

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 16 décembre 2015

B. contre caisse régionale du Crédit agricole mutuel Atlantique Vendée (p. n°14-23.731)

Attendu, selon le jugement attaqué rendu en dernier ressort (conseil de prud'hommes de Nantes, 23 juin 2014), que M. B. a été engagé par la caisse régionale du Crédit agricole mutuel Atlantique Vendée et exerçait, en dernier lieu, les fonctions de directeur d'agence, son contrat de travail stipulant une convention individuelle de forfait en jours ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'un rappel de salaire au titre de jours de RTT dont l'aurait indûment privé l'employeur en soustrayant ses jours d'absence pour maladie des jours de congé auxquels il avait droit ;

Attendu que le salarié fait grief au jugement de le débouter de sa demande, alors, selon le moyen, que le retrait d'un jour de réduction de temps de travail en raison d'une absence pour maladie du cadre soumis à une convention de forfaits en jours, a pour effet d'entraîner une récupération prohibée par l'article L. 3122-27 du code du travail ; que le conseil de prud'hommes qui, bien qu'il ait constaté que les bulletins de paie du salarié faisaient état de période de suspension du contrat du fait de sa maladie pour diminuer le niveau de ses droits à jour de repos, a néanmoins, pour débouter M. B. de sa demande relative à la suppression de journées de réduction du temps de travail en raison d'absence pour maladie, retenu que le calcul de cette diminution avait été effectué selon les dispositions de l'article 2.1 de l'annexe 2 de l'accord national du 13 janvier 2000, relatif à la durée et l'organisation du temps de travail, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations desquelles il résultait que la caisse régionale de Crédit agricole mutuel Atlantique Vendée avait imputé les absences pour maladie du salarié sur ses jours de repos au titre de la réduction du temps de travail, violant ainsi l'article L. 3122-27 du code du travail ;

Mais attendu qu'en application de l'article 2.1 de l'annexe 2 chapitre II à l'accord du 13 janvier 2000 relatif à la durée et l'organisation du temps de travail au Crédit agricole, l'ensemble des salariés a un droit sur l'année à cinquante-six jours de congés payés, dont vingt-cinq jours ouvrés de congés payés annuels et trente et un jours dénommés AJC (autres jours de congé) correspondant aux jours chômés dans l'entreprise et aux demi-journées ou journées résultant de la réduction du temps de travail ; qu'aux termes de ce texte, « sans préjudice des règles relatives aux congés payés annuels, l'acquisition du nombre de jours de congé est déterminée en fonction du temps de travail effectif dans l'année » ; qu'il en résulte que l'accord prévoit, non pas la récupération prohibée des jours d'absence pour maladie du salarié par le retrait d'autant de jours de congé AJC auxquels il a

droit, mais un calcul de son droit à des jours de congé AJC proportionnellement affecté par ses absences non assimilées à du temps de travail effectif, conforme aux dispositions des articles L. 3141-5 et L. 3141-6 du code du travail ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Frouin, prés. – Mme Ducloz, rapp. – Mme Robert, av. gén. – SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, av.)

Note.

Un accord collectif octroyait aux salariés, en plus des congés payés annuels légaux, 31 jours de congés supplémentaires correspondant aux jours chômés dans l'entreprise et aux journées ou demi-journées de repos résultant de la réduction du temps de travail. Un salarié au forfait jours, absent pour maladie une partie de l'année, s'était vu amputer une fraction de ses droits à congés conventionnels.

Estimant avoir été indûment privé de ses congés du fait d'une absence pour maladie, il saisissait la juridiction prud'homale. Mais le Conseil lui donnait tort : selon l'accord collectif, l'acquisition de ces jours de congés supplémentaires dépend du temps de travail effectif réalisé dans l'année.

Cette solution était-elle contestable ? *A priori*, pas à la lecture de l'article D. 3171-10 du Code du travail, qui prévoit que la durée du travail des salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année est décomptée, chaque année, en récapitulant le nombre de journées ou demi-journées travaillées.

