



**RAPPORT DE M. FLORES  
CONSEILLER**

**Arrêt n° 2124 du 15 novembre 2023 (B) – Chambre sociale**

**Pourvoi n°23-14.806**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Bourges du 18 novembre 2022**

**Mme [J]  
C/  
La société Mazagran service**

---

**Question prioritaire de constitutionnalité**

Audience du : 25 octobre 2023

## **1 - Rappel des faits et de la procédure**

Mme [J] épouse [X] a été engagée en qualité d'employée commerciale à compter du 13 octobre 2006, par la société Mazagran services.

La salariée a été placée en arrêt de travail pour maladie du 10 novembre 2014 au 30 décembre 2014, puis pour accident du travail du 31 décembre 2014 au 13 novembre 2016 et à nouveau pour maladie du 19 novembre 2016 au 17 novembre 2019.

Le 19 novembre 2019, le médecin du travail a délivré un avis d'inaptitude en précisant que l'état de santé de la salariée faisait obstacle à tout reclassement.

Le 16 janvier 2020, la salariée a été licenciée pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement.

Le 16 décembre 2020, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 27 septembre 2021, le conseil de prud'hommes a dit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur au paiement de diverses sommes à titre d'indemnités compensatrice de congé payé, compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par arrêt du 18 novembre 2022, la cour d'appel de Bourges a infirmé partiellement le jugement et, notamment, débouté la salariée de sa demande en paiement d'une somme à titre d'indemnité de congé payé de quatre semaines pendant la durée de suspension de son contrat de travail.

La salariée a formé un pourvoi en cassation le 18 avril 2023. Le mémoire ampliatif a été déposé le 21 août 2023. Dans un mémoire spécial déposé le même jour la salariée a présentée deux questions prioritaires de constitutionnalité.

Le mémoire en défense à la QPC a été déposé le 21 septembre 2023.

## **2 - Analyse succincte de la question de constitutionnalité**

Dans un mémoire spécial, le salarié a demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel les deux questions prioritaires de constitutionnalité suivantes :

1°) Les articles L. 3141-3 et L. 3141-5, 5°, du code du travail portent-ils atteinte au droit à la santé et au repos garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qu'ils ont pour effet de priver, à défaut d'accomplissement d'un travail effectif, le salarié en congé pour une maladie d'origine non professionnelle de tout droit à l'acquisition de congés payés et le salarié en congé pour une maladie d'origine professionnelle de tout droit à l'acquisition de congés au-delà d'une période d'un an ?

2°) L'article L. 3141-5, 5°, du code du travail porte-il atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958 en ce qu'il introduit, du point de

vue de l'acquisition des droits à congés payés des salariés dont le contrat de travail est suspendu en raison de la maladie, une distinction selon l'origine professionnelle ou non professionnelle de la maladie, qui est sans rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ?

### **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

- Constitutionnalité de l'article L. 3141-3 du code du travail qui ne permet pas à un salarié en situation d'arrêt de travail pour cause de maladie d'acquérir des droits à congé payé

- Principe d'égalité et article L. 3141-5 du code du travail qui permet aux salariés en situation d'arrêt de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnel d'acquérir des droits à congé payé, dans la limite d'une période ininterrompue d'un an, alors que ce droit n'est pas accordé en cas d'arrêt de travail pour cause de maladie non-professionnelle.

### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

#### **4.1. Conditions de recevabilité de la QPC**

La QPC, qui a été présentée à hauteur de cassation a été formulée dans un mémoire distinct et spécial déposé le 18 août 2023, en même temps que le mémoire ampliatif et dans le délai de ce dernier. Elle a été déposée par un avocat aux Conseils.

Le litige portant notamment sur une demande d'indemnité compensatrice de congé payé, les articles L. 3141-3 et L. 3141-5 du code du travail sont bien applicables.

Selon les vérifications de votre rapporteur, ni l'article L. 3141-3, ni l'article L. 3141-5 n'ont été déclarés conformes à la Constitution.

Les questions, qui invoquent le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et le principe d'égalité devant la loi ne sont pas nouvelles.

#### **4.2. Eléments de discussion au fond**

##### **4.2.1. - Les dispositions critiquées**

Le droit à congé payé est posé par l'article L. 3141-1 du code du travail :

*"Tout salarié a droit à un congé payé à la charge de l'employeur."*

L'article L. 3141-3 du code du travail précise les conditions d'acquisition par les salariés des droits à congé payé :

*"Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur".*

L'article L. 3141-5 assimile certaines périodes à du temps de travail effectif pour l'ouverture des droits à congé payé :

**Sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé :**

1° Les périodes de congé payé ;

2° Les périodes de congé de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant et d'adoption ;

3° Les contreparties obligatoires sous forme de repos prévues aux articles L. 3121-30, L. 3121-33 et L. 3121-38 ;

4° Les jours de repos accordés au titre de l'accord collectif conclu en application de l'article L. 3121-44 ;

**5° Les périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle ;**

6° Les périodes pendant lesquelles un salarié se trouve maintenu ou rappelé au service national à un titre quelconque.

En France, le droit à congé a payé a d'abord été accordé de façon éparses et sectorielle. Ce fut le cas fonctionnaires d'état avec le décret du 9 novembre 1853, puis dans secteurs, comme les houillères le métro parisien ou par certains employeurs. Le congé payé était le plus souvent regardé comme une faveur accordé aux salariés fidèles.

Le droit à congé payé était alors plutôt regardé comme une récompense de la fidélité du salarié. C'est d'ailleurs une des explications de la perte du droit à indemnité compensatrice de congé payé dans certaines hypothèses de rupture du contrat de travail. Le lien entre la rupture du contrat de travail et le droit au paiement d'une indemnité compensatrice de congé a rapidement disparu, sauf en cas de licenciement pour faute lourde, qui a perduré jusqu'à la déclaration d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil constitutionnel le 2 mars 2016.

La loi du 20 juin 1936, votée à l'unanimité par l'Assemblée nationale, a généralisé un droit à congé payé d'une durée minimale de quinze jours :

Article 54 f introduit dans le livre II, chapitre IV ter du code du travail :

*“Tout ouvrier, employé, ou apprenti dans une profession industrielle, commerciale ou libérale ou dans une société coopérative, ainsi que tout compagnon ou apprenti appartenant à un atelier artisanal, a droit, après un an de services continus dans l'établissement, à un congé annuel continu payé d'une durée minimum de quinze jours comportant au moins douze jours ouvrables”.*

La loi a renvoyé à des décrets d'application pour les conditions de mise en oeuvre. L'article 4 du décret du 1<sup>er</sup> août 1936, relatif à l'application de la loi du 20 juin 1936 sur les congés payés précisait que :

*“La durée de services continus visés à l'article 54 f doit s'entendre de la période pendant laquelle le travailleur est lié à son employeur par un contrat de travail, même si l'exécution de celui-ci a été interrompue sans qu'il y aient résiliation du contrat.*

*Ne sauraient notamment être considérés comme interrompant la durée des services continus, ni être déduits du congé annuel les jours de maladie, si le contrat n'a pas été résilié, les repos des femmes en couches prévus par l'article 29 du livre 1<sup>er</sup>*

*du code du travail, les périodes obligatoires d'instruction militaire, les jours de chômage, les périodes de congés annuels et de délai-congé, les absences autorisées, si le travailleur n'a pas occupé, pendant ces journées, un autre emploi rémunéré".*

Ce texte lie le droit à congé payé à une condition d'ancienneté dans l'entreprise et non à l'exécution d'un temps de travail effectif. Il prévoit explicitement que, dès lors que la condition d'ancienneté est remplie, le congé maladie n'a pas d'effet sur les droits à congé payé.

La condition relative à l'exercice d'un travail effectif n'apparaîtra qu'en 1940, dans le cadre d'une législation d'exception liée à cette période de grands troubles.

C'est l'objet du décret du 13 avril 1940, relatif aux congés payés, adopté en application de la loi du 8 décembre 1939, donnant au Gouvernement des pouvoirs spéciaux en raison de l'entrée en guerre de la France :

*Article 2 : "Tout travailleur qui justifiera avoir été **effectivement occupé dans le même établissement au cours des douze mois suivant le 1<sup>er</sup> septembre 1939 pendant une période de temps équivalent à un minimum de quatre mois**, aura droit, au cours de l'année 1940, à un congé payé déterminé à raison d'un jour par mois de travail sans que la durée totale du congé légal puisse excéder douze jours ouvrables.*

*Sont assimilés à un mois de travail, les périodes de travail équivalent à quatre semaines ou à vingt-quatre jours.*

***Son assimilées aux périodes de travail effectif, les périodes de repos des femmes en couches, prévues à l'article 29 du livre 1<sup>er</sup> du code du travail".***

Dès lors, la notion de travail effectif supplante et absorbe la condition d'ancienneté pour l'acquisition de droits à congé payé. Les périodes de maladie ne permettent plus d'acquérir des droits à congé payé. Parmi les causes d'absence indépendante de la volonté du salarié pour lesquelles l'acquisition de congé payé était prévue initialement, seule la période de congé maternité est assimilée à du temps de travail effectif.

