

ÊTRE PARENT : QUELLES CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LE TRAVAILLEUR ?

I. Les salariés : les privilégiés ?

Les angles morts de la protection de la grossesse et de la maternité en droit du travail

par Sébastien TOURNAUX, Professeur à la faculté de droit de Bordeaux,
COMPTRASEC UMR CNRS 5114

PLAN

I. Protection contre la vulnérabilité physique

- A. L'aménagement des conditions de travail
- B. La suspension du contrat de travail

II. Protection contre la vulnérabilité sociale

- A. La préservation du contrat de travail
- B. La préservation de la qualité de l'emploi

De l'ensemble des dispositifs mis en place en faveur du travailleur parent, celui accordé par le droit du travail à la salariée pendant sa grossesse ou à la suite immédiate de son accouchement est sans doute le mieux connu et celui dont les pouvoirs publics se sont le plus tôt préoccupés (1).

La loi *Engerand* du 27 novembre 1909 interdisait pour la première fois de rompre le contrat de louage de services en raison de l'arrêt du travail pendant huit semaines avant ou après l'accouchement (2). Cette durée fut progressivement allongée pour atteindre seize semaines en 1978, ce qui constitue aujourd'hui encore la durée du congé pour une grossesse ordinaire (3). Dans une temporalité proche, la loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches interdisait l'emploi de salariées qui viennent d'accoucher pendant quatre semaines, assurait (u)n droit à congé pour les femmes « en état de grossesse apparente » et à une allocation journalière sous condition de ressources (4). Enfin, la loi du 5 avril 1928 instituant les assurances sociales créait la couverture du risque maternité ouvrant droit aux premières prestations en espèces et en nature (5). Les historiens ayant étudié ces législations ont fort bien mis en lumière leurs justifications pronatalistes (6). Comme l'interdiction du travail des enfants un demi-siècle plus tôt, c'est toujours la crainte d'une déliquescence de la conscription qui guide le législateur et l'on protège bien davantage l'enfant à naître que la mère (7).

Ce n'est qu'après la Deuxième guerre mondiale que d'autres considérations entraient en jeu. La volonté de protéger la santé de la femme enceinte ou qui vient d'accoucher se propage et se traduit, en particulier, par le souci de l'éloigner de risques auxquels elle peut être exposée en raison de son travail. L'un des textes nationaux les plus significatifs en la matière est la loi du 11 juillet 1975, qui institue des facultés de changement temporaire d'affectation de la salariée enceinte lorsque son état de santé l'exige (8). Mais c'est certainement la

directive 92/85/CEE qui a permis la mise en œuvre de protections plus développées des salariées contre l'exposition à des risques. L'annexe de la directive dresse une longue liste de risques professionnels auxquels elles ne doivent pas être exposées, liste qui sera, par la suite, intégrée à divers chapitres de la partie réglementaire du Code du travail.

Après la protection de l'enfant et celle de la mère, une nouvelle justification apparaît sous l'influence du droit communautaire. Les législations internes

(1) J.-Cl. Benoteau, « Maternité et contrat de travail », *Dr. Soc.* 1973, p. 151 ; H. Tissandier, « Protection de la grossesse et de la maternité : quelles perspectives ? », *JS Lamy* 2008, n° 240, p. 4 ; I. Odoul-Asorey, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 3, 2013.

(2) Loi du 27 nov. 1909 garantissant leur travail ou leur emploi aux femmes en couches.

(3) Loi n° 78-730 du 12 juill. 1978 portant diverses mesures en faveur de la maternité.

(4) Loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches.

(5) V. F. Cahen, « Le gouvernement des grossesses en France (1920-1970) », *Revue d'histoire de la protection sociale*, vol. 7, n° 1, 2014, p. 34.

(6) A. Cova, « Où en est l'histoire de la maternité ? », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n° 21, 2005, p. 189.

(7) N. Chambelland-Liébault, « Les bébés dans le Code du travail », *Cahiers Jaurès*, vol. 165-166, n° 3, 2002, p. 23.

(8) Loi n° 75-635 du 11 juill. 1975 modifiant et complétant le Code du travail en ce qui concerne les règles particulières au travail des femmes.

doivent préserver l'égalité professionnelle entre les femmes qui choisissent d'être mères et les autres salariés, hommes ou femmes (9). La directive 2006/54/CE refond la directive originale de 1976 et renforce les protections contre les discriminations et les différences de traitement motivées par la grossesse ou la maternité (10). C'est la même logique qui guide la conclusion de la convention n° 183 de l'OIT en 2000, qui adjoint ces considérations d'égalité à la convention n° 3 sur la maternité de 1919.

