CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. L. A. GEELHOED
présentées le 16 mars 2006 [1]

I — Introduction

1. C'est la deuxième fois [2] que la Cour est saisie de questions en interprétation d'une notion tirée de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail [3] (ci-après la «directive» ou la «directive 2000/78») [4].

2. Cette directive interdit toute discrimination directe ou indirecte en raison de certains motifs, dont les handicaps. Il s'agit en l'espèce d'interpréter la notion de «handicap». Cette notion n'est pas définie dans la directive. Les questions sont posées dans le contexte du licenciement d'une salariée pendant son congé de maladie. La question vise plus concrètement à savoir si la maladie peut être assimilée à un handicap dans le contexte de cette directive et, si tel n'est pas le cas, si la discrimination en raison d'une maladie relève en tout cas du champ d'application de la directive.

II — Cadre juridique

A — *Réglementation communautaire*

3. L'article 13 CE dispose:

«Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.»

1 — Langue originale: le néerlandais.

2 — La Cour s'est prononcée sur cette directive dans l'arrêt qu'elle a rendu le 22 novembre 2005 dans l'affaire Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981).

3 — JO L 303, p. 16.

4 — Cette directive est aussi au centre de recours en manquement que la Commission a engagés contre un certain nombre d'États membres pour absence de transposition dans le délai. Le premier arrêt intervenu dans ces recours en manquement est celui du 20 octobre 2005, Commission/Luxembourg (C-70/05, non publié au Recueil). L'arrêt Mangold (précité à la note 2) a porté sur des différences de traitement, justifiées ou non, fondées sur l'âge au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

4. La directive 2000/78 a été adoptée sur le fondement de l'article 13 CE. Il ressort de son article 1er qu'elle a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

5. Le dix-septième considérant indique:

«La présente directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées.»

6. L'article 3 de la directive dispose:

«1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne:

[...]

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

7. L'article 5 de la directive dispose:

«Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées.»

8. Le quatrième considérant de la recommandation 86/379/CEE du Conseil, du 24 juillet 1986, sur l'emploi des handicapés dans la Communauté [5], indique que:

«[...] dans la présente recommandation, le terme 'handicapés' englobe toutes les per-

5 — JO L 225, p. 43.

sonnes présentant des handicaps sérieux résultant d'atteintes physiques, mentales ou psychologiques».

9. Le point 26 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, du 9 décembre 1989, énonce:

«Toute personne handicapée, quelles que soient l'origine et la nature de son handicap, doit pouvoir bénéficier de mesures additionnelles concrètes visant à favoriser son intégration professionnelle et sociale.

Ces mesures d'amélioration doivent notamment concerner, en fonction des capacités des intéressés, la formation professionnelle, l'ergonomie, l'accessibilité, la mobilité, les moyens de transport et le logement.»

B — *Droit national*

10. L'article 14 de la Constitution dispose que tous les Espagnols sont égaux devant la loi, sans pouvoir faire l'objet d'une distinction en raison de la naissance, de la race, du sexe, de la religion, de l'opinion et de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.

11. La réglementation fondamentale en matière de relations de travail se trouve dans l'Estatuto de los Trabajadores (ci-après le «statut»). Son article 55, paragraphe 3, énonce les différentes qualités que revêt le licenciement: «justifié, injustifié et nul».

12. Aux termes de l'article 55, paragraphe 4, le licenciement est injustifié lorsque la preuve des manquements aux obligations contractuelles imputés au salarié n'a pas été rapportée ou en cas de vice de forme.

13. Aux termes de l'article 55, paragraphe 5, tout licenciement ayant pour motif l'une des causes de discrimination prohibées par la Constitution ou par la loi, ou résultant d'une violation des droits fondamentaux et des libertés publiques reconnus aux travailleurs, est nul.

14. Il découle de l'article 55, paragraphe 6, du statut que la nullité du licenciement entraîne la réintégration immédiate du travailleur avec versement des salaires non perçus.

15. Les conséquences d'un licenciement injustifié sont indiquées à l'article 56 du statut. D'après cette disposition, si le licenciement est injustifié, sauf réintégration décidée par l'employeur, le travailleur perd son travail et perçoit une indemnité.