Mais l'on sait que certaines absences sont légalement assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés payés : les congés payés eux-mêmes, le congé maternité, paternité ou adoption, les contreparties obligatoires en repos accordées au titre des heures supplémentaires, les jours de repos accordés en application d'un accord de réduction du temps de travail (les « RTT »), les périodes de suspension du contrat pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle (dans la limite d'un an) et, enfin, les périodes de service national (1).

Les absences pour maladie ou accident d'origine non professionnelle ne figurant pas dans cette liste,

(1) Art. L. 3141-5 C. trav. ; G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 30^{ème} éd., 2015, Précis Dalloz § 876.

la Cour de cassation répète, depuis longtemps déjà, qu'elles ne peuvent pas être assimilées à du temps de travail effectif et donc donner droit à des congés (2). Quoi qu'en pense le juge européen (3), la Chambre sociale persiste inlassablement à maintenir cette exclusion (4). Ainsi, un salarié absent pour maladie ou accident non professionnel qui n'a pas été présent pendant toute la période de référence ne pourrait pas revendiquer l'intégralité de ses droits à congés payés, légaux ou conventionnels, à moins que l'accord collectif n'assimile expressément ces périodes à un temps de présence effective.

Cette analyse était pourtant censurée par cette même Cour de cassation dans un arrêt du 3 novembre 2011 (5), mais en raisonnant de manière complètement différente : tenir compte des absences pour maladie d'un salarié au forfait jours (en l'occurrence, en lui retirant des jours de RTT) revient à lui demander de récupérer des heures qu'il n'a pas travaillées. Car l'article L. 3122-27 du Code du travail, qui s'applique aux salariés au forfait jours (6), limite les cas dans lesquels une telle récupération peut être valablement demandée par l'employeur. Trois hypothèses seulement sont envisagées par le texte : 1° heures perdues à cause d'un accident, d'intempéries ou force majeure ; 2° celles perdues suite à un inventaire ; 3° celles perdues à cause d'un « pont ». L'absence pour maladie ne figurant pas dans cette liste exhaustive, la Cour de cassation en concluait que « le retrait d'un jour de réduction de temps de travail en raison d'une absence pour maladie a pour effet d'entraîner une récupération prohibée par l'article L. 212-2-2 du Code du travail », devenu L. 3122-27. Elle rejoignait ainsi la position que l'administration avait exprimé dans la circulaire relative à la loi dite *Aubry II* du 19 janvier 2000 (7).

Ce fondement textuel, bien que débouchant sur une solution favorable au salarié, était probablement contestable en droit : l'article L. 3122-27 interdit la récupération des heures perdues par suite d'une interruption collective du travail entraînant la fermeture de l'entreprise. Qui prétendrait que l'absence pour maladie d'un salarié rentre dans ce cadre ? Sauf

à ce que tous les salariés soient arrêtés en même temps (8)...

Dans cet arrêt du 16 décembre 2015 (ci-dessus, PBRI), la Cour de cassation délaisse le recours à l'article L. 3122-27, qui prohibe la récupération des jours perdus pour maladie, et reprend à son compte le raisonnement de la juridiction du fond, qu'elle avait pourtant censuré en 2011. Elle ne trouve rien à redire au fait que l'accord collectif prévoit que les congés supplémentaires s'acquièrent en fonction du temps de travail effectif de l'année : « *L'accord prévoit, non pas la récupération prohibée des jours d'absence pour maladie du salarié par le retrait d'autant de jours de congés (...) auxquels il a droit, mais un calcul de son droit à des jours de congés (...) proportionnellement affecté par ses absences non assimilées à du temps de travail effectif, conforme aux dispositions des articles L. 3141-5 et L. 3141-6 du Code du travail.* ». Le premier de ces articles est la fameuse liste des périodes assimilées à du temps de travail effectif pour le calcul des droits à congés payés, parmi lesquelles ne figurent pas les absences pour maladie ou accident non professionnel. Le second dispose que l'absence du salarié ne peut entraîner qu'une réduction de ses droits à congés strictement proportionnelle à la durée de cette absence. La référence à ces deux articles, qui n'allait pas forcément de soi, est intéressante : pour résoudre un problème lié à des congés supplémentaires de nature conventionnelle, la Chambre sociale prend appui sur les dispositions applicables en matière de congés payés légaux. On en déduira que le régime qui vaut pour les uns vaut donc pour les autres (9).

