

Avis n°2021-A/029
de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes
concernant la modification de la réglementation relative aux vacances
annuelles



INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES

I. Description du contexte

Créé par la loi du 16 décembre 2002, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après l'Institut) est un organisme qui a entre autres pour mission de veiller au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et de combattre toute forme d'inégalité ou de discrimination fondée sur le sexe.

En cette qualité, l'Institut est habilité à adresser des recommandations et des avis aux pouvoirs publics en vue de l'amélioration des lois et réglementations.

Dans ce contexte, l'Institut a reçu une demande d'avis à propos d'une question formulée par le Conseil national du Travail (ci-après : « CNT »).

Au sein du Conseil national du travail, les partenaires sociaux débattent actuellement d'une modification de la réglementation relative aux vacances annuelles afin de permettre aux travailleuses qui n'ont pas pu prendre leurs vacances annuelles pendant l'année de référence pour cause de maladie ou de congé de maternité de les prendre ultérieurement.

Les partenaires sociaux s'interrogent donc sur la question de savoir si les travailleuses en écartement doivent être traitées de la même manière que les travailleuses en congé de maternité.

Les partenaires sociaux soulignent qu' « Actuellement, pour les travailleuses en congé de maternité et les travailleurs qui n'ont pas pu prendre leurs vacances, le pécule de vacances pour les jours non pris est déduit de l'allocation de l'INAMI en décembre. Pour les travailleuses en congé de maternité, cette déduction disparaîtrait et les jours non utilisés pourraient être reportés.

Pour les travailleuses en situation d'écartement du travail, la déduction pourrait éventuellement disparaître, mais les jours non utilisés ne pourraient pas être reportés.

Le raisonnement est le suivant : ces travailleuses ne sont pas malades et sont donc parfaitement capables de prendre leurs vacances pendant leur écartement du travail.

De cette manière, une distinction serait faite entre les travailleuses en congé de maternité et les travailleurs en écartement, ces dernières étant alors traitées de manière moins favorable, et même moins favorable, que les travailleurs qui n'ont pas pu prendre leur congé pour cause de maladie, puisqu'ils conservent leur droit de reporter le congé qui n'a pas pu être pris. »

C'est pourquoi, les partenaires souhaitent savoir si un tel compromis serait juridiquement admissible.

Pour apprécier si ce compromis est possible, il convient d'explicitier la cadre juridique européen et national (II) relatif aux congés annuels (1) et aux questions liées au report (2) pour ensuite confronter ce cadre aux obligations en matière de protection de la maternité et de la discrimination sur le genre (3).

L'étude du cadre juridique concernant ces trois aspects permettra ensuite d'analyse de façon effective la question posée par les partenaires sociaux (III) et de savoir si la mesure envisagée est conforme aux directives 2003/88¹, 92/85² et 2006/54³ (IV).

II. Cadre juridique

1. Droit aux vacances annuelles : nature et contenu du droit

Le droit pour tout travailleur de bénéficier de congés annuels, payés par l'employeur est un droit fondamental, qui trouve sa source dans diverses dispositions de droit international des droits de l'homme et de droit de l'Union européenne, telles que :

¹ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

² Directive 92/85/CE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE).

³ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁴ ;
- Les Conventions de l'organisation internationale du travail n°52 et n°132 ;
- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵ ;
- La directive n° 2003/88/CE susmentionnée.

Le principal objectif du droit européen du temps de travail est la préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs. Au regard de cet objectif, la directive n°2003/88/CE dispose que « *L'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique* »⁶.

L'article 7, §1^{er} de la présente directive dispose que : « *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* ». Cette disposition ne souffre d'aucune dérogation.⁷

Ce congé annuel permet, d'une part, au travailleur de se reposer et, d'autre part, de disposer d'une période de détente et de loisirs.⁸

La Cour a également déclaré que ce congé ne saurait être interprété de manière restrictive et que sa mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive 2003/88/CE.⁹

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union, se référant notamment aux instruments internationaux¹⁰, le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive. Le travailleur doit normalement pouvoir bénéficier d'un repos effectif, dans un souci de protection efficace de sa sécurité et de sa santé.

« *Le droit à une période de congés annuels payés, consacré dans le chef de tout travailleur 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* ». Ainsi, cette disposition de la Charte « *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.* »¹¹

2. Report de principe du droit aux congés annuels

Lorsqu'un travailleur n'est pas en mesure de prendre les congés annuels prévus en raison d'une autre période de congé incompatible – et dont la finalité diffère de celle du droit aux congés annuels (ex. : congé de maladie, congé de maternité, etc.) – celui-ci peut prendre ses congés à un autre moment, le cas échéant en dehors de la période de référence correspondante¹². En effet, la Cour a déclaré que « *si l'effet positif de ce congé pour la sécurité et la santé du travailleur se déploie pleinement s'il est pris*

⁴ PIDESC, spéc. art. 7 : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment : (...) d) Le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés. »

⁵ L'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union prévoit : « 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. »

⁶ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, considérant 4.

⁷ Arrêt dans l'affaire C-173/99, op. cit., points 41 à 43; arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 24; arrêt dans l'affaire C-78/11, op. cit., point 16. Voir également l'arrêt dans l'affaire C-124/05, op. cit., point 34. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans les affaires jointes C-131/04 et C-257/04, op. cit., point 52, la Cour a ajouté qu'il ne peut être dérogé à ce droit par un accord contractuel.