16. L'article 17, paragraphe 1, du statut a été modifié par la loi n° 62/03 transposant la directive 2000/78 en droit interne, entrée en vigueur le 1er janvier 2004. Dans sa version actuelle, l'article 17, paragraphe 1, du statut se lit comme suit:

«Sont nulles et de nul effet les dispositions réglementaires, les clauses des conventions collectives, les contrats individuels et les décisions unilatérales de l'employeur qui créent directement ou indirectement des discriminations négatives fondées sur l'âge ou le handicap ou bien positives ou négatives en matière d'emploi, de rémunération, de salaire et autres conditions de travail fondées sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, l'état civil, la situation sociale, les convictions religieuses ou politiques, l'orientation sexuelle, l'adhésion ou non à des syndicats et à leurs accords, les liens familiaux avec d'autres travailleurs de l'entreprise et la langue dans l'État espagnol.

[...]»

17. Cette dernière disposition définit et précise, dans le contexte des relations de travail, les principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination, tels qu'ils ont été arrêtés par l'ordre juridique espagnol et coulés dans l'article 14 de la Constitution espagnole.

III — Le litige au principal et les questions préjudicielles

A — *Contexte du renvoi préjudiciel*

18. Mme Sonia Chacón Navas travaille ou travaillait pour la société de restauration collective Eurest Colectividades SA (ci-après «Eurest»). Elle a été placée en arrêt de travail pour maladie le 14 octobre 2003 et bénéficie depuis d'une indemnité d'incapacité temporaire de travail.

19. Le 28 mai 2004, Eurest lui a notifié son licenciement au 31 mai 2004 sans en donner de motifs. Dans la lettre de licenciement, Eurest reconnaît le caractère injustifié du licenciement au regard de l'article 56 du statut et lui offre dès lors une indemnité de licenciement.

20. Refusant le licenciement, Mme Chacón Navas l'a contesté devant le juge. Dans sa requête du 29 juin 2004, elle expose que le licenciement est nul, car constitutif d'une inégalité de traitement et d'une discrimination en ce qu'elle était en arrêt de travail pour maladie depuis huit mois et en incapacité temporaire de travail. Elle sollicite sa réintégration.

21. À l'audience du 16 septembre 2004, Eurest a indiqué que la requérante ne rapportait pas la moindre preuve qui établirait une discrimination et une violation de droits fondamentaux. M^me^ Chacón Navas a persisté dans les allégations exposées dans sa requête: elle serait en arrêt de maladie depuis le 14 octobre 2003 (le dossier de procédure montre qu'elle attendait d'être opérée) et estime qu'il y a suffisamment d'éléments permettant de qualifier le licenciement de discriminatoire.

22. Le 21 septembre, le juge national a demandé à l'inspection médicale des informations sur l'incapacité temporaire de travail dans laquelle se trouve M^me^ Chacón Navas, en cherchant à savoir plus exactement à quelle date l'arrêt de maladie avait débuté et si cette situation se poursuit encore. Ce service a répondu le 11 novembre 2004 en confirmant que M^me^ Chacón Navas est en arrêt de maladie depuis le 14 octobre 2003 et qu'une reprise du travail n'est pas envisageable dans un proche avenir.

23. M^me^ Chacón Navas ayant démontré avoir été licenciée pendant son arrêt de maladie, son employeur n'ayant invoqué ni prouvé aucun élément faisant apparaître des motifs valables de licenciement, ce qui renverse la charge de la preuve, le juge a quo en a conclu que M^me^ Chacón Navas a été licenciée au seul motif qu'elle était en arrêt de maladie.

24. Le juge de renvoi relève que, dans la jurisprudence espagnole, ce type de licenciement est qualifié d'injustifié et non pas de nul. Cela ressort de l'arrêt rendu le 29 janvier 2001 par le Tribunal Supremo, qui a été suivi par toutes les juridictions supérieures. La raison en est que la législation espagnole ne comporte pas de disposition expresse sous laquelle la circonstance personnelle de «maladie» peut être utilement rangée pour empêcher toute discrimination sur ce point et pour imposer le principe de non-discrimination dans des relations entre particuliers.

25. Le juge de renvoi estime que l'on peut éventuellement tirer une protection du droit communautaire primaire ou secondaire, à savoir de la directive 2000/78.

26. Il se demande s'il n'y a pas un lien entre le «handicap» et la «maladie». D'après lui, on pourrait s'inspirer de la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (ci-après la «CIF») de l'Organisation mondiale de la santé. Le «handicap» y est défini comme étant un terme générique couvrant les déficiences et les facteurs limitant l'activité et la participation à la vie sociale, qui rend compte des aspects négatifs de l'interaction entre le facteur sanitaire et les facteurs contextuels, environnementaux et personnels de l'individu.

