

*Les congés payés après les arrêts de la  
chambre sociale de la cour de cassation  
du 13 septembre 2023*

27 novembre 2023

*Michel Miné, Professeur du Cnam, Avocat à la Cour  
Ève Ouanson, Avocate à la Cour  
François Pinatel, Avocat aux Conseils*

## Plan

- I. Le droit aux congés payés. Que dit le droit de l'Union européenne ?
- II. Rappel du droit français
- III. Exposé des règles issues des arrêts du 13 septembre 2023 : des certitudes et des zones d'ombre
- IV. Les perspectives



I. Le droit aux congés payés. Que dit le droit de l'Union européenne ?

# Droit de l'Union européenne - Droits nationaux

- *Traité de l'Union européenne*

## Article 4

§ 3. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.

**Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.**

Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.

- *Constitution, art. 88-1*

<b>Compétences exclusives de l'UE</b>			
<b>Compétences partagées UE &amp; États</b>  <b>« Politique sociale »</b> <b>TFUE,</b> <b>art. 151 et s.</b>	<b>L'Union et les États membres ont pour objectifs (...) l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès (...)</b>	<i><b>En vue de réaliser les objectifs l'Union soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants</b></i>	<b>a) l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs; b) les conditions de travail; (...)</b>
<b>Compétences des États-membres</b>			

# Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE)

**La Charte a la même valeur que les Traités (TUE, art. 6)**

## **Article 31 Conditions de travail justes et équitables**

1. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité.
2. *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*.

**Droit aux congés payés = Droit fondamental (CJUE)**

**Acte Unique de 1986**

**Directive 89/391 du 12 juin 1989 « mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail »**

**Directives n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 et n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 « concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail »**

## **Article 7 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.

# Jurisprudence de la CJUE (CJCE) sur l'article 7 (Directives 2003/1993)

C.J.U.E. 22 sept. 2022, C-120/21,  
C.J.U.E. 13 janv. 2022, C-514/20,  
[C.J.U.E., 9 décembre 2021, n° C-217/20](#) ,  
C.J.U.E., 25 nov. 2021, C-514/20,  
[C.J.U.E., 25 juin 2020, C 762/18 et C 37/19](#) ,  
[C.J.U.E., 4 juin 2020, C-588/18](#),  
[C.J.U.E., 19 novembre 2019, Aff. n° C-609/17 et C-610/17](#) ,  
**C.J.U.E., 6 novembre 2018, C-684/16 et C.J.U.E., 6 novembre 2018, C-569/16 et C-570/16**,  
[C.J.U.E., 4 octobre 2018, Aff. n° C-12/17](#),  
[C.J.U.E., 29 novembre 2017, Aff. n° C-214/16](#),  
[C.J.U.E., 26 mars 2015, Aff. n° C-316/13](#),  
[C.J.U.E., 21 février 2013, Aff. n° C-194/12](#),  
[C.J.U.E., 21 juin 2012, Aff. n° C-78/11](#),  
[C.J.U.E., 3 mai 2012, Aff. n° C-337/10](#),  
**C.J.U.E., 24 janvier 2012, C-282/10**,  
[C.J.U.E., 22 novembre 2011, Aff. n° C-214/10](#),  
C.J.U.E. 22 avril 2010, C- 486/18,  
[C.J.U.E., 10 septembre 2009, Aff. n° C-277/08](#),  
**C.J.U.E., 20 janvier 2009, C- 350/06 et C-520/06**,  
C.J.U.E. 6 avril 2006, C-124/05  
C.J.U.E. 16 mars 2006, [C-131/04](#) et C-257/04  
C.J.C.E. 18 mars 2004, *Merino Gómez*, C-42/401  
C.J.C.E. 26 juin 2001, C-173/99

**CJUE, Grande chambre, 20 janvier 2009, Gerhard Schultz-Hoff contre Deutsche Rentenversicherung Bund (C- 350/06) et Stringer e.a. contre Her Majesty's Revenue and Customs (C-520/06)**

la *finalité du droit au congé annuel payé* :

« permettre au travailleur de se reposer » et

« disposer d'une période de détente et de loisirs »

« 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. »

« s'agissant de travailleurs en congé de maladie dûment prescrit, le droit au congé annuel payé conféré par la directive 2003/88 elle-même à tous les travailleurs (...) ne peut pas être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit État. »

Les travailleurs absents pour une cause de *maladie, situation imprévisible et indépendante de leur volonté*, ne sauraient être exclus du droit aux congés payés

