

DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

sous la coordination de Valérie LACOSTE-MARY et Jérôme PORTA,
Enseignants-chercheurs à l'Université de Bordeaux

PLAN

I. Discrimination

II. Congés

III. Handicap

I. Discrimination

ÉGALITÉ DE TRAITEMENT EN MATIÈRE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL (Directive 2000/78/CE) – Égalité des chances et égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (Directive 2006/54/CE) – Égalité professionnelle – Notion d'« accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail » – Présentation d'une candidature à un emploi visant à obtenir le statut formel de candidat uniquement afin de demander une indemnisation pour discrimination – Abus de droit.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE 28 juillet 2016

Nils-Johannes Kratzer contre R+V Allgemeine Versicherung AG (aff. C-423/15)

26. Par ses questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/78 et l'article 14, paragraphe 1, sous a), de la directive 2006/54 doivent être interprétés en ce sens qu'une situation dans laquelle une personne qui, en présentant sa candidature à un emploi, vise à obtenir non pas cet emploi, mais uniquement le statut formel de candidat, dans le seul but de réclamer une indemnisation, relève de la notion d'« accès à l'emploi ou au travail », au sens de ces dispositions, et si, en vertu du droit de l'Union, une telle situation peut être qualifiée d'abus de droit. [...]

30. Une situation factuelle présentant des caractéristiques telles que celles décrites [par la juridiction de renvoi] ne relève pas, en principe, du champ d'application des directives 2000/78 et 2006/54.

31. En effet, il y a lieu de relever que, selon le libellé même de l'intitulé de ces directives, celles-ci concernent la matière de l'emploi et du travail. [...]

35. Or, une personne présentant sa candidature à un emploi dans des conditions telles que celles décrites au point 29 du présent arrêt ne cherche manifestement pas à obtenir l'emploi auquel elle se porte formellement candidate. Elle ne saurait, par conséquent, se prévaloir de la protection offerte par les directives 2000/78 et 2006/54. [...]

36. En outre, une telle personne ne saurait, dans ces conditions, être considérée comme étant une « victime », au sens des articles 17 de la directive 2000/78 et 25 de la directive 2006/54, ou une « personne lésée » ayant subi un « préjudice » ou un « dommage », au sens de l'article 18 de la directive 2006/54 [...].

37. Par ailleurs, selon une jurisprudence constante de la Cour, les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union européenne [...].

38. La constatation de l'existence d'une pratique abusive requiert la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif [...].

42. C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de vérifier, conformément aux règles de preuve du droit national, pour autant qu'il n'est pas porté atteinte à l'efficacité du droit de l'Union, si les éléments constitutifs d'une pratique abusive sont réunis dans le litige au principal. [...]

43. À cet égard, s'il apparaît de manière objective, d'une part, que, malgré le respect formel des conditions prévues par les directives 2000/78 et 2006/54, l'objectif poursuivi par celles-ci n'a pas été atteint et, d'autre part, que M. Kratzer s'est porté artificiellement candidat à un emploi dans le but essentiel non pas d'occuper effectivement cet emploi, mais de se prévaloir de la protection offerte par ces directives en vue d'obtenir un avantage indu, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, il devrait alors être considéré que M. Kratzer se prévaut abusivement de ladite protection.

44. Dans ces conditions, il y a lieu de répondre aux questions posées que l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/78 et l'article 14, paragraphe 1, sous a), de la directive 2006/54 doivent être interprétés en ce sens qu'une situation dans laquelle une personne qui, en présentant sa candidature à un emploi, vise à obtenir non pas cet emploi, mais uniquement le statut formel de candidat, dans le seul but de réclamer une indemnisation, ne relève pas de la notion d'« accès à l'emploi ou au travail », au sens de ces dispositions, et peut, si les éléments requis en vertu du droit de l'Union sont réunis, être qualifiée d'abus de droit.

Le procédé du *testing* « testé » par la Cour de justice

Si l'arrêt *Kratzer c. R+V* est, à première vue, un arrêt « classique » sur la détermination du champ d'application de deux directives européennes, il touche à une question inexplorée par les juges de Luxembourg : celle du « *testing* » ou, plus exactement, du « test de discrimination ».

Ayant vu sa candidature rejetée, un candidat à un poste de stagiaire dans une société allemande a adressé à celle-ci une réclamation en vue d'obtenir une indemnisation pour discrimination en raison de son âge. Après avoir refusé une invitation du chef du personnel à un entretien, laquelle précisait que le rejet de sa candidature avait été généré de manière automatique, il a introduit une action en réparation en alléguant une discrimination fondée sur son âge et son sexe (1). Débouté par les juges du fond, il a alors formé un recours en révision devant la Cour fédérale du travail, qui a posé à la CJUE deux questions préjudicielles. Il s'agissait de savoir, d'une part, si le cas d'une personne qui, en présentant sa candidature, ne vise pas à obtenir un emploi, mais a pour seul but de réclamer une indemnisation en alléguant une discrimination, relève de la notion d'« accès à l'emploi » au sens des directives 2000/78 et 2006/54 (2) et, d'autre part, si un tel cas peut être qualifié d'abus du droit de l'Union.

La décision de la CJUE, rendue au terme d'un raisonnement sommaire et sans qu'un avocat général ait présenté de conclusions, est péremptoire. En s'appuyant sur l'intitulé des directives 2000/78 et 2006/54, qui visent à assurer l'égalité de traitement « en matière d'emploi et de travail », les juges de Luxembourg décident qu'un individu qui ne cherche manifestement pas à obtenir un emploi ne peut ni être considéré comme victime de discrimination, ni

se prévaloir de ces directives. Plus encore, après avoir rappelé sa jurisprudence en matière d'abus du droit de l'Union – qui requiert la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif – la CJUE guide l'appréciation des juges nationaux. Si ces derniers constatent que, « *malgré le respect formel des conditions prévues par les directives 2000/78 et 2006/54, l'objectif poursuivi par celles-ci n'a pas été atteint* » (élément objectif) et que M. Kratzer s'est porté artificiellement candidat en vue d'obtenir un avantage indu (élément subjectif), ils devraient considérer qu'il y a abus du droit de l'Union.

La démarche suivie par le candidat en question présente certains points communs avec le *testing*, procédé juridiquement admis dans plusieurs États membres de l'UE, dont la France (A). Si le refus d'accorder à ce candidat la protection offerte par les deux directives se justifie largement par la particularité des faits de l'espèce, la comparaison de l'arrêt commenté avec le droit français en matière de *testing* révèle que la position de la CJUE est, à certains égards, plus restrictive que celle du législateur français (B).

A. L'appréhension juridique du *testing*

Apparu au Royaume-Uni et aux États-Unis, le *testing* occupe une place de plus en plus importante dans les stratégies de lutte contre les discriminations. Employé par des associations (3), des autorités administratives indépendantes (4), voire des gouvernements (5), ce procédé fait, par ailleurs, l'objet d'un *modus operandi* établi par le BIT (6) et suivi dans de nombreux États membres de l'OIT (7). Bien que ses modalités varient sensiblement, le *testing* pourrait être décrit comme ceci : des personnes de nationalité, de sexe, d'âge, etc. différents sollicitent, par exemple, un emploi ou un logement et enregistrent les résultats obtenus. Ces résultats sont ensuite utilisés soit pour mener des études statistiques ou sociologiques, soit pour engager des procédures judiciaires. En effet,

(1) Entre-temps, le candidat avait appris que les quatre postes de stagiaires offerts par la société en question avaient été attribués à des femmes.

(2) Relatives respectivement à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et à l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

(3) Par exemple, « SOS racisme » a procédé à de nombreux *testings* dans des discothèques, en vue de démontrer des comportements discriminatoires.

(4) Tels que le Défenseur des droits.

