

## A LA UNE : LE DON DE JOURS DE REPOS AUX PROCHES AIDANTS

La proposition de loi « *créant un dispositif de don de jours de repos non pris au bénéfice des proches aidants de personnes en perte d'autonomie ou présentant un handicap* », votée par les députés le 7 décembre 2017, a été adoptée par les sénateurs le 31 janvier 2018.

Entré en vigueur le **15 février 2018** (loi n° 2018-84 du 13 février 2018), ce nouveau dispositif est calqué sur celui qui existait déjà en faveur des parents d'un enfant gravement malade (loi n° 2014-459 du 9 mai 2014 ; C. trav., art. L. 1225-65-1). Il est régi par le nouvel article L. 3142-25-1 du code du travail.

### **Le salarié donneur et le salarié bénéficiaire**

Le don de jours de repos est admis **entre salariés d'une même entreprise** : un salarié peut renoncer, sur sa demande et en accord avec l'employeur, à tout ou partie de ses jours de repos non pris « *au bénéfice d'un autre salarié de l'entreprise* » (C. trav., art. L. 3142-25-1 al. 1).

Peu importe la nature du contrat de travail du bénéficiaire du don : durée déterminée ou indéterminée, temps complet ou temps partiel.

La loi encadre toutefois les **salariés pouvant bénéficier d'un don** de jours de repos. Est ainsi visé le salarié qui vient en aide :

- « à une personne **atteinte d'une perte d'autonomie d'une particulière gravité** » ;
- à une personne « **présentant un handicap** ».

En outre, la personne à qui le salarié vient en aide doit avoir un **lien particulier** avec ce dernier. Il peut s'agir alternativement de :

- son **conjoint** ;
- son **concubin** ;
- son **partenaire lié par un pacte civil de solidarité** ;

- un **ascendant** ;
- un **descendant** ;
- un **enfant** dont il assume la charge au sens de l'article L. 512-1 du code de la sécurité sociale ;
- un **collatéral** jusqu'au quatrième degré ;
- un **ascendant, un descendant ou un collatéral** jusqu'au quatrième degré **de son conjoint, concubin ou partenaire** lié par un pacte civil de solidarité ;
- une **personne âgée ou handicapée** avec laquelle il **réside** ou avec laquelle il entretient des **liens étroits et stables**, à qui il vient en aide de manière régulière et fréquente, à titre non professionnel, pour accomplir tout ou partie des actes ou des activités de la vie quotidienne.

### **Les jours de repos concernés**

Le salarié donneur peut renoncer « à **tout ou partie de ses jours de repos non pris**, qu'ils aient été ou non affectés sur un compte épargne-temps » (C. trav., art. L. 3142-5-1 al. 1).

S'agissant du **congé annuel** une limite est posée par le texte : ce dernier « **ne peut être cédé que pour sa durée excédant vingt-quatre jours ouvrables** » (C. trav., art. L. 3142-5-1 al. 2).

Il peut s'agir de **tout type de jours de repos** : jours de RTT, journées offertes par l'entreprise, jours de récupération, cinquième semaine de congés payés, etc.

Ces jours doivent toutefois prendre la forme d'une **journée entière** dont le salarié donneur a la maîtrise et qui **n'a pas un caractère d'ordre public**. Sont ainsi exclus le 1<sup>er</sup> mai, les dimanches, les jours fériés collectivement chômés ou encore les jours de repos hebdomadaires.

---

## La mise en œuvre du don

---

Le don de jours de repos est possible **dans toutes les entreprises, quelles que soient leur activité et leur taille.**

Pour le mettre en œuvre, il suffit qu'un ou plusieurs salariés **manifestent l'intention de céder un de leurs jours de repos** à un autre salarié de l'entreprise et qu'ils obtiennent **l'accord de l'employeur.**

**L'employeur est donc en droit de s'opposer à un don de jours de repos,** sous réserve de dispositions conventionnelles contraires. Il n'a pas à motiver son refus. Reste que le **refus de l'employeur ne doit pas être justifié par des motifs discriminatoires illicites** (par exemple, en ne donnant son accord que pour les familles monoparentales).

Le texte impose également au salarié donneur de renoncer à ses jours de repos non pris :

- **anonymement ;**
- **et sans contrepartie.**

Face aux enjeux liés au don de jours de repos, il demeure indispensable pour l'employeur de **se ménager une preuve du don.** En l'absence de dispositions conventionnelles, l'employeur devrait exiger une demande écrite de la part du salarié donneur, mentionnant *a minima* la catégorie de jours donnés, leur nombre et le bénéficiaire du don.