Le droit aux congés payés est un « *droit fondamental* » de « *tout travailleur* »

*des dispositions nationales, telles que des conventions collectives, peuvent limiter, le cumul des droits à congés payés*

- « ladite période doit notamment garantir au travailleur de pouvoir disposer, au besoin, de périodes de repos susceptibles d'être échelonnées, planifiables et disponibles à plus long terme. »
- « *Toute période de report doit dépasser substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée.* »

**CJUE, G.C., 24 janv. 2012, C-282/10, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre***

*1) le juge national est tenu d'interpréter le droit national « à la lumière » du droit européen (directive et jurisprudence) pour atteindre le résultat fixé par ce droit - limite : interprétation contra legem du droit national*

*2) dans les organismes relevant de l'État, employeur ou autorité publique, le juge national écarte les dispositions nationales contraires au droit européen, clair, précis et inconditionnel, et applique le droit européen*

*3) à défaut, le travailleur lésé par la non-conformité du droit national au droit de l'Union peut obtenir réparation du dommage subi (engagement de la responsabilité de l'État - défaut de transposition correcte du droit de l'UE)*

# Application du droit de l'UE dans les entreprises assurant un service public

- ***Soc. 3 juill. 2012, n° 08-44.834, Mme Maribel X... c/ CICOA, B.***

*« pour l'ouverture du droit au congé annuel payé, l'absence du travailleur pour cause d'accident de trajet doit être assimilée à l'absence pour cause d'accident du travail »*

- ***Soc. 22 juin 2016, n° 15-20.111, SASU Transdev Reims, B.***

- ***Soc. 21 sept. 2017, n° 16-24.022, RATP, FS-P+B+R+I***

*« 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 »*

# Application impossible du droit de l'UE dans les entreprises n'assurant pas un service public

- ***Soc. 13 mars 2013, n° 11-22.285, B***

*« 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 »*

- ***Cour de cassation, Rapport annuel 2013***

*« la limite de l'interprétation conforme est atteinte en matière d'arrêts maladie non professionnels »*

*La Cour propose donc « de modifier l'article L. 3141-5 du code du travail afin d'éviter une action en manquement contre la France et des actions en responsabilité contre l'État du fait d'une mise en œuvre défectueuse de la directive »*

# Application impossible du droit de l'UE dans les entreprises n'assurant pas un service public - action en responsabilité de l'État

○ *TA Clermont-Ferrand, 6 avril 2016, Goodyear Dunlop Tires France, N° 1500608*

- « *M. C...peut se prévaloir des stipulations de l'article 7 de la directive 2003/88/CE (...), ces stipulations, du fait de l'absence de leur transposition dans le droit national, n'ont pu faire naître aucune obligation à l'endroit de son employeur, personne morale de droit privé* »

- « *la réduction des droits à congé de M. C. (...) lui crée un préjudice dont l'absence de transposition de la directive 2003/88/CE est directement à l'origine* »

- « *le requérant, ainsi dépourvu de toute chance sérieuse d'obtenir le rétablissement de son droit à congé annuel par les juridictions judiciaires, est fondé à demander à engager la **responsabilité de l'Etat du fait de l'inconventionnalité de l'article L 3141-5 du code du travail*** »

○ *CAA Versailles, 17 juill. 2023, n° 22VE00442, CGT et autres*

« *les dispositions du 5° de l'article L. 3141-5 du code du travail sont (...) incompatibles avec l'article 7 de la directive 2003/88/CE, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne* »

## **C.J.U.E., 6 novembre 2018, C-684/16 et C.J.U.E., 6 novembre 2018, C-569/16 et C-570/16**

○ *La CJUE se fonde directement sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, renforçant ainsi l'intensité du droit aux congés payés = droit fondamental*

« *Le droit à une période de congés annuels payés, consacré (...) par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, revêt ainsi, quant à son existence même, un caractère tout à la fois impératif et inconditionnel* »

« *ladite disposition se suffit à elle-même pour conférer aux travailleurs un droit invocable en tant que tel, dans un litige qui les oppose à leur employeur dans une situation couverte par le droit de l'Union* »

« *Dans l'hypothèse où il serait impossible d'interpréter la réglementation nationale (...) de manière à en assurer la conformité avec l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, il incombera ainsi à la juridiction de renvoi (...) d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant de ladite disposition et de garantir le plein effet de celle-ci en laissant au besoin inappliquée ladite réglementation nationale* »

○ *Cour de cassation, Rapport 2018*

« (...) la Cour de justice de l'Union européenne vient de reconnaître l'effet direct horizontal de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux (...) »

## **Soc. 13 septembre 2023, n° 22-17.340, FP-B+R**

« 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 ; CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10). »

« 11. Par arrêt du 6 novembre 2018 (...), 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*.

