

ÊTRE PARENT : QUELLES CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LE TRAVAILLEUR ?

I. Les salariés : les privilégiés ?

Quelle protection pour le père et/ou le conjoint de la mère ?

par Delphine THARAUD, Maîtresse de conférences en droit privé,
Université de Limoges - OMIJ (EA 3177)

PLAN

- I. La protection de la paternité
 - A. Être père, une situation mieux protégée
 - B. Être un père impliqué, une liberté encore occultée
- II. La protection contre les conséquences de la paternité dans la relation de travail
 - A. La mobilisation de la protection liée à l'investissement familial
 - B. La mobilisation de la protection liée à la grossesse

À titre liminaire, je tiens à remercier les deux organisatrices qui me permettent d'aborder cette thématique des rapports entretenus entre le travail et la famille à rebours en parlant des pères et plus largement des hommes. Je les remercie également d'avoir inversé le schéma habituel en faisant intervenir des hommes pour parler des mères et une femme pour parler des pères.

La parentalité constitue un creuset important des inégalités entre les sexes. Si les femmes accèdent à l'enseignement supérieur, si elles obtiennent diplômes et concours, une fois sur le marché du travail, les inégalités apparaissent : davantage de temps partiel subi, rémunération moindre, accès aux professions rémunératrices plus difficile. Or, cela s'explique en grande partie par la parentalité. Ce qui est appelé la répartition traditionnelle des rôles ramène les femmes à leurs obligations familiales, laissant leur activité professionnelle au second plan. Ce constat n'a rien d'inédit et, d'ailleurs, pourquoi le reprendre ici puisque mon propos est censé porter sur les pères et, par conséquent, les hommes ? Justement parce que la place stéréotypée des femmes dans le cercle familial exclut celle des hommes, lesquels ne sont considérés avant tout que dans leur activité professionnelle.

Dès lors, de quoi parle-t-on lorsqu'il est question de la protection du père salarié ?

Il n'est pas anodin que, dans la construction de cette journée, deux interventions soient consacrées aux salariées et une seule aux salariés. Ce déséquilibre s'explique par une double dynamique de distinction entre les sexes. La protection des femmes est initialement reliée à une réalité biologique qui leur est propre : la grossesse et l'accouchement. Une deuxième sphère de protection complémentaire apparaît alors, celle qui trouve sa nécessité dans les discriminations dont elles sont victimes. Ce n'est plus une réalité biologique, mais une réalité sociale qui soutient la nécessité de cette deuxième forme de protection. Cependant, le jeu social défavorable aux femmes peut, du moins en partie, prendre sa source dans la différence biologique. Ainsi, il faut protéger la mère et la protéger ensuite des conséquences potentiel-

lement négatives de cette maternité. Concernant les pères salariés, cette double dynamique est, jusqu'à présent, absente ou quasiment absente. Parce que la paternité se construit hors dimension biologique, parce qu'elle ne va pas de pair avec le stéréotype d'une implication systématique dans son rôle familial, la protection du salarié est pensée comme un temps de congé lorsqu'il devient père, sans aller au-delà de cette réalité première. Même si la dimension physiologique est absente, la protection du père fait écho au premier cercle de protection de la mère en ce qu'elle tient surtout à l'accueil de l'enfant. C'est l'état de père que la loi vise dans ce cas.

Le congé paternité, protection emblématique des pères qui travaillent, constitue ainsi le pendant du congé maternité. Le fait que son allongement et/ou sa transformation en congé obligatoire soient actuellement à l'étude (1) illustre

(1) Marlène Schiappa a commandé un rapport à l'IGAS sur cette question. Le Gouvernement devrait faire connaître sa position au mois de juin : <https://www.lesechos.fr/politique-societe/>

[societe/0301193022136-le-gouvernement-etudie-lallongement-du-conge-paternite-2147354.php](https://www.leseschos.fr/politique-societe/societe/0301193022136-le-gouvernement-etudie-lallongement-du-conge-paternite-2147354.php).

assez clairement la volonté de faire progresser la paternité dans le champ du travail (2). À force d'amélioration, le père deviendrait l'égal de la mère, en termes de congés, en ce qui concerne l'accueil de l'enfant. Mais ce meilleur accueil peut rapidement s'accompagner d'un écueil. Si l'implication paternelle devient un véritable moteur de protection, les salariés pourraient alors souffrir de difficultés dans la construction de leur carrière, à l'instar de ce que connaissent déjà les mères. Aujourd'hui, si les pères sont épargnés, c'est justement parce que cet aspect personnel de leur vie est considéré comme sans incidence sur leur disponibilité et leur investissement dans leur activité professionnelle. Un supplément de

protection détruit la neutralité de la situation familiale du salarié aux yeux de l'employeur. Ces discriminations inédites supposent de découvrir des leviers de protection adaptés à la situation des pères.

Une fois cette dynamique exposée, il faut comprendre que les deux sphères de protection au bénéfice des mères salariées doivent également se retrouver pour les pères salariés.