En 2011, la Cour de cassation interdisait de retirer des jours de congés au motif que le salarié avait été absent pour maladie. Mais, en 2015, elle autorise l'employeur à tenir compte des absences pour maladie pour déterminer les droits à congés...

Certains estiment pourtant que ces deux décisions, loin de se contredire, viendraient se compléter : « *Dans un cas, la diminution intervient a posteriori et vient retrancher à des jours de congés acquis un ou plusieurs*

(2) Cass. Soc. 29 avril 1975, n° 74-40.637 ; Cass. Soc. 8 juin 1994, n° 90-43.014 ; Cass. Soc. 14 mars 2001, n° 99-41.568, etc.

(3) C.JUE, 24 janvier 2012, aff. C-282/10, point 30 : « *le droit au congé annuel payé d'un travailleur absent pour des raisons de santé pendant la période de référence ne peut pas être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir accompli un travail effectif pendant cette même période. Ainsi, selon l'article 7 de la directive 2003/88, tout travailleur, qu'il soit en congé de maladie pendant ladite période de référence à la suite d'un accident survenu sur le lieu du travail ou ailleurs, ou à la suite d'une maladie de quelque nature ou origine qu'elle soit, ne saurait voir affecté son droit au congé annuel payé d'au moins quatre semaines.* ».

(4) Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 11-22.285, RDT 2013, p.341, n. M. Véricel.

(5) Cass. Soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.762, RDT 2012, p. 106, n. M. Véricel.

(6) L'article L. 3121-48 du Code du travail, qui énumère les dispositions dont sont exclus les salariés ayant signé une convention de forfait annuelle en jours, ne vise pas l'article L. 3122-27.

(7) Les jours d'absence pour maladie ne peuvent pas être récupérés, le nombre de jours du forfait annuel doit donc être réduit d'autant : Circ. DRT n° 2000-7 du 6 décembre 2000 relative à la loi du 19 janvier 2000, point 24.

(8) Ce qui n'est manifestement pas qu'un cas d'école. La presse s'est récemment fait l'écho du cas d'une entreprise de l'Aisne qui s'était retrouvée sans salarié, tout le personnel ayant progressivement été arrêté, dans un contexte de harcèlement moral, *L'Aisne Nouvelle* du 13 mars 2016 ; *Le Parisien* du 16 mars 2016.

(9) Comp. du même jour, n° 14-11.294, Dr. Ouv. 2016, p.270, n. S. Ducrocq.

jours pour compenser une absence ; dans l'autre, la diminution intervient en quelque sorte a priori, puisque l'absence conditionne directement et avant toute attribution des jours de congé la détermination de leur nombre » (10).

Est-ce que cela ne revient pas exactement au même pour le salarié malade, qui sera privé d'une partie de ses congés, légaux et conventionnels, en raison même de son absence pour maladie ? La différence est probablement trop subtile pour être appréciée à sa juste valeur. La Cour de cassation accompagnait d'ailleurs la publication de cet arrêt sur son site internet d'une note explicative, destinée à figurer au Rapport annuel.

Les fondements juridiques qui sous-tendent la décision de 2011 et celle de 2015 sont trop différents pour être « complémentaires ». En abandonnant le terrain de la récupération prohibée des absences pour maladie, et en jugeant finalement que l'accord collectif est conforme aux articles L. 3141-5 et L. 3141-6 du Code du travail, on en revient au cœur du problème : le fait que la Chambre sociale se refuse à assimiler les absences pour maladie ou accident non professionnel à du temps de travail effectif, alors même que cette position est contraire au droit de l'Union européenne.