(...) cette obligation s'impose à la juridiction nationale (...) *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*. »

(« Le droit aux congés payés enfin rénové », *Revue de droit du travail* Oct. 2023)

# **MOOC *Droit européen du travail***

**Avril-mai 2024 (6ème session actualisée)**

**<https://www.fun-mooc.fr/fr/cours/droit-europeen-du-travail/>**

## II. Rappel du droit français

# La position de principe tenue par la France

La position de la France fait référence au temps de travail effectif pour acquérir des congés payés.

La construction de la législation française sur l'acquisition des droits à congés payés est fondée sur l'idée que le repos et les loisirs sont un droit pour le salarié qui a travaillé ; libérer ce temps et le rémunérer est une obligation pour l'employeur qui a bénéficié de la force de travail.

La **position de principe du Droit communautaire** est bien différente : elle tend à attacher davantage le droit à congés payés à la qualité de travailleur et relègue au second plan la question de l'exercice effectif d'une activité.

## 2.1. LA NON-CONFORMITÉ AU DROIT EUROPÉEN

# **La réticence des pouvoirs publics français à conformer le Droit national au Droit européen**

Les pouvoirs publics refusent de se mettre en conformité avec le droit européen et restent sur leur position de principe.

# La réticence des pouvoirs publics français à conformer le Droit national au Droit européen

## ✓ Un refus délibéré aux suggestions de la Cour de cassation

La Cour de cassation a interpellé à plusieurs reprises les Pouvoirs Publics à l'occasion de ses rapports annuels des années 2013 à 2019 pour modifier la législation en vigueur afin que celui-ci soit conforme à la directive de 2003 et la jurisprudence européenne.

PLUS PRÉCISÉMENT →

→ Rapport annuel de l'**année 2013** : « *il est proposé de modifier l'article L. 3141-5 du code du travail afin d'éviter une action en manquement contre la France et des actions en responsabilité contre l'Etat du fait d'une mise en œuvre défectueuse de la directive* » et « *pour se mettre en conformité avec le droit communautaire* ».

→ De **2014 à 2019**, la Cour de cassation suggérait une modification du Code du travail.

→ Le **rapport de la Cour de cassation de 2016** : mise en exergue du fait que les salariés français ne se voyaient pas appliquer les mêmes règles d'acquisition de droit à congés payés, selon que leur employeur répond ou non à la définition d'entité publique au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Cass, Soc., 22 juin 2016, n°15-20.111.

→ La **Direction générale du travail**, compétente sur cette question de modification du code du travail a été sollicitée, notamment en **2017** et n'a pas donné de réponse.

# La réticence des pouvoirs publics français à conformer le Droit national au Droit européen

- ✓ Une vive incitation des juridictions administratives de se conformer au Droit européen en matière de congés payés
  - TA de Clermont-Ferrand, 6 avril 2016, n° 1500608
  - CAA Versailles 17 juillet 2023, n° 22VE00442 :

## 2.2. Fonctionnement des congés payés en France

# Comment et quand acquérir des congés payés ?

**Principe** – Le salarié acquiert des droits à congé dès le premier jour de travail effectif.

L'article L. 3141-3 du Code du travail :