(5) V. les *testings* effectués par le Gouvernement français dans le cadre de la campagne « Les compétences d'abord ».

(6) F. Bovenkerk, *Testing discrimination in natural experiments : a manual for international comparative research on discrimination on the grounds of race and ethnic origin*, BIT, 1992.

(7) V., par exemple, E. Cedey, F. Foroni, *Les discriminations à raison de l'« origine » dans les embauches en France. Une enquête nationale par tests de discrimination selon la méthode du Bureau international du Travail*, BIT, 2007.

lorsque les organisateurs du *testing* constatent que les individus présentant certaines caractéristiques se voient, de façon systématique, opposer un refus à leurs demandes, ils provoquent ou engagent des actions civiles ou pénales, en utilisant le *testing* en tant que preuve de discriminations (8).

Si le *testing* constitue un outil indispensable à la détection et à l'étude des comportements discriminatoires, son traitement juridique est assez nébuleux. Au niveau européen, aucune instance ne semble avoir été amenée à se prononcer sur la question (9). Sur le plan national, les réactions divergent : tandis que, dans certains droits nationaux, on ne retrouve aucune disposition législative ou décision de justice portant sur le *testing* (10), d'autres – tels que le droit belge – se sont longuement préoccupés de la question (11). En France, la question du *testing* a été soulevée sous l'angle de son admissibilité en tant que preuve du délit pénal de discrimination. Après quelques hésitations (12), et en rejetant les objections tenant à l'absence de loyauté de ce procédé (13), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé son admissibilité de principe en tant que moyen de preuve (14). Prenant acte de cette évolution, le législateur a, à son tour, « légalisé » le *testing*, par la loi n° 2006-641 sur l'égalité des chances. Ainsi, aux termes de l'article 225-3-1 du Code de procédure pénale, le délit de discrimination est constitué même s'il est commis à l'encontre d'une personne ayant sollicité, entre autres, un emploi, dans le seul but « de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».

En droit français, le procédé du *testing* a ainsi deux facettes : au regard du droit de la procédure pénale, il constitue un moyen de preuve admissible, pouvant être employé aussi bien par les victimes que par les associations de lutte contre les discriminations ; du point de vue du droit pénal, le fait qu'une personne recoure au *testing* est sans incidence pour la constitution du délit de discrimination (15). C'est sous ce double aspect qu'il convient de comparer le droit français avec l'arrêt *Kratzer c. R+V*.

B. La comparaison de l'arrêt *Kratzer c. R+V* avec le droit français

Parmi les enseignements tirés de cet arrêt, une attention particulière doit être portée à la définition donnée à la notion d'« accès à l'emploi », au sens des directives 2000/78 et 2006/54. Selon la CJUE, pour se prévaloir de ces directives, il faut, en effet, qu'une personne cherche effectivement « à obtenir un emploi, auquel elle se porte formellement candidate ». Si cette solution est sans incidence sur l'emploi du *testing* comme mode de preuve de comportements discriminatoires, elle s'avère néanmoins plus restrictive que la position retenue par le droit français sur le recours au *testing* par les victimes mêmes des discriminations.

S'agissant de l'invocation des résultats d'un *testing* en tant que moyen de preuve, l'arrêt commenté ne diffère en rien du droit français. En effet, à supposer que la CJUE refuse d'accorder la protection offerte par les directives en question aux personnes ne cherchant pas réellement à accéder à un emploi, rien n'empêche ceux qui s'estiment lésés d'« utiliser » ces personnes, dans le cadre d'un *testing*, pour prouver l'existence d'une discrimination. Une telle démarche s'accorde d'ailleurs parfaitement avec l'objectif du droit européen en la matière, qui, comme rappelé dans l'arrêt commenté, « consiste à assurer à toute personne l'égalité de traitement [...], en lui offrant une protection efficace contre certaines discriminations, notamment en ce qui concerne l'« accès à l'emploi » ».

En revanche, concernant le recours au *testing* par les victimes mêmes des discriminations, la position selon laquelle il faut être en recherche effective d'emploi pour prétendre à la protection offerte par les directives 2000/78 et 2006/54 semble être en décalage avec l'article 225-3-1 du Code de procédure pénale. Cet article n'exige pas que les victimes soient effectivement candidates à un emploi pour que le délit de discrimination soit constitué : « l'intention de la victime » ne peut être prise en considération « si l'auteur des faits a bien commis intentionnellement l'infraction qu'on lui reproche » (16). Certes, pour refuser à M. Kratzer

(8) J. Lasserre Capdeville, « Le *testing* », AJ Pénal, 2008, p. 310.

(9) La question du *testing* doit être distinguée de celle, traitée aussi bien par la CJUE que par la CEDH, de l'utilisation de données statistiques pour prouver des discriminations. Sur cette question, v. O. Leclerc, « Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations » in G. Borenfreund, I. Vacarie (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, 2013, p. 77.

(10) Tel semble être le cas du droit grec.

(11) V. van der Plancke, « Les tribulations du *testing* en Belgique : quels enseignements ? », *Horizons stratégiques*, La Documentation française, 2007, p. 40.

(12) Cass. Crim. 12 septembre 2000, n° 99-87.251.

(13) Sur ce point, v. J.-F. Renucci, « La loyauté des preuves et les procédés dits de «testing» », RSC, 2002, p. 879 ; L. Collet-Askri, « La chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal... », D., 2003, p. 1309.

(14) Cass. Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.560. Cette affirmation doit toutefois être relativisée : examinant la jurisprudence ultérieure en la matière, un auteur (J. Lasserre Capdeville, « Le *testing* », op. cit., p. 310) constate « le peu de condamnations prononcées dans des affaires où un *testing* a été pratiqué ». Dès lors, « un «testing concluant» n'entraîne pas « automatiquement la sanction [...] » et ne semble pas avoir « une réelle incidence tant qu'il n'est pas corroboré par d'autres éléments lui donnant force et crédit ».

(15) V. la Circulaire 2006-16 de la Direction des affaires criminelles relative à la loi n° 2006-641.

(16) *Ibid.*

la protection offerte par les deux directives et considérer que celui-ci commet un abus du droit de l'Union, la CJUE tient compte des circonstances particulières de l'espèce. En effet, selon les appréciations des juges nationaux, M. Kratzer avait envoyé sa candidature *dans le seul but d'obtenir une indemnisation* (17) et non pas, comme c'est le cas dans une démarche de *testing*, pour *démontrer l'existence d'une discrimination*. Lu sous cet angle, l'arrêt commenté ne remet donc nullement en cause l'article 225-3-1 du Code de procédure pénale, qui concerne expressément l'hypothèse dans laquelle la victime vise à démontrer l'existence d'un comportement discriminatoire. Toutefois, si le procédé du *testing* n'est pas, en tant que tel, remis en cause, la

position de la CJUE suppose un travail délicat sur les intentions de la victime : à partir de quand, finalement, peut-on considérer qu'une personne est candidate à un poste uniquement pour obtenir une indemnisation et non pas pour démontrer un comportement discriminatoire ? Plus généralement, le fait que la notion d'« accès à l'emploi » et, partant, la protection contre les discriminations à l'embauche, soient tributaires des intentions des personnes s'estimant lésées est susceptible de conduire à une « subjectivisation » de cette protection, ce qui appelle sans doute des explications de la part de la Cour de Luxembourg.

Konstantina Chatzilaou, Enseignant-chercheur
à l'Université de Cergy Pontoise

(17) En droit français, qui appréhende le *testing* sous le seul angle du droit pénal, cela équivaldrait au cas où une personne aurait comme seul but d'obtenir la condamnation du prévenu.