En 2011, elle avait donné l'impression de vouloir contourner la difficulté en donnant raison au salarié qui se voyait amputer d'une partie de ses congés, sans pour autant prendre position sur le statut de ces périodes d'absence pour maladie. Fin 2015, tel n'est manifestement plus son souci. L'habillage juridique qui accompagne sa volte-face se trouve d'ailleurs davantage dans la note explicative que dans l'arrêt lui-même. Et le moins que l'on puisse dire, c'est que la Cour ne prend pas beaucoup de hauteur. Le mode de calcul retenu par l'accord collectif en question, nous explique-t-elle dans la note, est conforme aux dispositions légales : il est possible de ne pas tenir compte des absences pour maladie (art. L. 3141-5 C. trav.), mais dans une limite strictement proportionnelle (art. L. 3141-6). Et la Haute cour de faire preuve d'un patient didactisme : « *Un exemple permet de l'illustrer : un salarié en forfait en jours, qui doit effectuer, au sein du Crédit Agricole, 205 jours de travail dans l'année, doit, pour perdre un des 31 jours de congés [conventionnels] auquel il a théoriquement droit, être absent 6,61 (205/31) jours. Cet exemple chiffré montre, si besoin était, qu'il ne résulte pas de l'accord une stricte égalité arithmétique entre le nombre de jours d'absence pour maladie du salarié et le nombre de jours de congés dont*

il est privé, alors que cette égalité arithmétique est la condition nécessaire pour qu'il y ait une récupération prohibée dénoncée par le salarié » (11). Malgré ses efforts pour se mettre au niveau du « justiciable », la Haute juridiction nous a perdus en cours de démonstration. S'il n'y a pas « d'égalité arithmétique » entre la durée de l'absence et la part de congés dont le salarié est privé, comment peut-elle néanmoins juger que le calcul du droit à congés prévu par l'accord collectif est « proportionnellement affecté par les absences [du salarié] non assimilées à du temps de travail effectif ? ».

Certains se déclarent malgré tout convaincus ; tout en reconnaissant que « *le raisonnement, et surtout le fondement sur lequel est assis la solution, est néanmoins fragile* » (12). Et pour cause : ce dont il question, aujourd'hui comme hier, n'est ni un problème de calcul, ni une difficulté d'interprétation d'un accord collectif. Et il n'est sûrement pas propre au Crédit Agricole, nom que la Cour prend étonnamment la peine de citer dans sa note explicative, comme pour mieux circonscrire le problème soulevé (qui serait plus arithmétique que juridique) à un cas d'espèce isolé. Ce dont il est question, c'est bien de la non-conformité du droit français au droit de l'Union européenne. Car, aujourd'hui, tout le monde s'accorde à dire que l'article L. 3141-5 du Code du travail, qui a pour conséquence de réduire les droits à congés des salariés malades, est contraire à l'article 7 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003.

La Cour de justice considère, en effet, que la directive n'opère aucune distinction entre les salariés présents ou absents pendant la période de référence servant de base de calcul pour les droits à congés. Pour les salariés absents, elle ne distingue pas non plus selon les causes de l'absence (maladie d'origine professionnelle ou non) : « *S'agissant de travailleurs en congé de maladie dûment prescrit, le droit au congé annuel payé conféré par la directive 2003/88 elle-même à tous les travailleurs (...) ne peut pas être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit État* » (13). Les congés payés et l'arrêt de travail pour maladie poursuivent des finalités différentes : il n'y a donc aucune raison de priver le salarié absent pour maladie ou accident, quelle que soit leur origine, de ses droits à congés.

La Cour de cassation n'a toujours pas infléchi sa jurisprudence, cet arrêt du 16 décembre 2015 en est une nouvelle illustration. Mais elle n'aurait pas d'autre choix : « *Si la Cour de cassation persiste encore*

(10) Bertrand Inès, « Diminution des jours de congés en cas d'absence pour maladie : récupération prohibée ? » Dalloz actualité, 11 janvier 2016.