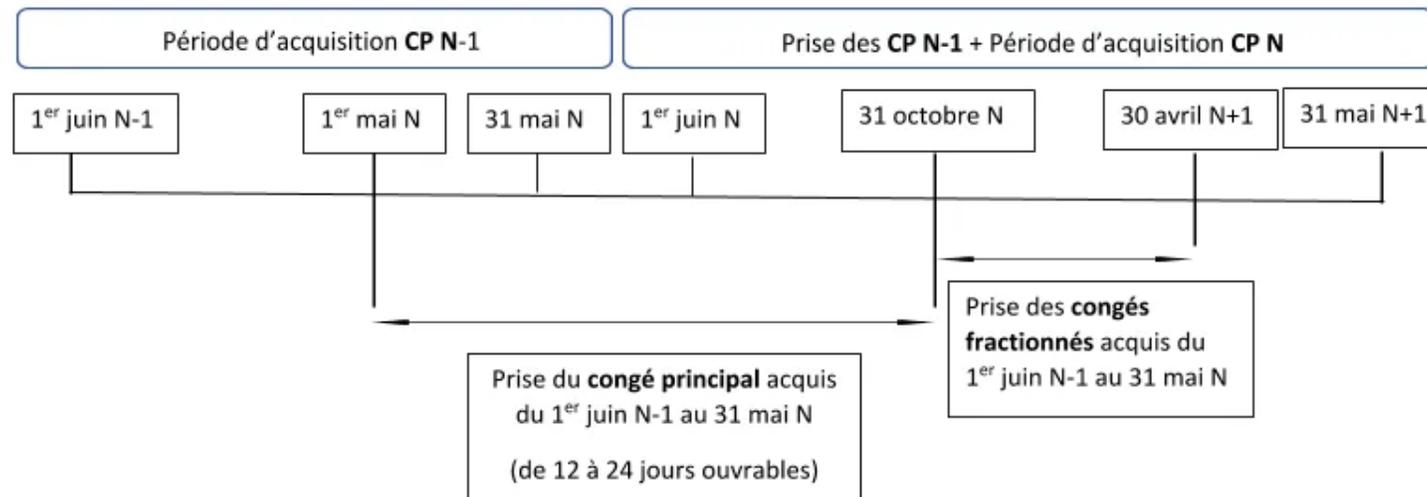
*« Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur.*

*La durée totale du congé exigible ne peut excéder trente jours ouvrables ».*

# Comment et quand acquérir des congés payés ?

**Période de référence** – 1<sup>er</sup> juin de l'année précédente au 31 mai de l'année en cours. **L. 3141-13 du Code du travail.**

## Récapitulatif de l'acquisition des congés payés



# Quelle est l'incidence d'événements extérieurs (par exemple la maladie) ?

En principe, ce sont les périodes de travail effectif qui ouvrent droit à l'acquisition de jours de congés payés.

En conséquence, toutes les absences assimilées à du temps de travail effectif sont prises en compte dans le calcul du nombre de jours de congés payés acquis par le salarié.

Néanmoins, si l'absence ne constitue pas du temps de travail effectif, ou n'est pas assimilé comme tel, alors le nombre de jours de congés payés acquis peut être diminué.

**Périodes assimilées à du travail effectif – [Article L. 3141-5 du Code du travail](#)**

# Quelle est l'incidence d'événements extérieurs (par exemple la maladie) ?

Périodes non assimilées à du travail effectif (sauf convention collectif plus favorable) :

- Les absences pour maladie non professionnelle ;
- Les absences pour maladie professionnelle supérieures à un an ;
- Les périodes de chômage partiel (Cass. soc., 19 févr. 1992, n° 88-42.632 ; Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 95-44.093) ;
- Les jours de grève ;
- Les jours fériés chômés (Circ. min. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000) ;
- Le congé parental ;
- Les congés pour enfants malades ;
- Et de façon générale toute absence non assimilée à du travail effectif par la convention collective.

**Seul garde-fou prévu par le législateur** : « *L'absence du salarié ne peut avoir pour effet d'entraîner une réduction de ses droits à congé plus que proportionnelle à la durée de cette absence* » – **Article L. 3141-6 du code du travail.**

# Quelle est l'incidence d'événements extérieurs (par exemple la maladie) ?

**Le report des congés doit faire l'objet d'un accord entre l'employeur et le salarié.**

Par exception, il existe un régime spécifique de report des congés dans certaines situations :

- ✓ **En cas de congé maternité ou d'adoption**, le salarié a droit au report de ses jours de congés acquis et non pris (art L.3141-2 du Code du travail) ;
- ✓ En cas d'**arrêt maladie**, il convient de distinguer :
  - Si la maladie est intervenue **avant** le départ : report après la date de reprise du travail (Cass. Soc., 24 février 2009, 07-44.488) ;
  - Si la maladie intervient **pendant** les congés : l'employeur non tenu d'accepter une demande de report.

## III. Exposé des règles issues des arrêts du 13 septembre 2023

Il découle des **arrêts du 13 septembre 2023**, les trois nouvelles règles prétoriennes suivantes :

- Les salariés malades ou accidentés auront droit à des congés payés sur leur période d'absence, même si cette absence n'est pas liée à un accident de travail ou à une maladie professionnelle ;
- En cas d'accident du travail, le calcul des droits à congé payé ne sera plus limité à la première année de l'arrêt de travail ;
- La prescription du droit à congé payé ne commence à courir que lorsque l'employeur a mis son salarié en mesure d'exercer celui-ci en temps utile.

