

**LE DROIT DES SALARIES AUX CONGES PAYES EST UN DROIT INCONDITIONNEL
APPLICABLE A TOUS MEME SI LE SALARIE A ETE ABSENT POUR UNE MALADIE
« ORDINAIRE », ET PLUS SEULEMENT UNE MALADIE « PROFESSIONNELLE »
OU UN ACCIDENT DU TRAVAIL**

I. Un revirement de jurisprudence n'est pas toujours une surprise, ou comment un article du code du travail peut en cacher un autre...

Dans notre code du travail, le texte fondateur du droit à congé (l'article L3141 – 1 du code du travail) n'est assorti d'aucune réserve

en énonçant que tout salarié sans restriction de quelque ordre que ce soit, à droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur.

Mais l'article suivant, l'article L3141 – 3 du code du travail, figurant dans une section 2 du code du travail intitulée « durée du congé », énonce que le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrable par mois de travail effectif.

Ce deuxième texte fait l'objet d'une interprétation paradoxale et contraire au principe énoncé dans le texte précédent.

L'article L 3141 – 3 du code du travail avait vocation à quantifier le droit à congé des salariés et non à réserver ce droit à certains salariés en fonction de la nature de leur arrêt travail.

Il s'agissait d'un instrument de mesure de ce droit : Ce droit à congé vaut deux jours et demi de travail effectif par mois.

Ce n'est pas un texte discriminant les salariés par exemple selon la nature de leur arrêt de travail. Point n'était besoin par exemple, de priver de congés payés les salariés bénéficiant d'arrêts de travail légitimes mais non reconnus par la sécurité sociale comme maladie professionnelle ou accident du travail, pour protéger ceux dont les absences méritaient pour le législateur l'instauration d'une règle particulière de protection contre le risque du licenciement.

On a, en procédant ainsi, confondu plusieurs sujets.

C'est ce qu'a fait la Cour de cassation, en censurant depuis de nombreuses années les juges prud'homaux et les cours d'appel qui ne marchaient pas à son pas ; avec un argumentaire prévisible consistant à ne pas vouloir prendre une responsabilité que l'État ne prenait pas, et en opposant au droit européen, nos textes apparemment contraires faute d'une transcription exhaustive de la directive européenne qui faisait du droit congé un droit intangible dans notre droit national.

Jusqu'à ce que la Cour de cassation neutralise finalement, courant septembre 2023, sa jurisprudence antérieure : elle retient aujourd'hui qu'il n'y a pas lieu de distinguer s'agissant des salariés absents pour maladie, ceux dont l'absence est une maladie « ordinaire » et ceux dont l'absence résulte d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, définitions issues à la fois du code du travail et du code de la sécurité sociale ;

Désormais, tous ont droit à leurs congés payés.

Cette même Cour de cassation avait rappelé dans d'autres situations, que le droit du travail n'était pas le droit de la sécurité sociale, mais un droit autonome.

Et que le juge prud'homal se trouvait éventuellement et à sa façon, compétent pour reconnaître l'origine professionnelle d'une maladie avec ses critères et non les critères de la sécurité sociale dont l'utilisation laborieuse dans le contentieux prud'homal, était susceptible de le priver de son pouvoir souverain et exclusif d'appréciation sur les faits qui lui étaient soumis.

Le droit européen oblige en effet les états membres à mettre en œuvre et à actualiser sans restriction en droit interne par le biais de directives nationales, les règles qu'il énonce. Et notre législation nationale n'avait pas adapté la règle universelle énoncée à l'article L3141 – 1 du code du travail qui dit que tout salarié a droit chaque année un congé payé à la charge de l'employeur faisant de ce droit un véritable principe de droit social revêtant une importance telle qu'aucune dérogation n'aurait due et n'aurait pu être possible.

L'article L3141 – 3 a donc servi à d'autres usages que celui d'être la mesure, la quantification du droit congé pour chaque salarié

Le législateur, soucieux de renforcer des protections particulières de salariés vulnérables, parce qu'éloignés du travail tel que les salariés bénéficiaires d'un congé de maternité, de paternité, d'accueil de l'enfant ou d'adoption, les salariés en accident du travail ou maladie professionnelle, considéré, avec l'article L3141 – 5 du code du travail, que de telles absences spécifiques devaient être « considérées comme du temps de travail effectif » ;

Ce vocabulaire qui confère à des périodes de suspension du contrat de travail une valeur en équivalence de temps de travail effectif (2,5 jours/mois) est à l'origine d'une rupture d'égalité entre les salariés.

La résistance de la Cour de cassation était motivée mais discutable en raison de ce que l'article 31 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne dispose que tout travailleur a droit à un congé annuel payé, qu'elle s'applique directement aux litiges entre particuliers, et qu'elle précisait que si le droit national n'était pas conforme à la directive européenne, ce droit national devait être écarté par le juge afin de garantir l'application de la charte.