⁸ Arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 25; arrêt dans l'affaire C-277/08, op. cit., point 21; arrêt dans l'affaire C-486/08, op. cit., point 30; arrêt dans l'affaire C-214/10, op. cit., point 31; arrêt dans l'affaire C-78/11, op. cit., point 19; arrêt dans l'affaire C-194/12, op. cit., point 18; arrêt dans l'affaire C-178/15, op. cit., point 23; arrêt dans l'affaire C-341/15, op. cit., point 34.

⁹ Arrêt dans l'affaire C-173/99, op. cit., point 43; arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., point 29; arrêt dans les affaires jointes C-131/04 et C-257/04, op. cit., point 48; arrêt dans l'affaire C-277/08, op. cit., point 18; arrêt dans l'affaire C-155/10, op. cit., point 17; arrêt dans l'affaire C-341/15, op. cit., point 19.

¹⁰ Arrêt grande chambre C-350/06 et C-520/06, spéc. § 38. Arrêt C-414/16, *Egenberger*, 17.04.2018, EU:C:2018:257, spéc. § 75.

¹¹ Arrêt C-684/16, 06.11.2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contre Tetsuji Shimizu*, EU:C:2018:874

¹² Arrêt dans l'affaire C-194/12, op. cit.

*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 ».*¹³

Toutefois, le droit de report des congés n'est pas sans limite¹⁴. En effet, le législateur national est en mesure de conditionner l'exercice du droit aux congés annuels payés, en ce compris les conditions de report en dehors de la période de référence correspondante.

Par ailleurs, le législateur national est également en mesure de prévoir la déchéance du droit aux congés annuels à la fin d'une période de référence ou de report, mais uniquement dans l'hypothèse où le travailleur a effectivement eu la possibilité d'exercer son droit. Par conséquent, on ne peut prévoir que le droit au congé annuel s'éteint à l'expiration de la période de référence et de report éventuel lorsque le travailleur a été en congé de maladie pendant tout ou partie de ces périodes et qu'il n'a pu, de ce fait, exercer son droit au congé annuel payé.

2.1. Jurisprudence liée au report en raison d'une maladie

A contrario du droit au congé de maternité, le droit au congé de maladie et les modalités d'exercice de ce droit ne sont pas réglementées par le droit de l'Union européenne. Des limites sont tout de même fixées au droit national, en cas de chevauchement du congé annuel et du congé de maladie, dès lors que ces congés poursuivent des finalités différentes.

Dans son arrêt Pereda¹⁵ (où il s'agissait d'un agent en incapacité en raison d'un accident du travail qui n'avait pu prendre ses congés annuels), la Cour a décidé que le travailleur : « *a le droit, après son rétablissement, de bénéficier de son congé annuel à une autre période que celle initialement fixée, le cas échéant en dehors de la période de référence correspondante.* »

Par conséquent, un travailleur en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence fixée par le droit national – et qui n'a donc pas pu prendre ses congés annuels – doit bénéficier d'un report afin de disposer dudit droit¹⁶. Ce report peut être fixé, le cas échéant, en dehors de la période de référence pour le congé annuel¹⁷. En effet, même si la Cour a déclaré que « *l'effet positif de ce congé pour la sécurité et la santé du travailleur se déploie pleinement s'il est pris dans l'année prévue à cet effet, à savoir l'année en cours* », elle a néanmoins estimé que « *ce temps de repos ne perd pas son intérêt à cet égard s'il est pris au cours d'une période ultérieure* »¹⁸.

La possibilité du report des congés annuels doit également être ouverte aux travailleurs qui sont en congé de maladie durant une période de congé annuel planifiée, que le congé de maladie ait débuté avant ou pendant le congé annuel payé.¹⁹ La Cour prévoit néanmoins une exception : la période de report peut être limitée pour les travailleurs en congé de maladie de longue durée.

Le droit de report des congés annuels est donc limité aux situations dans lesquelles le travailleur n'a pas été en mesure d'exercer effectivement ce droit.

2.2. Jurisprudence liée au report en raison du congé de maternité

Le congé de maternité a pour objectif d'assurer, d'une part, la protection de biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à l'accouchement.²⁰ La finalité du congé de maternité diffère donc de celle du congé annuel.

Cette interprétation a été jugée nécessaire afin « *d'assurer les droits liés au contrat de travail d'une travailleuse dans le cas d'un congé de maternité* »²¹.

Par conséquent, « *une travailleuse doit pouvoir bénéficier de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité, également en cas de coïncidence entre la période de*

¹³ Arrêt dans l'affaire C-178/15, op. cit., point 33; voir également l'arrêt dans l'affaire C-124/05, op. cit., point 30; arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 30; arrêt dans l'affaire C-277/08, op. cit., point 24

¹⁴ Arrêt dans l'affaire C-214/10, op. cit.