II. Congés

CONGÉS PAYÉS – Réglementation nationale excluant l'indemnité pour congé annuel payé non pris – Directive 2003/88 – Finalité double du droit au congé : repos et loisirs – 1° Mise à la retraite à la demande de l'intéressé – Travailleur n'ayant pas épuisé ses droits au congé annuel payé avant la fin de sa relation de travail – 2° Congé de maladie.

Première espèce :

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE 20 juillet 2016

Mascheck c. Magistratsdirektion der Stadt Wien – Personalstelle Wiener Stadtwerke (C-341/15)

4. Par ses trois questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prive du droit à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris le travailleur dont la relation de travail a pris fin suite à sa demande de mise à la retraite et qui n'a pas été en mesure d'épuiser ses droits au congé annuel payé avant la fin de cette relation de travail. Dans l'affirmative, la juridiction de renvoi demande si la législation nationale doit, en application de l'article 7 de la directive 2003/88, prévoir, en faveur d'un travailleur qui, en violation de cette disposition, n'a pas droit à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris, des modalités d'exercice de ce droit plus favorables que celles qui résultent de la directive 2003/88, notamment en ce qui concerne le montant de l'indemnité qui doit lui être octroyée.

(...)

26. Lorsque la relation de travail a pris fin et que, partant, la prise effective du congé annuel payé n'est plus possible, l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 prévoit que le travailleur a droit à une indemnité financière afin d'éviter que, du fait de cette impossibilité, toute jouissance par le travailleur de ce droit, même sous forme pécuniaire, soit exclue (voir arrêts du 20 janvier 2009, Schultz-Hoffe.a., C-350/06 et C-520/06, EU :C :2009 :18, point 56 ; du 3 mai 2012, Neidel, C-337/10, EU :C :2012 :263, point 29, ainsi que du 12 juin 2014, Bollacke, C-118/13, EU :C :2014 :1755, point 17).

27. Il convient également de relever que l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88, tel qu'interprété par la Cour, ne pose aucune condition à l'ouverture du droit à une indemnité financière autre que celle tenant au fait, d'une part, que la relation de travail a pris fin et, d'autre part, que le travailleur n'a pas pris tous les congés annuels payés auxquels il avait droit à la date où cette relation a pris fin (arrêt du 12 juin 2014, Bollacke, C-118/13, EU :C :2014 :1755, point 23).

28. Il s'ensuit, conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88, qu'un travailleur, qui n'a pas été en mesure de prendre tous ses droits à congé annuel payé avant la fin de sa relation de travail, a droit à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris. N'est pas pertinent, à cet égard, le motif pour lequel la relation de travail a pris fin.

(...)

30. Au regard de ce qui précède, il y a lieu de constater que l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prive du droit à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris le travailleur dont la relation de travail a pris fin suite à sa demande de mise à la retraite et qui n'a pas été en mesure d'épuiser ses droits avant la fin de cette relation de travail.

31. S'agissant, en deuxième lieu, d'une situation telle que celle en cause au principal, il convient de rappeler que l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que, lors de la fin de la relation de travail, aucune indemnité financière de congé annuel payé non pris n'est versée au travailleur qui a été en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence et/ou d'une période de report, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé (arrêts du 20 janvier 2009, *Schultz-Hoffe*.a., C-350/06 et C-520/06, EU :C :2009 :18, point 62, ainsi que du 3 mai 2012, *Neidel*, C-337/10, EU :C :2012 :263, point 30).

32. Par conséquent, l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'un travailleur a droit, lors de son départ à la retraite, à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris en raison du fait qu'il n'a pas exercé ses fonctions pour cause de maladie (voir, en ce sens, arrêt du 3 mai 2012, *Neidel*, C-337/10, EU :C :2012 :263, point 32).

33. Il s'ensuit que, s'agissant de la période comprise entre le 15 novembre et le 31 décembre 2010, durant laquelle il est établi que M. Maschek était en congé de maladie et qu'il n'a pas pu, pour cette raison, épuiser, au cours de cette période, les droits à congé annuel payé qu'il avait acquis, ce dernier a droit, conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88, à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris.

34. En outre, il importe de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel, consacré à l'article 7 de la directive 2003/88, a une double finalité, à savoir permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part (arrêts du 20 janvier 2009, *Schultz-Hoffe*.a., C-350/06 et C-520/06, EU :C :2009 :18, point 25, ainsi que du 22 novembre 2011, *KHS*, C-214/10, EU :C :2011 :761, point 31).

35. Dans ces conditions, et afin d'assurer l'effet utile de ce droit au congé annuel, il y a lieu de constater qu'un travailleur dont la relation de travail a pris fin et qui, en vertu d'un accord conclu avec son employeur, tout en continuant à percevoir son salaire, était tenu de ne pas se présenter sur son lieu de travail durant une période déterminée qui précédait son départ à la retraite, n'a pas droit à une indemnité financière pour les droits au congé annuel payé non pris durant cette période, sauf s'il n'a pas pu épuiser ces droits en raison d'une maladie.

36. Par conséquent, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner si, conformément à la seconde convention conclue entre M. Maschek et son employeur, en date du 21 juillet 2011, telle que reprise au point 13 du présent arrêt, M. Maschek était effectivement tenu de ne pas se présenter sur son lieu de travail durant la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 30 juin 2012, et continuait à percevoir son salaire. Dans l'affirmative, M. Maschek n'aura pas droit à une indemnité financière pour les droits au congé annuel payé qu'il n'a pas pu épuiser durant cette période.

37. En revanche, si, durant cette même période, M. Maschek n'a pas pu épuiser ses droits au congé annuel payé en raison d'une maladie, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, ce dernier aura droit, conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88, à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris.

CONGÉS PAYÉS – Condition d'ouverture – Exigence d'une période de travail effectif pendant la période de référence – Périodes assimilées (article L.3141-5) – Effets – Acquisition des droits, perte des droits acquis et conditions de report – Directive 2003/88/CE – Effet direct vertical – Société commerciale délégataire d'un service public de transport urbain.

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 22 juin 2016

Transdev Reims contre B. (p. n° 15-20.111, PBRI) (extrait)

Mais attendu, d'abord, que selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE 19 janvier 1982, *Becker/Finazamt Muenster-Innenstadt*, 8/81, points 23 à 25), lorsque les autorités communautaires ont, par voie de directive, obligé les États membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ; qu'il en découle que l'État membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement par lui-même des obligations qu'elle comporte ; que dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées, à défaut de mesures d'application prises dans

les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État ; que tel est le cas des dispositions de l'article 7 de la directive 2003/88 (CJUE 24 novembre 2012, Dominguez, C-282/10, point 36), qui énoncent que les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales ; que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a jugé (CJUE 26 février 1986, Marshall, C-152/84, point 49), que, lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'État, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique ; qu'en effet, il convient, d'éviter que l'État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit de l'Union européenne ; que la Cour de Justice de l'Union européenne a ainsi admis que des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises d'une directive pouvaient être invoquées par les justiciables à l'encontre d'organismes ou d'entités qui étaient soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposaient de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers (CJCE, 12 juillet 1990, C-188/89, Foster E.A, points 18 à 20) ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté que la société était, en application de l'article 7 II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, recodifié aux articles L.1221-1, L.1221-4, L.1221-5 et L.1221-6 du code des transports par l'ordonnance n°2010-1307 du 28 octobre 2010, délégataire de l'exploitation d'un réseau de transport en commun intérieur, qu'un tel délégataire assurait un service public dont l'étendue, les modalités et les tarifs étaient fixés par l'autorité publique organisatrice et que les agents du réseau de transport public étaient habilités par la loi et le règlement à constater les contraventions afférentes ; qu'elle a ainsi caractérisé l'existence d'un organisme chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et disposant à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers, qui peut se voir opposer les dispositions d'une directive susceptible d'avoir des effets directs ;

Attendu, ensuite, que si des dispositions ou pratiques nationales peuvent limiter le cumul des droits au congé annuel payé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives au moyen d'une période de report à l'expiration de laquelle le droit au congé annuel payé s'éteint, dès lors que cette période de report dépasse substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée, l'article L.3141-5-5° du code du travail a pour objet de limiter à un an la période pendant laquelle un salarié en arrêt de maladie pour cause d'accident de travail ou de maladie professionnelle peut acquérir des droits à congés payés et non d'organiser la perte de droits acquis qui n'auraient pas été exercés au terme d'un délai de report ;

(...)