Les occasions n'ont pas manqué pour les avocats de salariés de rappeler la primauté du droit européen sur le droit national ; ce sujet ce n'est d'ailleurs pas un sujet de spécialistes ou de juristes ni un sujet réservé au seul droit du travail.

Nul ne pouvait ignorer enfin que la solution enfin mise en œuvre avec la nouvelle jurisprudence de septembre 2023 fait application d'une règle équivalente à celle qui était faite aux agents de l'État et des collectivités publiques, agents déjà bénéficiaires de ladite directive européenne. Et qu'il y avait quelque chose de choquant à appliquer une solution favorable aux salarié de l'État ou des collectivités territoriales en réservant s une situation moins favorable aux salariés du secteur privé.

Une première condamnation contre l'Etat était intervenue en 2016 à la suite de l'action d'un salarié n'ayant pas acquis de jours de congés durant un arrêt maladie. (Tribunal administratif de Clermont-Ferrand le 6 avril 2016, décision numéro 15 00 608.

Enfin trois syndicats avaient attaqué l'état, directement devant le juge le juge administratif. Ils avaient obtenu en juillet 2023, après être allés jusqu'au bout de la procédure, la reconnaissance d'un préjudice

moral subi par les salariés en arrêt maladie qui n'avait pas bénéficié de congés payés. (Cour d'appel administrative de Versailles, décision du 17 juillet 2023, numéro 22 V00 442.)

II. Aller très vite pour rattraper le temps perdu

Les arrêts rendus par la Cour de cassation en septembre 2023 et qui ont vocation à l'exemplarité, ne s'appliquent toutefois pas de plein droit à tous les salariés. Les juristes disent que c'est en raison du principe de l'autorité relative de la chose jugée.

La nouvelle jurisprudence n'est directement applicable qu'aux seules parties concernées par les procédures mises en œuvre... Les entreprises ne vont probablement pas d'elles-mêmes régulariser les injustices commises en payant des congés payés de façon rétroactive aux salariés qui ont connu des absences pour maladie « ordinaire » et ont perdu de ce fait leur droit aux congés payés afférents aux périodes non travaillées.

Dans les entreprises où il existe un CSE, le CSE peut porter ses réclamations ou le syndicat sur un fondement juridique précis, celui de l'article L2132 – 3 du code du travail qui leur donne la capacité d'agir en justice devant toutes les juridictions pour exercer « tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente. »

Mais l'action individuelle est également possible devant le conseil des prud'hommes. Il faut chiffrer le dû en appliquant la règle de prescription de trois ans applicables aux créances salariales. C'est-à-dire que vous pouvez revenir en arrière sur une période maximale de trois ans jour où vous avez eu connaissance de ce nouveau droit.

Il va de soi que plusieurs salariés d'une même entreprise peuvent agir ensemble c'est-à-dire séparément, au même moment avec la présentation de plusieurs requêtes individuelles comprenant une même explication, et, nécessairement, un chiffrage différent. L'engagement simultané de plusieurs demandes individuelles ayant le même objet ne fait pas de la démarche judiciaire un contentieux collectif. Le conseil des prud'hommes reste compétent.

Au regard des règles de compétence du juge des référés (procédure dite « d'urgence ») la procédure pourrait être rapide que la procédure prud'homale habituelle. Mais cela ne va pas de soi. Il peut y avoir débat sur la compétence du juge des référés.

Attention, les nouvelles règles ne s'appliquent pas aux jours de réduction du temps de travail (RTT) qui ne peuvent s'acquérir pendant la période au cours d'une de laquelle le salarié malade ne dépasse pas 35 heures de travail hebdomadaire.

Pour les salariés subissant une absence pour accident du travail maladie professionnelle, jusqu'à présent (ou plus exactement avant la survenance des récents arrêts de la Cour de cassation) selon l'article L3141 – 5 du code du travail, ils bénéficient d'un droit à congés payés limité à un an.

Et il perdait leurs droits congés pour le temps restant.

Cette limitation à un an des périodes de suspension du contrat de travail n'est désormais plus possible. C'est le sens de l'un des arrêts rendus en septembre 2023. Ces salariés acquièrent des droits congés

payés pour la totalité de la durée de leur arrêt de travail, y compris la fraction excédant un an, cette règle s'appliquant de la même façon aux arrêts de travail pour cause d'accident de trajet.

Il y a du grain à moudre. Faites passer le message... en effet des rumeurs provenant des milieux patronaux laissent à penser que le législateur pourrait rapidement intervenir avec un texte limitant le droit des salariés concernés à une régularisation rétroactive à un éventuel rappel de congés payés.

Luc KIRKYACHARIAN,

Avocat honoraire consultant au cabinet Alteo, spécialistes en Droit Social