Si ces nouvelles règles permettent d'avoir des certitudes, de nombreuses zones d'ombre persistent.

## 3.1. LES CERTITUDES

# La certitude de l'acquisition des congés payés en période de suspension du contrat de travail sans limitation de durée

Les juges retiennent que :

- **Pourvois n° 22-17.340 à 22-17.34** : Les salariés atteints d'une maladie non professionnelle ont le droit d'acquérir des jours de congé payé.
- **Pourvoi n° 22-17.638** : Les salariés victimes d'un accident du travail doivent bénéficier d'une indemnité de congés payés pour toute la période de suspension du contrat de travail, et non pas pour une période maximum d'un an.

→ **Donc**, le salarié acquiert des congés payés sur toute la période de la suspension de son contrat de travail en raison d'un arrêt maladie.

- La Cour de cassation s'appuie sur :
- ✓ La notion de **principe essentiel du droit social** de l'Union européenne pour le droit aux congés payés : CJUE, 6 novembre 2018, aff. C-569/16 et 570/16, Bauer ;
- ✓ Le fait que le droit au congé annuel payé conféré par la 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, arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff, C-350/06, point 41 ; CJUE, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10, point 20).
- ✓ Le fait 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, § 2, de la Charte des droits fondamentaux, **la juridiction nationale doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée** CJUE, 6 novembre 2018, aff. C-569/16 et 570/16, Bauer
- ✓ La Charte a **vocation à être appliqué dans toutes les situations régies par le droit de l'Union et notamment dans les litiges opposant deux particuliers** CJUE, gde ch., 6 novembre 2018, aff. C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften et CJUE, 6 novembre 2018, aff. C-569/16 et 570/16, Bauer

# La certitude des nouvelles règles applicables en matière de prescription

Les juges retiennent que :

**Pourvoi n° 22-10.529** : La prescription ne peut courir à compter de la fin de la période au cours de laquelle les congés auraient pu être pris, que si l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement afin d'assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé payé.

→ Si l'employeur n'est pas en mesure de justifier avoir accompli les diligences qui lui incombent pour que le salarié puisse effectivement exercer son droit à congé payé, les droits du salarié ne sont pas prescrits, le délai n'ayant pas débuté !

- La Cour de cassation s'appuie sur :
  - ✓ La notion de **principe essentiel du droit social** de l'Union européenne pour le droit aux congés payés : CJUE, 6 novembre 2018, aff. C-569/16 et 570/16, Bauer ;
  - ✓ Le fait que **l'employeur ne puisse invoquer sa propre défaillance** pour supprimer le droit aux congés payés : CJUE, 22 septembre 2022, aff. C-120/21, LB ;
  - ✓ Et sa propre jurisprudence sur **la nécessité pour l'employeur d'avoir pris les mesures pour assurer la possibilité d'exercer effectivement le droit aux congés** : Cass. Soc. 13 juin 2012, n°11-10.929, BC V n°187 ; Cass. Soc. 21 septembre 2017, n°16-18.898, FSPB.

## 3.2. LES ZONES D'OMBRE

# Les zones d'ombre relatives à la date d'acquisition des droits et l'application dans le temps

- Si l'on part du postulat que la prescription n'aurait jamais couru, il convient de déterminer à compter de quand les salariés concernés pourraient invoquer leur droit à congés – la France, qui s'est refusée à transposer le droit de l'Union européenne, n'ayant par ailleurs fixé aucune limite au report, de sorte que le droit à acquisition des congés payés est illimité.
- Quatre thèses sont à cet égard pour l'instant défendues :
- Les droits courent à compter des arrêts de la Cour de cassation – thèse extrêmement fragile dans la mesure où les arrêts de la Cour de cassation ne font pas constater un droit préexistant
- Les droits courent à compter de l'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018 (Bauer et Willmeroth, C-569/16 et C-570/16) ayant reconnu l'effet direct horizontal de l'article 7, § 1, de la directive 2003/88/CE, tel qu'interprété à la lumière de l'article 31, § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
- Les droits courent à compter de l'arrêt de la CJUE du 24 janvier 2012 (Dominguez, C-282/10) ayant affirmé pour la première fois la contrariété du droit français au droit de l'Union européenne
- Les droits courent à compter du 1er décembre 2009, date d'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – thèse du Doyen Jean-Guy Huglo et donc aujourd'hui la plus couramment admise