Il semble en outre préférable pour l'employeur saisi de demandes de dons d'en informer le potentiel bénéficiaire avant d'officialiser le don. En cas de refus, les dons ne seront pas réalisés.

---

## Le régime applicable à la période d'absence

---

Le salarié bénéficiaire d'un don de jours de repos bénéficie du **maintien de sa rémunération pendant sa période d'absence,** qui est « *assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des*

*droits que le salarié tient de son ancienneté* » (C. trav., art. L. 3142-25-1 al. 3).

Il conserve aussi « *le **bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début de sa période d'absence*** » (C. trav., art. L. 3142-25-1 al. 3).

Dans l'hypothèse, fréquente, où le salarié donneur ne perçoit pas le même salaire que le salarié bénéficiaire, le nombre de jours de repos ne fait l'objet d'**aucun réajustement pour tenir compte de cet écart de niveau de salaire.**

La loi est silencieuse sur l'assimilation de l'absence à du temps de travail effectif pour l'acquisition des congés payés. L'absence ne devrait donc *a priori* **pas ouvrir droit à des congés payés.**

---

## La place de la négociation collective

---

La négociation d'un accord collectif définissant les **modalités de mise en œuvre** n'est pas un préalable indispensable. Il peut toutefois être **opportun pour l'employeur de conclure un tel accord** afin de déterminer, notamment, les jours de repos pouvant faire l'objet d'un don, le nombre maximal de jours et la procédure de demande. L'accord collectif devra cependant être relativement souple pour **ne pas aboutir, par une procédure trop contraignante, à priver les salariés d'un droit qu'ils tiennent de la loi.**

La négociation d'un accord collectif peut également permettre de **mettre en place le don de jours de repos au profit d'autres bénéficiaires que ceux visés par la loi.** De nombreuses entreprises se sont déjà emparées de cette possibilité pour négocier sur ce thème, en visant de nouvelles situations ouvrant droit au don de jours de repos (Peugeot Citroën et DomusVi ont par exemple étendu le dispositif aux conjoints malades, dont la situation rend indispensable une présence soutenue et/ou des soins contraignants).

### Budgets du comité d'entreprise – Masse salariale

Cass. soc., 7 février 2018, n° 16-16.086 et n° 16-24.231

Depuis un arrêt du 30 mars 2011 (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.438), la chambre sociale de la Cour de cassation énonçait régulièrement que, sauf engagement plus favorable, la masse salariale devant servir au calcul des budgets du comité d'entreprise est la masse salariale brute comptable correspondant au compte 641 « *Rémunérations du personnel* » tel que déterminé par le plan comptable général.

Dans deux arrêts du 7 février 2018, elle opère un revirement de jurisprudence, jugeant que sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise ainsi que de la contribution aux activités sociales et culturelles est la **masse salariale brute constituée par tous les gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.**

**Il s'agit donc désormais de se référer à la DSN** (anciennement DADS) et non plus au plan comptable général.

Pour mémoire, le comité d'entreprise est amené à être remplacé par le comité social et économique (CSE) d'ici le 1<sup>er</sup> janvier 2020. **S'agissant de cette nouvelle institution, la question est désormais réglée par le code du travail aux articles L. 2312-83 et L. 2315-61 du code du travail.**

En outre, dans la seconde espèce, la Cour de cassation a précisé que **les sommes attribuées au titre d'un accord d'intéressement ou de participation ne sont pas incluses dans la masse salariale**, dès lors qu'il ne s'agit ni d'une rémunération ni de sommes soumises à cotisations de sécurité sociale.

A noter sur ce point que la loi de ratification des ordonnances Macron (cf. infra « En bref ») a retiré de la masse salariale à prendre en compte pour le calcul du budget du CSE les sommes versées en application d'un accord de participation ou d'intéressement, qui y avaient

été incluses par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

### PSE – Catégories professionnelles

CE, 7 février 2018, n° 403.989, n° 403.001 et n°407.718

Par plusieurs arrêts de section du 7 février 2018, le Conseil d'État se prononce s'agissant de la définition, dans un PSE, des catégories professionnelles visées par le licenciement pour motif économique.

Le Conseil d'Etat énonce que pour définir les catégories, **il convient désormais de prendre en compte les « acquis de l'expérience professionnelle ».**

La Haute juridiction administrative assouplit ainsi sa jurisprudence antérieure en la matière (voir not. CE, 30 mai 2016, n° 387.798), précisant que « *les catégories regroupent, en tant compte des acquis de l'expérience professionnelle qui excèdent l'obligation d'adaptation qui incombe à l'employeur, l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* ».