27. Le juge de renvoi relève que la maladie est un état de santé qui peut entraîner des déficiences qui entraveront physiquement

l'individu. D'après lui, un travailleur doit aussi être protégé au titre du principe de non-discrimination en raison d'un handicap dès que la maladie est établie. La maladie pouvant déboucher sur un handicap, une solution inverse pourrait complètement ruiner la protection voulue par le législateur et entraîner des discriminations incontrôlées.

28. Si la maladie et le handicap doivent être considérés comme des notions distinctes en sorte que la directive 2000/78 ne s'applique pas à la première notion, le juge se demande si le filet de protection de la directive ne pourrait pas aussi s'étendre au signe identitaire consistant en la maladie, en plus du signe identitaire consistant en le handicap mentionné dans cette directive.

B — *Les questions préjudicielles*

29. La juste interprétation à donner étant douteuse, le Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid (Espagne) a décidé de poser les questions suivantes à la Cour:

«1) En tant que son article premier établit un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur le handicap, la directive 2000/78 protège-t-elle une travailleuse qui a été licenciée de son entreprise uniquement parce qu'elle était malade?

2) Subsidiairement, en cas de réponse négative à la première question, s'il était considéré que la maladie n'entre pas dans le cadre protecteur que la directive 2000/78 offre contre les discriminations fondées sur le handicap: La maladie peut-elle être considérée comme un signe identitaire supplémentaire venant s'ajouter à ceux pour lesquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination?»

C — *La procédure devant la Cour*

30. Dans cette procédure, des observations écrites ont été déposées par Eurest, par les gouvernements espagnol, tchèque, allemand, néerlandais, autrichien et du Royaume-Uni ainsi que par la Commission.

IV — Appréciation

A — *Recevabilité*

31. Dans leurs observations écrites, la défenderesse au principal et la Commission ont soutenu qu'il y a des raisons de dire les questions du juge de renvoi irrecevables.

32. D'après la défenderesse au principal, les questions ne sont pas recevables en ce que le Tribunal Supremo aurait déjà décidé dans le passé que le licenciement d'un travailleur en arrêt de maladie ne renferme pas de discrimination en tant que tel.

La Commission doute de la recevabilité des questions en ce que l'exposé des faits qui ont donné lieu à la décision de renvoi y est à ce point lacunaire qu'il ne serait pas possible de donner aux questions une réponse utile à la solution du litige. L'absence de toute indication sur la nature et l'évolution — attendue — de la maladie interdirait en particulier d'emblée de déterminer s'il s'agit en l'espèce d'un handicap.

33. L'argument que la défenderesse au principal avance pour contester la recevabilité des questions n'est pas convaincant à notre avis. En effet, la circonstance que le Tribunal Supremo aurait déjà décidé que le licenciement pour maladie ne puisse pas être considéré comme un acte relevant du principe de non-discrimination en raison d'un handicap ne peut pas rendre irrecevables les questions posées. Celles-ci ont précisément pour objet l'étendue de ce principe de non-discrimination tel qu'il a été affiné dans la directive 2000/78. S'il couvrait également la maladie — de longue durée —, cela pourrait avoir une incidence sur l'interprétation et l'application de la législation espagnole en cause dans la situation de fait du litige au principal.

34. L'argument de la Commission paraît avoir plus de poids à première vue. L'exposé des faits de la cause, en particulier de la nature, de la gravité et de la durée de la maladie de M^me^ Chacón Navas, est extrêmement succinct dans la décision de renvoi. Un examen du dossier produit dans le litige au principal ne donne pas beaucoup plus d'éléments de fait, ainsi que la Commission l'a vu.

35. Les motifs de la décision de renvoi montrent néanmoins suffisamment clairement selon nous pourquoi le juge de renvoi a besoin de références supplémentaires pour appliquer aux faits de la cause qu'il doit trancher le principe de non-discrimination de la directive 2000/78 en raison d'un handicap.

Les conséquences d'un licenciement irrégulier pour maladie et celles d'un licenciement irrégulier pour handicap — dans le premier cas licenciement injustifié donnant lieu au versement d'une indemnité au travailleur concerné; dans le deuxième cas, nullité du licenciement avec réintégration immédiate du travailleur et versement des salaires non perçus — étant très différentes en droit du travail espagnol, l'interprétation sollicitée sur le champ d'application matériel du principe de non-discrimination en raison d'un handicap a certainement une incidence sur la solution du litige au principal.

