

1171 Le don de jours de repos

Vincent ROCHE,

juriste en droit social, FIDERE Avocats

Timothée CICERCHIA,

juriste en droit social, Groupe Nestlé, France

Introduite par une loi du 9 mai 2014, la possibilité pour un salarié de renoncer anonymement à une partie de ses jours de repos au profit d'un de ses collègues est encore méconnue. L'imprécision du dispositif légal contribue à cette situation. Pour y remédier et encourager le développement du don de jours de repos, un décryptage des textes et des marges de manœuvre laissées aux partenaires sociaux s'impose.

Historique. – « Une grande et belle loi, humaniste et généreuse, une loi qui fait honneur à la représentation nationale, une loi qui redonne foi dans le politique »¹. Le dispositif consistant, pour un salarié, à renoncer de façon anonyme et gratuite à des jours de repos au profit d'un de ses collègues dont l'enfant est gravement malade a été introduit par une loi du 9 mai 2014². Il a été étendu à la fonction publique par deux décrets du 28 mai 2015³. La proposition de loi initiale fait suite à une initiative locale de salariés ayant cédé une partie de leurs jours de repos à l'un de leurs collègues pour lui permettre d'accompagner son enfant dans son combat contre la maladie. « Elle est la preuve vivante que le droit ne descend pas toujours "d'en haut", mais qu'il peut également jaillir "d'en bas" »⁴.

Débat. – Le sujet est pourtant loin d'avoir fait l'unanimité lors des débats parlementaires. Beaucoup se sont interrogés sur l'opportunité de légiférer en la matière : la solidarité doit-elle être régie par une loi ? Un jour de repos peut-il être « patrimonialisé » ? Que reste-t-il du droit à la santé et au repos du salarié donneur ?

Mais le texte pallie les insuffisances des dispositifs existant déjà – congé pour enfant malade, congé de présence parentale, congé de solidarité familiale – sans impliquer de contrainte budgétaire pour l'État. En outre, son inscription dans la loi présente l'avantage d'organiser le don de jours de repos dans les entreprises où la place de la négociation collective reste faible et, dans celles où le dialogue social est plus important, d'inciter les partenaires sociaux à se saisir de la question.

Sources. – Le don de jours de repos tel qu'il résulte des dispositions légales constitue un dispositif supplétif : il n'a vocation à être appliqué qu'en l'absence de convention ou d'accord collectif. L'Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises n'a cependant recensé que quarante accords relatifs au don de jours de repos un an après la promulgation de la loi, dont la moitié avait été signée antérieurement⁵. La même étude révèle toutefois que le sujet est « plutôt consensuel » et donne lieu à un taux de signature élevé de la part des syndicats.

Plan. – Eu égard à la dualité des sources régissant la question du don de jours de repos, il convient de décrire précisément le dispositif tel qu'il résulte de la loi et d'analyser la marge de manœuvre laissée aux partenaires sociaux. Cette démarche peut être empruntée pour identifier les parties (1), l'objet (2) et les conséquences (3) de ce don.

1. Parties au don

« **Accord tripartite** ». – Le don de jours de repos relève « d'une nouvelle logique qui repose sur un accord tripartite entre le donneur anonyme (A), l'employeur (C) et le salarié bénéficiaire (B) »⁶.

A. - Donateur

Tout salarié. – Tout salarié peut en principe renoncer à ses jours de repos, qu'il soit employé sous contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée ; peu importe son ancienneté dans l'entreprise, sous réserve qu'il ait déjà pu acquérir des jours de repos. À l'inverse, les stagiaires et les salariés mis à disposition ne peuvent pas céder des jours de repos ni bénéficier d'un don.

Volontariat. – Il faut s'assurer du caractère volontaire du don : la renonciation est un droit, non un devoir. Plusieurs accords pré-

1. C. Radé, *Le cœur à l'ouvrage* : Dr. soc. 2014, p. 489.

2. L. n° 2014-459, 9 mai 2014 permettant le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade. – C. trav., art. L. 1225-65-1 et s.