Ce texte avait une nature provisoire, son application étant limitée à un an.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du n° 666 du 31 juillet 1942 a abrogé l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 20 juin 1936 et modifié la rédaction du code du travail en amplifiant le critère lié au travail effectif :

« Article 54 f :

*Tout ouvrier, employé ou apprenti des établissements industriels, commerciaux, artisanaux, même s'ils ont la forme coopérative, et tout salarié des professions libérales, des offices ministériels, des syndicats professionnels, des sociétés civiles, associations et groupements de quelque nature que ce soit, a droit, chaque année, à un congé payé à la charge de l'employeur, dans les conditions fixées par les articles suivants.*

Article 54 g :

***Le travailleur qui, au cours de l'année de référence, justifiera avoir été occupé, chez le même employeur, pendant une période de temps équivalent à un***

***minimum de quatre mois de travail effectif, a droit à un congé dont la durée est déterminée à raison d'un jour par mois de travail, sans que la durée totale du congé légal exigible puisse excéder une période de quinze jours comprenant douze jours ouvrables.***

[...]

***Sont assimilés à un mois de travail effectif les périodes de travail équivalant à quatre semaines ou à vingt-quatre jours de travail. Les périodes de congé payé ainsi que les périodes de repos des femmes en couches, prévues à l'article 29 du livre 1er du code du travail, sont, pour la détermination de la durée du congé, considérées comme périodes de travail effectif.***

[...] ».

Dans son commentaire, Mme Ondinet a indiqué que cette loi consacrait en grande partie l'expérience faite en 1940 et 1941, que les nouveaux articles 54 f et 54 g reprenaient l'ensemble de la réglementation, en tenant compte de certaines modalités prévues pour les congés en 1940 et 1941, et ajoutaient des dispositions nouvelles. Elle a souligné que la notion de travail effectif se substituait à celle de service continu et devenait la base de l'ouverture du droit à congé (N. Ondinet, "le nouveau régime des congés payés annuels" Droit Social 1943).

Le régime de Vichy a introduit une nouvelle modification avec la loi n° 367 du 20 juillet 1944 portant modification du régime des congés payés :

***Art. 54 g. - Le travailleur qui, au cours de l'année de référence, justifiera avoir été occupé, chez le même employeur, pendant une période de temps équivalant à un minimum de quatre mois de travail effectif, à droit à un congé dont la durée est déterminée à raison d'un jour par mois de travail, sans que la durée totale du congé exigible puisse excéder une période de quinze jours comprenant douze jours ouvrables.***

Après la Libération, la loi n° 46-743 du 18 avril 1946 a repris et consolidé la condition de "travail effectif" comme élément d'acquisition du droit à congé payé.

La situation des salariés malades a toutefois nourri certain débat, notamment lorsque le législateur a choisi d'assimiler, sous certaines conditions, l'arrêt de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle à du travail effectif pour l'acquisition du droit à congé.

Le 1<sup>er</sup> mars 1946, la députée Mme Lefebvre (Mouvement républicain populaire) ainsi que plusieurs de ses collègues ont déposé une proposition de loi n° 566 comportant un unique article, « tendant à assimiler à un temps de travail effectif pour le calcul du congé annuel, les périodes pendant lesquelles le travail est suspendu pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle »

L'exposé des motifs de la proposition de loi, très succinct, constate qu'alors, si les périodes de repos des femmes en couches sont considérées comme périodes de travail effectif, tel n'est pas le cas des arrêts du travail dus aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, qui, partant, entraînent pour les intéressés une réduction de la durée de leur congé annuel légal. Ces conditions d'exercice du droit à congé sont regardées comme restrictives », et « très préjudiciables à la santé des travailleurs ». Il est souligné qu'il n'est « pas juste que les périodes pendant lesquelles le contrat de travail a été suspendu pour des raisons indépendantes de la

*volonté du salarié, telles que la maladie ou les accidents du travail, entraînent une réduction de la durée du congé ».*

Dans la mesure où les droits à congé supplémentaire prévus sous condition de remplir une ancienneté de cinq ans, n'étaient pas affectés par un éventuel congé maladie, les auteurs de la proposition de loi relevaient qu' « *ils [ne voyaient] pas les raisons valables d'établir une différence pour le calcul des jours du congé supplémentaire et du congé annuel légal ».*

De son côté, le rapporteur, M. Gau, notait « *tous les travailleurs ont besoin plus que jamais de leur congé intégral aussi bien pour leur santé que pour leur culture intellectuelle, artistique et morale. S'ils sont victimes d'une maladie professionnelle ou d'un accident de travail, c'est évidemment contre leur gré et il ne faut pas les frapper une deuxième fois en réduisant leur congé annuel ».* A l'évidence, le rapport de M. Gau présente une forte parenté avec les justifications avancées ultérieurement par la Cour de Justice de l'Union européenne pour juger que les salariés malades ne pouvaient pas être privés du droit à congé payé en raison de leur congé maladie (V. *Infra* 4.2.2).

Le texte adopté en commission contiendra la limitation de l'assimilation à du temps de travail effectif à la durée ininterrompue d'un an et sera voté le 11 avril 1946 :  
*Sont assimilées à un mois de travail effectif pour la détermination de la durée du congé, les périodes équivalentes à quatre semaines ou à vingt-quatre jours de travail.*

*Les périodes de congé payé, les périodes de repos des femmes en couches prévues à l'article 29 du livre Ier du code du travail et **les périodes, limitées à une durée interrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle sont considérées comme périodes de travail effectif.***

Il constituera la matrice de l'actuel article L. 3121-45 5° du code du travail, objet de la seconde QPC dont notre chambre est saisie.

La loi n° 56-332 du 27 mars 1956, modifiant le régime des congés annuels payés, et portant à trois semaines, la durée du congé annuel, a conservé cette référence au "travail effectif" :

*« Le travailleur qui, au cours de l'année de référence, justifie avoir été occupé chez le même employeur **pendant un temps équivalent à un minimum d'un mois de travail effectif, a droit à un congé dont la durée est déterminée à raison d'un jour ouvrable et demi par mois de travail, sans que la durée totale du congé exigible puisse excéder dix-huit jours ouvrables. Lorsque le nombre de jours ouvrables ainsi calculés n'est pas un nombre entier, la durée du congé est arrondie au nombre entier de jours immédiatement supérieur.***  
*[...] ».*

#### **4.2.2. - Le droit de l'Union**

Le droit de l'Union reconnaît le droit des travailleurs à un congé annuel payé, qui a une double finalité de repos et de détente. Il s'inscrit dans les règles de santé et de sécurité posée par la directive 2003/88/CE, dont l'article 1<sup>er</sup> dispose :

«Objet et champ d'application 1. La présente directive fixe des **prescriptions minimales de sécurité et de santé** en matière d'aménagement du temps de travail.  
2. La présente directive s'applique:  
a) **aux périodes minimales [...] de congé annuel [...]**  
[...]

L'article 7 de cette directive précise la durée minimale de quatre semaines de ce congé payé :

«**Congé annuel 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.»

L'article 17 de la directive 2003/88 ouvre la possibilité pour les États membres de déroger à certaines dispositions de cette directive. Toutefois aucune dérogation de nature à limiter le droit à congé payé n'est admise à l'égard de l'article 7 de ladite directive (CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10).

Le droit à congé payé annuel a par ailleurs été consacré par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui énonce :

“*Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés*”.

La CJUE souligne que “*selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en oeuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans des limites expressément énoncées par la directive 93/104/CE (...) elle même, cette directive ayant été codifiée par la directive 2003/88*” (CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10).

Si le droit interne et le droit de l'Union partagent le même objectif d'assurer une durée de repos minimale au titre du congé payé aux salariés, ces deux droits diffèrent quant aux conditions d'acquisition des droits à congé, puisque, ainsi qu'il a été vu ci-dessus, le code du travail conditionne l'acquisition de droits à congés à l'exécution de périodes de temps de travail effectif (CT, art. L. 3141-3), les dispositifs correctifs de l'article L. 3141-5 passant également par une assimilation des périodes concernées à du temps de travail effectif. S'agissant des salariés victimes d'accident de travail ou d'une maladie professionnelle l'assimilation à du travail effectif reste limitée à une durée interrompue d'un an.

Pour le droit de l'Union, le droit au congé payé repose sur la prémisse selon laquelle il suppose l'exécution d'un travail effectif. En conséquence, le salarié en chômage partiel ne peut prétendre à l'acquisition de congés payés :

26. S'agissant, en premier lieu, de la durée du congé annuel minimum, il y a lieu de rappeler que la finalité du droit au congé annuel payé, conféré à chaque travailleur par l'article 7 de la directive 2003/88, est de permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et de disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part (voir, notamment, arrêts du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06 et C-520/06, EU:C:2009:18, point 25, ainsi que du 4 octobre 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799, point 27).

**27 Cette finalité, qui distingue le droit au congé annuel payé d'autres types de congés poursuivant des finalités différentes, est basée sur la prémisse que le travailleur a effectivement travaillé au cours de la période de référence. En effet, l'objectif de permettre au travailleur de se reposer suppose que ce travailleur ait exercé une activité justifiant, pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé visée par la directive 2003/88, le bénéfice d'une période de repos, de détente et de loisirs. Partant, les droits au congé annuel payé doivent en principe être calculés en fonction des périodes de travail effectif accomplies en vertu du contrat de travail (arrêt du 4 octobre 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799, point 28).**

28 En l'occurrence, il résulte des éléments du dossier dont la Cour dispose ainsi que des observations présentées lors de l'audience devant la Cour que, dans une situation telle que celle de M. Hein dans l'affaire au principal, durant les périodes de chômage partiel, la relation de travail entre l'employeur et le travailleur se poursuit, mais le travailleur ne fournit pas de travail effectif pour les besoins de son employeur.