36. Le fait que six États membres ont déposé des observations écrites qui présentent un intérêt certain dans le contexte particulier de cette affaire permet au reste de conclure que la décision de renvoi leur a fourni suffisamment d'indications. La formulation de la décision de renvoi n'a manifestement pas empêché la Commission non plus de répondre sur le fond des questions.

37. Nous constatons dès lors qu'il n'y a pas d'arguments qui convainquent de ne pas recevoir les présentes questions préjudicielles.

B — *Observations préliminaires*

1. L'article 13 CE en tant que base juridique de la directive 2000/78

38. Hormis l'article 13 CE, en tant que base juridique de la directive 2000/78, la décision de renvoi vise aussi les articles 136 CE et 137 CE. Le juge de renvoi paraît suggérer par là que ces dispositions intéressent elles aussi la réponse aux questions posées.

39. Cette suggestion nous paraît inexacte. Les considérants de la directive 2000/78 montrent qu'elle est exclusivement fondée sur l'article 13 CE.

40. L'article 13 CE a été inséré dans le traité CE par le traité d'Amsterdam. Cette disposition confère à la Communauté une compétence pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

41. Les termes «[s]ans préjudice des autres dispositions du présent traité» montrent que l'article 13 CE revêt un caractère subsidiaire. Il s'ensuit qu'une autre disposition du traité ne doit pas pouvoir être prise en considération comme base juridique pour les mesures à prendre sur le fondement de l'article 13 CE.

42. En ce qui concerne plus particulièrement la protection des handicapés sur le marché du travail, on pourrait également trouver une base juridique dans l'article 137 CE, qui confère à la Communauté la compétence pour prendre des mesures pour soutenir et compléter l'action des États membres, notamment dans la lutte contre l'exclusion sociale [article 137, paragraphe 1, sous j), CE].

43. Ce fondement juridique est cependant d'une autre nature que celui de l'article 13 CE. Il crée une base juridique permettant de compléter l'harmonisation de certains volets

de la politique sociale des États membres. Il est dès lors plus étendu que l'article 13 CE tant ratione personae que ratione materiae en ce qu'il s'applique aussi à d'autres catégories d'«exclus» que ceux visés à l'article 13 CE et peut tendre à d'autres fins qu'un simple principe de non-discrimination.

44. La différence de finalité se traduit aussi dans la nature des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 137, paragraphe 1, sous j), CE. Elles peuvent par exemple consister en des mesures particulières d'incitation et de protection visant à mettre fin à certaines formes d'exclusion que les États membres doivent reprendre dans leur législation interne. Le principe de non-discrimination en raison d'un handicap, inscrit à l'article 13 CE, tel qu'il a été affiné dans la directive 2000/78, comporte une condition marginale qualitative générale à laquelle les États membres sont liés lorsqu'ils légifèrent en matière d'emploi et de travail à l'égard des handicapés et qui joue aussi dans les relations horizontales entre employeurs et travailleurs sur le marché du travail.

45. C'est la raison pour laquelle l'article 13 CE a été choisi à juste titre comme seule base juridique d'un principe général de non-discrimination en raison d'un handicap. Il conviendra dès lors de répondre aux questions posées à la lumière de la lettre et de l'esprit de cet article.

2. L'interprétation de l'article 13 CE et de la directive 2000/78

46. La genèse et les termes de l'article 13 CE montrent que les pères du traité ont élaboré cette règle additionnelle de non-discrimination avec une certaine circonspection. La règle initialement projetée a sans cesse été limitée au cours des travaux qui ont abouti à la conclusion du traité d'Amsterdam [6].

47. Cette circonspection est visible dans le texte de l'article 13 CE.

Elle débouche, en premier lieu, sur un fondement juridique qui ne vaut que pour prendre des «mesures nécessaires».

En deuxième lieu, l'énumération des raisons au titre desquelles il est interdit d'opérer une discrimination est exhaustive. Cela contrairement aux conventions internationales classiques sur les droits de l'homme et, par exemple, à l'article II-81 du traité établissant une Constitution pour l'Europe [signé le 29 octobre 2004 (entrée en vigueur prévue le

6 — Voir, notamment, Belle, M., et Waddington, L., «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a non-Discrimination Treaty Article», 25 *Industrial Law journal* (1996) p. 320 à 326; Barents, R., *Het Verdrag van Amsterdam*, Deventer, 1997, p. 40 à 43 et De Schutter, O., «Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam», dans Lejeune, Y., (éditeur), *Le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, 1999, p. 154 à 188, aux p. 184 à 187.