¹⁵ C.J.U.E., 10 septembre 2009, C-277/08

¹⁶ Arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., points 43 et 55; arrêt dans l'affaire C-277/08, op. cit., point 19

¹⁷ Arrêt dans l'affaire C-78/11, op. cit., point 23; arrêt dans l'affaire C-277/08, op. cit., point 23

¹⁸ Arrêt dans l'affaire C-124/05, op. cit., point 30

¹⁹ Arrêt dans l'affaire C-78/11, op. cit., point 21

²⁰ Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., point 32

²¹ Arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 27.

congé de maternité et celle fixée à titre général, par un accord collectif, pour les congés annuels de l'ensemble du personnel »²².

Cette formulation laisse penser qu'il s'agit d'un principe absolu. Cela signifie que, contrairement à la situation du congé de maladie, le report de congé annuel payé ne peut pas être limité. En effet, la Cour a insisté sur le fait « *qu'un congé garanti par le droit communautaire ne peut pas affecter le droit de prendre un autre congé garanti par ce droit* »²³. À la lumière de la directive visant à protéger les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes²⁴, la Cour a ajouté que cela ne s'appliquait pas uniquement à la période minimale de congé annuel payé de quatre semaines, mais aussi aux congés supplémentaires prévus par le droit national²⁵.

2.3. Limites concernant le report du droit aux congés annuels

La Cour de justice de l'Union a déclaré²⁶ « *qu'il ressort, certes, de la jurisprudence susmentionnée qu'une disposition nationale fixant une période de report ne peut pas prévoir l'extinction du droit du travailleur au congé annuel payé sans que ce dernier n'ait eu effectivement la possibilité d'exercer ce droit, une telle conclusion doit cependant être nuancée dans des circonstances spécifiques telles que celles de l'affaire au principal.*

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. 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 ».

Cela signifie que la possibilité pour un travailleur de cumuler et de reporter son droit aux congés annuels n'est pas sans limite. Cette limite existe dans un souci de protection de l'employeur, en vue d'éviter un « *cumul trop important de périodes d'absence du travailleur et des difficultés que celles-ci pourraient impliquer pour l'organisation du travail* ».

De son côté, l'employeur ne peut pas imposer un délai trop court concernant la période de report des congés annuels.²⁷

Pour apprécier si la période est suffisamment longue, la CJUE se pose la question suivante : le délai laissé au travailleur pour prendre ses congés annuels peut-il raisonnablement être qualifié de période au-delà de laquelle le congé annuel est dépourvu de ses effets positifs en sa qualité de temps de repos ?

La jurisprudence n'a pas chiffré de délai qu'elle considérerait comme raisonnable, mais a toutefois posé une condition : toute période de report doit dépasser substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée.

La Cour a reconnu que le droit d'accumuler des droits à congé annuel payé acquis durant l'incapacité de travail n'est pas illimité²⁸. La Cour a néanmoins également jugé que « *toute période de report doit dépasser substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée* »²⁹. Elle a donc estimé qu'une période de report de neuf mois, soit une durée inférieure à celle de la période de référence à laquelle elle se rattache, ne permettait pas d'assurer l'effet positif du congé annuel payé en sa qualité de temps de repos et ne pouvait donc servir à déterminer le moment auquel le droit au congé annuel payé s'éteignait³⁰. Elle a en revanche accepté une période de report de 15 mois³¹.

Il est à noter que, tel que soulevé *supra*, dans le cadre du congé de maternité, la Cour de justice a estimé que ce droit était absolu en sorte que le report pouvait ne pas être limité dans le temps.

²² Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., point 41

²³ Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., points 32 et 33; arrêt dans l'affaire C-519/03, op. cit., point 33; arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 26; arrêt dans l'affaire C-124/05, op. cit., point 24.

²⁴ Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (JO L 348 du 28.11.1992, p. 1).

²⁵ Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., point 45

²⁶ CJUE, 22 novembre 2011, C-214/10, affaire *KHS*, §§ 28-30.

²⁷ CJUE, 22 novembre 2011, C-214/10, affaire *KHS*, §§ 28-30.

²⁸ Arrêt dans l'affaire C-214/10, op. cit., points 28 à 35

²⁹ Arrêt dans l'affaire C-214/10, op. cit., points 38 à 40

³⁰ Arrêt dans l'affaire C-337/10, op. cit., points 41 à 43; arrêt dans l'affaire C-214/10, op. cit., point 38

³¹ Arrêt dans l'affaire C-214/10, op. cit., point 44.

3. Cadre juridique relatif à la protection de la maternité et à l'égalité de traitement

En droit communautaire, les instruments qui tendent à assurer la protection de la maternité et de l'égalité de traitement sont au nombre de deux.

D'un côté, la directive 92/85 tend à assurer la protection de la santé et la sécurité de la travailleuse. L'objectif de cette directive est que la travailleuse exerce son activité professionnelle dans un environnement sain et sécurité à la fois pour elle et pour son enfant à naître.

D'un autre côté, la directive 2006/54 a pour objectif d'assurer l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Elle assure donc la protection de la travailleuse sur le marché du travail.

3.1. La protection de la maternité

En droit communautaire, la protection de la maternité trouve sa source dans le chapitre 4 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail. Ladite loi transpose la directive 92/85/CE.

Dans le cadre de la relation de travail, la directive 92/85/CE assure la protection de la femme enceinte à différents niveaux, à savoir :

- L'interdiction de l'exposition à certains agents ;
- L'interdiction du travail de nuit ;
- Le congé de maternité ;
- La protection contre le licenciement et l'obligation de l'employeur d'adopter des mesures de prévention.