29 Or, il découle de la jurisprudence citée au point 27 du présent arrêt qu'un travailleur se trouvant dans une telle situation ne saurait acquérir des droits à congés annuels payés, au titre de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88, que pour les périodes durant lesquelles il a fourni un travail effectif, aucun droit à congé n'étant ainsi acquis, au titre de cette disposition, pour les périodes de chômage partiel au cours desquelles il n'a pas fourni un tel travail. Ainsi, en l'occurrence, étant donné que, au cours de l'année 2015, M. Hein n'a pas fourni de travail effectif pendant 26 semaines, il apparaît que seules, en principe, deux semaines de congés soient régies par cet article 7, paragraphe 1, la durée exacte de cette période de congé devant être toutefois déterminée par la juridiction de renvoi. (CJUE 13 décembre 2018, C- 385/17, Torsten Hein).

La même solution a été retenue pour la salariée en congé parental, cette période n'ouvrant pas droit à acquisition de droits à congés payés (CJUE 4 octobre 2018, C-12/17, Dicu).

En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne, se référant aux standards internationaux posés par la convention n° 132 de l'OIT, qui n'a pas été ratifiée par la France, et à la Charte sociale européenne, qui n'a pas d'effet direct en droit interne (Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 21-15.247, B+R), lie le droit aux congés à la qualité de travailleur et déconnecte le droit aux congés du travail effectif lorsque le salarié ne travaille pas pour une raison indépendante de sa volonté, parce qu'il se trouve en arrêt de travail pour cause de maladie :

“A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, selon son dixième considérant, la directive 2003/88 a tenu compte des principes de l’Organisation du travail en matière d’aménagement du temps de travail. A cet égard il convient de relever que, selon **l’article 5, § 4, de la convention no 132 de l’OIT du 24 juin 1970**, concernant les congés annuels payés (révisée), “les absences du travail pour des motifs indépendants de la volonté de la personne employée intéressée, telles que les absences dues à une maladie, [...] seront comptées dans la période de service. En ce qui concernent les dispositions relatives aux périodes minimales de repos figurant à la section II de la directive 2003/08, elles visent le plus souvent “tout travailleur”, ainsi que le fait en particulier l’article 7, § 1, de celle-ci pour le droit au congé annuel payé (arrêt BECTU, point 46). En outre s’agissant de ce dernier droit, **la directive 2003/88 n’opère aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d’un congé de maladie, de courte ou de longue durée, pendant la période de référence et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de ladite période.** (...)” (CJUE Schultz-Hoff 20 janvier 2009, C-350/06).

Selon la CJUE, le droit à congés payés est attaché à la qualité de travailleur et les motifs d’absence indépendants de la volonté de celui-ci sont sans incidence sur le droit à congé :

À cet égard, il y a lieu de rappeler **la finalité du droit au congé annuel payé, conféré à chaque travailleur par l’article 7 de la directive 2003/88, qui est de permettre au travailleur de se reposer par rapport à l’exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d’une part, et de disposer d’une période de détente et de loisirs, d’autre part** (voir, notamment, arrêts du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06 et C-520/06, EU:C:2009:18, point 25 ; du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, point 31, ainsi que du 30 juin 2016, Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, point 25).

28 **Cette finalité**, qui distingue le droit au congé annuel payé d’autres types de congés poursuivant des finalités différentes, **est basée sur la prémisse que le travailleur a effectivement travaillé au cours de la période de référence.** En effet, l’objectif de permettre au travailleur de se reposer suppose que ce travailleur ait exercé une activité justifiant, pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé visée par la directive 2003/88, le bénéfice d’une période de repos, de détente et de loisirs. Partant, les droits au congé annuel payé doivent en principe être déterminés en fonction des périodes de travail effectif accomplies en vertu du contrat de travail (voir, en ce sens, arrêt du 11 novembre 2015, Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, point 29).

29 **Il ressort, certes, d’une jurisprudence constante que, dans certaines situations spécifiques dans lesquelles le travailleur est incapable de remplir ses fonctions, en raison notamment d’une absence pour maladie dûment justifiée, le droit au congé annuel payé ne peut être subordonné par un État membre à l’obligation d’avoir effectivement travaillé** (voir, notamment, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, point 20 et jurisprudence citée). Ainsi, au regard du droit au congé annuel payé, les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d’un congé de maladie au cours de la période de référence sont assimilés à ceux qui ont effectivement travaillé au cours de cette période (voir, notamment, arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06 et C-520/06, EU:C:2009:18, point 40).

30 ***Il en est de même des travailleuses en congé de maternité, qui sont, de ce fait, dans l'incapacité d'exercer leurs fonctions dans le cadre de leurs relations de travail et dont les droits au congé annuel payé doivent être assurés dans le cas de ce congé de maternité et pouvoir être exercés lors d'une période distincte de celle de ce dernier congé (voir, en ce sens, arrêt du 18 mars 2004, Merino Gómez, C-342/01, EU:C:2004:160, points 34, 35 et 38).***

31 *Toutefois, la jurisprudence citée aux deux points précédents ne saurait être appliquée mutatis mutandis à la situation d'un travailleur, telle Mme Dicu, qui a bénéficié d'un congé parental pendant la période de référence.*

32 ***En effet, il importe de souligner, tout d'abord, que la survenance d'une incapacité de travail pour cause de maladie est, en principe, imprévisible (arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06 et C-520/06, EU:C:2009:18, point 51) et indépendante de la volonté du travailleur (voir, en ce sens, arrêt du 29 novembre 2017, King, C-214/16, EU:C:2017:914, point 49). Ainsi que la Cour l'a déjà relevé au point 38 de l'arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 et C-520/06, EU:C:2009:18), la convention n° 132 de l'Organisation internationale du travail, du 24 juin 1970, concernant les congés annuels payés, telle que révisée, dont les principes doivent être pris en compte, en vertu du considérant 6 de la directive 2003/88, aux fins d'interpréter celle-ci, range, à son article 5, paragraphe 4, les absences dues à une maladie parmi les absences du travail « pour des motifs indépendants de la volonté de la personne employée intéressée », qui doivent être « comptées dans la période de service ». En revanche, la prise d'un congé parental ne revêt pas un caractère imprévisible et résulte, dans la plupart des cas, de la volonté du travailleur de s'occuper de son enfant (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 2007, Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, point 35).***

33 ***Ensuite, dans la mesure où le travailleur en congé parental n'est pas soumis aux contraintes physiques ou psychiques engendrées par une maladie, il se trouve dans une situation différente de celle résultant d'une incapacité de travail due à son état de santé (voir, par analogie, arrêt du 8 novembre 2012, Heimann et Toltschin, C-229/11 et C-230/11, EU:C:2012:693, point 29). (CJUE, 4 octobre 2018, C- 12/17, Maria Dicu)***

Cette conception du droit aux congés payés a conduit la CJUE à juger qu'en cas de nullité du licenciement, un salarié pouvait prétendre à des congés payés pour la période d'éviction (CJUE 25 juin 2020, C- 762/18 et C- 37/19). Notre chambre a modifié sa jurisprudence en conséquence :

*Vu les articles L. 1226-9 et L. 1226-13 du code du travail :*

*7. Aux termes du premier de ces textes, au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie.*

*8. Aux termes du second de ces textes, toute rupture du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions des articles L. 1226-9 et L. 1226-18 est nulle.*

*9. La Cour de cassation a jugé que la période d' éviction ouvrant droit, non à une acquisition de jours de congés, mais à une indemnité d' éviction , le salarié ne pouvait bénéficier effectivement de jours de congés pour cette période (Soc., 11 mai 2017, pourvoi n° 15-19.731, 15-27.554, Bull. 2017, V, n° 73; voir également Soc., 30*

janvier 2019, pourvoi n° 16-25.672 ). Elle a jugé de même que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration dans la limite des salaires dont il a été privé et qu'il ne peut acquérir de jours de congés pendant cette période (Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-19.004).

10. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 25 juin 2020 (CJUE, 25 juin 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria, aff. C-762/18 et Iccrea Banca, aff. C-37-19), a dit pour droit que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une jurisprudence nationale en vertu de laquelle un travailleur illégalement licencié, puis réintégré dans son emploi, conformément au droit national, à la suite de l'annulation de son licenciement par une décision judiciaire, n'a pas droit à des congés annuels payés pour la période comprise entre la date du licenciement et la date de sa réintégration dans son emploi, au motif que, pendant cette période, ce travailleur n'a pas accompli un travail effectif au service de l'employeur.

11. La Cour de justice a précisé dans cette décision que, selon une jurisprudence constante de la Cour, 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 (arrêt du 20 juillet 2016, Maschek, C-341/15, EU:C:2016:576, point 34 et jurisprudence citée) (point 57).

12. Cette finalité, qui distingue le droit au congé annuel payé d'autres types de congés poursuivant des finalités différentes, est basée sur la prémisse que le travailleur a effectivement travaillé au cours de la période de référence. En effet, l'objectif de permettre au travailleur de se reposer suppose que ce travailleur ait exercé une activité justifiant, pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé visée par la directive 2003/88, le bénéfice d'une période de repos, de détente et de loisirs. Partant, les droits au congé annuel payé doivent en principe être déterminés en fonction des périodes de travail effectif accomplies en vertu du contrat de travail (arrêt du 4 octobre 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799, point 28 et jurisprudence citée) (point 58).