En premier lieu, il faut envisager le moment où le salarié devient père, supposant alors la protection de la paternité (I). En second lieu, il faut, dès à présent, imaginer la protection contre les effets négatifs de cette dernière (II).

I. La protection de la paternité

Devenir ou être père alors que l'on est salarié constitue une situation envisagée par le droit du travail. Cela constitue en soi une avancée, car les pères salariés ont longtemps fait l'objet d'un profond désintérêt. Aujourd'hui, un mouvement général de protection supplémentaire de la situation de paternité émerge (A). Cependant, si cet état de paternité est au cœur d'une réflexion du législateur, cette protection n'est pas parvenue à complète maturité, la liberté d'être un père impliqué étant largement écartée de l'équation (B).

A. Être père, une situation mieux protégée

Le Code du travail, comme les conventions ou accords collectifs du travail, traitent du père, même si cela est relativement récent. Ces nouveaux droits (1.) s'accompagnent d'une acception plus large des différentes situations de paternité (2.).

1. Plus de droits

Le temps de la paternité n'est pas monolithique et la protection de celle-ci s'adapte à la réalité de ce processus. Le législateur comme les partenaires sociaux travaillent sur ces différents aspects.

Concernant la loi, tout d'abord, il faut souligner que, pendant la grossesse, le conjoint (3), le parte-

naire pacsé ou le concubin de la mère (4) est autorisé à s'absenter afin d'assister aux examens médicaux. Ce droit s'exprime également dans le cadre d'une procédure de procréation médicale assistée. Si l'absence de la mère répond à une exigence médicale, celle de celui qui partage sa vie n'est que d'ordre social. Il est ainsi permis au futur père de prendre une part active dans la démarche parentale dès la grossesse ou dès les actes médicaux permettant cette dernière.

Ensuite, une dynamique similaire peut s'identifier dans la période qui suit l'accouchement grâce au congé paternité, même si celui-ci reste optionnel. En tant que telle, l'idée de mettre en place ce type de protection démontre l'amélioration du sort des pères salariés puisque, pendant longtemps, le seul effort consenti était celui d'un congé naissance de trois jours. Rappelons, à titre de comparaison, que le Code du travail offre quatre jours de congé pour un mariage (5).

Aujourd'hui, le congé paternité est d'une durée de 11 jours (6) et il est à prendre de manière non fractionnée dans les quatre mois (7) qui suivent la naissance de l'enfant (8). La seule démarche à effectuer est de prévenir son l'employeur un mois avant la prise du congé (9). Il a même été admis qu'il

(2) Cette dynamique se retrouve également au sein du Parlement européen, qui souhaite voir mis en place un congé paternité de deux semaines minimum dans l'ensemble des pays de l'Union européenne : Parlement européen, résolution du 12 mai 2016 sur l'application de la directive du Conseil 2010/18/UE du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental (2015/2097(INI)).

(3) Loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

(4) Loi du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé.

(5) Art. L. 3142-4, C. trav.

(6) 18 jours en cas de naissances multiples.

(7) Ce délai devant être respecté même en cas de force majeure : Cass. Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2009, n°08-19.510.

(8) Il se retrouve alors détaché de la période de la naissance et il peut être déploré que l'accompagnement de l'enfant et de la mère, subissant les conséquences parfois lourdes de l'accouchement, ne soit pas le point central du congé constitué ainsi.

(9) Dûment informé, l'employeur ne peut refuser ou reporter le bénéfice de ce congé : Cass. Soc., 31 mai 2012, n°11-10.282.

puisse être pris pour le cas où l'enfant naîtrait sans vie (10). Fait assez limitant en pratique, même si les chiffres indiquent qu'il est en plus en plus prisé par les pères (11), il ne donne pas droit, en tant que tel, à un maintien de salaire, mais à une indemnité journalière plafonnée (12).

La comparaison avec les autres pays européens ne flatte pas particulièrement l'ego français. Certains États, à l'instar de la Suède, ont, par exemple, donné au congé paternité un caractère obligatoire ou l'ont assorti d'une durée importante (13). D'autres ont actionné ces deux leviers simultanément. Le Portugal, pays rappelé à l'ordre par la CEDH pour sexisme ambiant dans la justice (14), a pourtant mis en place un congé paternité d'un mois (15), indemnisé à 100 % du salaire, comprenant l'obligation pour le père de prendre deux semaines.

La négociation collective peut également être un facteur d'amélioration de la protection du père. Les textes contiennent divers types de mesures, comme des efforts de communication afin que plus de pères demandent plus fréquemment le bénéfice de congés de type familial (16), la prise en compte du congé paternité dans le calcul des droits à la formation (17), voire un maintien de salaire qui permet de ne pas buter sur les plafonds légaux (18).