En l'espèce, la proposition formulée par les partenaires sociaux n'est pas « problématique ». Par conséquent, les points qui suivront porteront uniquement sur les mesures d'écartement.

Tout d'abord, la loi du 16 1971 dispose que pour toute activité susceptible de présenter un risque spécifique d'exposition aux agents, procédés ou conditions de travail, l'employeur doit évaluer la nature, le degré et la durée de cette exposition afin d'apprécier tout risque pour la sécurité ou pour la santé, ainsi que toute répercussion sur la grossesse ou l'allaitement de la travailleuse ou la santé de l'enfant et afin de déterminer les mesures générales à prendre³².

Lorsqu'un risque a été constaté, « *l'employeur prend une des mesures suivantes compte tenu du résultat de l'évaluation et adaptée au cas de la travailleuse concernée afin que l'exposition de la travailleuse à ce risque soit évitée :*

1° un aménagement provisoire des conditions de travail ou du temps de travail à risque de la travailleuse concernée ;

2° si un aménagement des conditions de travail ou du temps de travail à risque n'est pas techniquement ou objectivement possible ou ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés, l'employeur fait en sorte que la travailleuse concernée puisse effectuer un autre travail compatible avec son état ;

3° si un changement de poste de travail n'est pas techniquement ou objectivement possible ou ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés, l'exécution du contrat de travail de la travailleuse concernée est suspendue ou la personne dont la situation juridique est réglée unilatéralement par l'autorité est dispensée du travail. »³³

Dans tous les cas, « *les droits liés au contrat de travail, y compris le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate des travailleuses (...) doivent être assurés, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* »³⁴.

³² Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971, art. 41.

³³ Loi du 16 mars 1971 précitée, art. 42.

³⁴ Directive 92/85/CE précitée, art. 11, 1°.

Les travailleuses enceintes et allaitantes ne doivent donc pas « *accomplir des activités dont l'évaluation a révélé le risque d'une exposition à certains agents ou conditions de travail particulièrement dangereux, qui met en péril la sécurité ou la santé* »³⁵.

Ensuite les Etats membres « *prennent les mesures nécessaires pour que les travailleuses (...) ne soient pas tenues d'accomplir un travail de nuit pendant leur grossesse* »³⁶.

Par ailleurs, sur le plan de l'indemnisation :

- L'article 219^{ter}, § 1er, de l'arrêté royal du 3 juillet 1996 traite de l'indemnisation de la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante qui, en raison d'une mesure prise sur la base des articles 42 ou 43 de la loi du 16 mars 1971, subit une perte de revenu, soit parce que l'employeur l'affecte à des fonctions moins rémunérées que ses tâches normales, soit parce que, durant l'application de la mesure, elle ne peut rester occupée qu'à temps partiel.
- Le § 2 de l'article 219^{ter} applique le même dispositif (et, cette fois, y compris dans le cas de recours à l'article 43bis de la loi du 16 mars 1971) à la travailleuse qui exerce normalement plusieurs activités salariées et ne doit suspendre que l'une ou plusieurs d'entre elles, mais pas toutes, à la suite de la mesure qui l'affecte. L'indemnité est alors calculée sur la base de 60% de la rémunération afférente aux activités suspendues, moyennant l'application de l'article 230, § 1er, du même arrêté royal, qui concernent la prise en compte des revenus professionnels dont l'intéressée bénéficie encore.

La notion de revenu professionnel, au sens des §§ 1er et 2, de l'article 219^{ter}, comprend la rémunération et tous les autres avantages liés à l'activité salariée (s'ils sont versés sur une base annuelle, ils sont censés faire partie du revenu professionnel des quatre trimestres qui suivent celui au cours duquel ils sont versés), ainsi que toute prestation sociale qui compense la perte de ce revenu.

Par ailleurs, les indemnités sont refusées pour les jours couverts par un pécule de vacances.

- L'article 219^{ter} envisage encore le cas de la travailleuse écartée de son activité salariée et qui poursuit son activité indépendante au-delà de la huitième ou sixième semaine précédant la date présumée de l'accouchement. Elle reste alors considérée comme en écartement mais, comme le nouveau taux "rationalisé" d'indemnisation ne s'applique pas au-delà de la huitième ou sixième semaine précédant la date présumée de l'accouchement, on revient à l'ancien taux de 60% de la rémunération journalière moyenne plafonnée, diminué de 10%, jusqu'à ce que l'intéressée suspende son activité indépendante.

3.2. L'égalité de traitement

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes transpose la directive 2006/54/CE, dite « refonte » et complète le système de protection de la maternité.

L'article 4 de la loi du 10 mai 2007 dispose qu' « *une disposition directe fondée sur la grossesse, l'accouchement [l'allaitement] [, la maternité, l'adoption et la procréation médicalement assistée] est assimilée à une distinction fondée sur le sexe.* »³⁷

III. Analyse

1. Directive 2003/88 : le congé annuel est un droit absolu et principe de droit social

Afin de répondre à la question posée par les partenaires sociaux, il convient d'examiner avant tout la nature du droit revendiqué. C'est pourquoi, le point de départ de l'analyse doit être l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui régit le droit des travailleurs au congé annuel et prévoit que « *Les États membres prennent les*

³⁵ Directive 92/85/CE précitée, considérant. 12.