13. Cela étant, dans certaines situations spécifiques dans lesquelles le travailleur est incapable de remplir ses fonctions, le droit au congé annuel payé ne peut être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé (voir, en ce sens, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, point 20 et jurisprudence citée) (point 59).

14. Il en est ainsi, notamment, en ce qui concerne les travailleurs qui sont absents du travail à cause d'un congé de maladie au cours de la période de référence. En effet, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, au regard du droit au congé annuel payé, ces travailleurs sont assimilés à ceux qui ont effectivement travaillé au cours de cette période (arrêt du 4 octobre 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799, point 29 et jurisprudence citée) (point 60).

15. Or, il y a lieu de constater que, tout comme la survenance d'une incapacité de travail pour cause de maladie, le fait qu'un travailleur a été privé de la possibilité de travailler en raison d'un licenciement jugé illégal par la suite est, en principe, imprévisible et indépendant de la volonté de ce travailleur (point 67).

16. Dès lors, la période comprise entre la date du licenciement illégal et la date de la réintégration du travailleur dans son emploi, conformément au droit national, à la

suite de l'annulation de ce licenciement par une décision judiciaire, doit être assimilée à une période de travail effectif aux fins de la détermination des droits au congé annuel payé (point 69).

17. Enfin, il convient de préciser, que, dans l'hypothèse où le travailleur concerné a occupé un autre emploi au cours de la période comprise entre la date du licenciement illégal et celle de sa réintégration dans son premier emploi, ce travailleur ne saurait prétendre, à l'égard de son premier employeur, aux droits au congé annuel correspondant à la période pendant laquelle il a occupé un autre emploi (points 79 et 88).

**18. Il en résulte qu'il y a lieu de juger désormais que, sauf lorsque le salarié a occupé un autre emploi durant la période d'éviction comprise entre la date du licenciement nul et celle de la réintégration dans son emploi, il peut prétendre à ses droits à congés payés au titre de cette période en application des dispositions des articles L. 3141-3 et L. 3141-9 du code du travail.**

19. Pour rejeter la demande du salarié tendant à obtenir que la société soit condamnée à lui payer une rémunération pour chaque mois écoulé entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration assortie des congés payés afférents, l'arrêt retient que le salaire mensuel à prendre en considération pour calculer l'indemnité d'éviction s'élève à 8 491,66 euros, soit la rémunération perçue en moyenne par l'intéressé avant la rupture, et que la période d'éviction n'ouvre pas droit à acquisition de jours de congés.

20. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 1 décembre 2021, pourvoi n° 19-24.766, 19-26.269, 19-25.812 B+R)

La CJUE a retenu que l'article 7 de la directive était suffisamment précis et inconditionnel pour être invocable directement à l'égard d'un Etat membre :

*“33. À cet égard, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'État, soit lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte (voir, notamment, arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 103 ainsi que jurisprudence citée).*

*34 Or, l'article 7 de la directive 2003/88 satisfait à ces critères, étant donné qu'il met à la charge des États membres, dans des termes non équivoques, une obligation de résultat précise et qui n'est assortie d'aucune condition quant à l'application de la règle qu'elle énonce, consistant à faire bénéficier tout travailleur d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines.*

*35 Même si l'article 7 de la directive 2003/88 laisse 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'il énonce, cette circonstance n'affecte cependant pas le caractère précis et inconditionnel de l'obligation prescrite par cet article. Il convient, à cet égard, de noter que l'article 7 de la directive 2003/88 ne figure pas parmi les dispositions de ladite directive auxquelles son article 17 permet de déroger. Il est donc possible de déterminer la protection minimale qui doit, en tout état de cause, être mise en oeuvre par les États membres en vertu de cet article 7 (voir, par analogie, arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 105).*

*L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 remplissant les conditions requises pour produire un effet direct, il y a lieu, en outre, de constater que le CICOA, l'une des deux parties défenderesses au principal, qui est l'employeur de Mme Dominguez, est un organisme agissant dans le domaine de la sécurité sociale."* (CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10).

L'absence d'effet direct horizontal de la directive ne prive pas le salarié de tout recours, dans la mesure où il peut invoquer les droits qu'il tient de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, a eu pour effet de donner une force juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux, force dont elle était dépourvue jusqu'alors.

La CJUE a précisé que l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux avait un effet direct et qu'il incombait au juge national d'en tirer les conséquences lorsqu'il n'est pas possible de procéder à une interprétation du droit interne à la lumière de la directive afin d'assurer l'effectivité de la directive. C'est l'objet de deux arrêts rendus le 6 novembre 2018.

D'abord, avec l'arrêt *Max-Planck- Gesellschaft zur Förderung des Wissenschaften* (C- 684/16), la Cour de Justice a dit pour droit :

1) *L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle, à défaut pour le travailleur d'avoir demandé à pouvoir exercer son droit au congé annuel payé au cours de la période de référence concernée, ce travailleur perd, à la fin de cette période, automatiquement et sans vérification préalable du point de savoir si celui-ci a été effectivement mis en mesure d'exercer ce droit par l'employeur, notamment par une information adéquate de la part de ce dernier, les jours de congé annuel payé acquis en vertu desdites dispositions au titre de ladite période ainsi que, corrélativement, son droit à une indemnité financière au titre de ces congés annuels payés non pris en cas de fin de la relation de travail. Il incombe, à cet égard, à la juridiction de renvoi de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, si elle peut parvenir à une interprétation de ce droit qui soit de nature à garantir la pleine effectivité du droit de l'Union.*

2) *En cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale telle que celle en cause au principal de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88 et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux, il découle de cette dernière disposition que la juridiction nationale saisie d'un litige opposant un travailleur à son ancien employeur ayant la qualité de particulier, doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée et veiller à ce que, à défaut pour cet employeur d'être en mesure d'établir qu'il a fait preuve de toute la diligence requise pour que le travailleur soit effectivement en mesure de prendre les congés annuels payés auxquels il avait droit en vertu du droit de l'Union, ledit travailleur ne puisse se voir priver ni de ses droits acquis à de tels congés annuels payés ni,*

*corrélativement, et en cas de cessation de la relation de travail, de l'indemnité financière au titre des congés non pris dont le paiement incombe, en ce cas, directement à l'employeur concerné.*

Dans le même temps, avec l'arrêt C-569/ 16 Stadt Wuppertal c/ Bauer et C- 570/16 Willmeroth c/ Brossonn, la CJUE a apporté des précisions et dit pour droit :

1) *L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en application de laquelle, lorsque la relation de travail prend fin en raison du décès du travailleur, le droit à des congés annuels payés acquis en vertu desdites dispositions et non pris par ce travailleur avant son décès s'éteint sans pouvoir donner naissance à un droit à une indemnité financière au titre desdits congés qui soit transmissible aux ayants droit du dit travailleur par la voie successorale.*

2) *En cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale telle que celle en cause au principal de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88 et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux, la juridiction nationale, saisie d'un litige opposant l'ayant droit d'un travailleur décédé et l'ancien employeur de ce travailleur, doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée et veiller à ce que ledit ayant droit se voie octroyer, à charge de cet employeur, le bénéfice d'une indemnité financière au titre des congés annuels payés acquis en vertu desdites dispositions et non pris par ledit travailleur avant son décès. Cette obligation s'impose à la juridiction nationale en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88 et de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux lorsque le litige oppose un tel ayant droit à un employeur ayant la qualité d'autorité publique, et en vertu de la seconde de ces dispositions lorsque le litige oppose l'ayant droit à un employeur ayant la qualité de particulier. (CJUE 6 novembre 2018, C-569/ 16 Stadt Wuppertal c/ Bauer et C- 570/16 Willmeroth c/ Brossonn)*

Par deux arrêts publiés du 13 septembre 2023, notre chambre a tiré les conséquences de l'effet direct attaché à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour écarter les dispositions de code du travail faisant obstacle à l'exercice de droits à congé payé par les salariés en situation d'arrêt de travail pour cause de maladie :

5. *Aux termes de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.*

6. *En application de l'article L. 1132-1 du code du travail, 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 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 notamment de son état de santé.*

*7. Aux termes de l'article L. 3141-3 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.*

*8. Le droit au congé annuel payé constitue un principe essentiel du droit social de l'Union (CJUE 6 novembre 2018, Stadt Wuppertal c/ Bauer, C-569/16 et Willmeroth c/ Broßonn, C- 570/16, point 80).*

*9. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, n'opère aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d'un congé de maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de ladite période. Il s'ensuit que, s'agissant de travailleurs en congé maladie dûment prescrit, le droit au congé annuel payé conféré par cette directive à tous les travailleurs ne peut être subordonné par un Etat membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit Etat (CJUE Schultz-Hoff, 20 janvier 2009, C-350/06, point 41 ; CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10, point 20).*

*10. La Cour de Justice de l'Union européenne juge qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, si elle peut parvenir à une interprétation de ce droit permettant de garantir la pleine effectivité de l'article 7 de la directive 2003/88/CE et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci (CJUE, 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10).*