Vu l'article 7 de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales ; que si ces dispositions laissent aux États membres une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent les conditions d'obtention et d'octroi du droit au congé annuel payé qu'elles énoncent, cette circonstance n'affecte cependant pas le caractère précis et inconditionnel de l'obligation prescrite, de sorte que les conditions requises pour un effet direct sont réunies ;

Attendu que pour condamner l'employeur à une certaine somme à titre d'indemnité compensatrice de congés payés, l'arrêt retient que le salarié doit être rempli de ses droits pour la période courant du 15 août 2008 au 31 décembre 2011, période pendant laquelle il a acquis des droits à congés à hauteur de 113,37 jours ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle faisait une application directe des dispositions précises et inconditionnelles de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 qui ne garantissent que quatre semaines de congé payé annuel, la cour d'appel, qui a accordé des droits à congés payés supérieurs, a violé le texte susvisé ;

(M. Frouin, prés. – M. Florès, rapp. – M. Beau, av. gén. – SCP Boutet-Hourdeaux, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, av.)

CONGÉS PAYÉS – Droit au congé – Absence pour maladie – Perte de droit à congés – Incompatibilité avec la directive 2003/88 – Absence de transposition – Manquement de l'Etat.

Troisième espèce :

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE CLERMONT-FERRAND (1^{ère} ch.) 6 avr. 2016

En ce qui concerne la responsabilité :

2. Considérant, d'une part, que la responsabilité de l'Etat du fait des lois est susceptible d'être engagée en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ;

3. Considérant, d'autre part, que la transposition en droit interne des directives européennes, qui est une obligation résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle ; qu'il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail : « *Congé annuel 1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales. 2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail* » ; qu'il résulte des dispositions du paragraphe 1 de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt n° C-350/06 et C-520/06 du 20 janvier 2009 et son arrêt n° C-282/10 du 24 janvier 2012, qu'elles font obstacle à toute distinction en fonction de l'origine de l'absence du travailleur en congé de maladie, dûment prescrit pour l'application du principe selon lequel tout travailleur, qu'il ait été mis en congé de maladie 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, a droit à un congé annuel payé d'au moins quatre semaines ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article L3141-3 du code du travail : « *Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur. / La durée totale du congé exigible ne peut excéder trente jours ouvrables.* » ; qu'aux termes de l'article L3141-5 du même code, les périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident de travail ou de maladie d'origine non professionnelle ne sont pas considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination du droit congé annuel ; que ces dispositions sont, dès lors, incompatibles avec les stipulations citées plus haut du §1 de l'article 7 de la directive 2003/88/CE en ce qu'elles font obstacle à ce qu'un salarié bénéficie d'au moins quatre semaines de congé annuel payé au titre d'une année qu'il a passée en tout ou partie en situation de congé maladie d'origine non professionnelle ; que ce défaut de transposition est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « *la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre* » ; que si tout justiciable peut se prévaloir des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires, une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre ; qu'il suit de là qu'un salarié ne peut exiger d'un employeur privé de lui accorder le bénéfice de dispositions d'une directive non transposée ; qu'il n'en va autrement que si l'employeur est une autorité publique ou une personne privée chargée d'une mission de service public et dont l'activité est soumise à un régime exorbitant du droit commun ;

7. Considérant qu'il suit de ce qui précède qu'alors que M. C... peut se prévaloir des stipulations de l'article 7 de la directive 2003/88/CE précitées 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 ; qu'ainsi, M. C... ne peut exiger de son employeur, la société Goodyear Dunlop Tires France, de porter à quatre semaines le total de ses congés annuels au titre de l'année 2014, malgré les périodes pendant lesquelles il a été en arrêt de travail en raison d'une maladie d'origine non professionnelle, conformément à l'article 7 de la directive 2003/88/CE précitée ; que la réduction des droits à congé de M. C... à une durée inférieure à quatre semaines lui crée 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 L3141-5 du code du travail.

(M. Jaffré, rapp. - M. Chacot, rapp. pub.)

Quand la Cour de justice rappelle sa jurisprudence sur le droit au congé et que le législateur français fait la sourde oreille.

Au-delà de la simple revendication du droit à congés, c'est du droit à la santé et à la sécurité dont il est question lors de l'interprétation de la directive 2003/2008/CE sur l'aménagement du temps de travail. Convoquant à la fois le droit matériel de l'Union et la Charte sociale des droits fondamentaux,

le droit à congés ne laisse pas d'interroger les justiciables. La Cour de justice semble construire inlassablement ce droit au fil des décisions qui s'insèrent dans les droits nationaux, non sans difficulté comme en atteste le droit français. Sous l'influence du droit de l'Union, le droit français des congés payés est, en effet, particulièrement illisible. C'est l'inertie du législateur qui en est la cause principale, et l'on regrette que, dans la dernière brassée de dispositions jetées dans le Code du travail, il ait oublié de se conformer totalement au droit de l'Union sur ce point. L'affaire

du 20 juillet 2016 (18) (première espèce ci-dessus) permet, au travers de l'analyse de l'arrêt, de faire un point sur le droit français des congés payés.

En l'espèce, un fonctionnaire viennois bénéficiaire d'un départ à la retraite réclame une indemnité financière pour congés non pris. La situation était cependant singulière, car ce dernier avait passé deux conventions avec son administration visant à organiser la période précédant son départ, qui le dispensait de travail, mais lui garantissait le versement de son salaire. Il soutenait être tombé malade quelques jours avant le départ à la retraite, et réclamait le bénéfice d'une indemnité compensatrice de congés payés.

La Cour résume les trois questions préjudicielles posées par le Tribunal viennois. Il s'agit alors de savoir si, sans être contraire à la directive précitée, une législation peut prévoir de priver du droit à indemnité pour congé annuel non pris le travailleur qui a demandé sa mise à la retraite, alors qu'il n'a pu épuiser ses droits à congé annuel. L'espèce en cause permet à la CJUE de rappeler les principes qui guident son interprétation au fil des arrêts sur le droit à congés.

De manière liminaire, la Cour réaffirme que le droit à congés est un principe du droit de l'Union revêtant une importance particulière. Par conséquent, il a été ainsi possible de dire que le congé doit être reconnu à tout travailleur (19), qu'il doit être pris et non pas compensé (20) conformément à l'article 7 de la directive (21).

Ce principe, de toute évidence, doit être modulé lorsque le travailleur ne peut prendre le congé soit parce qu'il quitte l'entreprise avant la fin de son contrat – la directive prévoit la possibilité d'une compensation financière, soit qu'une autre cause l'en empêche et la CJUE estime qu'un report des congés doit être organisé. En l'espèce, le fonctionnaire exigeait une indemnisation du congé non pris sans revendiquer son droit à report.

Si l'indemnisation du congé non pris est un contentieux récurrent devant la CJUE, la situation soumise était inédite. En effet, bien qu'ayant transposé la

directive (CE) 2003/88, les dispositions du droit autrichien ne permettaient pas l'octroi d'une indemnité pour congé non pris lorsque le fonctionnaire était à l'initiative de la rupture du contrat. En l'espèce, le fonctionnaire avait demandé sa mise à la retraite et son employeur lui avait donc refusé l'indemnité de congés payés, conformément à la législation nationale.