(11) « Commentaire pour le rapport annuel et internet », publié à côté de l'arrêt n° 2244 du 16 décembre 2015, n° 14-23.731 sur le site internet de la Cour de cassation.

(12) Bertrand Inès, préc.

(13) CJCE, 20 janvier 2009, aff. C-350/06, *Schultz-Hoff et a.*

à écarter les absences pour maladie ou accident d'origine non professionnelle des périodes assimilées à du temps de travail effectif, conformément à la lettre de l'article L. 2141-5 du Code du travail, c'est parce qu'elle ne dispose pas des moyens nécessaires pour modifier le droit positif interne » (14). Les arguments qui suivent sont connus : les directives sont dépourvues d'effet direct horizontal, qui permettrait à un requérant d'en réclamer l'application dans un litige entre particuliers. En outre, l'interprétation du droit français « à la lumière d'une directive » ne peut pas venir contredire le droit interne : il ne peut y avoir d'interprétation *contra legem* (15). Pourtant, « *Le juge communautaire aurait pu considérer que le droit à des congés annuels payés est un principe général du droit de l'Union européenne, concrétisé par une directive, et qu'il a donc un effet direct horizontal. Elle aurait en cela suivi le même raisonnement qu'en matière de non-discrimination : le principe d'égalité de traitement au regard de l'âge est reconnu principe général du droit de l'Union européenne, doté d'un effet direct horizontal.* » (16)...

Faute de l'avoir fait, il ne resterait au salarié que deux solutions : attendre – patiemment (17) – que le législateur s'empare du problème et modifie l'article L. 3141-5 du Code du travail ou, s'il manque de patience ou d'illusion, tant l'engouement des législateurs français successifs pour le droit de l'Union européenne semble effectivement s'arrêter « *aux portes du droit social* » (18), engager la responsabilité de l'État pour ne pas avoir mis en conformité le droit français avec le droit européen et espérer ainsi, au mieux, obtenir les salaires correspondant aux congés dont le salarié a été privé.

Le principe d'une telle action à l'encontre de l'Etat pour défaut de transposition de la directive 2003/88/CE vient d'être reconnu par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand, dans une décision rendue le 6

avril 2016, sur la base de la perte de droits à congés en-deçà du minimum annuel de quatre semaines fixé par la directive. Mais sans que le préjudice moral subi par le salarié ne soit indemnisé ; l'Etat s'en sort donc avec une condamnation certes de principe, mais dont le montant est plus que limité (18 bis).

N'y aurait-il pas une troisième voie entre les mains de la Cour de cassation ? Celle-ci n'a peut-être pas la plume aussi liée que d'aucuns le prétendent. N'avait-elle pas décidé, en 2012 (19), interprétant le droit national « à la lumière » de cette même directive 2003/88/CE, d'assimiler l'accident de trajet à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés, alors que l'article L. 3141-5 ne parle que des accidents du travail ? Faisant ainsi espérer un revirement prochain en ce qui concerne la maladie et l'accident non professionnel... qui n'a toujours pas eu lieu.

Et la Chambre sociale a beau jeu de se retrancher derrière la liste de l'article L. 3141-5. Le Code du travail, on le sait, en est plein. Que l'adverbe « *notamment* » figure ou pas en tête d'une disposition, la Haute juridiction sait très bien les circonscrire très précisément (l'exemple des motifs de licenciement économique de l'article L. 1233-2) ou, au contraire, les élargir en proclamant le caractère non limitatif de tel ou tel texte (l'exemple de la visite médicale jugée obligatoire pour les salariés du particulier employeur ou le montant de l'indemnité légale de licenciement qui leur est due (20), alors que l'article L. 7221-2, qui liste les dispositions du Code du travail applicables à ces salariés, n'en faisait pas mention jusqu'en 2011).