*11. Par arrêt du 6 novembre 2018 (Stadt Wuppertal c/ Bauer, C-569/16 et Willmeroth c/ Broßonn, C- 570/16), la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé qu'en cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88/CE et l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux, la juridiction nationale doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée. La Cour de Justice de l'Union européenne précise que cette obligation s'impose à la juridiction nationale en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88/CE et de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux lorsque le litige oppose un bénéficiaire du droit à congé à un employeur ayant la qualité d'autorité publique et en vertu de la seconde de ces dispositions lorsque le litige oppose le bénéficiaire à un employeur ayant la qualité de particulier.*

*12. La Cour de cassation a jugé que la directive 2003/88/CE ne pouvant permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire, un salarié ne peut, au regard de l'article L. 3141-3 du code du travail, prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre d'une période de suspension du contrat de travail ne relevant pas de l'article L. 3141-5 du code du travail (Soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, Bull. V, n° 73).*

*13. S'agissant d'un salarié, dont le contrat de travail est suspendu par l'effet d'un arrêt de travail pour cause de maladie non professionnelle, les dispositions de l'article L. 3141-3 du code du travail, qui subordonnent le droit à congé payé à l'exécution d'un travail effectif, ne permettent pas une interprétation conforme au droit de l'Union.*

*14. Dès lors, le litige opposant un bénéficiaire du droit à congé à un employeur ayant la qualité de particulier, il incombe au juge national d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée ladite réglementation nationale.*

15. Il convient en conséquence d'écarter partiellement l'application des dispositions de l'article L. 3141-3 du code du travail en ce qu'elles subordonnent à l'exécution d'un travail effectif l'acquisition de droits à congé payé par un salarié dont le contrat de travail est suspendu par l'effet d'un arrêt de travail pour cause de maladie non professionnelle et de juger que le salarié peut prétendre à ses droits à congés payés au titre de cette période en application des dispositions des articles L. 3141-3 et L. 3141-9 du code du travail.

**16. La cour d'appel, après avoir, à bon droit, écarté partiellement les dispositions de droit interne contraires à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, a exactement décidé que les salariés avaient acquis des droits à congé payé pendant la suspension de leur contrat de travail pour cause de maladie non professionnelle.**

17. Le moyen n'est donc pas fondé. (Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-17.340, 22-17.341, 22-17.342, B+R+I).

Vu les articles 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, L. 1132-1, L. 3141-3 et L. 3141-5 du code du travail :

13. Aux termes du premier de ces textes, tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.

14. En application du deuxième de ces textes, 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 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 notamment de son état de santé.

15. Aux termes du troisième de ces textes, le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur.

16. Selon le dernier de ces textes, sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé, les périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

17. Le droit au congé annuel payé constitue un principe essentiel du droit social de l'Union (CJUE 6 novembre 2018, Stadt Wuppertal c/ Bauer, C-569/16 et Willmeroth c/ Broßonn, C- 570/16, point 80).

18. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, n'opère aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d'un congé de maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de ladite période. Il s'ensuit que, s'agissant de travailleurs en congé maladie dûment prescrit, le droit au congé annuel payé conféré par cette directive à tous les travailleurs ne peut être subordonné par un Etat membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit Etat (CJUE, 20 janvier 2009, Schultz-Hoff, C- 350/06, point 41; CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10, point 20).

19. La Cour de Justice de l'Union européenne juge qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, si elle peut

parvenir à une interprétation de ce droit permettant de garantir la pleine effectivité de l'article 7 de la directive 2003/88/CE et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci (CJUE, 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10).

20. Par arrêt du 6 novembre 2018 (*Stadt Wuppertal c/ Bauer*, C-569/16 et *Willmeroth c/ Broßonn*, C- 570/16), la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé qu'en cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88/CE et l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux, la juridiction nationale doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée. La Cour de Justice de l'Union européenne précise que cette obligation s'impose à la juridiction nationale en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88/CE et de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux lorsque le litige oppose un bénéficiaire du droit à congé à un employeur ayant la qualité d'autorité publique et en vertu de la seconde de ces dispositions lorsque le litige oppose le bénéficiaire à un employeur ayant la qualité de particulier.

21. La Cour de cassation a jugé que la directive 2003/88/CE ne pouvant permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire, un salarié ne peut, au regard de l'article L. 3141-3 du code du travail, prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre d'une période de suspension du contrat de travail ne relevant pas de l'article L. 3141-5 du code du travail (Soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, Bull. V, n° 73).

22. S'agissant d'un salarié, dont le contrat de travail est suspendu par l'effet d'un arrêt de travail pour cause d'accident de travail ou de maladie professionnelle, au-delà d'une durée ininterrompue d'un an, le droit interne ne permet pas, ainsi qu'il a été dit au point 9, une interprétation conforme au droit de l'Union.

23. Dès lors, le litige opposant un bénéficiaire du droit à congé à un employeur ayant la qualité de particulier, il incombe au juge national d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée ladite réglementation nationale.

24. Il convient en conséquence d'écarter partiellement l'application des dispositions de l'article L. 3141-5 du code du travail en ce qu'elles limitent à une durée ininterrompue d'un an les périodes de suspension du contrat de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle assimilées à du temps de travail effectif pendant lesquelles le salarié peut acquérir des droits à congé payé et de juger que le salarié peut prétendre à ses droits à congés payés au titre de cette période en application des dispositions des articles L. 3141-3 et L. 3141-9 du code du travail.

25. Pour limiter à une certaine somme la condamnation de l'employeur au titre de l'indemnité de congé payé, l'arrêt retient que l'article 7 de la directive 2003/88/CE, qui doit guider le juge dans l'interprétation des textes, n'est pas d'application directe en droit interne quand l'employeur n'est pas une autorité publique. Il ajoute que la période écoulée entre la date de l'arrêt de travail du 21 février 2014 et expirant un an après, soit le 21 février 2015, ouvre droit à congés payés, mais nullement la période qui a suivi.

26. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-17.638, B+R+I)

La CJUE appuie son raisonnement sur la finalité du congé payé annuel pour écarter toute distinction selon que le salarié est ou non en situation d'arrêt de travail pour cause de maladie. En effet, la finalité du droit au congé annuel payé, conféré à chaque travailleur par l'article 7 de la directive 2003/88, est de permettre au

travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et de disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part (voir, notamment, arrêts du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06 et C-520/06, point 25, ainsi que du 4 octobre 2018, Dicu, C-12/17, point 27). Toutefois, lorsque le salarié est en arrêt de travail pendant une longue période, l'accumulation des droits à congé payé acquis pendant la période de maladie peut faire perdre au congé annuel une partie de sa pertinence. Ainsi, dans l'arrêt KHS, du 22 novembre 2011, la CJUE a énoncé :

*En effet, à défaut, un travailleur, tel que le requérant au principal, en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives, serait en droit d'accumuler, de manière illimitée, tous les droits à congé annuel payé acquis durant la période de son absence du travail.*

30 Or, un droit à un tel cumul illimité de droits au congé annuel payé, acquis durant une telle période d'incapacité de travail, ne répondrait plus à la finalité même du droit au congé annuel payé.

31 En effet, il y a lieu de rappeler que le droit au congé annuel, consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 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 (voir arrêt Schultz-Hoff e.a., précité, point 25).

32 À cet égard, la Cour a, certes, souligné que, si l'effet positif du congé annuel payé pour la sécurité et la santé du travailleur se déploie pleinement lorsque ce congé est pris dans l'année prévue à cet effet, à savoir l'année en cours, ce temps de repos ne perd pas son intérêt à cet égard s'il est pris au cours d'une période ultérieure (arrêts du 6 avril 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, Rec. p. I-3423, point 30, ainsi que Schultz-Hoff e.a., précité, point 30).

33 Néanmoins, force est de constater que le droit au congé annuel payé acquis par un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives ne saurait répondre aux deux volets de sa finalité, énoncés au point 31 du présent arrêt, que dans la mesure où le report ne dépasse pas une certaine limite temporelle. En effet, au-delà d'une telle limite, le congé annuel est dépourvu de son effet positif pour le travailleur en sa qualité de temps de repos, ne gardant que sa qualité de période de détente et de loisirs.

34 Par conséquent, au regard de la finalité même du droit au congé annuel payé, directement conféré par le droit de l'Union à chaque travailleur, un travailleur en incapacité de travail durant plusieurs années consécutives, empêché par le droit national de prendre son congé annuel payé durant ladite période, ne saurait avoir le droit de cumuler de manière illimitée des droits au congé annuel payé acquis durant cette période.

35 S'agissant de la période de report au-delà de laquelle le droit au congé annuel payé peut s'éteindre en cas de cumul de droits au congé annuel payé durant une période d'incapacité de travail, il y a lieu d'apprécier, au regard de l'article 7 de la directive 2003/88 et compte tenu des considérations qui précèdent, si une période de report du droit au congé annuel payé, fixée à quinze mois par les dispositions ou

*les pratiques nationales, telles que des conventions collectives, peut raisonnablement être qualifiée de période au-delà de laquelle le congé annuel payé est dépourvu de son effet positif pour le travailleur en sa qualité de temps de repos.*

C'est ainsi que la CJUE a jugé pour droit (CJUE, 22 novembre 2011, KHS, C-214/10) :

*L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à des dispositions ou à des pratiques nationales, telles que des conventions collectives, limitant, par une période de report de quinze mois à l'expiration de laquelle le droit au congé annuel payé s'éteint, le cumul des droits à un tel congé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives.*

Cette possibilité de perte doit être d'une durée substantiellement supérieure à la période de prise, de sorte qu'une durée de neuf mois n'est pas conforme au droit de l'Union (CJUE, 3 mai 2012, C-337/10, Neidel).