# Les zones d'ombre relatives à la 5<sup>ème</sup> semaine de congés payés : divergence possible avec le Conseil d'Etat

La directive ne prévoit de droits à congés payés que sur 4 semaines

- Les arrêts du 13 septembre 2023 semblent indiquer que la règle serait le maintien de la 5<sup>ème</sup> semaine de congés payés, y compris pendant les périodes de suspension du contrat de travail
  - Cependant : divergence de jurisprudence avec le Conseil d'Etat qui applique la directive aux agents de droit public mais uniquement dans la limite de 4 semaines, quel que soit par ailleurs le régime statutaire dont ils relèvent (ex : CE 22 juin 2022, req. n° 443053)
  - Déclarations d'Olivier Dussopt : on s'orienterait vers la même solution que dans le secteur public, soit 4 semaines de congés payés seulement en période de suspension du contrat de travail
- ✓ Attention : la loi, si elle est adoptée, ne devrait jouer que pour l'avenir, de sorte que la question resterait ouverte pour le passé

# Les zones d'ombre relatives au report des congés payés

- ✓ Le principe en droit européen: pour les salariés malades absents sur plusieurs périodes d'acquisition de congés payés, la CJUE a admis qu'un salarié en incapacité de travail durant plusieurs années consécutives, empêché par le droit national de prendre son congé annuel payé durant ladite période, ne saurait cumuler de manière illimitée des droits au congé annuel payé acquis durant cette période. Elle en a déduit qu'il était possible de prévoir une période de report des congés au terme de laquelle ceux-ci pourraient être perdus, à la condition que cette période de report dépasse substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée (CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10) . Ainsi, une période de report de quinze mois a été jugée conforme au droit de l'Union , alors qu'une période de neuf mois est jugée insuffisante (CJUE, 3 mai 2012, Neidel, C-337/10)

Dans un arrêt du 9 novembre 2023 (Keolis Agen, aff. C-271/22 à C-275/22) rendu sur question préjudicielle d'une juridiction française, la CJUE a jugé qu'en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88 :

1°) Il incombe aux États membres de définir les conditions d'exercice du droit au congé annuel payé et, à ce titre, d'instituer des limites temporelles au report de ce droit lorsque cela s'avère nécessaire pour que la finalité de ce droit ne soit pas méconnue, et ce dans le respect des exigences de l'article 52, paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux

2°) ce même article ne fait pas obstacle à ce qu'une législation et/ou pratique nationale permette de faire droit à des demandes de congé annuel payé introduites moins de quinze mois après la fin de la période de référence en cause et limitées aux seuls droits acquis et non exercés, en raison d'un arrêt de travail pour maladie de longue durée, pendant deux périodes de référence consécutives.

Ces principes s'appliquent aux salariés en maladie de manière continue sur plusieurs périodes mais pas aux salariés absents sur une partie seulement ou sur un exercice entier uniquement (CJUE, arrêt du 22 septembre 2022, aff. C-518/20)

- ✓ En droit français, en l'état actuel, une telle période de report au-delà de laquelle les congés payés non pris sont perdus, n'est pas prévue.

La Cour de cassation a déjà jugé qu'il n'appartenait pas au juge de fixer la période de report de congés payés au-delà de laquelle les congés non pris seraient perdus ; que cette prérogative appartient au droit interne (Cass. Soc. 21 septembre 2017, n°16-24.022)

A l'inverse, le Conseil d'Etat estime qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant une période de report des congés payés qu'un agent s'est trouvé, du fait d'un congé maladie, dans l'impossibilité de prendre au cours d'une année civile donnée, le juge peut en principe considérer, afin d'assurer le respect des dispositions de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 précitée, que ces congés peuvent être pris au cours d'une période de quinze mois après le terme de cette année (Avis du Conseil d'Etat du 26 avril 2017 n° 406009)

# Les zones d'ombre relatives au report des congés payés

La CJUE a admis qu'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 cumuler de manière illimitée des droits au congé annuel payé acquis durant cette période. Elle en a déduit **qu'il était possible de prévoir une période de report des congés au terme de laquelle ceux-ci pourraient être perdus, à la condition que cette période de report dépasse substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée** (CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10)

**Arrêt du 9 novembre 2023 aff. C-271/22 à C-275/22** (rendu sur une question préjudicielle)= Une décision qui vient synthétiser les prises de position de la CJUE dans de multiples affaires :