Quelles qu'en aient été les justifications successives, ces protections se sont densifiées et forment une construction de belle ampleur. Il reste, pourtant, d'assez nombreuses lézardes

dans l'édifice, qui est par ailleurs ébranlé par des réformes ou des jurisprudences récentes. Pour présenter quelques-unes des protections accordées et des limites qui les encadrent, une distinction un peu schématique peut être proposée. D'un côté, on observe que les règles en cause visent à protéger la salariée parce que la grossesse la place dans une situation de vulnérabilité physique, ce qui est donc essentiellement une question de santé de la mère et de son enfant. D'un autre côté, la grossesse et la maternité placent la salariée dans une situation de vulnérabilité sociale, ce qui est, cette fois, une question de protection de l'emploi de la mère, mais aussi de protection d'un emploi de qualité équivalente à celui offert aux salariés ne connaissant pas de situation de grossesse.

I. Protection contre la vulnérabilité physique

Chronologiquement, cette protection va se traduire, d'abord, par des mesures en faveur de la salariée enceinte qui travaille, essentiellement par le jeu d'un aménagement de ses conditions de travail. Dans un second temps, la salariée bénéficie d'un droit à suspension du contrat de travail relativement bien garanti. Ces mesures ne sont pas, néanmoins, des protections absolues.

A. L'aménagement des conditions de travail

Le Code du travail envisage trois situations dans lesquelles une salariée en état de grossesse peut être temporairement affectée à un autre emploi. Il peut s'agir de la situation de la travailleuse de nuit, qui bénéficie d'un droit à passer sur un emploi de jour, et de celle exposée à un risque particulier (11), dont la liste est établie par la partie réglementaire du Code du travail (12), et qui dispose du droit d'en être écartée. Dans ce cas, la protection accordée est de qualité, d'abord parce que cet aménagement des conditions de travail ne doit emporter aucune diminution de la rémunération, ensuite parce que la salariée peut s'y opposer si le changement implique un changement d'établissement, enfin car l'employeur dans l'impossibilité de lui proposer un autre poste doit suspendre le contrat de travail tout en maintenant le paiement de la rémunération (13). Le Code du travail envisage une

troisième hypothèse de changement d'affectation lié à une « *nécessité médicale* » constatée par le médecin du travail (14), mais ne garantit pas de droit au changement, puisqu'il n'est pas prévu de suspension du contrat de travail si l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un poste, ce qui peut aboutir à ce que les recommandations du médecin du travail soient ignorées. Le rôle du médecin du travail est, par ailleurs, en recul depuis la loi du 8 août 2016, puisque la salariée enceinte ne bénéficie plus d'une surveillance médicale renforcée, mais d'un suivi individuel qui n'est plus exclusivement lié à l'état de grossesse, mais dépend des risques particuliers pour sa santé auxquels elle peut être exposée en raison du poste qu'elle occupe (15).

Déjà imparfaites, les mesures d'aménagement ou de suivi des conditions de travail de la salariée enceinte sont surtout lacunaires. Il est, par exemple, tout à fait remarquable qu'à l'exception du travail de nuit, le Code du travail n'envisage aucun aménagement de la durée de travail des salariées enceintes alors que, pourtant, l'article 5 de la directive 92/85/CEE prévoit que l'employeur doit prendre des mesures d'aménagement du temps de travail.

Ces insuffisances du législateur ont, en partie, été comblées par les partenaires sociaux. Les conventions collectives de branche regorgent de stipulations spéci-

(9) A. Gardin, « Maternité et éducation des enfants. À la recherche de l'introuvable égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », RJS 2009, p. 727.

(10) M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. À propos de la directive «Refonte» », Dr. Soc. 2007, p. 861.

(11) C. trav., art. L. 1225-12 et s..

(12) C. trav., art. R. 1225-4 et s. ; art. D. 4152-3 et s. M. Becker, M. Miné, « Protection des femmes enceintes contre l'exposition à des risques », RDT 2017, p. 729.

(13) C. trav., art. L. 1225-9 et s..

(14) C. trav., art. L. 1225-7 et s.