Elle doit être prévue par le droit interne, le juge judiciaire ne pouvant se substituer au législateur pour décider de la mise en place d'un tel système et déterminer la durée du délai au terme duquel les droits à congé payé pourraient être perdus :

*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, la directive 2003/88/CE ne fait pas obligation aux Etats membres de prévoir une telle limitation** ; qu'après avoir retenu que les articles 58 et 71, alinéa 3, du statut du personnel relatifs à l'écrêtement des congés payés et aux reports en cas de maladie de l'agent étaient contraires aux dispositions claires et inconditionnelles de l'article 7 de la directive 2003/88/CE, **la cour d'appel, qui a ordonné à l'employeur de régulariser la situation de l'ensemble des salariés concernés a, sans méconnaître son office, fait l'exacte application de la loi** ;*

*Attendu, encore, qu'eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail ou, en cas de rupture, être indemnisés au titre de l'article L. 3141-26 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable ;*

*Attendu, enfin, que l'article 7 de la directive 2003/88/CE ayant repris à l'identique les termes de l'article 7 de la directive 93/104/CE, dont le délai de transposition expirait le 23 novembre 1996, la cour d'appel a décidé à bon droit que la situation des salariés concernés devait être régularisée à compter du 4 novembre 2003 ;*

*D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; ( Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-24.022, Bull. 2017, V, n° 144)*

Il ne faut pas confondre un dispositif d'acquisition des droits à congé payé avec un dispositif de perte des congés payés accumulés pendant la période d'arrêt de travail et non exercés en raison même de l'état de santé du salarié ou des règles de prise au sein de l'entreprise :

*Vu l'article 38 d) alinéa 4 de la convention collective nationale des organismes de sécurité sociale du 8 février 1957 et le paragraphe XIV alinéa 4 du règlement intérieur type annexé à cette convention collective :*

*20. Selon le premier de ces textes, les absences provoquées par la fréquentation obligatoire des cours professionnels, les périodes de réserve obligatoire, les jours d'absence pour maladie constatée par certificat médical, cure thermique autorisée, accident du travail, maternité à plein traitement, longue maladie, les permissions exceptionnelles de courte durée accordées au cours de l'année et les congés prévus à l'article 12 sont, lorsqu'ils comportent le maintien du salaire, assimilés à un temps de travail et ne peuvent, par conséquent, entraîner la réduction du congé annuel.*

*21. Selon le second de ces textes, le droit aux congés annuels n'est pas ouvert dans une année déterminée par les absences pour maladie ou longue maladie, ayant motivé une interruption de travail égale ou supérieure à douze mois consécutifs, par les absences pour service militaire obligatoire, par les congés sans solde prévus aux articles 410, 44 et 46 de la convention collective. Il est ouvert à nouveau à la date de la reprise du travail, la durée du congé étant établie proportionnellement au temps de travail effectif n'ayant pas encore donné lieu à l'attribution d'un congé annuel.*

*22. Eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés annuels au cours de l'année prévue par le code du travail ou une convention collective, en raison d'absences liées à une maladie, à un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de la reprise du travail ou, en cas de rupture, être indemnisés au titre de l'article L. 3141-26 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable.*

*23. 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. A cet égard, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé qu'une période de report du droit au congé annuel payé de quinze mois était conforme à la finalité du congé annuel (CJUE 22 novembre 2011, C-214/10, KHS AG c/ Shulte), mais que tel n'était pas le cas d'une période de report de neuf mois (CJUE, 3 mai 2012, C-337/10, Neidel).*

*24. Le paragraphe XIV du règlement intérieur type annexé à la convention collective a pour objet de limiter à douze mois la période pendant laquelle un salarié, absent pour l'une des causes qu'il prévoit, 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 substantiellement supérieur à la période de référence.*

*25. Pour limiter à une certaine somme la condamnation de l'employeur à un rappel d'indemnité de congé annuel, l'arrêt retient que les dispositions du paragraphe XIV du règlement intérieur peuvent s'interpréter comme ouvrant un droit aux congés*

*annuels dans le cadre d'une interruption de moins de douze mois consécutifs, en ce compris lorsque l'arrêt maladie est d'une durée égale à celui de la salariée. Il ajoute qu'au-delà de cette période, le congé annuel est dépourvu de son effet positif pour le travailleur, au regard de sa finalité de temps de repos, pour ne garder que sa finalité de période de détente et de loisirs. L'arrêt en déduit que la limitation aux congés annuels payés par une période de report de douze mois est conforme à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen.*

*26. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 15 septembre 2021, pourvoi n° 20-16.010, B)*

La CJUE a précisé que cette possibilité de perte ne pouvait concerner que les congés payés acquis pendant la période d'arrêt-maladie, et pas ceux acquis pendant les périodes de travail :

*Dans ces conditions, admettre que l'employeur puisse invoquer la prescription des droits du travailleur, sans l'avoir mis effectivement en mesure de les exercer, reviendrait à valider un comportement menant à un enrichissement illégitime de l'employeur au détriment de l'objectif même de respect de la santé du travailleur visé par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte (voir, en ce sens, arrêt du 29 novembre 2017, King, C-214/16, EU:C:2017:914, point 64).*

*53 S'il est certes exact que l'employeur dispose d'un intérêt légitime à ne pas devoir être confronté à des demandes de congés ou d'indemnités financières au titre de périodes de congé annuel payé non pris, correspondant à des droits acquis plus de trois ans avant que la demande n'en soit faite, la légitimité de cet intérêt disparaît lorsque l'employeur, en s'abstenant de mettre le travailleur en mesure d'exercer effectivement le droit au congé annuel payé, s'est lui-même placé dans une situation le confrontant à de telles demandes et dont il est susceptible de profiter au détriment du travailleur, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier dans l'affaire au principal.*

*54 En effet, une telle situation n'est pas comparable à celle dans laquelle la Cour a reconnu un intérêt légitime de l'employeur à ne pas être confronté au risque d'un cumul trop important de périodes d'absence et aux difficultés que celles-ci pourraient impliquer pour l'organisation du travail lorsque l'absence prolongée du travailleur est due à une incapacité pour cause de maladie (voir, en ce sens, arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, points 38 et 39).*

*55 Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, il appartient à l'employeur de se prémunir de demandes tardives au titre de périodes de congé annuel payé non pris en se conformant aux obligations d'information et d'incitation qui lui incombent à l'égard du travailleur, ce qui aura pour effet de garantir la sécurité juridique, sans pour autant que soit limité le droit fondamental consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte.*

*56 Eu égard à ces éléments, force est de constater que, lorsqu'un employeur n'a pas effectivement mis le travailleur en mesure d'exercer son droit au congé annuel payé acquis au titre d'une période de référence, l'application de la prescription de droit commun prévue à l'article 195 du BGB à l'exercice de ce droit consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte va au-delà de ce qui est nécessaire pour*

atteindre l'objectif de sécurité juridique. (CJUE, 22 septembre 2022, LB c/ TO, C-120/21).

Notons enfin que la CJUE n'opère aucune distinction selon que l'arrêt de travail pour maladie a ou non une origine professionnelle.

#### 4.2.3. - Le paragraphe 11 du Préambule de la Constitution de 1946

La QPC invoque l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose :

*“Elle [La Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence”.*

Les finalités habituellement attribuées au congé payé, à savoir le repos, également lié à la protection de la santé, les loisirs et la détente entrent donc dans le champ de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

L'affirmation de la valeur constitutionnelle du droit au repos résulte d'une décision du 13 janvier 2000 (n° 99-423 DC) :

*“Considérant, d'une part, qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail et, notamment, de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés, **ainsi que le respect des dispositions du onzième alinéa du Préambule selon lesquelles la Nation " garantit à tous...le repos et les loisirs... "** ; qu'en portant à trente-cinq heures la durée légale du travail effectif, le législateur a entendu s'inscrire dans le cadre des cinquième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ;”*

*Considérant que des conventions de forfait en jours ne pourront être conclues avec des salariés non-cadres que s'ils disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur travail et si la durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée ; que la conclusion de ces conventions de forfait doit être prévue par une convention ou un accord collectif étendu ou par un accord d'entreprise, qui détermine notamment les catégories de salariés concernés ; que les intéressés doivent donner individuellement leur accord par écrit ; qu'ils bénéficient du repos quotidien de onze heures prévu par l'article L. 220-1 du code du travail et du repos hebdomadaire de trente-cinq heures prévu par l'article L. 221-4 du même code ; que le nombre de jours travaillés ne peut dépasser le plafond de deux cent dix-huit jours par an ; qu'en posant l'ensemble de ces conditions, le législateur n'a pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 ; (Décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005).*

Le principe du droit au repos hebdomadaire a été reconnu dans ce cadre (Cons. Constit., 6 août 2009, n° 2009-588 DC) :

*“2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation " garantit à tous... la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs " ; que le principe d'un repos hebdomadaire est l'une des garanties du droit au repos ainsi reconnu aux salariés ;*