³⁶ Directive 92/85/CE précitée, art. 7, 1°.

³⁷ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, art. 4, §1^{er}.

mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines [...] ».

Ledit article impose aux États membres une obligation claire et précise. Il s'agit, de plus, d'une obligation à laquelle il ne saurait être dérogé, dès lors que l'article 17 de cette directive énumère limitativement les dispositions pouvant faire l'objet de dérogations prévues par les États membres ou les partenaires sociaux, et que ledit article 7 ne figure pas parmi ces dispositions.

2. Conflit entre congés annuel et congé de maternité

2.1. Du point de vue de la directive 2003/88

Tel que mentionné *supra*, le congé de maternité a pour double objectifs la protection biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à l'accouchement³⁸.

Par conséquent, « une travailleuse doit pouvoir bénéficier de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité, également en cas de coïncidence entre la période de congé de maternité et celle fixée à titre général, par un accord collectif, pour les congés annuels de l'ensemble du personnel »³⁹.

Il s'agit donc d'un principe absolu et ce droit ne peut pas être limité car « un congé garanti par le droit communautaire ne peut pas affecter le droit de prendre un autre congé garanti par ce droit »⁴⁰.

2.2. Du point de vue de la directive 92/85 et de la directive 2006/54

Le congé de maternité est un droit absolu car il permet de garantir une période minimale de repos à la travailleuse, non seulement dans un souci de protection de sa condition biologique, mais aussi afin de lui permettre de s'occuper de son enfant la période qui suit l'accouchement. Par ailleurs, les États membres ont l'obligation de garantir aux travailleuses les droits liés au contrat de travail en cas de congé de maternité⁴¹.

La directive 76/207/CEE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, dispose, en son article 5, paragraphe 1, que « l'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les fonctions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le sexe ». La Cour a rappelé l'importance de ce principe dans son arrêt Thibault⁴², où elle a déclaré que « Le principe de non-discrimination exige que le travailleur féminin, qui continue à être lié à son employeur par le contrat de travail durant le congé de maternité ne se voie pas privé du bénéfice de ses conditions de travail qui s'appliquent tant aux travailleurs féminins qu'aux travailleurs masculins et qui découlent de cette relation de travail. »

Il y a donc lieu de conclure que le respect du droit aux congés annuels et du droit au congé de maternité implique de prévoir un système qui permet de prendre effectivement le congé annuel, qui ne pourrait être posé durant la période de référence en raison de la maternité, sur une période ultérieure. Cette mesure, outre le fait qu'elle est conforme à la jurisprudence européenne développée dans le cadre de la directive 2003/88⁴³, permet de respecter le prescrit de la directive 92/85.

3. Conflit entre congé annuel et période d'écartement

S'agissant des mesures d'écartement liées à la maternité, et le fait que le projet d'accord des partenaires sociaux conduirait à traiter ces périodes de manière différente en ce qui concerne le report des vacances annuelles, l'analyse doit s'opérer également au regard des trois directives précitées.

³⁸ Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., point 32

³⁹ Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., point 41

⁴⁰ Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., points 32 et 33; arrêt dans l'affaire C-519/03, op. cit., point 33; arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 26; arrêt dans l'affaire C-124/05, op. cit., point 24.

⁴¹ Directive 92/8/CE précitée, art.11, 1°, a).

⁴² Arrêt du 30 avril 1998, Thibault, C-136/95, Rec. p. I-2011.

⁴³ Arrêt dans l'affaire C-342/01, op. cit., points 32 et 33; arrêt dans l'affaire C-519/03, op. cit., point 33; arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 26; arrêt dans l'affaire C-124/05, op. cit., point 24.

3.1. Du point de vue de la directive 2003/88

Le droit aux congés annuels étant un droit absolu, celui-ci peut donc faire l'objet d'un report afin d'assurer son effectivité.

Afin de répondre à la question posée par les partenaires sociaux, il y a donc lieu d'analyser :

1° Si la directive autorise, *de facto*, l'exclusion de certains travailleurs de ce droit au report des congés annuels ;

2° Si la travailleuse qui est écartée en raison de sa maternité peut être comparée au travailleur qui est en incapacité de travail, d'une part, et à la travailleuse en congé de maternité, d'autre part.

a. Au regard de l'exclusion, de facto, d'une catégorie de travailleurs et de la finalité du droit au congé du droit au report

Afin de répondre à la question de savoir si les travailleuses écartées en raison de la maternité peuvent être exclues du droit au report des congés annuels, il y a lieu de tenir compte d'une série d'éléments, à savoir :

1° Tel que souligné précédemment, l'article 7 de la directive 2003/88/CE impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires afin que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé minimal. L'article 7 de la directive ne prévoit pas les dispositions auxquels l'article 17 (relatif aux dérogations) de cette même directive permet expressément de déroger pour les travailleurs en incapacité de travail ou qui sont écartés de leurs postes, en raison de la grossesse ou encore d'un risque spécifique.

2° « *Il convient de tenir compte des principes de l'Organisation internationale du travail en matière d'aménagement du temps de travail, y compris ceux concernant le travail de nuit.*⁴⁴ » le législateur communautaire aspire ainsi à un niveau de protection comparable à la convention n° 132 de l'OIT⁴⁵ et, dans une certaine mesure, dépasse ce niveau de protection.

Ainsi, l'article 3, paragraphe 1, de cette convention énonce que « toutes les personnes » auxquelles s'applique cette convention ont droit à un congé annuel payé. Comme le souligne l'Avocate générale Trstenjak : « *Les dérogations qui ont des effets négatifs pour les travailleurs en congé de maladie sont tout aussi absentes de cette convention que de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88. Cela a pour conséquence que la protection que le droit communautaire vise à garantir aux travailleurs ne peut, selon la volonté du législateur communautaire, être en deçà du niveau de protection des normes de droit du travail et du droit international public. Toutefois, il y aurait lieu de craindre que cette protection passe sous le niveau minimal de protection si une certaine catégorie de travailleurs se voyait d'emblée privée de l'octroi d'un droit social fondamental.* »⁴⁶

3° En imposant aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires afin que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé minimal, la directive a également pour objectif que les Etats membres encadrent ce droit en mettant en place une série de mesures d'ordre organisationnel et procédural : planification des périodes de congé, notification éventuelle de l'employeur de la période de congé qui sera prise, imposition d'une période minimale de travail avant de prendre un congé, etc.⁴⁷

4° L'article 9 de la convention OIT 132 prévoit un droit de report pour ce qui excède le minimum, soit 2 semaines. De manière générale donc, il conviendrait de respecter un droit de report, dans toutes les hypothèses.

⁴⁴ Directive 2003/88/CE précitée, considérant n°6.

⁴⁵ M^{me} l'avocat général Kokott fait également référence à cela à la note 8 de ses conclusions du 12 janvier 2006 dans l'affaire *Federatie Nederlandse Vakbeweging*. Je considère que l'interprétation de la directive 2003/88 en tenant compte des principes essentiels de la convention n° 132 de l'OIT est incontournable en raison du fait que le droit de l'OIT à fixer des standards internationaux de référence dans le domaine du droit du travail. Dans le même temps, la directive 2003/88 constitue un approfondissement de cette convention propre à la Communauté (voir Murray, J., *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, The Hague, 2001, p. 185).

⁴⁶ Conclusions de l'Avocate Générale M^{me} VERICA Trstenjak Affaire C-520/06, *Stringer Sabriye Kilic Michael Thwaites Keith Ainsworth Sabba Khan contre Her Majesty's Revenue and Customs*.

⁴⁷ Voir les observations de la Commission dans l'affaire BECTU que l'avocat général Tizzano a reprises dans ses conclusions rendues dans la même affaire.

Il y a lieu de conclure qu'exclure les travailleuses écartées en raison de la maternité est contraire aux éléments développés ci-dessus. En excluant les travailleuses écartées de ce droit, l'objectif poursuivi par la directive 2003/88/CE n'est pas atteint. Ces dernières sont en réalité sanctionnées de façon injustifiée.

b. Au regard de la comparaison avec le travailleur en incapacité de travail et du fait que la travailleuse écartée n'est pas en incapacité de travail

Le travailleur qui est en incapacité de travail en raison d'une maladie est en mesure de reporter son droit aux congés annuels, dès lors que la maladie est imprévisible et indépendante de sa volonté.

Le congé de maladie a pour objectif de préserver l'intégrité physique et psychique du travailleur. Un tel congé permet au travailleur de se rétablir et de réintégrer son poste de travail. Le congé de maladie vise exclusivement au rétablissement et à la guérison, à savoir le dépassement d'un état pathologique dont les causes se situent par ailleurs en dehors du domaine d'influence du travailleur concerné.⁴⁸ Celui-ci se distingue donc du congé annuel dont l'objectif principal est le repos.

L'écartement d'une travailleuse en raison de sa maternité poursuit également des objectifs différents du congé annuel et du congé de maladie. En effet, l'objectif de l'écartement, qu'il soit total ou partiel, est d'éviter un risque lié à la maternité et non d'écarter la travailleuse en raison d'une pathologie.

Partant de ce constat, il est possible de considérer que la jurisprudence développée par la Cour de justice de l'Union en ce qui concerne le droit au report dans l'hypothèse d'une maladie n'est pas transposable à l'écartement puisqu'ici il ne s'agit que d'un risque pour la santé qui n'a pas été réalisé, et qui n'implique donc pas de se rétablir.

Or, ce constat peut être remis en question, pour diverses raisons.

Tout d'abord, la période d'écartement vise la protection de la femme enceinte et de son enfant, de même que le congé de maternité. Dès lors que la période d'écartement et le congé de maternité ont des finalités similaires, il est possible de considérer que le même régime concernant le report des congés annuels doit leur être appliqué.

Ensuite, aucun élément permet de conclure que le droit au congé annuel payé minimal est lié à la capacité de travail du travailleur au cours de l'année de référence ou de la période de report. Dans l'arrêt *Federatie Nederlandse Vakbeweging*⁴⁹, la Cour a confirmé ce principe et l'a précisé en ce sens que, en cas de cumul de périodes de plusieurs congés garantis par le droit communautaire à la fin d'une année, le report du congé annuel ou d'une partie de celui-ci sur l'année ultérieure peut être inévitable parce qu'un congé garanti par le droit communautaire ne peut pas affecter le droit de prendre un autre congé garanti par ce droit.

Par ailleurs, la Cour de justice fonde ce droit au report sur la convention OIT n°132⁵⁰ sur les congés payés. Par conséquent, la protection que le droit communautaire vise à garantir aux travailleurs ne peut, selon la volonté du législateur communautaire, être en deçà du niveau de protection des normes de droit du travail et du droit international public. Or, cette convention prévoit un droit de report en son article 9⁵¹. Surabondamment, cette convention est accompagnée d'une recommandation n° 98⁵² qui en son point 8 mentionne « *Le droit au congé annuel payé et la durée de ce congé ne devraient pas être affectés par les interruptions occasionnées par la grossesse et l'accouchement, à condition que la*

⁴⁸ González Ortega, S., «El disfrute efectivo de la vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad», *Revista española de derecho europeo*, n° 11, 2004, p. 423 et suiv.

⁴⁹ Aff. C-124/05, arrêt du 6 avril 2006.

⁵⁰ Ratifiée par la Belgique le 24 juin 1970.

⁵¹ L'article 9 est libellé comme suit : « 1. La partie ininterrompue du congé annuel payé mentionnée au paragraphe 2 de l'article 8 de la présente convention devra être accordée et prise dans un délai d'une année au plus, et le reste du congé annuel payé dans un délai de dix-huit mois au plus à compter de la fin de l'année ouvrant droit au congé.

2. Toute partie du congé annuel dépassant un minimum prescrit pourra, avec l'accord de la personne employée intéressée, être ajournée pour une période limitée au-delà du délai fixé au paragraphe 1 du présent article.

3. Le minimum de congé ne pouvant pas faire l'objet d'un tel ajournement ainsi que la période limitée durant laquelle un ajournement est possible seront déterminés par l'autorité compétente, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées, ou par voie de négociations collectives, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale et paraissant appropriée, compte tenu des conditions propres à chaque pays. »

⁵² Recommandation n°98 sur les congés payés, non ratifiée par la Belgique.

travailleuse intéressée reprenne son emploi et que son absence ne dépasse pas une limite déterminée. » Or, l'écartement est bien une cause de suspension du contrat et est liée à la grossesse.

En conclusion, bien qu'une mesure d'écartement ne puisse pas être assimilée à un congé de maternité ou à un congé de maladie, force est de constater certaines similitudes, qui justifient d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice en matière de report par analogie :

- L'écartement et le congé de maternité visent tous deux la protection de la femme ;
- Tant l'écartement que le congé de maladie ont pour objectif de préserver l'intégrité physique et psychique du travailleur : la dispense de l'obligation de travail à temps plein ou à temps partiel lui donnent la possibilité de maintenir son état de santé et celui de son enfant à naître. Contrairement au congé annuel dont la fonction est le repos, la prise de distance et la détente, l'écartement du poste et la dispense totale ou partielle de prestation visent exclusivement à prévenir les risques liés à la grossesse.

Il n'existe donc pas d'argument qui permettrait d'exclure les travailleuses écartées du droit au report des congés annuels. Tout comme pour la maladie, cet écartement est indépendant de la volonté de la travailleuse. Ces mesures d'écartement consistent en des mesures protectrices liées à la maternité d'importance équivalente au congé annuel ou au congé de maternité.

3.2. Conformité au regard de la protection de la maternité

a. Du point de vue de la directive 92/85

Si les résultats de l'évaluation faite par l'employeur révèlent un risque pour la sécurité ou la santé de la travailleuse enceinte ou une répercussion sur la grossesse, l'employeur doit prendre une des trois mesures visées par la directive (reprise dans la loi du 16 mars 1971).

« Les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes doivent être considérées à maints égards comme un groupe à risques spécifiques et que des mesures doivent être prises en ce qui concerne leur sécurité et leur santé »⁵³. En outre, « la protection de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, allaitantes ou accouchées ne doit pas défavoriser les femmes sur le marché du travail et ne doit pas porter atteinte aux directives en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes »⁵⁴.

Dans tous les cas, les droits liés au contrat de travail, y compris le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate doivent être assurés, conformément aux législations et/ou pratiques nationales. Or, le droit aux vacances constitue un droit lié au contrat qui par ailleurs est garanti par la directive 2003/88 qui le considère comme un droit fondamental. Même si cette disposition laisse aux États membres une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent les modalités de sa mise en œuvre, cette circonstance ne remet pas en cause le caractère précis et inconditionnel de ladite disposition. Les modalités d'une telle mise en œuvre ne peuvent, en aucune façon, porter sur le contenu même du droit consacré par cet article 11, point 1, et ne sauraient ainsi conditionner l'existence ou restreindre la portée de ce droit⁵⁵.

D'une lecture combinée des deux directives, il convient de considérer qu'en n'autorisant pas le report des vacances annuelles pour les travailleuses écartées pour le seul motif qu'il ne s'agit pas d'une maladie ou d'un congé de maternité, les deux directives ne sont pas respectées étant donné qu'une atteinte est portée à un droit fondamental qui doit rester de mise même si la travailleuse est écartée de son poste.

Le droit au congé annuel constitue donc un droit lié au contrat (article 11 de la directive 92/85), qui par ailleurs est un droit absolu, fondamental devant, pour atteindre l'objectif fixé par la directive 2003/88, être exercé en nature. Par conséquent, ne pas reconnaître à la travailleuse écartée un droit au report de ses congés annuels constitue une contravention à l'article 11 point 1 de la directive 92/85 lue en combinaison avec la directive 2003/88.