Certaines entreprises préfèrent travailler sur un allongement de la durée du congé. Ainsi, Aviva a mis en place un « congé parentalité » de 10 semaines, assorti d'un maintien de salaire et plus largement des droits (congés, RTT, ancienneté et protection sociale) (19). Cette initiative n'est pas isolée, puisque Ikéa propose cinq semaines de congé, quand Etsy augmente considérablement la mise avec 26 semaines. Cette durée suppose un certain aména-

gement qui est relié à l'idée d'implication familiale et de prise en compte des besoins de l'enfant. Ainsi, le ou la salariée doit demander le bénéfice de huit semaines consécutives de congé dans les six mois suivant la naissance ou l'accueil de l'enfant, le reste (soit 18 semaines) devant être mobilisé dans les deux ans qui suivent l'arrivée de celui-ci.

2. Plus de situations de paternité protégées

La construction juridique de la cellule familiale avec enfant a fortement évolué et la famille traditionnelle, celle constituée du mariage d'un homme et d'une femme, a laissé la place à des familles : celles qui se construisent dans et hors mariage, celles qui s'établissent entre une femme et un homme, une femme et une femme, un homme et un homme. Sans oublier que l'enfant peut être naturel ou adopté, par un couple hétérosexuel ou homosexuel. La protection du père, notamment par le biais du congé paternité, a dû s'adapter aux contours plus complexes de cette famille protéiforme.

Tout d'abord, le congé paternité est devenu, en 2012, le congé de paternité et d'accueil de l'enfant, permettant dès lors au père d'un enfant adopté de pouvoir bénéficier de cette protection (20). En complément, il faut signaler que le bénéfice du congé se fait dorénavant dans le cadre d'un mariage, d'un PACS ou d'une situation de concubinage avec la mère (21).

Ensuite, la réforme du mariage, ouvrant ce dernier aux couples homosexuels, s'est doublée de la possibilité de constituer et, par conséquent, de protéger une cellule familiale homoparentale (22). Ainsi, la paternité est aussi bien celle d'un homme hétérosexuel, d'un homme homosexuel, mais aussi d'une

(10) Décret n°2008-32 du 9 janv.2008 relatif aux conditions d'indemnisation du congé de paternité ; M. Bruggeman, « Enfant sans vie : un congé de paternité sans «paternité» ! », Dr. Fam. 2008, n°2, alerte 18.

(11) <http://www.lefigaro.fr/emploi/2016/03/25/09005-20160325ARTFIG00095-sept-peres-sur-dix-prennent-leur-conge-paternite.php>

(12) Celles-ci sont calculées sur la base des trois derniers salaires, ou des 12 derniers mois en cas d'activité saisonnière ou discontinue. Ce montant est plafonné à 3.100 euros (au 1^{er} janv. 2018). À ce chiffre de départ sont ôtés 21 %, censés représenter la part salariale des cotisations sociales. L'indemnité est ainsi de 86 euros par jour.

(13) Le congé peut aller jusqu'à 58 semaines en Bulgarie. Voir : M. Badel, « Les congés familiaux dans l'Union européenne : singularités et convergences », RDSS 1011, p. 881.

(14) CEDH, 25 juill. 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, req. 17484/15.

(15) Wall Karin, Leitão Mafalda. « Le congé paternel au Portugal : une diversité d'expériences », Rev. des pol. Soc. et fam. 2016, n° 122, p. 33.

(16) Convention collective nationale des acteurs du lien social et familial : centres sociaux et culturels, associations d'accueil des jeunes enfants, associations de développement social local du 4 juin 1983 ; avenant du 8 mars 2017 relative à l'égalité professionnelle femmes-hommes.

(17) Convention collective nationale de l'hôtellerie de plein air du 2 juin 1993 ; accord du 1^{er} mars 2017 relatif à la formation professionnelle.

(18) Convention collective nationale du commerce de détail de fruits et légumes, épiceries et produits laitiers du 15 avr. 1988, avenant du 21 oct. 2010 relatif aux frais de santé ; Convention collective nationale des sociétés d'assistance du 13 avr. 1994, accord du 3 juill. 2017 relatif à l'égalité femmes-hommes.

(19) <http://presse.aviva.fr/communiquel/164064/Naissance-adoption-Aviva-France-premiere-entreprise-en-France-a-proposer-10-semaines-de-conges-de-parentalite-a-salarie-e-s>.

(20) Loi du 17 déc. 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

(21) Le congé paternité était auparavant réservé au seul père marié : Cass. Civ. 2^{ème}, 11 mars 2010, n°09-65.853.

(22) Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

femme... Voire, le salarié protégé n'est pas le père lorsqu'il est le simple compagnon de la mère, n'étant ni père biologique, ni père d'intention de l'enfant accueilli (il n'a pas participé au projet parental, comme dans le cadre d'une procédure d'adoption mise en œuvre par la seule mère). L'avancée législative fût réelle car les juridictions refusaient auparavant à une femme pacsée de faire valoir ses droits au congé paternité (23).