Sans surprise, compte tenu des décisions précédentes et du texte même de la directive, la CJUE considère que la loi autrichienne est contraire au droit de l'Union. En effet, quel que soit le motif de la rupture, la directive prévoit que l'indemnité doit être octroyée. Selon la Cour (22), « l'article 7 § 2... ne pose aucune condition à l'ouverture du droit à indemnité financière autre que celle tenant au fait ... que la relation a pris fin ... et que le travailleur n'a pas pris tous les congés annuels payés ». À cet égard, « dès lors, la circonstance que le travailleur mette, de son propre chef, fin à la relation de travail n'a aucune incidence sur son droit de percevoir ... une indemnité financière pour les droits au congé annuel payé qu'il n'a pas pu épuiser avant la fin de sa relation de travail » (23). Elle précise, un peu plus loin dans sa décision, que rien n'interdit aux États membres de prévoir une indemnisation plus élevée que celle prévue dans la directive (24).

Cette décision apporte une précision supplémentaire à la portée du droit à congés payés, car la Cour de justice considère comme contraire à la directive toute mesure interne visant à restreindre ce dernier (25). Dès lors, la reconnaissance générale et inconditionnelle du droit à congés payés rend fragile le maintien en l'état du droit français, qui persiste à exclure de ce dernier certaines catégories de salariés, notamment les stagiaires (26).

Cela acquis, l'affaire avait cependant une coloration particulière du fait de la situation de ce fonctionnaire. En effet, ce dernier revendiquait le versement d'une indemnité compensatrice de congés payés suite à deux congés maladie intervenant dans des contextes bien différents. Il faisait ainsi état d'un congé maladie du 15 novembre au 31 décembre 2010. Au lendemain

(18) CJUE, 10 juillet 2016, C-341/15 *Mascheck c. Magistratsdirektion der Stadt Wien – Personalstelle Wiener Stadtwerke*.

(19) La notion de travailleur est plus large que celle de salarié : Sont sans incidence sur la qualification « la nature juridique sui generis d'une relation d'emploi » (CJUE, 26 mars 2015, aff. C-316/13, p. 31) et le montant « nettement en dessous du salaire minimal garanti » (CJUE, 26 mars 2015, aff. C-316/13, p. 33) de la rémunération, contrepartie des prestations. Sur l'usager d'un CAT : CJUE, 26 mars 2015 (C-316/13).

(20) La jurisprudence française suit ce principe : Soc. 13 juin 2012, pourvoi n°11-10929, FS+P+B+R ; M. Véricel, Les congés payés entre droit du travail français et droit de l'Union européenne, RDT 2012, p. 565 ; J.-Ph. Lhernould, Absence de prise des congés payés, Dr. Soc. 2012 p. 854.

(21) Article 7 § 2 :

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins

quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail

(22) Point 27.

(23) Point 29.

(24) Point 38.

(25) La privation des indemnités en cas de licenciement pour faute lourde désormais interdite en droit interne n'aurait pas résisté au contrôle européen.

(26) Malgré une évolution du statut des stagiaires, ces derniers n'ont pas un droit à congés payés, il ne s'agit que d'une possibilité conventionnelle. Il n'est pas certain que l'article L.124-13 du Code de l'éducation soit conforme au droit de l'Union.

de cette date, son employeur avait convenu avec lui qu'avant son départ à la retraite, le fonctionnaire ne se représenterait pas à son poste, mais continuerait à percevoir son traitement. Puis, juste avant de partir à la retraite, il faisait état d'une maladie et demandait, à ce titre également, le paiement d'une indemnité compensatrice pour congés payés non pris.

La Cour de justice rappelle la distinction qu'elle a posée entre le congé maladie, qui a pour finalité non seulement le repos du travailleur (27), mais aussi la récupération de son état de santé, puis la période de congés, qui, au repos, doit allier détente et activités de loisirs (28). La première période ne posait pas de difficulté particulière : au regard du droit positif de l'Union européenne, le fonctionnaire pouvait revendiquer un droit à indemnisation du congé non pris.

En revanche, pour ce qui concerne la seconde période, elle était insérée dans un temps où le travailleur ne remplissait plus ses obligations professionnelles, bien que le contrat n'ait pas été rompu. Il s'agissait d'une situation inédite : le salarié dispensé de travail pendant la période avant son départ pouvait-il, ayant été malade, prétendre à une indemnité de congé payés ? En l'espèce, la Cour, en se fondant sur l'effet utile du droit à congé, exclut la possibilité pour le travailleur de revendiquer une indemnité compensatrice de congé. C'est ici assez classiquement la finalité du droit à congés et son effet utile (29) qui guident la Cour dans son interprétation. Le travailleur n'occupant plus son poste depuis 18 mois, il était difficile de soutenir qu'il devait bénéficier d'un droit au repos qu'il exerçait déjà. Toutefois, le fonctionnaire pourra néanmoins revendiquer ce droit à congé non pris, s'il est démontré devant le juge national qu'il a été malade pendant cette période (30). Cette position de la Cour conforte, au regard des faits de l'espèce, le principe du droit à congés payés.

L'affaire a le mérite de rappeler le principe de l'acquisition du droit à congés, y compris lorsque le salarié a été malade, principe auquel le droit français reste sourd. Dans le droit français, les périodes de suspension du contrat de travail ne sont pas, en principe, prises en compte pour le calcul de la durée du congé, sauf si la loi ou les conventions collectives en disposent autrement. Le droit français énonce une liste exhaustive de périodes de suspension comptabilisées pour l'acquisition du congé payé (31), qui écarte

notamment les périodes de maladie non professionnelle, sauf convention contraire.

Sur ce point le droit français est en total désaccord avec l'article 7 § 2 de la directive de 2003, qui ne distingue pas les périodes d'absence, notamment entre maladie professionnelle ou non professionnelle. La Cour de cassation considère qu'en dépit des contradictions avec le droit européen, elle ne peut écarter la loi française en l'absence d'effet horizontal de la directive (32). Le droit européen n'est, en effet, appliqué qu'à la condition de n'être pas *contra legem*. Pour autant, la Cour de cassation a empiété sur sa propre limite et considère comme assimilable à du temps de travail effectif les périodes d'absence suite à un accident de trajet, alors même que cette situation n'est pas citée dans le texte (33).

Cette ligne jurisprudentielle oblige, de plus, la Cour de cassation à faire une distinction entre les salariés du secteur privé ne participant à aucune mission de service public et ceux du secteur public (34). Or, l'absence de transposition correcte de la directive aboutit à créer des différences de régimes selon les entreprises en cause et selon la nature de l'arrêt de travail. L'acquisition du droit à congés, ainsi que le quantum de l'indemnité, ne seront pas fondés sur les mêmes règles de calcul. En effet, la directive a un effet direct vertical à l'égard des entreprises étatiques, qui doivent appliquer les règles issues de l'Union européenne.

Application du droit européen pour les uns, application moins favorable du droit français pour les autres. Il ne reste donc aux plaideurs déboutés qu'à engager une action en responsabilité de l'État pour non-transposition de la directive (35), à laquelle les juges français n'hésitent pas à donner gain de cause (troisième espèce ci-dessus).

La solution à cette contradiction ne viendra pas du juge. Seule une modification législative pourrait mettre le droit français en accord avec le droit de l'Union européenne. Alors même qu'il est une figure emblématique des luttes des travailleurs sur leurs conditions de travail, le droit à congés semble toujours devoir être remis en cause. Ce qui est certain est que le désintéret des pouvoirs publics – en ne transposant pas, ou mal, la directive – alimente le contentieux portant sur un principe fondamental.

Valérie Lacoste-Mary, Enseignant-chercheur
à l'Université de Bordeaux

(27) Arrêt *Mascheck*, précit.