En outre, le Conseil d'Etat délimite le contrôle opéré par la Direccte, précisant qu'**il lui appartient de vérifier que les catégories professionnelles n'ont pas été déterminées dans le but de cibler certains salariés, emplois ou services, ou au regard de considérations étrangères au regroupement « de salariés par fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune ».**

Ce contrôle restreint de l'Administration devrait permettre à l'employeur de disposer d'une liberté plus importante en cas d'élaboration unilatérale d'un PSE, sous réserve de respecter les principes précités. S'agissant des partenaires sociaux, au regard de la troisième espèce, il semblerait que ceux-ci aient la possibilité de se défaire de ce cadre, à condition naturellement de ne pas s'inscrire dans des motifs discriminatoires prohibés.

---

## PSE – Caractère suffisant

---

CE, 7 février 2018, n° 397.900 et n° 406.905

Ces deux autres arrêts du 7 février 2018 apportent des précisions sur le **périmètre d'appréciation des moyens du groupe pour la détermination des mesures d'accompagnement d'un PSE**.

En cas d'élaboration unilatérale d'un PSE par l'employeur, l'Administration doit vérifier le respect des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du code du travail – soit le caractère suffisant du PSE – au regard « **des moyens dont dispose l'entreprise, l'UES et le groupe** » (C. trav., art. L. 1233-57-3 1°).

Le Conseil d'Etat juge en l'espèce, s'agissant de la notion de « *groupe* », qu'il **convient de prendre en compte « les moyens, notamment financiers, dont dispose l'ensemble des entreprises placées, ainsi qu'il est dit au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, sous le contrôle d'une même entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce, ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises »**.

Le Conseil d'Etat reprend ainsi la même **définition « capitalistique » du groupe** que celle qui a été consacrée par les ordonnances Macron en matière de définition du motif économique, d'obligation de reclassement préalable au licenciement économique, ainsi que d'obligation de reclassement des salariés médicalement inaptes (C. trav., art. L. 1233-4, L. 1233-3 al. 13 et L. 1226-10).

---

## CDD – Contrats successifs de remplacement

---

Cass. soc., 14 février 2018, n° 16-17.966

Une salariée avait conclu une centaine de CDD avec la même entreprise sur une période de trois ans et demi, pour remplacer des salariés absents pour différents motifs (maternité, maladie, congés).

Rappelant que des CDD successifs ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, les juges du fond

avaient requalifié les contrats successifs en CDI, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

Cette dernière a toutefois cassé l'arrêt d'appel, énonçant que « **le seul fait pour l'employeur, qui est tenu de garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos que leur accorde la loi, de recourir à des CDD de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux CDD pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise** ».

La Cour de cassation assouplit donc sa jurisprudence concernant les CDD de remplacement à répétition puisqu'elle considère que lorsque l'effectif d'une entreprise est important, comme c'était le cas en l'espèce, **l'utilisation permanente voire récurrente de CDD de remplacement ne signifie pas nécessairement que les contrats ne reposent pas sur une raison objective ni qu'ils sont abusifs**.

Les juges devront désormais analyser les situations au cas par cas, **au regard de la nature des emplois successifs et de la structure de l'entreprise**.

---

## Obligation de sécurité de résultat – Risques psychosociaux

---

CA Versailles, 18 janvier 2018, n° 17/06280

Cet arrêt constitue une illustration intéressante de **suspension d'une nouvelle organisation de travail, à l'initiative du CHSCT, en raison des risques psychosociaux existants**.

Une société avait procédé à une **réorganisation de ses outils informatiques, accompagnée d'un PSE**. Consulté sur le projet, le CHSCT avait émis un avis défavorable.

Compte tenu des risques psychosociaux qu'il estimait engendrés par l'utilisation des nouveaux logiciels mis en place par l'employeur, le CHSCT avait par la suite voté une expertise pour risque grave. L'expert saisi avait conclu que la nouvelle organisation était effectivement pathogène pour les salariés.

Le CHSCT avait alors exercé son **droit d'alerte pour danger grave et imminent**, et avait **saisi en référé le tribunal de grande instance** afin, notamment, que le déploiement du projet soit suspendu.

La Cour d'appel rappelle d'abord que **le juge judiciaire est bien compétent pour connaître d'une action en référé fondée sur le trouble manifestement illicite qui résulterait d'une violation par l'employeur de l'obligation de sécurité et de prévention**, et ce nonobstant l'existence d'un PSE.