Cette diversification des bénéficiaires est amplifiée par les initiatives privées. Ainsi, Aviva, outre l'allongement conséquent du nombre de jours de congé, a décidé de prendre en considération l'ensemble des situations familiales, ce qui explique d'ailleurs son appellation de « congé parentalité » et non congé paternité. Ainsi, et cela est explicitement rappelé par l'entreprise qui communique sur cet aspect, cet avantage est réservé à l'ensemble des salarié.e.s d'Aviva dans cinq pays (24), quels que soit leur sexe et leur situation matrimoniale. Peut donc bénéficier de ce congé tout deuxième parent (homme ou femme) pour la naissance d'un enfant naturel ou l'accueil d'un enfant adopté. Le congé mis en place par Etsy suit une dynamique identique. Les 26 semaines de congé s'adressent à l'ensemble des nouveaux parents, hommes ou femmes, quel que soit le lieu de prestation de travail. En conséquence, le projet parental faisant intervenir une gestation pour autrui est inclus dans les situations pouvant déclencher le droit au congé. Ce type d'avantages, construits hors les murs de la négociation collective française, conduit inévitablement à penser différemment la construction de la cellule familiale.

Cependant, cette progression de la protection de l'état de père ne conduit pas encore à la protection de la liberté d'être un père impliqué.

B. Être un père impliqué, une liberté encore occultée

Si le père est aujourd'hui un bénéficiaire de droits, il n'en est pas encore un sujet à part entière, au sens où sa volonté de s'épanouir en tant que père n'est pas encore prise en compte. Ce manque de maturité de la protection s'apprécie à l'aune de l'égalité des sexes : socle de la justification à l'action, elle traite pour l'instant le père en simple facteur d'amélioration (1.).

Cette instrumentalisation aboutit à penser en lieu et place du premier intéressé, aboutissant à une égalité qu'il est possible de qualifier de maternante (2.).

1. Le père, simple facteur d'égalité entre les sexes

Au-delà du texte de loi, il faut parfois aller explorer les motivations qui ont poussé le législateur à agir. Or, il peut arriver que l'État, face à une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme, se trouve dans l'obligation de devoir exposer ses finalités afin de justifier une ingérence dans un des droits protégés par la Convention. La très récente décision d'irrecevabilité *Hallier c. France* (25) en donne une illustration à propos du congé paternité (26). Il y est effectivement expliqué par le Gouvernement français que, par l'instauration du congé paternité, le but, qualifié de légitime par la Cour, était de renforcer les pères dans leurs responsabilités éducatives à l'égard de leurs enfants par un investissement précoce auprès de ceux-ci et de permettre l'évolution du partage des tâches domestiques entre hommes et femmes. La consécration du congé est donc arrimée à la question de l'égalité entre les sexes : l'implication des hommes/pères allant dans un sens positif pour la place des femmes. Dans le même sens, certains auteurs remarquent que, malgré les améliorations apportées, la situation reste inégalitaire, au détriment des femmes (27).

Pareille dynamique apparaît dans le cadre du congé parental. Il est dorénavant possible de l'allonger de six mois, à la condition que ce soit le deuxième parent qui le prenne (celui qui n'a pas utilisé le premier temps du congé). Cela vise implicitement à favoriser le congé parental du père, cette situation étant vue comme améliorant, encore une fois, l'égalité entre les sexes, le père s'investissant dans la sphère familiale en s'occupant du ou des enfants. La neutralité rédactionnelle de la règle, conforme aux préceptes de la proportionnalité de la mesure favorisant l'égalité entre les sexes (28), ne masque pas l'incitation faite aux pères de délaissier leurs obligations professionnelles au bénéfice de leurs enfants. Il est vrai que les derniers chiffres en la matière sont peu concluants, puisqu'en 2010 seuls 2,7 % des congés parentaux au sein de l'Union européenne étaient demandés par des hommes (29).

(23) CA Rennes, 30 janv. 2008, Dr. Fam. 2008, com. 48, n. A. Dever. Sur ces aspects : K. Garcia, « Le droit du travail et la famille », Dr. Soc. 2009, p. 12.

(24) Outre la France, les 10 semaines de congé parentalité s'appliquent au Canada, au Royaume-Uni, à Singapour et en Irlande.

(25) CEDH 12 déc. 2017, *Hallier c. France*, req. 46386/16.

(26) Dans sa rédaction initiale antérieure à la loi sur le mariage pour tous et occultant ainsi les couples homosexuels.

(27) G. Santoro, « L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », Dr. Soc. 2017, p. 160.

(28) CEDH, 13 févr. 2011, *Andrieu c. République tchèque*, req. 6268/08.

(29) Parlement européen, résolution du 12 mai 2016 sur l'application de la directive du Conseil 2010/18/UE du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental (2015/2097(INI)).

Les illustrations proposées véhiculent l'idée d'incitation pour les hommes, mais avec pour objectif de parvenir à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. L'action en faveur des hommes n'est pas considérée comme une fin en soi, mais comme un vecteur d'égalité réelle, de rééquilibrage, qui doit bénéficier, *in fine*, aux femmes. Cette présentation peut poser quelques difficultés car, en instrumentalisant l'homme, elle prend le risque de l'infantiliser.

2. La construction d'une égalité maternante

L'idée d'égalité paternaliste a pu être développée pour expliquer les différences de traitement entre femmes et hommes (30). Limitant la liberté de la femme au motif de sa vulnérabilité (interdiction du travail de nuit des femmes, par exemple), ce type d'égalité est aujourd'hui en voie de disparition (31). Cependant, sous des formes plus douces, ce même système peut réapparaître au détriment des hommes lorsque leur paternité est en cause. Nous l'avons vu, le père est avant tout un facteur d'avancée égalitaire. Son épanouissement personnel n'est pas mis en avant, contrairement à celui des femmes. Pour ces dernières, il est envisagé de les « dé-materniser », autrement dit de faire en sorte qu'elles soient moins considérées comme des mères et plus comme des salariées. Le but est de les extraire de leur rôle familial afin qu'elles puissent librement s'épanouir dans la sphère professionnelle. Cette idée de liberté, d'épanouissement personnel, n'est pas identifiée comme telle pour les hommes. D'où l'idée d'une égalité maternante : la loi permet aux pères d'obtenir une certaine forme de protection par le biais de différentes incitations aux congés de type familiaux, mais sans expliciter qu'il y va de leur intérêt et qu'ils peuvent ainsi s'épanouir en tant que père. Les termes employés, comme responsabilités ou tâches, renvoient plus à l'idée de devoir que de choix véritable. Il n'y a alors aucune déculpabilisation formalisée pour un homme qui choisirait de s'occuper de ses enfants et de « mettre sa carrière entre parenthèses », selon la formule consacrée. Car les stéréotypes s'attachent aux femmes comme aux hommes, chacun devant occuper une sphère privilégiée, familiale ou professionnelle. La CourEDH a

pu le rappeler dans son arrêt de Grande chambre *Konstantin Markin c. Russie* (32). Elle y a reconnu une discrimination fondée sur le sexe dans le cas d'un père militaire ne pouvant pas bénéficier d'un congé parental de trois ans, pourtant possible pour les mères. La Cour a alors indiqué que la différence ainsi instituée « a pour effet de perpétuer les stéréotypes liés au sexe et constitue un désavantage tant pour la carrière des femmes que pour la vie familiale des hommes » (33). Il existe donc une forme de réciprocité d'action pour l'exercice d'un congé qualifié par la CJUE de droit fondamental (34).

Surtout, il faut dorénavant réfléchir à la manière dont le congé paternité va être réformé, car ce supplément de protection, mal pensé, peut se révéler contreproductif. S'il reste facultatif, mais plus long, sans être mieux indemnisé, certains pères risquent d'y renoncer, puisque la perte financière s'accroît proportionnellement à la durée. Par conséquent, il faut une incitation financière à la hauteur de l'incitation sociale que l'on veut créer. Le caractère obligatoire du congé n'est pas non plus la solution idéale (35). À défaut d'efforts financiers suffisants, l'obligation instituée conduit à une perte d'argent, systématique et indépendante de la volonté du salarié. Le congé paternité pourrait alors être vécu comme une sorte d'obligation punitive pour les nouveaux pères. Il leur serait demandé de faire des efforts, au nom de l'égalité entre les sexes, mais ils en resteraient des victimes, du moins sur le plan financier.

Par ailleurs, le choix politique de l'égalité réelle entre les sexes peut rapidement se heurter aux réalités financières. Selon certains chiffres, rendre le congé obligatoire, sans l'allonger, a un coût estimé à 129 millions d'euros supplémentaires par rapport au système actuel (qui génère déjà 403 millions d'euros de dépenses) (36).

Quelle que soit la voie choisie, il semble que la dynamique actuelle tende à l'accroissement des droits du père. Or, ce supplément de protection peut avoir des effets pervers sur la relation de travail, qu'il faut dès à présent juguler.

(30) M.-T. Lanquetin, « De l'égalité des chances », *Dr. Soc.* 1996, p. 494 ; A. Dionisi-Peyrusse, « Le droit de l'assistance médicale à la procréation sous le prisme du genre », *Rev. Jur. Pers et Fam.* 2015, n° 3.

(31) G. Calvès, « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *RDSS* 2009, p. 991.

(32) CEDH (gde ch.), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. 30078/06.

(33) §141.

(34) CJUE, 16 juill. 2015, *Maistrellis*, C-222/14.

(35) Cette voie ne semble pas privilégiée pour l'instant. Cependant, le GR-PACT (Groupe de recherche pour un autre droit du travail) propose un congé paternité obligatoire d'une durée identique au congé maternité : GR-PACT, Pour un autre droit du temps de travail, *Dr. Soc.* 2016, p. 422.

(36) Les projections incluant l'allongement du congé en plus de son caractère obligatoire montrent un coût supplémentaire de 532 millions d'euros pour 22 jours de congé et, pour 6 semaines, 1,26 milliards d'euros. Sur ces chiffres : H. Périvier, « Réduire les inégalités professionnelles en réformant le congé paternité », *Policy Brief*, OFCE, 12 janv. 2017, p. 11.

II. La protection contre les conséquences de la paternité dans la relation de travail

Si le législateur permet à l'homme, père ou conjoint, de s'impliquer plus activement, et parfois de l'obliger à préférer la sphère personnelle à professionnelle, il place l'homme dans une position similaire à celle de la femme d'un point de vue social. Pour reprendre l'expression de Sébastien Tournaux, l'homme révélerait une « *vulnérabilité sociale* ». Pire, si les mesures parviennent à déconstruire les stéréotypes de genre en permettant et facilitant une meilleure implication des pères dans la vie familiale, ils pourraient, à l'instar des mères, devenir victimes de discriminations liées à ce rôle parental. Dès lors, il faut trouver des outils permettant de protéger le salarié. Ceux-ci peuvent être découverts dans le cadre de l'investissement familial (A), mais aussi dans la protection de la grossesse (B).

A. La mobilisation de la protection liée à l'investissement familial

La protection de la paternité passant avant tout par l'idée de congés, c'est sur les conditions dans lesquelles s'effectue le retour au travail que la réflexion doit porter, même si les efforts faits en la matière ne sont pas totalement absents (1.). Des pistes supplémentaires peuvent être explorées, notamment par le biais du droit à la non-discrimination (2.).

1. Une protection lors du retour à l'emploi à amplifier

Même si les congés de type familial diffèrent, le retour à l'emploi qui les suit normalement a conduit le législateur à agir de manière assez uniforme, dans le sens où est garanti le droit à retrouver son emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération équivalente. Cette règle vaut pour le congé maternité, et pour les congés qui intéressent les hommes, le congé parental (37), d'adoption (38), mais aussi, bien que moins long, le congé paternité (39).

D'autres règles protectrices ne concernent que certains congés. Par exemple, l'entretien individuel lors du retour à l'emploi, destiné à connaître les besoins en formation du salarié, est seulement identifié pour

le congé parental (40) ou le congé d'adoption (41). Ce dernier inclut également une protection contre le licenciement, prévue à l'article L. 1225-38 du Code du travail.

Ces exemples montrent combien le législateur est conscient de la nécessité de protéger le parent, le père y compris, qui décide d'exercer son droit à prendre des congés de type familial. Ils illustrent également le fait que c'est la longueur du congé qui modèle les règles de protection. Ainsi, le congé paternité, le plus court, est-il associé à des règles de protection *a minima*. Il faudra alors nécessairement ajouter des dispositions protectrices en cas d'allongement, notamment la protection contre le licenciement.

D'ailleurs, des conventions ou accords collectifs agissent déjà en ce sens. Certains textes proposent ainsi d'étendre l'entretien individuel de reprise d'activité aux congés tels que le congé paternité ou le congé parental (42). Enfin, d'autres rappellent qu'au même titre que le congé maternité ou le congé parental d'éducation, le congé réservé au père ou conjoint/compagnon de la mère ne doit pas entraîner de discrimination (43). C'est une piste qui peut être utilement explorée.

2. L'exploration du droit à la non-discrimination

Plusieurs motifs de discrimination peuvent venir soutenir les pères dans leur implication familiale.

Tout d'abord, le droit à la non-discrimination en raison de la situation de famille (44) peut être utilement appelé au chevet des pères discriminés. Conçu au départ comme bénéficiant aux femmes, notamment en raison de la maternité (45), il est néanmoins rédigé de manière non genrée, ce qui peut permettre sans difficulté à un homme de s'en prévaloir. L'outil existant déjà, il ne nécessite aucun correctif et peut être dès à présent actionné par un salarié. Ainsi, le fait d'être désavantagé dans l'évolution de carrière en raison de l'exercice de congés de types familial peut aussi bien concerner les mères que les pères (46).

(37) Art. L. 1225-55, C. trav.

(38) Art. L. 1225-43, C. trav.

(39) Art. L. 1225-36, C. trav.

(40) Art. L. 1225-57, C. trav.

(41) Art. L. 1225-46-1, C. trav.

(42) Convention collective nationale de la miroiterie, de la transformation ou du négoce de verre du 9 mars 1988.

(43) Convention collective nationale des sociétés d'assistance du 13 avril 1994 ; accord du 3 juillet 2017 relatif à l'égalité femmes-hommes

(44) Art. L. 1132-1, C. trav.

(45) M. Miné, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, 2016, p. 238 ; G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 30^{ème} éd., 2016, n° 805.

(46) CPH Sète, 28 janv. 2011, n° F-09/00.112. CA Paris, 5 mai 2010, *Niel c. BNP Paribas*, Délib. Halde, n° 2009-404 du 14 déc. 2009.

Ensuite, le droit à la non-discrimination en raison du sexe peut être exploré. Des hommes ont déjà demandé la reconnaissance d'une telle discrimination, devant les juridictions françaises ou européennes, à propos de mesures de discriminations ou d'actions positives au bénéfice des femmes (47). Parfois, c'est en tant que père que l'action est portée, notamment dans le cadre des droits à la retraite (48). La piste est d'autant plus intéressante que, nous l'avons vu précédemment, certaines entreprises sont proactives en matière d'égalité femmes-hommes. Le contentieux pourrait se nourrir des résultats de la négociation collective, car les bonnes intentions ne conduisent pas nécessairement à de bonnes actions (49). La Cour de cassation a ainsi pu juger qu'une convention réservant deux jours de congés supplémentaires par enfant à charge – congé dit « mère de famille » – aux seules femmes construit une discrimination envers les hommes (50). Cette mesure ne peut être considérée comme une mesure de rattrapage ou de discrimination positive envers les femmes. Il s'agit bien d'une mesure qui dessert les deux sexes. Pour les hommes, c'est une absence de prise en compte de la volonté de s'occuper de leurs enfants, pour les femmes, un renvoi à leur rôle maternel.

Dans le cas d'une législation, le constat peut être identique. À partir du moment où ne sont pas concernés la protection de la condition biologique de la femme ou les rapports particuliers qu'elle entretient avec l'enfant dans la période suivant immédiatement l'accouchement, il ne doit pas être fait de distinction entre la mère et le père, fut-ce dans le cadre d'un congé dit « d'allaitement ». Les conditions posées pour son bénéfice doivent donc être identiques pour la mère et le père (51).

D'ailleurs, même lorsqu'il s'agit de la question de la grossesse, *a priori* réservée aux seules femmes, la protection pourrait également s'étendre aux hommes.

B. La mobilisation de la protection liée à la grossesse

L'incongruité de la proposition n'échappera à personne. Clore ce propos dédié aux pères salariés en abordant la protection de la grossesse peut paraître quelque peu incohérent, voire absurde. S'il

y a bien un domaine réservé à la femme, celui-là même qui conduit à de nombreuses discriminations, c'est cette réalité biologique. Pourtant, les hommes salariés pourraient également tirer avantage de la grossesse. En premier lieu, en élargissant son champ de protection (1.) ; en second lieu, en mobilisant à nouveau le droit aux non-discriminations, cette fois par le biais des non-discriminations par association (2.).

1. L'élargissement de la protection de la grossesse

Tout d'abord, le changement juridique de sexe peut avoir des conséquences sur les droits des salariés. À la suite de la loi pour la justice du 21^{ème} siècle (52), il est possible de changer juridiquement de sexe sans pour autant avoir achevé sa conversion sexuelle. Ainsi, une personne dont l'état civil mentionne un sexe masculin peut tomber enceinte. La réalité biologique de la grossesse devrait logiquement conduire à la mise en place du congé maternité pour un homme.

Ensuite, dans la construction des congés familiaux rencontrés jusqu'ici, le congé d'adoption peut s'avérer être un précieux allié dans la recherche de la protection du père. Incluant les familles homoparentales et d'une durée équivalente à celle du congé maternité pour la période postérieure à l'accouchement (dix semaines), il éloigne la protection des parents des enjeux biologiques (53) et de sexe. En effet, le congé d'adoption peut être pris par un seul des parents ou réparti entre les deux, et cela sans considération de sexe. Dans le second cas, le congé est allongé de 11 jours (54). La situation est alors identique à celle qui suit l'accouchement, à la différence près qu'aucune réserve n'est faite quant au sexe du parent prenant le congé dans son intégralité ou demandant le bénéfice de l'allongement. Ainsi, le schéma traditionnel s'inverse, puisqu'un homme peut prendre l'intégralité du congé d'adoption (avec alors une durée identique à celle du congé maternité) ou la partie la plus importante, la mère se contentant de l'équivalent du congé paternité.

Or, la question dépasse le simple calcul de jours de congé. En effet, la personne qui utilise son congé d'adoption a droit à une protection identique à celle

(47) Pour les plus emblématiques : CJCE, 17 oct. 1995, *Kalanke*, C-450-93 ; 11 nov. 1997, *Marschall*, C-409-95 ; CEDH (gde ch.), 12 avr. 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. 65731/01 ; CEDH, 13 févr. 2011, *Andrle c. République tchèque*, req. 6268/08.

(48) Cass. Civ. 2^{ème}, 26 mai 2016, n°15-16094 ; CEDH, *Andrle*, op. cit.

(49) Nous pouvons rappeler l'affaire des heures de congé attribuées aux seules femmes en raison de la journée des droits de la femmes qui, bien que validée par la Cour de cassation, illustre la possibilité d'action différenciée qui n'est pas positive dans ses effets puisqu'elle conduit les femmes à ne pas travailler, alors

que la problématique est inverse : Cass. Soc., 12 juill. 2017, n°15-26.262.

(50) CA Nîmes, 13 oct. 2009, 08/03.544 ; CA Colmar, 15 févr. 2008, 06/02.958.