- ✓ **Effet direct de l'article 31, paragraphe 2 de la Charte** des droits sociaux fondamentaux, peu important que l'employeur soit une entreprise privée, titulaire d'une délégation de service public ;
- ✓ **La durée du report applicable au droit au congé annuel payé relève des états membres ;**
- ✓ **Les limitations possibles au droit au congé annuel payé.**

CE, avis, 26 avril 2017, no 406009, publié au Recueil Lebon

## IV. Les perspectives

## 4.1. L'INTERVENTION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LA QPC TRANSMISE AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL : LA POSSIBLE MODULATION DANS LE TEMPS DE L'ABROGATION

# L'intervention du Conseil constitutionnel et la QPC transmise au Conseil constitutionnel : la possible modulation dans le temps de l'abrogation

✓ Par un arrêt du 15 novembre 2023 (n° 23-14.806), la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel les deux QPC 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 1er 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 ?

✓ Perspectives possibles :

- première hypothèse : conformité avec ou sans réserve d'interprétation – nous restons en l'état de la jurisprudence du 13 septembre 2023, avec éventuellement quelques indications supplémentaires en cas de réserve
- deuxième hypothèse : non-conformité et abrogation – le législateur doit intervenir dans le respect du droit de l'Union européenne et des droits et libertés garantis par la Constitution française
- troisième hypothèse : non-conformité et modulation dans le temps des effets de l'abrogation – on fixe un délai au législateur pour intervenir. Difficultés de conciliation avec les obligations résultant du droit européen (caractère inédit de la situation)

Délai de jugement du Conseil constitutionnel : 3 mois, soit avant le 15 février 2024, plus probablement fin janvier 2024

## 4.2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

# LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

- ✓ Responsabilité de l'Etat du fait des lois : jurisprudence *Gardedieu* (CE, ass., 8 févr. 2007, M. Gardedieu) et *Société hôtelière Tour Eiffel Suffren* (CE ass. 24 décembre 2019) – il existe un régime de responsabilité sans faute (ou pour faute présumée) en cas de méconnaissance par l'Etat des obligations découlant de la hiérarchie des normes et/ou des engagements internationaux de la France
- ✓ Difficultés possibles de mise en œuvre : l'effet direct horizontal depuis 2018 et l'identité des bénéficiaires des droits conférés par le droit de l'Union européenne – il s'agit des salariés et non des entreprises, dont la DGT soutient qu'elles ne subissent pas de préjudice
- ✓ Arguments en faveur de la responsabilité de l'Etat : l'écran du code du travail et l'absence de droits directement invocables avant 2018 au moins et plus probablement avant le 13 septembre 2023
- ✓ conseils pratiques de mise en œuvre : attendre une décision définitive du juge judiciaire ; lier le contentieux en présentant la requête indemnitaire au ministre compétent ; en cas de décision implicite ou expresse de rejet, saisir en plein contentieux le tribunal administratif dans le délai de deux mois. Pas de référé possible

## 4.3. L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

# Une possibilité de sortie de crise : l'adoption d'une loi de validation

- ✓ Rappel : une telle loi a pour objet de purger une irrégularité afin de couper court à toute contestation fondée sur celle-ci. Si le plus souvent, une telle loi est adoptée en vue de valider à posteriori des actes de nature administrative, la validation a pu également concerner des actes privés, y compris en matière contractuelle. Elle est soumise à des conditions très strictes, dont les deux principales sont, d'une part, l'existence d'un motif impérieux d'intérêt général (CEDH 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal c/France. Confirmé en droit interne et spécifiquement en droit du travail par : CE 7 juillet 2004, Fédération des syndicats des autonomes PTT Midi-Pyrénées ; Soc. 24 avril 2001, pourvoi n° 00-44.148, Association Être enfant au Chesnay c/ Terki) et, d'autre part, la limitation de la portée de la validation (Cons. cons. 21 dec. 1999, n° 99-422 DC loi de financement de la sécurité sociale pour 2000). Ces conditions, notamment issues de la jurisprudence européenne, limitent considérablement la marge de manœuvre du législateur, laquelle est ici d'autant plus étroite que la loi de validation concernerait une obligation résultant du droit de l'Union européenne,
- Cependant, selon les déclarations du ministre du travail, cette solution serait très sérieusement envisagée par le gouvernement, son adoption étant l'objectif prioritaire des organisations professionnelles d'employeurs (MEDEF et CGPME, pour l'essentiel),

Une telle loi de validation est-elle possible ?

Son adoption ne sera pas simple, mais n'est pas impossible.