(15) C. trav., art. R. 4624-19 et R. 4624-23. Sur cette question, v. M. Becker, M. Miné, préc.

fiques aménageant le temps de travail des salariées enceintes ou, d'une manière plus générale, leurs conditions de travail (16). S'agissant de la durée de travail, il est très fréquent que les conventions prévoient des temps de pause majorés (17), des horaires de prise de poste et de fin de journée différents des autres salariés de l'entreprise (18) ou une réduction de la durée quotidienne ou hebdomadaire de travail (19). L'ensemble reste toutefois très hétérogène, certaines conventions imposant les réductions sans condition, quand d'autres exigent une demande écrite de la salariée (20) ou conditionnent le droit à réduction du temps de travail à l'absence de « *perturbation excessive dans la production* » (21). D'autres mesures, plus originales, sont parfois envisagées, comme l'interdiction de faire réaliser des heures supplémentaires à la salariée enceinte (22) ou le droit de ne plus réaliser d'astreintes pendant la durée de la grossesse (23). Là encore, toutefois, le caractère souvent facultatif des aménagements envisagés en atténue sérieusement l'intérêt, comme c'est le cas s'agissant d'accords ouvrant la simple faculté d'un passage à temps partiel ou en télétravail durant la grossesse (24). S'agissant des conditions de travail, des aménagements sont parfois spécifiquement prévus en lien avec le type d'activité de la branche. La CCN des fleuristes, de la vente et des services des animaux familiers du 21 janvier 1997 impose la mise à disposition d'un siège à la salariée (25). Celle des gardiens, concierges et employés d'immeubles prévoit que la salariée « *pourra se faire aider pour l'exécution des travaux pénibles, notamment la sortie des poubelles, le lavage des glaces, etc., par une tierce personne recrutée* » à cet effet (26). L'article 28 de la CCN du négoce de bois d'œuvre de 1996 interdit aux employeurs de faire travailler les femmes en état de grossesse dans des locaux dont la température moyenne est inférieure ou égale à 0°C.

Les exemples pourraient être multipliés et donnent à nouveau le sentiment qu'une forte protection est conférée aux salariées grâce à ces aménagements. Il faut, toutefois, sérieusement relativiser cette impression. D'abord parce que, par définition, le bénéfice de ces protections dépend du champ d'application des conventions de branche, qui n'est pas aussi vaste que celui de la loi. Ensuite parce que les nouvelles règles d'articulation entre accords d'entreprise et accords de branche, issues de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, peuvent faire craindre un recul de ces protections conventionnelles. Un accord d'entreprise peut-il prévoir des règles moins favorables que les accords de branche sur les conditions de travail des salariées enceintes ? L'article L. 2253-1 du Code du travail, qui dresse la liste des domaines de prévalence de la branche sur l'entreprise, ne vise pas les règles relatives à la grossesse et à la maternité, mais envisage toutefois, au 9°, le domaine de « *l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* ». Pour déterminer la marge de manœuvre de l'accord d'entreprise et, par voie de conséquence, les risques d'altération des stipulations des conventions de branche, il faut donc déterminer si les règles protectrices de la grossesse relèvent ou non de l'égalité professionnelle, ce qui n'est pas une mince affaire.

Deux interprétations peuvent techniquement être envisagées. D'un côté, de nombreux accords professionnels sur l'égalité professionnelle envisagent les questions de la grossesse et de la maternité. Par ailleurs, plusieurs dispositions des articles L. 1141-1 et suivants du Code du travail, relatifs à l'égalité professionnelle, traitent également de la grossesse, par exemple en réitérant l'interdiction des discriminations à l'embauche. Enfin, les textes européens et interna-

(16) M. Le Vanen, « L'application de réductions conventionnelles du temps de travail au profit des femmes enceintes », RPDS 1980, p. 209.

(17) Par ex., art. 23 de la CCN des centres de gestion agréés du 17 janv. 1983 ; art. 42 de la CCN de la pâtisserie du 30 juin 1983 ; art. 23 de la CCR des hôtels de tourisme trois, quatre et quatre étoiles de luxe de Paris et de la région parisienne du 1^{er} mai 1985.

(18) Par ex., art. 6.1 de la CCN des mareyeurs-expéditeurs du 15 mai 1990 ; art. 10 de la CCN des industries de la transformation des volailles du 10 juillet 1996 ; art. 11-8 de la CCN de l'industrie laitière du 20 mai 1955.

(19) Hypothèse de loin la plus fréquente. V. par ex. art. 31 de la CCN de l'horlogerie du 17 déc. 1979 ; art. 15 de la CCN du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 ; art. IX.5 de la CCN pour les entreprises artistiques et culturelles du 1^{er} janv. 1984.