1er novembre 2006, sous réserve de sa ratification par les États membres)], où la liste des raisons au titre desquelles il est interdit d'opérer une discrimination est conçue en termes exemplatifs.

La restriction liée, en troisième lieu, au caractère subsidiaire a déjà été évoquée plus haut.

En quatrième lieu, pour appliquer l'article 13 CE il faut que la mesure envisagée reste «dans les limites des compétences que [le traité] confère à la Communauté».

48. Les meilleurs arguments militent selon nous pour une interprétation de l'article 13 CE, ainsi que des «mesures nécessaires» prises sur sa base, comme en l'espèce la directive 2000/78, qui prenne en compte les définitions et délimitations qui y sont inscrites. Elles reflètent, depuis, une date relativement récente, la volonté expresse des pères du traité et du législateur communautaire.

49. Cependant, même abstraction faite de ces arguments grammaticaux et tirés de la genèse du traité, des arguments de fond récusent aussi une interprétation extensive.

50. L'objet de quelques-unes des discriminations interdites énumérées dans l'article 13 CE, telles que celle opérée en raison de l'âge et du handicap, implique que toute forme d'inégalité de traitement interdite qui sera constatée aura toujours en écho le droit subjectif à l'égalité dans l'accès ou dans le maintien dans un emploi ou un travail, à des conditions de travail égales, au bénéfice d'une formation particulière, ou à des équipements qui compensent ou réduisent les limitations induites par l'âge ou le handicap. Compte tenu des conséquences, parfois très lourdes sur les plans économique et financier, que ces principes de non-discrimination peuvent avoir dans les rapports horizontaux des citoyens entre eux et dans les rapports verticaux entre les autorités publiques et les citoyens concernés, le législateur se doit, dans la sphère nationale, de définir rigoureusement la portée de ces principes de non-discrimination — en ce compris les exceptions et restrictions justifiées ainsi que les aménagements à mettre raisonnablement en place à titre compensatoire.

51. Les précisions que la directive apporte aux principes de non-discrimination en raison de l'âge et en raison d'un handicap, notamment aux articles 4 et 5, montrent que le législateur communautaire a aussi eu conscience de ces conséquences économiques et financières qui peuvent être très lourdes.

52. Les définitions et délimitations apportées par la directive 2000/78 méritent d'être

prises au sérieux, dès lors que les effets économiques et financiers du principe de non-discrimination en raison d'un handicap jouent surtout dans des domaines certes couverts par le traité, mais dans lesquels la Communauté dispose tout au plus de compétences partagées mais le plus souvent complémentaires. Il en va ainsi de la politique de l'emploi, où la Communauté dispose d'une compétence mince de coordination, précisée dans les articles 125 CE à 130 CE inclus, et de la politique sociale où, d'après l'article 137, paragraphe 1, première phrase, CE, la Communauté «soutient et complète» l'action des États membres dans une série de matières. Dans les domaines de l'éducation et de la formation professionnelle, visés aux articles 149 CE et 150 CE, de la santé publique, visée à l'article 152 CE, qui nous intéressent ici aussi, les compétences communautaires ont aussi une nature complémentaire analogue.

53. Nous en concluons que la Cour devra respecter les choix faits par le législateur communautaire dans les réglementations d'application prises au titre de l'article 13 CE à l'endroit de la définition du principe de non-discrimination et de la délimitation matérielle et personnelle de ce principe sans pouvoir les étirer en invoquant la limitation générale énoncée par cet article «dans les limites des compétences que [le traité] confère à la Communauté». La latitude est encore moins grande, à notre estime, pour étendre le champ d'application matériel de l'article 13 CE sous couvert du principe général d'égalité.

54. Une interprétation aussi extensive de l'article 13 CE et des réglementations que le législateur communautaire a adoptées pour mettre cet article en œuvre a pour conséquence de créer pour ainsi dire, à l'instar du défi d'Archimède, un point d'appui universel à partir duquel les principes de non-discrimination définis à l'article 13 CE peuvent être utilisés pour corriger, sans l'intervention des pères du traité ou du législateur communautaire, les arbitrages faits par les États membres dans l'exercice des compétences qui leur restent — encore. Quand on sait que, d'après le traité, le centre de gravité de ces compétences reste ancré dans les États membres, même si les compétences communautaires en la matière étaient activées par le législateur communautaire, il n'est pas souhaitable d'en arriver là tant au regard de l'économie du traité qu'au regard de l'équilibre institutionnel.