⁵³ Directive 92/85/CE précitée, considérant n°8.

⁵⁴ Directive 92/85/CE précitée, considérant n°9.

⁵⁵ Voir arrêts Parviainen, précité, point 55, et, en ce qui concerne l'article 10 de la directive 92/85, du 4 octobre 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, Rec. p. I-6915, points 33 et 34; voir également, par analogie, arrêts du 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835, point 105, ainsi que du 15 avril 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, point 67

b. Conformité au regard de la directive 2006/54

« Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. Un tel traitement devrait donc expressément être couvert par la présente directive »⁵⁶

Une discrimination directe sur la base du sexe ne peut être justifiée. Par conséquent, dès lors que l'on constate un traitement défavorable lié à la maternité, il faut considérer qu'il existe une discrimination prohibée.

La Cour a systématiquement reconnu qu'il était légitime, au regard du principe d'égalité de traitement, de protéger une femme en raison de sa condition biologique pendant la grossesse et la maternité, de même que de prévoir des mesures de protection de la maternité comme moyen de parvenir à une réelle égalité entre les sexes.

La Cour de Justice a souligné⁵⁷ que puisque la grossesse, la maternité et l'allaitement ne peuvent concerner qu'une femme, les conséquences négatives qui en résulteraient pour sa rémunération ou ses conditions de travail peuvent constituer une discrimination directe.

Dans son avis n° 10⁵⁸, le Conseil de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes relevait, au regard de la question portant sur les vacances annuelles que : *« La même problématique se pose⁵⁹, de manière moins fréquente, pour la période d'écartement durant la grossesse ou l'allaitement, si elle n'est pas indemnisée par l'employeur. Le Conseil recommande que toutes les autorités prennent les mesures indispensables, sinon les travailleuses concernées seront affectées négativement par une situation qui ne peut toucher que des femmes, ce qui constituerait une discrimination prohibée par la directive 76/207 et la loi du 4 août 1978 . »*

Ne pas autoriser le report dans le cadre de ces mesures d'écartement liées à l'état de grossesse constitue une discrimination directe puisque seules les femmes sont affectées par cette situation. Cette discrimination ne pouvant être justifiée, la mesure est contraire au principe d'égalité entre les femmes et les hommes.

IV. Conclusions

Au regard de l'ensemble des éléments développés précédemment, la proposition soumise en l'espèce ne peut être validée.

Tout d'abord, la proposition est contraire à la directive 2003/88. D'une part, elle exclut *de facto* du droit de report des congés annuels toutes les travailleuses qui seraient écartées de leur poste travail. D'autre part, elle ne tient pas compte du caractère de droit fondamental, absolu du congé annuel, qui doit être garanti en pratique et doit faire l'objet d'une exécution en nature lorsque l'impossibilité de prendre ses congés durant la période de référence est liée à un évènement qui est étranger à la volonté du travailleur.

Ensuite, la proposition contrevient à l'article 11 de la directive 92/85 qui prévoit que dans tous les cas, les droits liés au contrat de travail, y compris le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate doivent être assurés, conformément aux législations et/ou pratiques nationales. Or, les vacances annuelles constituent des droits liés au contrat, qui doivent pouvoir recevoir une exécution en nature conformément à la directive 2003/88.

Par ailleurs, la travailleuse écartée serait traitée différemment de la travailleuse en congé de maternité en ce qui concerne le droit de report du congé annuel, alors que le congé de maternité et la mesure d'écartement ont une finalité similaire : la protection de la femme et de son enfant à naître.

⁵⁶ Directive 2006/54/CE précitée, considérant n°23.

⁵⁷ Arrêts Dekker, C177/88 du 8.11.1990; Habermann-Beltermann, C-421/92 du 5.5.1994; Webb, C-32/93 du 14.7.1994; Gillespie, C-342/93 du 13.2.1995.

⁵⁸ Avis n° 10 du 24 mai 1996 du conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes relatif à la protection de la maternité : lacunes et discriminations subsistant dans la législation

⁵⁹ A savoir : l'assimilation du congé de maternité à une période rémunérée par l'employeur en vue du calcul du pécule de vacances.

Enfin, en traitant défavorablement les femmes enceintes en raison de leur grossesse, ces dernières sont susceptibles de faire l'objet d'une discrimination directe sur la base du sexe. Or, aucune discrimination directe ne peut être justifiée.

Il y a donc lieu d'intégrer dans la solution à dégager un droit au report des congés annuels pour les femmes qui sont écartées totalement de leur poste ou encore écartée pour partie à raison d'une fonction par exemple. Cependant, ce droit au report pourrait être modalisé au regard de la mesure d'écartement :

- Ainsi si l'écartement ne vise qu'un seul emploi : il pourrait y avoir un droit de report des congés annuels proportionnellement au temps de travail lié à cet emploi.
- La durée du report pourrait être limitée : en effet, la mesure d'écartement ne consiste, en principe, pas en un droit absolu en sorte qu'il pourrait il y avoir un report sans limite de temps. La limitation pourrait être entre 15 et 18 mois conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union et à la convention OIT n°132.