(51) CJUE, 30 sept. 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09.

(52) Loi du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle.

(53) Sur le régime du congé d'adoption : art. L. 1225-37, C. trav.

(54) Dans ce cas, le deuxième parent doit obligatoirement prendre un minimum de 11 jours.

de la grossesse. D'ailleurs, le Code du travail procède par un simple renvoi. Ainsi, l'article L. 1225-38 indique que le congé d'adoption offre une protection contre le licenciement tel que prévu aux articles L. 1225-4 et L. 1225-5, lesquels traitent de la protection de la grossesse et de la maternité. Ainsi, les hommes adoptants (couple hétérosexuel ou homosexuel) peuvent-ils déjà bénéficier de la protection de la grossesse et de la maternité. En revanche, le père biologique en est exclu, ce qui pourrait être considéré comme une discrimination. Une solution assez simple serait de faire en sorte que le père puisse utiliser le congé maternité et bénéficier d'un système de protection idoine. L'idée n'est pas nouvelle, elle a même déjà fait l'objet d'un arrêt en 2013, dans lequel la CJUE a validé cette possibilité (55). Reste à savoir comment pourrait être perçu socialement ce changement. Peut-être faudrait-il envisager d'identifier clairement une période dédiée à la protection des aspects biologiques, éventuellement en reprenant la période de 8 semaines de protection incompressible au bénéfice des mères allant ou ayant accouché (56). Hors nécessité médicalement constatée, les parents pourraient se répartir le restant des jours des congés maternel et paternel avec un minimum équivalent au plus petit congé, comme c'est déjà le cas au Portugal (57).

Une dernière voie est envisageable, celle de la technique de la non-discrimination par association.

2. L'application de la non-discrimination par association au motif de la grossesse

Dans le paysage sans cesse plus foisonnant des discriminations (58), celles dites par association présentent la particularité de détacher motif de discrimination et victime pour admettre que cette dernière ne présente pas elle-même le critère ayant motivé la discrimination. La CJUE a, en effet, découvert cette forme de discrimination à propos d'une femme poussée à démissionner d'un cabinet d'avocats en raison du handicap de son enfant mineur (59). En France, la discrimination par association a été reconnue dans l'absence de renouvellement de CDD en raison de l'activité politique du frère du salarié (60). Les relations familiales sont au cœur de cette forme de dépréciation des salariés et le couple

n'est pas en reste. Dans une affaire de licenciement, le Conseil des prud'hommes, puis la Cour d'appel de Caen ont reconnu comme étant discriminatoire le licenciement d'une salariée lié à l'activité syndicale de son compagnon travaillant dans la même entreprise (61). Il est donc possible de reconnaître une discrimination par l'intermédiaire de la situation de son conjoint ou compagnon. Ce qui pourrait être appliqué même en cas de grossesse. En effet, tout comme le handicap, déjà utilisé dans le cadre d'une discrimination par association, la rédaction neutre du motif laisse la porte ouverte à la sanction d'une discrimination en raison de la grossesse, sans que ce soit la femme enceinte qui en bénéficie nécessairement. Encore faudrait-il alors démontrer que l'acte discriminatoire a été effectué à partir de la connaissance de la grossesse. Certes, la discrimination, directe cette fois, en raison de la situation de famille pourrait être invoquée, mais elle ne présente pas les avantages propres à la protection de la grossesse, notamment la protection contre le licenciement. Cela permettrait aussi d'inscrire la situation litigieuse dans le contexte de l'égalité entre les sexes.

Admettre cette discrimination par association en raison de la grossesse serait mettre femmes et hommes sur un pied d'égalité : la grossesse concernerait aussi bien la mère que le père, même si ce dernier n'est pas lui-même enceint.

Je ne sais si, à l'instar de Louis Aragon, il est possible d'affirmer que la femme est l'avenir de l'homme. En revanche, ce sera peut-être la protection de la femme qui assurera celle de l'homme.

Delphine Tharaud

(55) CJUE, 19 sept. 2013, *Betriu Montull*, C-5/12.

(56) L.1125-29, C. trav.

(57) À la condition également que cette période, même dédiée à l'aspect biologique, puisse être mise en place, même en cas d'adoption, afin de parvenir à une égalité dans l'accueil et l'accompagnement de l'enfant.

(58) Elles peuvent être directes (fondées directement sur le motif de discrimination), indirectes (qui permettent de considérer les avantages subis par une catégorie de travailleurs alors qu'une

mesure ou une pratique présente un critère en apparence neutre), intersectionnelles (qui naissent au croisement de différents motifs) ou multiples (celles qui proviennent d'un cumul des motifs).

(59) CJCE, 17 juill. 2008, *Coleman*, C-306/06.

(60) Cass. Crim., 21 juin 2016, n° 15-80365.

(61) CPH Caen, 25 nov. 2008, n° F-06/00.120 ; CA Caen, 17 septembre 2010, n° 08/04.500.