3. D. n° 2015-573, 28 mai 2015 permettant à un militaire le don de jours de permissions à un autre agent public parent d'un enfant gravement malade. – D. n° 2015-580, 28 mai 2015 permettant à un agent public civil le don de jours de repos à un autre agent public parent d'un enfant gravement malade.

4. C. Radé, *Le cœur à l'ouvrage*, préc. note 1.

5. M. Kammerer, *Don de jours de repos : un an après la loi, 40 accords répertoriés* : Entreprises et carrières, 4 juin 2015.

6. M.-A. Montchamp, *débats AN*, 25 janv. 2012.

voient ainsi que le salarié désireux de renoncer à des jours de repos doit compléter un formulaire spécifique précisant la nature et le nombre de jours cédés et portant sa signature. D'autres accords se reportent à la procédure habituelle de prise d'un jour de repos en vigueur dans l'entreprise. L'écrit semble en tout état de cause indispensable⁷.

Anonymat. – Pour garantir le volontariat et éviter que l'une des parties s'estime obligée envers l'autre, le législateur impose l'anonymat du donateur. Cette exigence est systématiquement reprise par les accords portés à notre connaissance et semble être une condition de la validité du dispositif.

Certains s'interrogent toutefois sur la réalité de cet anonymat, en particulier dans les PME, où la proximité entre les salariés serait propice à créer une « contrainte morale » plus qu'une authentique solidarité⁸. Nous y voyons, de façon plus mesurée, une voie louable pour encourager cette solidarité au sein de l'entreprise au profit des bénéficiaires potentiels.

B. - Bénéficiaire

Le don de jours de repos peut bénéficier à « un autre salarié de l'entreprise qui assume la charge d'un enfant âgé de moins de vingt ans atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants » (C. trav., art. L. 1225-65-1).

Salarié identifié. – D'après le rapport présenté par Madame Deroche, « le don se fait pour un collègue déterminé. Il n'y a donc pas de don *a priori* pour tout collègue susceptible de se trouver dans la situation prévue par le texte »⁹. Le Code du travail, même s'il ne reprend pas explicitement cette exigence, indique que le don s'effectue au bénéfice d'un salarié « qui assume » la charge d'un enfant répondant aux conditions légales. L'utilisation de l'indicatif permet de penser que c'est au moment du don que le salarié doit assumer la charge de l'enfant. Par ailleurs, le dispositif concernant en pratique un nombre restreint de salariés¹⁰, il doit permettre de répondre à un besoin actuel, ce qui exclut tout « don de jours repos pour le futur ».

De nombreux accords collectifs prévoient cependant l'organisation de campagnes d'appel aux dons à certaines périodes de l'année, indépendamment de besoins spécifiquement exprimés par des salariés. Les jours ainsi donnés constituent alors une banque de jours de repos à laquelle les salariés peuvent avoir recours dans les conditions prévues par ces accords.

Salarié de la même entreprise ? – Le don doit avoir lieu entre salariés d'une même entreprise, ce qui exclut le « don intra-groupe ». Une telle solution peut conduire à de fortes inégalités, les salariés appartenant aux filiales les plus importantes en termes d'effectifs bénéficiant potentiellement d'un plus grand nombre de jours de repos que ceux des autres filiales. Cependant, le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas entre les salariés d'entre-

prises distinctes même si elles appartiennent à un même groupe¹¹. De plus, le don intra-groupe pourrait conduire à une situation dans laquelle un employeur, lorsqu'il accepte la renonciation à une partie de ses jours de repos par un salarié, engage nécessairement un second employeur qui serait tenu de faire profiter l'un de ses salariés de ces jours.

Rien ne s'oppose cependant à l'organisation d'un tel don par voie d'accord collectif de groupe. Au contraire, le principe de faveur plaide en faveur d'une telle possibilité (C. trav., art. L. 2251-1), la mutualisation des jours de repos au niveau du groupe étant plus favorable pour les salariés concernés.