55. Par souci d'exhaustivité, on ajoutera encore ceci. La mise en œuvre pratique des principes de non-discrimination qui nous intéressent ici requiert toujours du législateur des choix pénibles si pas tragiques dans l'arbitrage des intérêts en présence comme le droit des travailleurs handicapés ou âgés face à la souplesse de fonctionnement du marché du travail ou à l'augmentation du taux de participation des classes d'âges plus âgées. Il n'est pas rare que l'application de ces principes de non-discrimination requière des compensations financières dont le caractère raisonnable est tributaire des budgets publics disponibles ou du niveau de vie général dans les États membres en question. Dans la sphère nationale, ces arbitrages ne se font pas dans un vide juridique. Ils doivent répondre en règle générale aux droits fondamentaux constitutionnels nationaux et

aux dispositions pertinentes des conventions internationales des droits de l'homme. Dans cette optique, il se trouve que la Cour doit disposer en tant que juge communautaire d'une base de compétence inattaquable et supérieure si elle voulait corriger les options prises par un législateur national dans les conditions marginales nationales constitutionnelles et de droit international en agissant au reste dans les limites des compétences qui lui sont restées.

56. Les arguments développés plus haut nous incitent à incliner pour une interprétation et une application de la directive 2000/78 plus circonspectes que celles que la Cour a retenues dans l'arrêt Mangold[7]. Ce faisant, nous anticipons déjà sur la réponse à la seconde question du juge de renvoi.

3. La notion de «handicap» en tant que notion de droit communautaire

57. La notion de «handicap» est une notion juridique floue susceptible de recevoir de nombreuses interprétations dans son application pratique. La circonstance que la notion figure à l'article 13 CE, qui vise le principe de non-discrimination en raison d'un handicap, principe activé et affiné ensuite par la directive 2000/78, impose de donner une définition de droit communautaire à cette notion.

58. Qui plus est, la notion de «handicap» est sujette à une évolution relativement rapide en tant que terme médico-scientifique, mais aussi dans son sens social. Il n'est pas à exclure à cet égard que certaines déficiences physiques ou psychiques aient la nature d'un «handicap» dans un contexte social donné, alors qu'elles ne l'auront pas dans un autre.

59. D'un côté, cette variabilité et cette perméabilité de la notion de «handicap» au contexte dans lequel il s'inscrit conduisent à de grandes différences dans l'interprétation et l'application du principe de non-discrimination. Cela milite en faveur d'une interprétation uniforme. D'un autre côté, le jeu combiné de la dynamique et de la variation dans la perception scientifique et dans l'idée que la société se fait du phénomène incite à la prudence dans la recherche de l'uniformité. Nous y reviendrons plus bas.

60. Au cours de l'histoire sociale des deux derniers siècles, le cercle des personnes perçues comme handicapées s'est incontestablement élargi. Cela est lié à l'amélioration notable de la santé publique dans les communautés les plus prospères. Cela a eu pour conséquence que ceux qui n'ont pas pu en bénéficier, parce qu'ils étaient handicapés par des troubles corporels ou psychiques plus ou moins permanents, sont devenus de plus en plus visibles.

61. Les développements des sciences biomédicales ont amélioré la compréhension que

7 — Précité à la note 2.

l'on peut avoir des troubles corporels ou psychiques qui expliquent des handicaps. Elles ont aussi contribué à étendre la notion de «handicap». Une plus grande vulnérabilité à des maux graves à la suite d'une déficience génétique peut infliger de lourdes limitations aux personnes en question.

62. Le dernier exemple montre que le contexte social particulier dans lequel des handicapés se meuvent peut aussi avoir une incidence quand on cherche à savoir s'ils sont qualifiés comme tels. Tant que la déficience génétique n'est pas établie, la personne en question ne sera pas confrontée à la discrimination. Cela peut changer d'un coup, lorsqu'elle est connue, parce que les employeurs ou les assureurs ne souhaitent pas supporter les risques accrus de l'embauche ou de l'assurance de la personne en question.

63. On lit souvent dans la littérature que la permanence de la déficience physique ou psychique est une des caractéristiques distinguant le handicap de la maladie. C'est en effet un critère dans la plupart des cas. Il existe cependant des maladies progressives qui privent sérieusement les patients de certaines fonctions pendant une période plus longue en les entravant à ce point lourdement qu'ils ne sont pas fondamentalement différents dans la vie sociale de handicapés «permanents».

64. Cela nous incite à conclure que la notion de «handicap» figurant dans la directive 2000/78 est une notion communautaire qui doit être interprétée de manière autonome et uniforme dans l'ordre juridique communautaire en devant tenir compte du contexte de la disposition et de l'objectif de la réglementation en question [8].