*3. Considérant, en deuxième lieu, qu'en prévoyant que le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce en principe le dimanche, le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, a entendu opérer une conciliation, qui lui incombe, entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et le dixième alinéa du Préambule de 1946 qui dispose que : " La 12 M1519597 Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement " ;*

*4. Considérant, en troisième lieu, que, s'il est à tout moment loisible au législateur de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, c'est à la condition que l'exercice de ce pouvoir n'aboutisse pas à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ;*

Le droit au repos peut-être combiné avec le droit à la protection de la santé des travailleurs. Dans ce cadre le législateur dispose d'une marge de manoeuvre lui permettant de déterminer les moyens de parvenir aux objectifs dégagés :

*“6. Considérant que les requérants soutiennent qu'en conduisant l'employeur à privilégier les heures supplémentaires au détriment de l'embauche d'un autre salarié, même de façon temporaire, et en faisant des heures supplémentaires un mode normal d'exécution du contrat de travail, l'article 1er porterait atteinte au droit à l'emploi et ne comporterait aucune garantie légale pour les salariés ;*

*7. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du cinquième alinéa du Préambule de 1946 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi... » ; que l'article 34 de la Constitution dispose : « La loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail » ; que, dès lors, il incombe au législateur de poser des règles propres à assurer le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre ;*

*8. Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires ayant abouti à l'adoption de la loi déférée que l'exonération d'impôt sur le revenu et de charges sociales des heures supplémentaires et complémentaires a pour but d'augmenter le nombre d'heures travaillées afin de stimuler la croissance et l'emploi ; qu'ainsi, par sa finalité, l'article 1<sup>er</sup> tend à mettre en oeuvre l'exigence résultant du cinquième alinéa du Préambule de 1946 ; **que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi déférée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie ;***

*9. Considérant, en second lieu, que, comme le rappelle le X de l'article 1er, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés et consultés par l'employeur sur l'utilisation et le volume des heures supplémentaires et complémentaires effectuées par les salariés de l'entreprise ou de l'établissement dans les conditions prévues par le code du travail ; que, par ailleurs, l'article 1er ne*

*comporte aucune dérogation aux durées maximales du travail ; que le législateur n'a donc méconnu ni les exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946 selon lesquelles : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail », ni celles du onzième alinéa selon lesquelles la Nation « garantit à tous... la protection de la santé » ;” Mais dans le cadre de la mise en oeuvre de ce principe, le législateur, comme le pouvoir réglementaire, peut choisir les modalités qui lui paraissent les plus appropriées (Cons. Constit., 18 décembre 1997, n° 97-393 DC et 12 décembre 2002, n° 2002-463 DC).*

Le Conseil constitutionnel précise aussi que le législateur, à l'occasion d'une réforme, ne doit pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles :

*6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il était loisible au législateur d'étendre à certains salariés non-cadres le régime des conventions de forfait en jours défini par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail sous réserve de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 ;(Conseil constitutionnel, 29 juillet 2005-523 DC, point 6).*

L'action du législateur doit s'inscrire dans les bornes résultant des exigences constitutionnelles :

*9. Considérant, en second lieu, que, comme le rappelle le X de l'article 1er, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés et consultés par l'employeur sur l'utilisation et le volume des heures supplémentaires et complémentaires effectuées par les salariés de l'entreprise ou de l'établissement dans les conditions prévues par le code du travail ; que, par ailleurs, l'article 1er ne comporte aucune dérogation aux durées maximales du travail ; que le législateur n'a donc méconnu ni les exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946 selon lesquelles : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail », ni celles du onzième alinéa selon lesquelles la Nation « garantit à tous... la protection de la santé » ; (Conseil constit., 16 août 2007, n° 2007-55.)*

Notre chambre s'est notamment appuyée sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 pour construire sa jurisprudence sur le forfait en jour. Ainsi, le chapeau de l'arrêt du 29 juin 2011 (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, Bull. 2011, V, n° 181), énonce d'abord que *“le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles”*.

On peut noter une convergence entre la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence européenne quant aux finalités du droit au repos :

- Le Conseil constitutionnel relève que l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 a notamment pour objet de garantir le repos et les loisirs.

- La CJUE souligne que le congé payé annuel a une double finalité, le repos, d'une part, la détente et les loisirs, d'autre part.

Cette double finalité était présente dans l'esprit du législateur lors de la généralisation des congés payés. La loi de 1936 avait d'abord pour objet de garantir le repos du travailleur et contenait déjà des dispositions de nature à garantir son effectivité, comme le caractère continu du repos de quinze jours et l'impossibilité de le remplacer par une identité, sauf en cas de rupture de la relation de travail. La loi de 1936 avait également pour objet d'assurer les droits à la détente ou aux loisirs des travailleurs. Elle a d'ailleurs accompagné et favorisé le développement du secteur du tourisme. Ainsi, en 1936, 600 000 français partiront en vacances à la mer ou à la campagne, 1 700 000 l'année suivante.

Cette double finalité est également présente dans les travaux parlementaires précédant la loi du 18 avril 1946, qui a corrigé les effets du décret du 13 avril 1940 et des lois des 31 juillet 1942 et 20 juillet 1944, en assimilant, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, les périodes d'arrêts de travail pour cause d'accident de travail ou de maladie professionnelle. Ainsi, M. Gau, rapporteur devant l'Assemblée Nationale relevait : « *tous les travailleurs ont besoin plus que jamais de leur congé intégral aussi bien pour leur santé que pour leur culture intellectuelle, artistique et morale.* »

Votre rapporteur n'a pas identifié de décision du Conseil constitutionnel relative au contenu du droit à congé payé au regard des exigences constitutionnelles.

Dans les décisions relatives à l'application de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel souligne que lors de la mise en oeuvre de ce principe, le législateur, comme le pouvoir réglementaire, peut choisir les modalités qui lui paraissent les plus appropriées (Cons. Constit., 18 décembre 1997, n° 97-393 DC et 12 décembre 2002, n° 2002-463 DC). Les législatives connues depuis 1936 sont peut-être la traduction de cette marge de manœuvre, le Conseil constitutionnel vérifiant que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie.

Notre chambre a déjà saisi le Conseil constitutionnel d'une disposition relative au droit à congé payé, à savoir l'article L. 3141-26 du code du travail qui privait le salarié de tout droit à indemnité compensatrice de congés payés en cas de licenciement pour faute lourde :

*Attendu qu'à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 18 mars 2015 par la cour d'appel de Bastia, M. [Z] a, par mémoire distinct et motivé, demandé à la Cour de cassation de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité suivante :*

*« L'alinéa 2 de l'article L. 3141-26 du code du travail prévoyant que l'indemnité compensatrice du droit acquis aux congés est due sauf en cas de licenciement pour faute lourde est-il contraire à "l'article 11" du préambule de la Constitution de 1946 disposant que la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ? »*

*Attendu que la disposition contestée est applicable au litige, lequel concerne notamment le droit à indemnité compensatrice de congés payés réclamée par le salarié ;*

*Qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;*

***Que la question posée présente un caractère sérieux en ce que l'article L. 3141-26, alinéa 2, du code du travail prévoit un cas de perte de jours de***

***congés payés sans lien avec les règles d'acquisition ou d'exercice de ces droits au repos ;***

*D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;*

**PAR CES MOTIFS :**

*RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ; (Soc., 2 décembre 2015, pourvoi n° 15-19.597, Bull. 2015, V, n° 244)*

Par décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016, le Conseil constitutionnel a jugé que *“ Les mots « dès lors que la rupture du contrat de travail n'a pas été provoquée par la faute lourde du salarié » figurant au deuxième alinéa de l'article L. 3141-26 du code du travail sont contraires à la Constitution.”* Cette décision a toutefois été rendue sur un moyen relevé d'office par le Conseil, tiré de la violation du principe d'égalité, cette cause d'exclusion de l'indemnité compensatrice de congé payé en cas de licenciement pour faute lourde n'existant pas lorsque le salarié appartient à une entreprise relevant d'une caisse de congés payés. Le Conseil constitutionnel n'a donc pas statué en application du paragraphe 11 du Préambule de la Constitution de 1946 sur lequel s'appuyait la QPC.

Le mémoire en défense soutient que cette QPC n'est pas sérieuse et s'oppose à son renvoi au Conseil constitutionnel.

#### **4.2.4. - Le principe d'égalité devant la loi**

Le principe d'égalité résulte de l'article 6 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel la loi *« doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »*. Le Conseil constitutionnel en tire la règle selon laquelle *« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »* C. Constit. 4 juillet 1989, n° 89-254 DC, cons. 18).

Pour une illustration plus récente :

*7. Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.* (Conseil. Constit 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC).

Pour une absence de différence de traitement :

*15. En permettant à un employeur de licencier un salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail résultant de l'application d'un accord de préservation et de développement de l'emploi, le législateur a placé dans la même situation juridique l'ensemble des salariés refusant cette modification. Il n'a donc pas établi de différence de traitement entre eux. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit donc être écarté.* (Cons. Constit. 21 décembre 2018, décision n° 2018-776 DC).