(28) Point 34.

(29) Point 35.

(30) Point 36.

(31) L.3141-5 du Code du travail qui donne une liste des périodes de d'absence assimilables au temps de travail effectif. L'absence pour maladie non professionnelle n'en fait pas partie.

(32) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, n° 466 FS - P + B, Dr. Ouv. 2013 p. 688 n. M.-N. Smaili.

(33) Sur le point des accidents de trajets, la Chambre sociale s'est pourtant alignée en l'absence de texte : Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, n° 1640 FP - P + B, Dr. Ouv. 2012 p. 719, n. T. Durand.

(34) Soc. 22 juin 2016, n°15-20111, FS+P+B+R+I ci-dessus. La cour de cassation assimile les salariés du secteur public aux fonctionnaires pour le régime des congés payés dès lors que l'organisme ou l'entité employeur était « soumise à l'autorité ou au contrôle de l'État ou disposait de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers ».

(35) TA Clermont-Ferrand, 1^{er} ch., 6 avr. 2016, n° 1500608.

III. Handicap

ÉGALITÉ PROFESSIONNELLE – Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Directive 2000/78/CE) – Discrimination fondée sur un handicap – Notion d'« incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables » – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Situation d'incapacité temporaire de travail pour une durée indéterminée – Licenciement.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE 1^{er} décembre 2016

Daouidi (aff. C-395/15)

Par sa cinquième question, qu'il convient d'examiner en premier lieu, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens que le fait qu'une personne se trouve en situation d'incapacité temporaire de travail, au sens du droit national, pour une durée indéterminée, en raison d'un accident du travail, implique, à lui seul, que la limitation de la capacité de cette personne peut être qualifiée de « durable », au sens de la notion de « handicap » visée par cette directive.

(...)

39. En l'occurrence, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'état de M. Daouidi, qui a été licencié pendant qu'il se trouvait dans une situation d'incapacité temporaire de travail, au sens du droit national, pour une durée indéterminée, relève de la notion de « handicap », au sens de ladite directive.

40. À cet égard, il convient de rappeler que l'Union a approuvé la convention de l'ONU sur le handicap par la décision 2010/48. Par conséquent, les dispositions de cette convention font partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci, de l'ordre juridique de l'Union (voir arrêt du 18 mars 2014, Z., C-363/12, EU :C :2014 :159, point 73 et jurisprudence citée). Par ailleurs, il ressort de l'appendice à l'annexe II de ladite décision que, concernant l'autonomie et l'inclusion sociale, le travail et l'emploi, la directive 2000/78 figure parmi les actes de l'Union ayant trait aux questions régies par cette convention.

41. Il s'ensuit que ladite convention peut être invoquée aux fins d'interpréter cette directive, laquelle doit faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme à la même convention (voir arrêts du 11 avril 2013, HK Danmark, C-335/11 et C-337/11, EU :C :2013 :222, point 32, ainsi que du 18 mars 2014, Z., C-363/12, EU :C :2014 :159, point 75).

42. C'est la raison pour laquelle, à la suite de la ratification par l'Union de la convention de l'ONU, la Cour a considéré que la notion de « handicap », au sens de la directive 2000/78, doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs (voir arrêts du 11 avril 2013, HK Danmark, C-335/11 et C-337/11, EU :C :2013 :222, point 38 ; du 18 mars 2014, Z., C-363/12, EU :C :2014 :159, point 76, ainsi que du 18 décembre 2014, FOA, C-354/13, EU :C :2014 :2463, point 53). (...)

44. Il convient d'ajouter que ladite directive couvre notamment les handicaps d'origine accidentelle (voir, en ce sens, arrêt du 11 avril 2013, HK Danmark, C-335/11 et C-337/11, EU :C :2013 :222, point 40).

45. Dès lors, si un accident entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, celle-ci peut relever de la notion de « handicap », au sens de la directive 2000/78 (voir, par analogie, arrêt du 11 avril 2013, HK Danmark, C-335/11 et C-337/11, EU :C :2013 :222, point 41).

46. En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que M. Daouidi a été victime d'un accident du travail et qu'il s'est luxé le coude gauche, lequel a dû être plâtré. Il y a lieu de constater que, en principe, un tel état physique est réversible.

47. La juridiction de renvoi précise que, à la date de l'audience devant elle dans l'affaire au principal, à savoir six mois environ après cet accident du travail, le coude de M. Daouidi était toujours plâtré et que ce dernier n'était donc pas en mesure d'exercer son activité professionnelle.

48. Dans ces conditions, il est constant que M. Daouidi a subi une limitation de sa capacité, résultant d'une atteinte physique. Dès lors, afin de déterminer si M. Daouidi peut être considéré comme étant une « personne handicapée », au sens de la directive 2000/78, et relever ainsi du champ d'application de cette directive, il convient d'examiner si cette limitation de sa capacité, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, est « durable », au sens de la jurisprudence citée au point 42 du présent arrêt. (...)

52. Il en résulte que le fait que M. Daouidi relève du régime juridique de l'incapacité « temporaire » de travail, au sens du droit espagnol, n'est pas de nature à exclure la qualification de la limitation de la capacité de celui-ci comme étant « durable », au sens de la directive 2000/78, lue à la lumière de la convention de l'ONU.

53. Par ailleurs, le caractère « durable » de la limitation doit être examiné au regard de l'état d'incapacité, en tant que tel, de la personne concernée à la date à laquelle l'acte prétendument discriminatoire à l'encontre de celle-ci est adopté (voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2006, ChacónNavas, C-13/05, EU:C:2006:456, point 29). (...)

55. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la limitation de la capacité de la personne concernée possède ou non un caractère « durable », une telle appréciation étant avant tout de nature factuelle.

56. Parmi les indices permettant de considérer qu'une limitation est « durable », figurent notamment le fait que, à la date du fait prétendument discriminatoire, l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ou, ainsi que l'a relevé en substance M. l'avocat général au point 47 de ses conclusions, le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de ladite personne.

57. Dans le cadre de la vérification du caractère « durable » de la limitation de la capacité de la personne concernée, la juridiction de renvoi doit se fonder sur l'ensemble des éléments objectifs dont elle dispose, en particulier sur des documents et des certificats relatifs à l'état de cette personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles.

58. Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion que la limitation de la capacité de M. Daouidi est « durable », il y a lieu de rappeler qu'un traitement désavantageux fondé sur le handicap ne va à l'encontre de la protection visée par la directive 2000/78 que pour autant qu'il constitue une discrimination au sens de l'article 2, paragraphe 1, de celle-ci (voir arrêts du 11 juillet 2006, ChacónNavas, C-13/05, EU :C :2006 :456, point 48, ainsi que du 11 avril 2013, HK Danmark, C-335/11 et C-337/11, EU:C:2013:222, point 71).

Les précisions de la Cour de justice sur le caractère durable des atteintes caractéristiques du handicap

La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 interdit les discriminations à raison du handicap en matière d'emploi et de travail, mais ne définit pas ce que recouvre la notion de handicap. Elle ne renvoie pas non plus au droit des États membres pour la définition de cette notion. Or, cette absence de définition risque d'aboutir à un défaut d'application uniforme du droit de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne s'emploie donc à pallier cette carence et à livrer « une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause » (36) du terme handicap. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées a sensiblement fait évoluer cette interprétation afin de la mettre en conformité avec la définition donnée par l'instrument international. Depuis son arrêt *HK Danmark* du 11 avril 2013, la Cour de justice considère ainsi que la notion de handicap « doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine

et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs » (37).