65. Il est aussi évident, pour des raisons de fond, que la notion de «handicap» figurant dans cette directive appelle une interprétation uniforme communautaire ne serait-ce que pour assurer l'unité minimale nécessaire dans le champ d'application matériel et personnel du principe de non-discrimination. Le cercle des personnes protégées et les contours des limitations fonctionnelles à prendre en considération ne peuvent pas diverger. S'il en allait autrement, la protection offerte par ce principe de non-discrimination divergerait dans la Communauté.

66. Il convient néanmoins de développer une interprétation uniforme de la notion de «handicap» en prenant en compte la dynamique succinctement évoquée plus haut dans la perception sociale du phénomène «handicap» en tant que limitation fonctionnelle découlant d'une déficience physique ou psychique, l'évolution dans la compréhen-

8 — Voir, notamment, arrêts du 18 janvier 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107, point 11); du 19 septembre 2000, Linster (C-287/98, Rec. p. I-6917, point 43); du 9 novembre 2000, Yiadom (C-357/98, Rec. p. I-9265, point 26); du 6 février 2003, SENA (C-245/00, Rec. p. I-1251, point 23); du 27 février 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931, point 35), et du 27 novembre 2003, Zita Modes (C-497/01, Rec. p. I-14393, point 34).

sion médicale et biomédicale et les différences importantes de contexte dans l'appréciation d'une grande variété de handicaps.

67. Cela incite à ne pas chercher à donner des définitions plus ou moins exhaustives et définitives de la notion de «handicap». L'interprétation que la Cour donnera de la notion devra fournir au juge national des critères de droit communautaire et des repères lui permettant de résoudre la question juridique qui se trouve posée devant lui [9].

68. C'est ainsi qu'une interprétation et une application convergentes dans la Communauté de la notion de «handicap» peuvent être assurées sans nuire au caractère ouvert de cette notion. Dans cette perspective, nous partageons les idées que le gouvernement néerlandais a avancées sur ce point [10].

4. Handicap, discrimination et compensation

69. Au fil du temps, le législateur dans les États de droit sociaux européens s'est saisi de trois manières de la protection de personnes atteintes d'un handicap.

70. Dès la mise place de la législation sur la sécurité sociale, des dispositions particulières ont été prises pour les personnes frappées d'une invalidité permanente à la suite d'un accident de travail qui les empêchait de travailler. On a ensuite créé une sécurité d'existence en versant des allocations sociales aux personnes qui ne pouvaient plus pourvoir à leur entretien en raison de leur handicap.

71. L'idée que les handicaps ne peuvent pas déboucher sur des discriminations injustifiées sur le marché du travail et ailleurs dans la vie sociale est apparue progressivement après la seconde Guerre mondiale. Elle a abouti à une spécialisation du principe d'égalité centrée sur la discrimination en raison d'un handicap. Cette spécialisation s'est traduite en droit communautaire dans l'article 13 CE et dans la directive 2000/78.

72. L'évolution des connaissances médicales liée aux possibilités technologiques croissantes a eu pour conséquence que, dans un nombre de cas de plus en plus grand, où auparavant le traitement particulier des handicapés sur le marché du travail et ailleurs était justifié aux yeux de la société parce qu'ils ne répondaient pas — plus — aux exigences d'une profession ou d'une autre activité, on a pu trouver une compen-

9 — Cela est au reste conforme à la jurisprudence constante de la Cour sur la nature de la coopération entre le juge communautaire et le juge national. Voir à cet égard déjà l'arrêt du 4 février 1964, Albatros (20/64, Rec. p. 40).

10 — L'agent du gouvernement néerlandais a indiqué en particulier qu'il s'agit d'une «notion ouverte» qu'il n'est pas nécessaire ni souhaitable de définir exhaustivement. Il estime que la signification de ce qu'est un handicap est déterminée en définitive par les particularités du cas concret (point 23 des observations écrites).

sation à la déficience et/ou à la limitation qui en découlait, leur permettant — à nouveau — de poursuivre intégralement ou partiellement leurs occupations ou activités.

73. L'accès de plus en plus large à des possibilités raisonnables de compenser des handicaps ou d'en réduire les conséquences a pour corollaire de réduire le champ d'une justification acceptable d'une différence de traitement en raison d'un handicap. La face positive, en termes d'obligations de l'employeur, du principe de non-discrimination, qui est négatif par essence, se retrouve affinée à l'article 5 de la directive 2000/78 [11].