## EN BREF

Publication d'un décret n° 2018-82 du 9 février 2018 portant abrogation des dispositions du code du travail relatives à la contribution destinée à compenser les coûts de mise en place du système dématérialisé de déclaration et de contrôle des détachements de travailleurs. Ainsi, la **contribution de 40 euros par salarié détaché qu'aurait dû verser tout employeur établi à l'étranger détachant des salariés en France est supprimée**.

Puis, au regard de la situation (utilisation de leur droit de retrait par 18 salariés, 7 salariés en arrêt de travail pour « burn out », exercice de son droit d'alerte par le CHSCT, etc.) **les juges ont considéré que la société avait violé son obligation de sécurité de résultat et ont donc prononcé la suspension de la mise en œuvre du projet par l'entreprise**.

Adoption définitive par le Parlement le 14 février 2018 du projet de **loi de ratification des six ordonnances Macron**, du 22 septembre et du 20 décembre 2017. Nous reviendrons en détails sur les modifications apportées par ce texte dans une prochaine Newsletter.

## LE COIN DU PRATICIEN : COMMENT REAGIR EN CAS DE MOUVEMENT DE GREVE

Si promouvoir un dialogue social de qualité permet la plupart du temps d'éviter un mouvement de grève des salariés, aucune entreprise n'est véritablement à l'abri d'un conflit collectif. **Il est donc nécessaire de savoir comment réagir, de manière à pouvoir gérer efficacement les situations de grève qui pourraient survenir**.

### Conditions de licéité de la grève

La Cour de cassation a défini la grève comme une **cessation collective totale et concertée du travail, en vue d'appuyer des revendications professionnelles** (Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 04-12.336) dont l'employeur a eu connaissance (Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-19.858).

Trois éléments doivent ainsi être réunis pour qu'un arrêt de travail soit qualifié de grève :

- une **cessation totale** du travail ;
- une **concertation** des salariés ;
- des **revendications professionnelles**.

Tout arrêt de travail ne répondant pas à ces critères sera requalifié en **mouvement illicite** et sera donc exclu des dispositions réglementaires applicables.

A titre d'exemple, les mouvements qui se traduisent par un simple **ralentissement d'activité** ou une exécution de l'activité dans des conditions différentes des conditions habituelles constituent une **exécution fautive du contrat de travail et non une grève** (Cass. soc., 16 mai 1989, n° 85-43.359). La grève ne peut pas non plus être limitée à



une obligation particulière du contrat de travail (Cass. soc., 11 juill. 2016, n° 14-14.226).

A l'inverse, **rien n'interdit aux salariés de procéder à des cessations totales du travail successives et de courte durée.** Constitue l'exercice normal du droit de grève la répétition d'arrêts de travail de 2 fois 5 minutes par heure pendant 2 jours ou d'1/4 d'heure toutes les heures pendant 10 jours (Cass. soc., 25 févr. 1988, n° 85-43.293 ; 10 juill. 1991, n° 89-43.147).

Bien que dommageables pour la poursuite de l'activité, ces mouvements ne constituent **pas un abus du droit de grève ou un mouvement illicite dès lors qu'ils n'entraînent pas une désorganisation de l'entreprise** (Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-69.030).

---

### Occupation de l'entreprise pendant la grève

---

Les grévistes **peuvent occuper l'entreprise à condition qu'il n'y ait pas d'abus de droit. Il y a abus en cas d'atteinte au droit de propriété, à la liberté du travail, ou encore en cas de risque pour la sécurité des personnes et des biens.** A l'inverse, lorsque l'occupation des locaux de l'entreprise est partielle ou momentanée et qu'elle n'entraîne pas de désorganisation de l'entreprise, elle ne constitue pas un acte abusif.

**L'occupation ne doit pas non plus constituer un trouble manifestement illicite.** Le cas échéant, l'employeur :

- peut **faire appel à un huissier pour prouver l'occupation** ;
- et **saisir le juge des référés pour obtenir une ordonnance d'expulsion** (Cass. soc., 26 févr. 1992, n° 90-15.459) ;

S'agissant du **piquet de grève** (regroupement de grévistes devant l'entreprise dans le but d'inciter les non-grévistes à cesser le travail), cette pratique est **licite si elle n'entraîne pas, là encore, de désorganisation de l'entreprise et n'entrave pas la liberté du travail** (Cass. soc., 5 déc. 2010, n° 08-42.714).