On se souvient aussi que la Cour de cassation n'a pas toujours veillé si scrupuleusement à ne pas faire d'interprétations *contra legem*. Notamment en ce qui concerne les salariés ayant conclu une rupture conventionnelle qui, selon l'article L. 1233-3 alinéa 2, ne doivent pas être comptabilisés pour déter-

(14) Bertrand Inès, préc.

(15) CJCE, 26 février 1986, aff. C-152/84, *Marshall* : « Selon l'article 189 du Traité, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction n'existe qu'à l'égard de "tout État membre destinataire". Il s'ensuit qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne ».

(16) Anaïs Ferrer, « L'effet direct vertical permet d'appliquer aux salariés des entreprises assimilables à l'État la jurisprudence européenne octroyant des congés payés aux salariés malades », *Dr. Ouv. nov.* 2015, p. 622.

(17) Le ministère du Travail réfléchit depuis mi-2013. Interrogé sur la non-conformité du droit français au droit de l'Union européenne, le ministre du Travail, de retour de congés, annonçait une « *évolution normative* », mais estimait cependant que « *la détermination de ces règles nouvelles nécessite des travaux préparatoires et, le cas échéant, une concertation préalable des partenaires sociaux* », *Rapp. Min.* à QE n° 21552, JOAN Q 27 août 2013, p. 9139 ; *Rapp.*, concernant les défauts de transposition de la directive 91/533, J. Déchoz « Les particules contractantes - Banalités de base à propos du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 2016 p. 256.

(18) Anaïs Ferrer, préc. p. 621.

(18 bis) « *Considérant (...) qu'alors que M. C peut se prévaloir des stipulations de l'article 7 de la directive 2003/88/CE (...) relatives au congé annuel, ces stipulations, du fait de l'absence de leur transposition dans le droit national, n'ont pu faire naître aucune obligation à l'endroit de son employeur, personne morale de droit privé (...); que la réduction des droits à congé de M. C... à une durée inférieure à quatre semaines lui créé un préjudice dont l'absence de transposition de la directive 2003/88/CE est directement à l'origine; que par suite, le requérant, ainsi dépourvu de toute chance sérieuse d'obtenir le rétablissement de son droit à congé annuel par les juridictions judiciaires, est fondé à demander à engager la responsabilité de l'Etat du fait de l'inconventionnalité de l'article L. 3141-5 du code du travail.* » TA Clermont-Ferrand, 6 avril 2016, n°1500608.

(19) Cass. Soc. 3 juillet 2012, n°08-44.834, RDT 2012, p. 567, n. M. Véricel.

(20) « *Mais attendu que les dispositions de l'article R.1234-2 du Code du travail, selon lesquelles l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, s'appliquent à tous les salariés y compris les employés de maison, la liste des textes mentionnés à l'article L. 7221-2 du même code n'étant pas limitative* », Cass. Soc. 29 juin 2011, n°10-11.525.

miner la procédure applicable en matière de licenciement collectif pour motif économique et l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. La « lumière » éclairait pourtant la Chambre sociale qui, sans difficulté manifeste, prenait, en 2011, le contrepied de ce qu'avait très clairement exclu le législateur de 2008 (21).

Il ne s'agit donc pas d'une absence de choix. La Cour de cassation pourrait – devrait – se mettre en totale

conformité avec le droit européen. Elle s'y refuse encore aujourd'hui, avec une maladresse qui ne laisse pas d'étonner. Faut-il y voir une simple hésitation, laissant espérer, qui sait, un futur revirement en faveur des salariés malades ? Car manifestement, pour eux comme pour les bien-portants, le législateur a actuellement d'autres ambitions que celle-ci.

Emmanuelle Richard, Juriste en droit social

(21) Cass. Soc., 9 mars 2011, n°10-11.581, Dr. Ouv. 2011, p.473, obs. A. Chirez : « Vu les articles L. 1233-3, alinéa 2, du Code du travail et 12 de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, appliqués à la lumière de la directive n°98/ 59/ CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs ; Attendu que

lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi ».