



## **RAPPORT COMPLÉMENTAIRE DE Mme OTT, CONSEILLÈRE**

**Arrêt n° 916 du 20 septembre 2023 (B) – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 22-12.293**

**Décision attaquée : Conseil des prud'hommes de Paris du 16  
décembre 2021**

**SAS Newrest Wagons Lits France**

**C/**

**Mme [Z] [Y]**

**syndicat CFDT Restauration ferroviaire Trains de nuit**

---

**Rapport complémentaire contenant avis, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile : il est envisagé de rejeter le 1er moyen par substitution au motif critiqué d'un motif de pur droit, relevé d'office.**

Il a été décidé, lors de l'audience de FR2 du 5 avril 2023 à laquelle ce dossier a été examiné, de renvoyer en formation de section l'étude de la question de principe posée par le 1<sup>er</sup> moyen qui porte sur l'assiette du calcul de la somme due par l'employeur au titre de la participation à une salariée qui, sur l'année de référence prise en compte pour le versement de la participation, a, pendant une certaine période, travaillé à mi-temps thérapeutique après un accident du travail et ce au regard de l'assimilation à des

périodes de présence faite, par l'accord de participation applicable en la cause et par l'article L.3324-6 du code du travail, de certains temps d'absence du salarié : faut-il calculer la somme due à cette salariée au titre de la participation sur la base d'un temps plein ou d'un temps partiel, pour la période pendant laquelle elle a exercé sous forme de mi-temps thérapeutique ?

Il est renvoyé au rapport initial pour le rappel des faits et de la procédure, ainsi que l'analyse des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> moyens.

## **Éléments complémentaires sur le 1er moyen :**

### **Rappel du 1<sup>er</sup> moyen :**

La société fait grief au jugement de la condamner à payer à la salariée des sommes au titre de rappel sur prime d'intéressement 2015-2106 de dommages et intérêts et de la condamner à payer au syndicat une somme à titre de dommages et intérêts, alors « qu'aux termes de l'article 5.2 de l'accord de participation du 2 février 2015, seules « les heures de travail effectif et/ou assimilées du salarié » sont prises en compte pour le calcul du droit individuel de chaque salarié ; que cet article ne mentionne pas, parmi les heures devant être assimilées, au sens de l'accord de participation, à des heures de travail effectif, les heures non travaillées dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique ; qu'en décidant pourtant qu'il y avait lieu de tenir compte de ces heures pour le calcul de la prime de participation, les juges du fond ont violé l'article L. 3322-2 du code du travail, ensemble l'article 5 de l'accord de participation du 2 février 2015. »

La chambre pourra s'interroger sur le point de savoir si, réduire l'assiette de calcul de la somme revenant au titre de la participation à un salarié exerçant en mi-temps thérapeutique après un accident du travail: en prenant pour base, non pas le salaire dû pour un temps plein mais celui dû pour un temps partiel, ne revient pas à créer à son égard une discrimination en raison de son état de santé.

Il convient en effet de rappeler que l'article L.1131-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2014-173 du 21 février 2014, dispose que :

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié **ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement<sup>1</sup> ou de distribution d'actions**, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence **ou en raison de son état de santé ou de son handicap.**

---

<sup>1</sup> Les dispositions légales du code du travail sont identiques en matière d'intéressement et de participation, s'agissant des périodes assimilées à des périodes de présence. (Cf rapport initial, p.3)

Etant rappelé que l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, auquel il est ainsi renvoyé, précise, en ses deux premiers alinéas, que :

Constitue **une discrimination directe** la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue **une discrimination indirecte** une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

Le motif prohibé de discrimination est, notamment « l'état de santé ou le handicap » du salarié.

On rappellera à cet égard que la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, prévoit en son article 1<sup>er</sup> que :

La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en oeuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

et que la discrimination, au sens de cet article 1<sup>er</sup>, est défini à l'article 2, 2°, de la directive de la façon suivante :

a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.

et enfin qu'aux termes de l'article 3 de cette directive, relatif au champ de compétence, 1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne:

(...)

c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;  
(...).

La chambre pourra se reporter à des éléments de réflexion tirés de la jurisprudence de la CJUE faisant application de ladite directive quant à la notion de handicap.

Voir ainsi : Arrêt de la CJUE (troisième chambre) du 1er décembre 2016, Mohamed Daouidi contre Bootes Plus SL e.a ( aff. C-395/15) , par lequel la CJUE a dit pour droit que :

« La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprétée en ce sens que :

- le fait que la personne concernée 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, ne signifie pas, par lui-même, que la limitation de la capacité de cette personne peut être qualifiée de « durable », au sens de la définition du « handicap » visée par cette directive, lue à la lumière de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, qui a été approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2010/48/CE du Conseil, du 26 novembre 2009 ;

- parmi les indices permettant de considérer qu'une telle 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 le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de ladite personne, et

- dans le cadre de la vérification de ce caractère « durable », 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 ladite personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles. »

On pourra relever que, dans cet arrêt, la CJUE énonce :

« 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).

(...)

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).

(...)

49 *La convention de l'ONU ne définit pas la notion du caractère « durable » d'une incapacité physique, mentale, intellectuelle ou sensorielle. La directive 2000/78 ne définit pas la notion de « handicap » ni n'énonce celle de limitation « durable » de la capacité de la personne, au sens de ladite notion.*

50 *Or, selon une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, 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 (voir, notamment, arrêts du 18 janvier 1984, Ekro, 327/82, EU:C:1984:11, point 11, et du 16 juin 2016, Pebros Servizi, C-511/14, EU:C:2016:448, point 36).*

51 *En l'absence d'un tel renvoi exprès au droit des États membres, **la notion de limitation « durable » de la capacité de la personne, au sens de la notion du «handicap » visée par la directive 2000/78, doit donc faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme.** »*

Voir également, arrêt CJUE (deuxième chambre) du 11 avril 2013.

HK Danmark, agissant pour Jette Ring contre Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) et HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S (C-337/11).

*« 34 Par ses première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la notion de «handicap» visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut l'état de santé d'une personne qui, en raison d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, ne peut accomplir son travail, ou ne peut l'accomplir que de façon limitée, pendant une période qui sera probablement longue ou de manière permanente. Elle demande, en outre, si cette notion doit être interprétée en ce sens qu'un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme incurable peut relever d'une telle notion, qu'un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable peut également relever de ladite notion et que la nature des mesures que doit prendre l'employeur est déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette même notion.*

35 *À titre liminaire, il convient de relever que, ainsi qu'il ressort de son article 1er, la directive 2000/78 a pour objet d'établir un cadre général pour lutter, en ce qui concerne l'emploi et le travail, contre les discriminations fondées sur l'un des motifs visés à cet article, au nombre desquels figure le handicap (voir arrêt Chacón Navas, précité, point 41). Conformément à son article 3, paragraphe 1, sous c), cette directive s'applique, dans les limites des compétences conférées à l'Union, à toutes les personnes, en ce qui concerne notamment les conditions de licenciement.*

36 *Il convient de rappeler que la notion de «handicap» n'est pas définie par la directive 2000/78 elle-même. C'est ainsi que la Cour, au point 43 de l'arrêt Chacón Navas, précité, a jugé que cette notion doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle.*

37 Pour sa part, la convention de l'ONU, ratifiée par l'Union par décision du 26 novembre 2009, soit après le prononcé de l'arrêt Chacón Navas, précité, reconnaît à son considérant e) que «la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres». Ainsi, l'article 1er, second alinéa, de cette convention stipule que sont des personnes handicapées celles «qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres».

38 Eu égard aux considérations mentionnées aux points 28 à 32 du présent arrêt, **la notion de «handicap» doit être entendue comme visant 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.**

39 En outre, il ressort de l'article 1er, second alinéa, de la convention de l'ONU que les incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles doivent être «durables».

40 Il convient d'ajouter encore que, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 32 de ses conclusions, il n'apparaît pas que la directive 2000/78 vise à couvrir seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie. En effet, il irait à l'encontre de l'objectif même de cette directive, qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement, d'admettre que celle-ci puisse s'appliquer en fonction de l'origine du handicap.

41 Dès lors, il y a lieu de constater que, si une maladie curable ou incurable 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, une telle maladie peut relever de la notion de «handicap» au sens de la directive

42 En revanche, une maladie n'entraînant pas une telle limitation ne relève pas de la notion de «handicap» au sens de la directive 2000/78. En effet, la maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination (voir arrêt Chacón Navas, précité, point 57).

43 La circonstance que la personne concernée ne puisse accomplir son travail que de façon limitée ne constitue pas un obstacle à ce que l'état de santé de cette personne relève de la notion de «handicap». Contrairement à ce que font valoir DAB et Pro Display, un handicap n'implique pas nécessairement l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle.

44 À cet égard, **il y a lieu de considérer que la notion de «handicap», telle qu'elle résulte du point 38 du présent arrêt, doit être entendue comme visant une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle** et non, ainsi que le font valoir DAB et Pro

*Display, comme une impossibilité d'exercer une telle activité. **L'état de santé d'une personne handicapée apte à travailler, serait-ce à temps partiel, est donc susceptible de relever de la notion de «handicap».** Une interprétation telle que celle proposée par DAB et Pro Display serait d'ailleurs incompatible avec l'objectif de la directive 2000/78 qui vise notamment à ce qu'une personne handicapée puisse accéder à un emploi ou l'exercer.*

*45 En outre, le constat de l'existence d'un handicap ne dépend pas de la nature des mesures d'aménagement, telles que l'utilisation d'équipements spéciaux. Il y a lieu à cet égard de constater que la définition de la notion de «handicap» au sens de l'article 1er de la directive 2000/78 précède la détermination et l'appréciation des mesures d'aménagement appropriées envisagées à l'article 5 de celle-ci.*

*46 Conformément au considérant 16 de la directive 2000/78, de telles mesures visent à tenir compte des besoins des personnes handicapées. Elles sont donc la conséquence et non l'élément constitutif de la notion de handicap. De même, les mesures ou les aménagements envisagés au considérant 20 de cette directive permettent de respecter l'obligation qui découle de l'article 5 de ladite directive, mais ne sont applicables qu'à la condition d'être en présence d'un handicap.*

*47 Il découle des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux première et deuxième questions que la notion de «handicap» visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie 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 que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion. »*

Au cas présent, il est constant que la salariée a été victime, le 4 mai 2015, d'un accident du travail, reconnu comme tel par la caisse primaire d'assurance maladie, qu'à la suite de cet accident du travail elle a été placée en arrêt de travail du 4 mai au 6 décembre 2015 et qu'elle a ensuite repris le travail, dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique, du 6 décembre 2015 au 8 août 2016.

Le litige porte sur le montant de la rémunération à prendre en compte pour cette période du 6 décembre 2015 au 8 août 2016 de mi-temps thérapeutique afin de déterminer l'assiette du montant de la participation due à la salariée au titre de l'accord d'entreprise du 2 février 2015, lequel prévoit à l'article 5.2 que :

« La répartition de la réserve spéciale de participation est effectuée **en fonction de la durée de présence effective ou assimilée** au cours de l'exercice selon la formule suivante :

Droit individuel = RSP x total des **heures de travail effectif et/ ou assimilées du salarié** / total des heures de travail effectif et/ ou assimilées de l'entreprise.

**Sont considérées comme heures assimilées au sens du présent article celles correspondant:**

- aux congés payés ;
- aux congés légaux et conventionnels pour événements familiaux ;
- aux journées de formation suivies dans le cadre d'un plan de formation de l'entreprise ;
- aux congés légaux de maternité et d'adoption ;

- aux périodes de suspension du contrat pour accident du travail ou maladie professionnelle ( à l'exception des accidents de trajet et des rechutes dues à un accident du travail survenu chez un précédent employeur) ;
- aux absences de représentants du personnel pour l'exercice de leur mandat. »

Pour rappel, l'article L.3324-6 du code du travail (version en vigueur jusqu'au 12 mai 2020)<sup>2</sup> en matière de participation dispose que :

**Sont assimilées à des périodes de présence, quel que soit le mode de répartition retenu par l'accord :**

1° Les périodes de congé de maternité prévu à l'article L. 1225-17 et de congé d'adoption prévu à l'article L. 1225-37 ;

**2° Les périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle en application de l'article L. 1226-7.**

Et que l'article D.3324-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2021-1122 du 27 août 2021, précise que :

Pour les périodes d'absence liées au congé de maternité ou au congé d'adoption et **pour les périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, les salaires à prendre en compte sont ceux qu'aurait perçus le bénéficiaire s'il n'avait pas été absent.**

**Il est en conséquence envisagé de rejeter le 1<sup>er</sup> moyen par substitution au motif critiqué d'un motif de pur droit, relevé d'office, tiré de l'interprétation des dispositions de l'article L.3324-6 du code du travail conformément au principe de non-discrimination, à l'article L.1132-1 du code du travail et à la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et à la jurisprudence précitée de la CJUE , ce dont il résulte que :**

***La période pendant laquelle un salarié travaille selon un mi-temps thérapeutique prescrit à raison de son état de santé à la suite d'un accident du travail dont il a été victime doit être assimilée à une période de présence effective, de sorte que le salaire à prendre en compte pour le calcul de l'assiette de la participation due à ce salarié est le salaire qu'il aurait perçu pour un temps plein et non pour un temps partiel.***

**Les parties sont invitées à présenter leurs observations sur ce motif de pur droit qu'il est envisagé de substituer aux motifs du jugement attaqué en vue de rejeter le 1<sup>er</sup> moyen du pourvoi, dans les 15 jours suivant la mise en ligne du présent rapport complémentaire valant avis de l'article 1015 du code de procédure civile.**

**Dossier renvoyé à la FS2 du 28 juin 2023 à 14h**

---

<sup>2</sup> A noter que la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 a ajouté au texte un 3° : « 3° Les périodes de mise en quarantaine au sens du 3° du I de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique. » ( la référence textuelle au code de la santé publique a été modifiée par la loi n°2022-1089 du 30 juillet 2022)