74. À la lumière de ces quatre observations préalables, nous allons tenter plus bas de trouver une réponse aux questions préjudicielles posées.

C — *La première question préjudicielle*

75. La réponse à la première question préalable peut se déduire aisément des troisième et quatrième observations préalables.

11 — Cette disposition développe les termes du point 26 de la Charte Communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs cité au point 9 des présentes conclusions.

76. Les handicapés sont des personnes qui ont de sérieuses limitations fonctionnelles (handicaps) découlant de troubles corporels, mentaux ou psychiques.

77. Il s'ensuit à un double point de vue:

— qu'il doit s'agir de limitations qui trouvent leur origine dans un problème de santé ou une malformation physiologique de la personne concernée et qui sont soit de longue durée, soit permanentes par nature;

— que le problème de santé en tant que cause de la limitation fonctionnelle doit être fondamentalement distingué de cette limitation.

78. Donc, une maladie en tant que cause d'un éventuel handicap futur ne peut en principe pas être assimilée à un handicap. Elle ne permet pas de faire jouer un principe de non-discrimination, tel que visé à l'article 13 CE lu conjointement avec la directive 2000/78.

79. Cela ne souffre d'exception que si des limitations de longue durée ou permanentes se manifestent au cours de la maladie, qui doivent être assimilées à des handicaps abstraction faite de la maladie qui peut encore progresser.

80. Un licenciement pour maladie ne peut donc constituer une discrimination en raison d'un handicap, interdite par la directive 2000/78, que si la personne concernée peut établir que le licenciement trouve sa véritable cause non pas dans la maladie elle-même, mais dans les limitations de longue durée ou permanentes en résultant.

81. Par souci d'exhaustivité, nous ajoutons que, dans cette hypothèse, le licenciement peut néanmoins être justifié si les limitations fonctionnelles en question — le handicap — rendent impossible l'exercice de la profession ou de l'activité en question ou le compliquent sérieusement [12].

82. Cette justification n'est toutefois admissible que si aucun moyen raisonnable ne s'offre à l'employeur pour réduire ou compenser le handicap en question de manière à permettre au handicapé de poursuivre son emploi ou son travail [13].

83. Le caractère raisonnable requis se détermine au fond par les coûts liés aux moyens entrant en considération, la proportionnalité de ces coûts dans la mesure où ils ne sont pas pris en charge par les pouvoirs publics, et la réduction ou la compensation du handicap que ces coûts permettent, ainsi que les possibilités qui se présentent au handicapé en question d'accéder à d'autres emplois ou travaux dans lesquels son handicap ne constituerait pas une limitation ou constituerait une limitation nettement moindre.

D — *La seconde question préjudicielle*

84. La réponse à la seconde question préjudicielle découle de la deuxième observation préalable:

— ni la genèse ni le texte de l'article 13 CE et de la directive 2000/78 ne permettent d'y ranger la maladie en tant qu'objet autonome d'un principe de non-discrimination;

— un principe de non-discrimination de cet ordre ne peut pas non plus être échafaudé sous la forme d'une spécialisation du principe général d'égalité.

12 — Voir article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

13 — Voir article 5 de la directive 2000/78.

V — Conclusion

85. Compte tenu de ce qui précède, nous suggérons à la Cour de répondre comme suit à la question que lui a posée le Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid:

«1) En tant que cause d'un éventuel handicap futur, une maladie ne peut en principe pas être assimilée à un handicap. Elle ne comporte donc en tant que telle aucun élément permettant de faire jouer le principe de non-discrimination en raison d'un handicap, tel que visé à l'article 13 CE lu conjointement avec la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cela ne souffre d'exception que si des limitations de longue durée ou permanentes se manifestent au cours de la maladie, qui doivent être assimilées à des handicaps. Il appartiendra alors à la personne concernée, qui invoque le principe de non-discrimination en raison d'un handicap, d'établir que le licenciement trouve sa véritable cause non pas dans la maladie elle-même, mais dans les limitations de longue durée ou permanentes en résultant.

2) Ni la genèse ni le texte de l'article 13 CE et de la directive 2000/78 ne permettent de ranger la maladie, en tant que raison autonome d'un principe de non-discrimination, parmi les raisons au titre desquelles il est interdit d'opérer une discrimination. Un principe de non-discrimination de cet ordre ne peut pas non plus être échafaudé à ce titre sous la forme d'une spécialisation du principe général d'égalité.»