Enfant gravement malade. – Le don bénéficie au salarié qui assume la charge d'un enfant âgé de moins de vingt ans et atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants. Le respect des conditions d'ordre médical est attesté par un certificat médical détaillé établi par le médecin qui suit l'enfant au titre de la maladie, du handicap ou de l'accident (C. trav., art. L. 1225-65-2). Le dispositif légal est donc limité à l'accompagnement par le salarié de son enfant, à l'exclusion de tout autre membre de la famille. Toutefois, conformément au principe de faveur, les partenaires sociaux peuvent choisir d'étendre le don de jours de repos aux salariés dont un autre membre de la famille est souffrant : conjoint, partenaire de PACS, enfant de plus de 20 ans, ascendant, etc.

Enfant à charge. – Le texte ne définit pas la notion « d'enfant à charge ». Les dispositions relatives au congé de présence parentale renvoient sur ce point au droit des prestations familiales lesquelles bénéficient « à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant » (C. trav., art. L. 1225-62. – CSS, art. L. 513-1). En ce domaine, la notion de charge est une notion de fait¹² appréciée indépendamment de tout lien juridique entre le bénéficiaire et l'enfant. Dans un souci de cohérence, il y a lieu de retenir la même définition s'agissant du don de jours de repos.

C. - Employeur

Égalité de traitement. – La renonciation à des jours de repos est subordonnée à l'accord de l'employeur. Ce dernier bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire sous réserve de respecter le principe d'égalité de traitement. Il paraît délicat d'accorder des jours de repos à un salarié et d'en refuser à un autre alors que tous les deux remplissent les conditions posées. Si l'ouverture du dispositif doit être égalitaire, en revanche le nombre de jours de repos attribués à chaque salarié dépend surtout du salarié donateur, qui semble en mesure de choisir le bénéficiaire¹³. Dans le cadre du dispositif légal, le principe d'égalité de traitement ne serait donc pas susceptible d'application pour ce qui est du nombre de jours de repos attribués individuellement.

À l'inverse, si l'octroi des jours de repos est subordonné à la décision de l'employeur, comme dans le cadre d'un dispositif conventionnel prévoyant la création d'une banque de jours où le bénéficiaire du don n'est pas identifié au moment de celui-ci, le principe d'égalité de traitement doit s'appliquer.

7. Il est d'ailleurs explicitement imposé pour les agents de la fonction publique (Cf. D. préc. note 3, art. 1 et 3).

8. Cf. par ex. : « Je crains que toutes les garanties ne soient pas mises en œuvre pour éviter que le transfert des droits à congé soit vécu par les salariés comme un impératif catégorique » (M.-F. Clergeau, débats AN, 25 janv. 2012. – Adde, C. Willmann, Aider les salariés dont l'enfant est gravement malade : « pas d'inquiétude » : Lexbase hebdo, éd. soc. 2014, n° 571).

9. C. Deroche, rapp. Sénat, 16 avr. 2014, n° 456.

10. 1500 enfants seraient en « phase terminale » et 4000 salariés bénéficieraient de l'allocation de présence parentale, dont le champ d'application est similaire au dispositif du don de jours de repos (P. Salen, rapp. AN, 18 janv. 2012, n° 4179).

11. Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 13-28.415 : JurisData n° 2015-020538 ; JCP S 2015, 1408, note J. Daniel ; RJS 2015, n° 770.

12. Circ. CNAF, n° C-2005-023, 7 déc. 2005.

13. Le risque avait déjà été identifié lors des débats parlementaires : « La proposition de loi, et c'est la critique la plus forte qu'on puisse lui adresser, crée un risque d'inégalité en fonction de la taille de l'entreprise et, au sein d'une même structure, en fonction du capital de sympathie de la personne concernée – il y a là un véritable problème – ou de sa place dans la hiérarchie » (G. Barbier, JO débats Sénat, 30 avr. 2014).