Pour une différence de traitement justifiée :

28. *En application de l'article L. 3121-44 du code du travail, un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche, peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine.*

29. *Selon l'article L. 3121-45, à défaut d'accord mentionné à l'article L. 3121-44, l'employeur peut mettre en place une répartition sur plusieurs semaines de la durée du travail, dans la limite de neuf semaines pour les entreprises employant moins de cinquante salariés et de quatre semaines pour les entreprises de cinquante salariés et plus.*

30. *Les dispositions contestées créent, en ce qui concerne l'aménagement de la répartition du temps de travail, **une différence de traitement entre les entreprises n'ayant pas conclu une convention ou un accord collectifs selon qu'elles emploient moins de cinquante salariés ou cinquante salariés et plus.***

31. *Toutefois, d'une part, ainsi que cela ressort d'ailleurs des travaux préparatoires, la présence de représentants des salariés, qui est requise pour la négociation d'un accord ou d'une convention collectifs, est plus fréquente dans les entreprises de cinquante salariés, lesquelles peuvent d'ailleurs disposer d'un comité d'entreprise dans les conditions prévues à l'article L. 2322-2 du code du travail et de délégués syndicaux désignés dans les conditions prévues à l'article L. 2143-3 du même code. Ces entreprises sont donc dans une situation différente de celle des entreprises de moins de cinquante salariés au regard de la possibilité de recourir à la négociation collective.*

32. *D'autre part, en prévoyant une période maximale pour l'aménagement du temps de travail plus longue pour les entreprises de moins de cinquante salariés, en l'absence de convention ou d'accord collectifs, le législateur a souhaité permettre l'aménagement de la répartition du temps de travail dans ces entreprises. Il a tenu compte de leur plus grande difficulté d'accès à la négociation collective, tout en limitant la durée sur laquelle l'aménagement du temps de travail est possible en l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord. **Il a ainsi retenu un critère en adéquation avec l'objet de la loi.***

33. *Il résulte de ce qui précède que la différence de traitement instituée par l'article L. 3121-45 du code du travail ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi. Cet article, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit donc être déclaré conforme à la Constitution. (Cons. Constit 15 septembre 2017, décision n° 2017-653 QPC)*

29. *En imposant aux seuls réseaux d'exploitants liés par un contrat de franchise la mise en place d'une instance de dialogue regroupant les salariés de ces différents exploitants, à l'exclusion des autres formes juridiques de réseaux commerciaux, le législateur a traité différemment des situations différentes. En effet, les caractéristiques des contrats de franchise conduisent à ce que l'encadrement des modalités d'organisation et de fonctionnement des entreprises franchisées puisse avoir un impact sur les conditions de travail de leurs salariés. Cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi tendant à prendre en compte, par la création d'une instance de dialogue social, l'existence d'une communauté d'intérêt des salariés des réseaux de franchise. Par suite, les dispositions de l'article 64 ne méconnaissent pas le principe d'égalité.*

*(Cons. Constit, 4 août 2016, n° 2016-736 DC).*

Les auteurs de la proposition de loi, qui aboutira à la loi du 18 avril 1946, assimilant, dans la limite d'une durée d'un an interrompue, à du temps de travail effectif les arrêts de travail consécutifs à un accident de travail ou à une maladie professionnelle, soulignaient la différence de traitement entre le congé principal, subordonné à un travail effectif, et le congé supplémentaire, accordé par tranche d'ancienneté de cinq ans, qui n'était pas affecté par les périodes d'arrêt de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

L'exposé des motifs de la proposition de loi énonce :

*“Mesdames, messieurs, l'article 54 G du chapitre 4 ter du livre II du code du travail indique que, pour la détermination du congé annuel, les périodes de congé payé, les périodes de repos des femmes en couches sont considérées comme périodes de travail effectif. Les arrêts du travail dus aux accidents du travail et aux maladies professionnelles entraînent par contre une réduction de la durée du congé annuel légal pour les travailleurs.*

*Ces dispositions restrictives de l'article 54 G peuvent être très préjudiciables à la santé des travailleurs qui ont besoin de leur congé intégral quels que soient les arrêts de travail qu'ils ont été obligés de subir contre leur volonté pendant l'année précédant la période des congés. **Il n'est pas juste que les périodes pendant lesquelles le contrat de travail a été suspendu pour des raisons indépendantes de la volonté du salarié, telles que la maladie ou les accidents du travail, entraînent une réduction de la durée du congé. D'ailleurs, pour le calcul du congé supplémentaire auquel le salarié a droit par période de cinq ans de service chez le même employeur, les absences causées par la maladie et les accidents du travail comptent comme période de travail effectif pour l'appréciation du droit du salarié au congé supplémentaire. On ne voit pas les raisons valables d'établir une différence pour le calcul des jours du congé supplémentaire et du congé annuel légal.***

Ces arguments étaient repris par M. Gau, rapporteur devant l'Assemblée Nationale :

*“Ces dispositions nous paraissent injustes, car tous les travailleurs ont besoin plus que jamais de leur congé intégral aussi bien pour leur santé que pour leur culture intellectuelle, artistique et morale. S'ils sont victimes d'une maladie professionnelle ou d'un accident de travail, c'est évidemment contre leur gré et il ne faut pas les frapper une deuxième fois en réduisant leur congé annuel.*

***D'ailleurs, quand il s'agit de calculer le congé supplémentaire auquel le salarié a droit par période de cinq ans de service chez le même employeur, on ne tient pas compte des absences causées par la maladie et les accidents du travail, il est logique d'adopter les mêmes dispositions pour le calcul du congé annuel légal.”***

La loi du 11 avril 1946 avait donc pour objet de supprimer, au profit des victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, une différence de traitement entre les conditions du congé principal et celles, moins restrictives, du congé supplémentaire. Les travaux parlementaires ne permettent pas d'expliquer pourquoi cette mesure n'a pas été étendue aux maladies non-professionnelles :

Ces dispositions sont devenues l'actuel article L. 3141-5 5° du code du travail.

Au regard du principe d'égalité, la question est donc de savoir :

- si les salariés en arrêt de travail pour une maladie non-professionnelle sont dans la même situation que ceux en situation d'arrêt de travail en raison d'un accident de travail ou une maladie professionnelle
- si l'article L. 3141-5 5° organise une dérogation au profit des salariés en situation d'arrêt de travail en raison d'un accident de travail ou une maladie professionnelle qui serait justifiées par des raisons d'intérêt général
- si la différence de traitement éventuellement retenue est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit

Le Conseil constitutionnel a déjà mobilisé le principe d'égalité devant la loi pour examiner une QPC portant sur une disposition légale relative au congé. Ainsi, c'est en raison d'une atteinte à ce principe d'égalité que le Conseil constitutionnel a abrogé un membre de phrase de l'article L. 3141-26 du code du travail, qui prévoyait la perte des droits à congé payé en cas de licenciement pour faute lourde :

*5. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ;*

*6. Considérant qu'en vertu des dispositions contestées, le salarié licencié pour faute lourde est privé de l'indemnité compensatrice de congé payé ; que, toutefois, cette règle ne s'applique pas lorsque l'employeur est tenu d'adhérer à une caisse de congés ; que l'article L. 3141-30 du même code prévoit que des décrets déterminent les professions pour lesquelles l'application des dispositions relatives aux congés payés prend la forme d'une adhésion de l'employeur à une caisse de congés et que ces dispositions concernent en particulier les salariés qui ne sont pas habituellement occupés de façon continue chez un même employeur au cours de la période reconnue par l'employeur pour l'appréciation du droit au congé ;*

***7. Considérant que les salariés qui n'ont pas encore bénéficié de l'ensemble des droits à congé qu'ils ont acquis lorsqu'ils sont licenciés se trouvent placés, au regard du droit à congé, dans la même situation ; que, par suite, en prévoyant qu'un salarié ayant travaillé pour un employeur affilié à une caisse de congés conserve son droit à indemnité compensatrice de congé payé en cas de licenciement pour faute lourde, alors que tout autre salarié licencié pour faute lourde est privé de ce droit, le législateur a traité différemment des personnes se trouvant dans la même situation ;***

*8. Considérant qu'il résulte des travaux parlementaires que, d'une part, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu prendre en compte la gravité de la faute ayant justifié le licenciement ; que, d'autre part, en adoptant les dispositions des articles L. 3141-28 et L. 3141-30, le législateur a entendu régler de façon spécifique le régime de gestion des droits à congé payé des salariés exerçant une activité discontinuée chez une pluralité d'employeurs afin de garantir l'effectivité de leur droit à congé ;*

***9. Considérant que, la différence de traitement entre les salariés licenciés pour faute lourde selon qu'ils travaillent ou non pour un employeur affilié à une caisse de congés est sans rapport tant avec l'objet de la législation relative aux caisses de congés qu'avec l'objet de la législation relative à la privation de l'indemnité compensatrice de congé payé ; que, par suite, les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant la loi ; que, sans qu'il soit***

*besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution ;*

*10. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ;*

*11. Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité des mots « dès lors que la rupture du contrat de travail n'a pas été provoquée par la faute lourde du salarié » figurant au deuxième alinéa de l'article L. 3141-26 du code du travail prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans toutes les instances introduites à cette date et non jugées définitivement, (Conseil Constit, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC).*

Notons que dans cette décision, le Conseil constitutionnel a examiné la situation des situations soumises **au regard du droit à congé**.

Le mémoire en défense soutient que cette QPC n'est pas sérieuse et s'oppose à son renvoi au Conseil constitutionnel.