Dans l'arrêt du 1^{er} décembre 2016 (38), la Cour de justice est amenée à préciser comment apprécier le critère durable de la limitation de la participation à la vie professionnelle, élément constitutif de la définition du handicap. En l'espèce, un salarié espagnol, victime d'un accident du travail, est placé en incapacité temporaire de travail. Peu de temps après, il est licencié pour un motif disciplinaire. Le salarié saisit alors le Tribunal du travail de Barcelone afin que son licenciement soit déclaré nul en raison du caractère discriminatoire de celui-ci (et de la violation de son droit fondamental à l'intégrité physique). La discrimination invoquée par le salarié repose sur le motif réel du licenciement : l'incapacité temporaire résultant de son accident, qui relève, selon le plaignant, de la notion de « handicap » au sens de la directive 2000/78/CE. La juridiction espagnole décide de surseoir à statuer et pose plusieurs questions préjudicielles à la CJUE. Les quatre premières portent sur l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux en lien avec le litige (39). Dans la dernière, il est demandé à la Cour de justice si un licenciement justifié par une incapacité temporaire de travail peut être considéré comme discriminatoire au sens de la directive précitée. Le travail de définition, progressi-

(36) CJCE, 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, aff. C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467 ; D. 2006. 2801, n. A. Boujeka, point 40.

(37) CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark (Ring et Skouboe Werge)*, aff. jointes C-335/11 et C-337/11, point 38 de l'arrêt.

(38) ci-dessus.

(39) Questions auxquelles la CJUE refuse de répondre tant qu'il n'est pas démontré que l'objet du litige s'inscrit dans la compétence du droit de l'Union européenne.

vement consolidé par la Cour de Luxembourg au fil de ses arrêts (40), s'enrichit une nouvelle fois avec la réponse apportée à la question posée (A). Par ailleurs, les précisions apportées, par l'arrêt commenté, sur le caractère de longue durée des atteintes subies par le travailleur méritent de s'interroger sur leurs conséquences au regard du droit interne (B).

A. L'incapacité temporaire de travail potentiellement constitutive d'un handicap

La Cour estime que la situation du requérant peut relever du champ du handicap si l'incapacité de travail présente notamment un caractère durable (1.) et précise les indices permettant de considérer qu'une telle limitation satisfait à ce critère (2.).

1. La confirmation de l'exigence de « durable » du handicap

Comme le souligne l'Avocat général dans ses conclusions relatives à la présente affaire, la Cour de justice a retenu une définition évolutive et relativement large de la notion de handicap (41). Il est toutefois un critère qui a été constamment affirmé par les juges de Luxembourg : c'est l'exigence d'une limitation à la participation à la vie professionnelle « de longue durée » (42). La Cour reformule donc la question à laquelle elle doit répondre de la façon suivante : lorsqu'une personne se trouve en situation d'incapacité temporaire de travail, au sens du droit national, pour une durée indéterminée et en raison d'un accident du travail, cette situation implique-elle, en soi, que la limitation de la capacité de la personne soit qualifiée de « durable » (43) ?

Tout d'abord, la Cour rappelle que la directive couvre notamment les handicaps d'origine accidentelle (44). Ensuite, la qualification de handicap peut être acquise, même si les atteintes éprouvées par la personne ne présentent pas un caractère définitif. La Cour de justice confirme, en effet, que le handicap

peut exister, même si l'état de santé est susceptible d'évolution. En l'espèce, le salarié souffrait d'une luxation du coude, soit un état physique qualifié par la Cour de réversible (45). Enfin, elle conclut qu'un tel état de santé, entraînant une incapacité à exercer une activité professionnelle, peut relever de la notion de handicap, mais à la seule condition que la limitation ainsi constituée soit durable (46). Deux précisions supplémentaires sont apportées. D'une part, la CJUE affirme que le fait que le salarié relève d'un régime juridique national d'incapacité temporaire n'exclut pas que la limitation de la capacité soit de longue durée (47). D'autre part, elle précise que le caractère durable de la limitation doit être examiné au regard de l'état d'incapacité tel que présenté par la personne à la date à laquelle l'acte prétendument discriminatoire a été adopté à l'encontre de celle-ci (48).

Au final, la Cour de justice perçoit incontestablement, dans l'incapacité de travail, une limitation à la pleine et effective participation à la vie professionnelle au sens de la notion de handicap. Elle ne définit pas, pour autant, la notion de « limitation durable » et se contente de proposer un guide à l'adresse des juges nationaux sur ce qu'il faut entendre par « durable ».

2. Le cadre d'examen par le juge national du caractère durable de la limitation

Dans ses conclusions, l'Avocat général souligne que le délai entre la survenance d'une atteinte à la santé entraînant une quelconque limitation et la mesure alléguée comme discriminatoire doit être indifférent pour l'appréciation du caractère durable ou non de la limitation subie par un travailleur (49). De même, il juge « sans pertinence de tenir compte de l'appréciation subjective de l'employeur quant au point de savoir si l'impossibilité de travailler du requérant au principal a été ou non suffisamment longue » (50). Autrement dit, l'appréciation de l'employeur, qui semble avoir considéré que l'incapacité de travail était trop longue, ne peut entraîner, à elle seule, la reconnaissance du caractère « durable » de la limitation. Il en résulte que

(40) Outre les arrêts précités, v. aussi CJUE, 18 mars 2014, *Mme Z. c. A Government department et The Board of management of a community school*, aff. C-363/12 et CJUE, 18 novembre 2014, *FOA c. KL*, aff. C-354/13.

(41) Conclusions de l'Avocat général M. Yves Bot présentées le 26 mai 2016, point 40.

(42) V. CJCE, 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, point 45 : « Le *seizième considérant de la directive 2000/78 énonce que la "mise en place de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur le handicap". L'importance accordée par le législateur communautaire aux mesures destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap démontre qu'il a envisagé des hypothèses dans lesquelles la participation à la vie professionnelle est entravée pendant une longue période. Pour que la limitation relève de la notion de "handicap", il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée* ».

(43) CJUE, 1^{er} décembre 2016, *Daouidi*, aff. C-395/15, point 37 de l'arrêt.

(44) *Ibid*, point 44. Le point 40 de l'arrêt *HK Danmark* énonçait déjà que les causes de la limitation sont indifférentes pour la qualification de handicap au sens du droit de l'Union européenne.

(45) *Ibid*, point 46. V. aussi l'arrêt *HK Danmark* ; point 41.

(46) *Ibid*, point 48.

(47) *Ibid*, point 52.

(48) *Ibid*, point 53.

(49) Conclusions de l'Avocat général, préc., point 50.

(50) *Ibid*, point 48.

l'appréciation du caractère durable doit se fonder sur des éléments objectifs. À cet égard, l'Avocat général estime que le caractère durable de la limitation pourra être démontré si, « *en raison d'éventuelles séquelles, [la limitation] est susceptible de persister au-delà du temps moyen nécessaire pour guérir une blessure telle que celle dont souffre [la personne] et pour une longue durée* » (51).

Les critères d'évaluation retenus par la Cour de justice, permettant de guider les États membres dans leur démarche d'interprétation uniforme de la notion de limitation « *durable* » (52), apparaissent plus larges. Deux indices, présentés comme alternatifs, fondés sur un pronostic médical, sont proposés. Constitue ainsi un premier indice du caractère durable de la limitation le fait qu'à la date de l'acte litigieux, l'incapacité de la personne ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme. Le second indice possible réside dans la prolongation significative de l'incapacité de travail avant le rétablissement de la personne. Enfin, la Cour précise que le juge national doit se déterminer à partir des éléments objectifs dont il dispose et, en particulier, « *sur des documents et des certificats relatifs à l'état de la personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles* » (53).

Tôt ou tard, le juge français aura donc l'occasion de se prononcer sur l'appréciation du caractère durable d'une incapacité de travail, ainsi que sur les conséquences éventuelles sur l'état du droit positif.