- D'une part, il paraît possible de soutenir que la première condition est remplie. Au regard des chiffres avancés par certaines organisations patronales, le préjudice global susceptible d'être causé aux entreprises françaises et les risques économiques qui en résultent caractérisent un motif impérieux d'intérêt général.
- D'autre part, le droit de l'Union européenne ne s'oppose nécessairement à l'adoption d'une telle loi.
- ✓ Tout d'abord, elle répondrait à un objectif de sécurité juridique, quand il s'agit là d'un principe général du droit reconnu par la jurisprudence européenne qui l'a consacré dès ses tout premiers arrêts. Ensuite, la CJUE a déjà, notamment, sur le fondement de la sécurité juridique, admis la possibilité d'adopter des lois de validation. C'est ainsi, par exemple, que la CJCE, sur question préjudicielle posée par un tribunal de grande instance, a reconnu la compatibilité de l'article L. 190, alinéa 3, du Livre des procédures fiscales avec le droit communautaire, alors que celui-ci constituait une loi de validation adoptée à la suite d'un revirement de jurisprudence en matière fiscale (CJCE, 28 nov. 2000, Roquette, aff. C-88/99, Rec. I, p. 10465 ; v. Com., 19 oct. 1999, Bull. civ. IV, n° 170 et n° 172, p. 142 et p. 145). Comme a pu le souligner, le Doyen Jean-Guy Huglo au sujet, notamment, de cet arrêt, « il est certain que de telles dispositions réalisent une transaction entre les impératifs de la sécurité juridique et celui de la sanction des violations du droit communautaire ou de la hiérarchie des normes par le législateur fiscal ou douanier. Il y a lieu de remarquer que, de façon symptomatique, la limitation de l'effet rétroactif de la jurisprudence par ces dispositions concerne justement des arrêts qui ont un effet allant bien au-delà du traditionnel effet relatif de la chose jugée » .

4.4. NOUVELLES PERSPECTIVES CONTENTIEUSES PAR  
L'INVOCATION DE LA CHARTE – ET DU DROIT EUROPÉEN  
DE MANIÈRE PLUS GLOBALE – DEVANT LES JURIDICTIONS  
FRANÇAISES

Les arrêts du 13 septembre mettent en lumière, pour nos pratiques d'Avocat, l'invocation devant les juridictions françaises de la Charte des Droits fondamentaux, qui demeure un instrument juridique peu connu.

La protection que les droits sociaux de la Charte sont susceptibles d'offrir apparaît en pleine construction et nous donne de nouvelles perspectives contentieuses devant les juridictions françaises.

Comme l'explique **le Professeur Romain TINIERE**, « *la mobilisation de la Charte des Droits fondamentaux de l'UE dans le contentieux national requiert :*

- Que les conditions d'invocation soient satisfaites c'est-à-dire qu'il existe un lien de rattachement du litige avec le droit de l'UE CJUE, 7 juil. 2022, *Coca-Cola European Partners Deutschland*, aff. C-257/21, pts 40-43 et CJUE, 20 oct. 2022, *Curtea de Apel Alba Iulia e.a.*, aff. C-301/21, pts 70 s.

- Que les dispositions invoquées et la configuration du litige le permettent :

✓ En fonction de s'il s'agit d'un litige horizontal ou vertical ;

✓ En fonction de s'il s'agit d'un « Droit » ou d'un « Principe » au sens de la jurisprudence de la CJUE

Ainsi, selon l'analyse du **Professeur Romain TINIERE**, cohabiteraient dans la Charte :

- des principes à portée objective invocables uniquement pour interpréter ou contrôler la légalité des actes les mettant en œuvre ; CJUE, gde ch., 24 juin 2019, Popławski, aff. C-573/17, pt 63
- des dispositions consacrant des droits subjectifs, invocables devant les juridictions pour bénéficier directement de la jouissance du ou des droits en cause bénéficiant d'un effet élargi aux relations interpersonnelles

Outre le droit à un congé annuel payé, c'est le cas :

- Des droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles : CJUE, gde ch., 2 mars 2021, Prokuratuur, aff. C-746/18
- Droit à un recours juridictionnel effectif (art. 47) : CJUE, gde ch., 15 avr. 2021, Braathens Regional Aviation, aff. C-30/19 ;
- Droit à la non-discrimination (art. 21§1) : CJUE, 22 janv. 2019, Cresco Investigation, aff. C-193/1
- Droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire
- Droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité /et sa dignité
- Droit à une vie familiale