En revanche, **si le piquet de grève interdit ou empêche l'accès à l'entreprise au personnel qui désire travailler, le mouvement est illicite.** Un tel acte est constitutif d'une entrave à la liberté du travail sanctionnée pénalement. Les salariés se livrant

à cette pratique peuvent également se voir infliger des sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute lourde (Cass. soc., 14 sept. 2017, n° 16-16.069 ; Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-18.873).

---

### Fonctionnement de l'entreprise pendant la grève

---

**Le remplacement des salariés grévistes par des salariés en CDD ou par des intérimaires est interdit** (C. trav., art. L. 1242-6 et L. 1251-10). L'employeur ne peut pas non plus faire exécuter le travail par des intérimaires déjà en place, en augmentant leur amplitude de travail (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.634).

En revanche, sous réserve des prohibitions précitées, il n'est pas interdit à l'employeur d'organiser l'entreprise pour assurer la continuité de son activité (Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-22025). **Il s'agit même d'une obligation contractuelle envers les salariés non-grévistes** (à défaut de leur fournir un travail, l'employeur devra leur verser une indemnité correspondant au montant des salaires perdus).

L'employeur peut notamment :

- **procéder à des mutations internes**, dès lors que le travail demandé entre dans la catégorie et la spécialité du salarié (Cass. soc., 4 oct. 2000, n° 98-43.475) ;
- **recourir à des prestataires de services** ou sous-traiter une partie de sa production pour la durée du conflit (Cass. soc., 15 févr. 1979, n° 76-14.527) ;
- **remplacer les grévistes par des bénévoles** (Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-22.025). L'employeur devra cependant être vigilant quant au risque de requalification en travail dissimulé.

L'employeur peut également **fermer temporairement l'entreprise lorsque la grève de tout ou partie des salariés crée une « situation contraignante » rendant impossible la poursuite de l'activité** (Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-26.600). Cette fermeture n'est toutefois admise que de manière exceptionnelle, lorsque l'employeur est en mesure d'établir qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour fournir du travail aux non-grévistes.

---

## Sanctions de l'illicéité de la grève

---

Si la grève est **illicite**, l'employeur peut :

- **faire intervenir un huissier** sur le site, afin qu'il constate les faits ;
- **et saisir le juge des référés** pour faire reconnaître le caractère illicite du mouvement de grève et en demander la cessation.

En outre, lorsque la grève est illicite, les salariés qui y participent ne sont pas considérés comme grévistes. Ils ne peuvent donc **pas se prévaloir de la protection attachée au droit de grève** (Cass. soc., 30 juin 2015, n° 14-11077).

En cas de grève illicite les salariés pourront ainsi :

- faire l'objet de **sanctions disciplinaires** (C. trav., art. L. 1132-2) ;
- faire l'objet d'un licenciement, une **faute grave ou simple** suffisant à justifier la rupture du contrat de travail.

En effet à l'inverse, lorsque la grève est **licite**, le principe est qu'un salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève (C. trav., art. L. 1132-2). **Seule une faute lourde peut alors justifier le licenciement d'un salarié gréviste** (C. trav., art. L. 2511-1).

---

## Grève et rémunération

---

L'exercice du droit de grève entraîne une **réduction de la rémunération strictement proportionnelle à la durée de la grève** (Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-44.608).

Par ailleurs, si un jour férié est compris dans une période de grève, et qu'il est chômé et payé pour les salariés non-grévistes, les **salariés grévistes ne peuvent prétendre au paiement de ce jour férié** (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.286).

**Il n'est toutefois pas rare que le paiement des jours de grève soit l'un des points négociés dans l'accord de fin de conflit.**

---

## Responsabilité pénale des grévistes

---

Les salariés grévistes peuvent engager leur responsabilité pénale, notamment en cas de :

- **séquestration** d'un chef d'entreprise ou d'un cadre supérieur (C. pén., art. 224-1 à 224-5) ;
- **atteinte aux biens** (C. pén., art. 322-1) ;
- **entrave à la liberté de travail** (C. pén., art. 431-1).

## VIE DU CABINET

Le cabinet a le plaisir de vous informer de la **cooptation de Jean-Guy de Ruffray en qualité d'associé** au sein du pôle Droit la propriété intellectuelle, droit des technologies de l'information et protection des données personnelles et Cybersécurité.

**Laura Beserman** a participé le 9 février 2018 à la réunion de l'Association française de droit

du travail et de sécurité sociale portant sur **la rupture conventionnelle collective**.

**Marine Buso** a participé le 19 février 2018 à une commission droit social, avec le Barreau de Paris, sur le thème de **la prévention des risques professionnels**.