B. L'incidence de la décision de la CJUE en droit interne

À la lecture de l'arrêt, deux questions méritent d'être posées. La première concerne l'incidence de la qualification de handicap d'une incapacité temporaire de travail sur la reconnaissance du handicap en droit interne (1.). La seconde est relative à l'incidence d'une telle situation sur le caractère discriminatoire du licenciement de certains salariés (2.).

1. L'incidence sur la reconnaissance du handicap en droit français

La reconnaissance du handicap en droit interne pourrait-elle se trouver modifiée par le mécanisme de l'interprétation conforme qui s'impose au juge

national, dès lors qu'une notion du droit de l'Union européenne a été précisée par la Cour de justice ? En explicitant la définition du handicap, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg impose au juge français, en vertu du principe de primauté, de reprendre à son compte les précisions apportées à la notion de handicap. Ce mécanisme est donc susceptible de contribuer à réviser sensiblement le droit interne, si cette notion n'est pas identique à l'interprétation qui en était donnée auparavant au plan national.

Le législateur français a retenu, pour le handicap, la définition suivante : « *Constitue un handicap [...], toute limitation de l'activité, ou restriction de la participation à la vie en société, subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* » (54). Ainsi, l'évolution du droit européen du handicap ne semble pas devoir bouleverser la définition française du handicap, dès lors que le critère durable est exigé.

Toutefois, la question de la conformité pourrait, par exemple, se manifester à propos de la reconnaissance administrative de « *travailleur handicapé* ». La qualité de « *travailleur handicapé* » est reconnue par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) à « *toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales ou psychiques* » (55). Cette reconnaissance ouvre droit à un ensemble d'avantages au bénéfice de la personne handicapée : le dispositif de l'obligation d'emploi (56) ; le droit de bénéficier d'un aménagement raisonnable du poste de travail (57) ou encore le bénéfice de règles particulières en cas de rupture de son contrat de travail, comme le doublement de la durée du préavis de licenciement (58). Or, il résulte de la définition du travailleur handicapé que c'est la difficulté à trouver ou à occuper un emploi qui prévaut, peu importe l'origine ou le type de handicap. Surtout, l'octroi de cette qualité fait l'objet d'une appréciation dans laquelle n'entre pas en jeu, *a priori*, le critère durable de « *l'altération d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales ou psychiques* ». La définition du « *travailleur handicapé* » peut-elle

(51) *Ibid*, point 47.

(52) La Cour de justice rappelle que cette notion, à l'instar de celle de handicap, doit faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme : point 51 de l'arrêt.

(53) Point 57 de l'arrêt.

(54) CASF, art. L. 114.

(55) C. trav., art. L. 5213-1.

(56) C. trav., art. L. 5212-2.

(57) C. trav., art. L. 5213-6.

(58) C. trav., art. L. 5213-9.

encore être opérante ? Mérite-t-elle d'être corrigée, alors que la seule existence d'un handicap ne suffit pas pour que soit reconnue la qualité de travailleur handicapé (59) ?

Tout bien considéré, l'incompatibilité avec le droit européen du handicap pourrait davantage relever du fait qu'en l'absence d'une telle reconnaissance officielle, un salarié ne peut bénéficier des dispositifs précités, même si son handicap est bien réel (60). Or, constatant le manquement de l'Italie à son obligation de transposer correctement l'article 5 de la directive 2000/78 prévoyant l'obligation de mettre en œuvre des aménagements raisonnables, la CJUE, a rappelé, dans un arrêt du 4 juillet 2013, l'« obligation pour tous les employeurs de mettre en place, en fonction des besoins dans des situations concrètes, des aménagements raisonnables pour **toutes** les personnes handicapées » (61).

La notion d'aménagement raisonnable est au cœur de la seconde interrogation que suscite l'arrêt commenté.

2. L'incidence sur le licenciement des salariés en incapacité de travail

Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion que la situation du salarié relève du handicap au sens du droit de l'Union européenne, une telle analyse pourrait aussi être adoptée par le juge français. Quelles seraient alors les répercussions sur l'état du droit interne en matière de licenciement des salariés en incapacité temporaire de travail ?

En droit français, l'incapacité temporaire, au sens du droit de la Sécurité sociale, est une impossibilité de travailler, constatée par le médecin traitant, consécutive à une maladie (62) ou un accident du travail ou une maladie professionnelle (63). C'est l'arrêt maladie du langage commun. En principe, l'absence du salarié pour cause de maladie entraîne la suspension du contrat de travail. Pendant cette période de suspension, l'employeur ne peut pas licencier un salarié, sauf s'il a commis une faute grave

ou lourde, ou impossibilité de maintenir son contrat pour un motif indépendant de son état de santé. En effet, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit de licencier un salarié en raison de son état de santé, une telle mesure étant jugée discriminatoire. Or, la jurisprudence est constante pour admettre que les conséquences de la maladie sur le fonctionnement de l'entreprise peuvent parfois justifier la rupture du contrat de travail (64). L'absence prolongée d'un salarié pour maladie ou des absences de courte durée répétées, entraînant une désorganisation de l'entreprise, peuvent légitimer son licenciement. Ce n'est pas alors l'état de santé du salarié qui fonde la décision de licencier, mais la désorganisation causée par la ou les absence(s) du salarié et la nécessité de remplacer définitivement le salarié (65).

Les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 1^{er} décembre 2016 pourraient se matérialiser par la reconnaissance, dans certains cas, du caractère discriminatoire du licenciement de ces salariés. En effet, dès lors que le salarié en incapacité temporaire de travail peut être considéré en situation de handicap, l'employeur doit satisfaire à son obligation de lui procurer un aménagement raisonnable avant de le licencier (66). En l'absence de tout effort d'aménagement fourni par l'employeur (67), le licenciement pourrait ainsi être jugé discriminatoire sur le fondement de l'article L. 1132-1 du Code du travail et encourir la nullité sur le fondement de l'article L. 1132-4 du même code.

Laurène Joly, Enseignant-chercheur
à l'Université de Bordeaux

(59) V. S. Milano, « L'emploi des personnes handicapées en Allemagne et en France », RDSS 2010. 280 : « Les procédures de reconnaissance du handicap et de la qualité de travailleur handicapé sont toujours disjointes ».

(60) Cass. Soc. 19 juin 1991, Bull. civ. V, n° 317.

(61) CJUE 4 juillet 2013, *Commission c/ Italie*, C-212/11, RDT 2013, p. 707, n. A. Boujeka. V. aussi le point 43 de l'arrêt du 1^{er} décembre 2016 qui rappelle que « l'expression "personnes handicapées" employée à l'article 5 de cette directive doit être interprétée comme englobant toutes les personnes atteintes d'un handicap correspondant à la définition énoncée [par la CJUE] ».

(62) CSS, art. L. 321-1.

(63) CSS, art. L. 333-1

(64) Cass. Soc. 29 avr. 1976, Bull. civ. V, n° 245 ; D. 1976. 29.

(65) V. sur ce point notamment obs. F. Moreau sous Cass. Soc. 27 janv. 2016, Bull. civ. V, n° 14-10.084, Dr. Ouv. 2016 p. 373 et F. Héas, « État de santé, handicap et discrimination », JCP S 2011. 1279.

(66) L'article 5 de la directive 2000/78/CE impose ainsi, dans le cadre de la lutte contre la discrimination, l'obligation pour l'employeur de mettre en place des aménagements raisonnables, c'est-à-dire des mesures appropriées afin de permettre à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, sauf si cela implique une charge disproportionnée.

(67) Une autre hypothèse doit être envisagée : celle du défaut de démonstration convaincante de l'employeur de l'impossibilité de procéder à des aménagements raisonnables en raison de la charge disproportionnée qu'ils entraînaient pour lui.