. Les parties disposent donc de temps pour négocier un accord et il leur appartient de préciser le cas échéant la période au cours de laquelle l'employeur peut mobiliser des jours de congés payés. À défaut de précision sur ce point, l'employeur pourra sans doute les positionner jusqu'à la date butoir du 31 décembre. Nulle obligation n'est faite à l'employeur de solliciter les jours de congés payés avant de placer les salariés en activité partielle, ni de mobiliser les jours de congés payés pendant la période de confinement. C'est autrement dit une période de 8 mois (7 mois lors de la parution de cet article) qui est offerte aux entreprises pour adapter la présence des salariés à l'intensité de l'activité.

Tous accords d'entreprise. Dans les entreprises pourvues d'un délégué syndical, l'employeur doit nécessairement négocier avec ce dernier. S'il refuse, la négociation substitutive n'étant pas possible, le levier collectif des congés payés prévu par l'ordonnance est inapplicable.

Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, la négociation substitutive est permise, à défaut d'être interdite ou restreinte par l'ordonnance. De prime abord, cette voie peut sembler chronophage pour présenter un intérêt immédiat, elle pourrait néanmoins être empruntée puisque l'employeur a jusqu'au 31 décembre pour mobiliser des jours de congés payés.

Application pour l'avenir. Quel que soit son mode de conclusion, un accord n'est applicable que le lendemain de son dépôt dématérialisé auprès de l'administration (C. trav., art. L. 2261-1). Des stipulations contraires sont possibles uniquement lorsque l'accord est négocié avec un délégué

syndical. Pour autant, même dans cette hypothèse et malgré l'absence de fléchage par le législateur des dispositions contraires, un accord collectif ne peut avoir, à notre avis, un effet rétroactif : l'entrée en vigueur d'un accord ne peut être antérieure à sa date de signature.

À défaut d'accord collectif. Les dispositions permettant à l'employeur de modifier les dates des congés payés, sans respecter le délai de prévenance d'un mois, en cas de circonstances exceptionnelles restent applicables, en l'absence de disposition contraire dans l'ordonnance. Cette solution mérite toutefois d'être utilisée avec circonspection dès lors qu'une autre voie est offerte par l'ordonnance.

Par ailleurs, l'employeur peut aussi recueillir l'avis de chaque salarié. Dans cette hypothèse, les limites prévues par l'ordonnance – dans l'hypothèse de la conclusion d'un accord collectif – ne semblent pas applicables. L'employeur peut sans doute par exemple demander à un salarié auquel il resterait 9 jours de congés payés de les poser. La solution apparaît plus souple mais elle suppose l'accord de chaque salarié concerné, accord qu'il est préférable d'obtenir par écrit pour une question de preuve. Un courrier peut être adressé, avec un coupon de réponse que le salarié devra renvoyer, solution qui peut être longue à mettre en place en ces temps de ralentissement de l'activité postale. Un courriel peut aussi être envoyé à chaque salarié concerné s'il est en télétravail, et la réponse doit bien évidemment être conservée.

Pour conclure ce point, précisons que l'ordonnance ne prévoit pas, contrairement au projet de loi initial, que les conditions d'acquisition de congés payés puissent être modifiées. Les salariés placés en activité partielle acquièrent donc des congés payés comme s'ils travaillaient (C. trav., art. R. 5122-11).

II. Jours de repos, droits du CET et pouvoir de l'employeur

Volonté de l'employeur. L'employeur peut unilatéralement imposer ou modifier les jours de repos prévus par un dispositif :

- de RTT maintenu par la loi du 20 août 2008,
- d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine (C. trav., art. L. 3121-41 et s.),
- de forfait annuel en jours sur l'année.

Par définition, sont visés les jours dont l'accord collectif réserve la libre disposition au salarié.

L'employeur peut également s'affranchir des dispositions conventionnelles concernant le compte épargne temps et imposer que les droits affectés à un CET soient utilisés pour la prise de jour de repos.

À l'instar des jours de congés payés, l'employeur peut imposer ou modifier la date de ces jours de repos jusqu'au 31 décembre 2020.

Aucune limite n'est prévue quant à la répartition de ces jours. Les jours posés peuvent être pris en une fois ou être fractionnés, ils peuvent être pris par semaine entière ou répartis sur plusieurs semaines, à raison d'un ou plusieurs jours dans la semaine.

Contrairement à la mise en activité partielle, aucune disposition n'est prévue à l'attention des salariés protégés. Un effort de pédagogie doit donc être déployé par l'employeur à leur adresse, pour éviter tout sentiment de discrimination, effort d'autant plus nécessaire qu'aucun texte ne pourrait déminer un éventuel contentieux.

Nul besoin dans ce cas de la conclusion d'accord collectif. Pour autant, la négociation sur les jours de congés payés peut utilement englober les jours de repos et les droits du CET. La mobilisation de l'ensemble de ces mesures tendant à une même fin, leur articulation (ordre de priorité) négociée avec les partenaires sociaux n'en sera que mieux admise par les salariés.

Difficultés économiques. Cette emprise de la volonté patronale sur le libre choix du salarié est subordonnée à l'existence de difficultés économiques. L'employeur ne peut mobiliser les jours de repos des salariés que si les mesures sont rendues nécessaires « eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du Covid-19 ».

Aucune définition des difficultés économiques n'est apportée par l'ordonnance. En l'absence de définition des difficultés économiques justifiant la mobilisation unilatérale par l'employeur de jour de repos, faut-il se référer aux seules difficultés économiques légalement caractérisées à savoir celles autorisant l'employeur à licencier un salarié ? Une telle exigence pourrait paraître disproportionnée dès lors qu'il n'est pas question de rupture de contrats de travail mais d'une mesure permettant de dépasser de telles difficultés sans impact sur les effectifs. L'exigence ne constitue donc pas réellement un rempart au pouvoir de l'employeur dès lors que presque toutes les entreprises connaissent peu ou prou des difficultés en cette période de crise sanitaire et en connaîtront sans doute au-delà du confinement. Quoi qu'il en soit, aucun contentieux ne devrait se développer sur ce point, tout au plus des discussions pourraient s'élever lors de la consultation du CSE (au titre de la marche générale, la décision affectant les conditions de travail).

10 jours maximum. Que l'employeur sollicite les jours de repos ou les droits du CET, il dispose de 10 jours maximum, cette limite étant commune aux jours de repos et aux droits du CET. Et il doit respecter, là aussi, un délai de prévenance d'un jour franc minimum.

Au total, ce sont donc le cas échéant 16 jours que l'employeur peut mobiliser pour faire face à la crise.

Bulletin Joly Travail - vendredi 1 mai 2020