(20) Par ex., avenant n° 55 du 20 oct. 2015 relatif aux salaires minima, primes et réduction du temps de travail au 1^{er} octobre 2015 à la CCN de l'exploitation cinématographique du 19 juill. 1984.

(21) Par ex., art. 8 de la CCN des peintres en lettres, décorateurs et graphistes en signalisation, enseignes, publicité peinte du 12 juin 1987.

(22) Par ex., art. 1^{er} de l'avenant n° 11 du 27 nov. 2002 portant modification de l'article 5.1.3 relatif à la réduction de travail pour les femmes enceintes à la CCN des missions locales et PAIO du 21 févr. 2001.

(23) Par ex., art. 7.3.4 de l'avenant n° 4 du 19 juin 2017 révisant la CCN des chaînes thématiques du 23 juill. 2004.

(24) Pour le temps partiel, v. art. 4 de l'accord du 9 juill. 2010 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes attaché à la CCN du commerce de détail des fruits et légumes, épicerie et produits laitiers du 15 avr. 1988 ; pour le télétravail, v. art. 8-2 de l'accord du 27 oct. 2014 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes attaché à la CCN des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 déc. 1987.

(25) Art. 2.2 de l'accord du 9 déc. 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes attaché à la convention.

(26) Art. 29.1.4 issu de l'avenant n° 74 du 27 avr. 2009 portant modification de la convention.

tionaux lient très clairement les règles protectrices de la grossesse et de la maternité à celles de l'égalité professionnelle. Des arguments pourraient aussi être avancés pour parvenir à l'exclusion de ces règles du champ de l'égalité professionnelle. Sur un plan technique, les dispositions législatives relatives à la grossesse (L. 1225-1 et s.) et celles relatives à l'égalité professionnelle (L. 1141-1 et s.) sont placées dans des titres différents du code. Dans le même ordre d'idée, l'article L. 1142-3 du Code du travail semble faire des règles relatives à la maternité des exceptions au principe d'égalité. En effet, alors que ce texte prévoit qu'est nulle toute stipulation d'une convention collective de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure en fonction du sexe du salarié, la nullité ne s'applique pas aux mesures « sexuées » qui concernent la grossesse ou la maternité. Enfin, s'il est certain que la grossesse ou la maternité, en tant que situations factuelles, sont susceptibles de générer des différences de traitement entre mères et autres salariés, les règles aménageant les conditions de travail des salariées enceintes ont, sans doute, un rapport plus étroit avec des questions de santé et de repos qu'avec des questions d'égalité professionnelle. Sans doute les partenaires sociaux de la branche peuvent influencer sur l'interprétation qui prévaudra, en stipulant, dans le préambule de l'accord, par exemple, qu'ils considèrent que les stipulations conventionnelles aménageant les conditions de travail relèvent du champ de l'égalité professionnelle (27). Compte tenu de la confiance montrée par la Chambre sociale de la Cour de cassation à l'égard du contenu des accords, particulièrement en matière d'égalité de traitement, de telles stipulations pourraient garantir la prévalence de la branche (28). Si les clauses relatives à la grossesse et à la maternité devaient être exclues du champ de prévalence de l'accord de branche, l'accord d'entreprise pourrait toujours les écarter ou prévoir des stipulations moins favorables aux salariées.

Quand bien même la Chambre sociale de la Cour de cassation accepterait d'intégrer les règles d'aménagement des conditions de travail des salariées enceintes au domaine de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, toute difficulté d'interprétation ne serait pas levée. Rappelons, en effet, que, dans ce cas de figure, l'accord d'entreprise pourrait tout de même stipuler des « *garanties au*

moins équivalentes » à celles prévues par la branche. Ici comme ailleurs, l'appréciation de cette équivalence pourrait s'apparenter à un véritable casse-tête (29). Imaginons, par exemple, qu'un accord d'entreprise autorise les heures supplémentaires qu'interdisait l'accord de branche et, dans le même temps, offre un droit au télétravail pour la salariée enceinte : s'agit-il de garanties au moins équivalentes ? Le projet de loi de ratification des ordonnances, dont la version a été déferée au Conseil constitutionnel et qui sera prochainement promulgué, précise que l'équivalence « *s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière* » (30). Il n'est pas impossible de penser que la question des heures supplémentaires et celle du télétravail relèvent d'une matière commune, celle des conditions de travail des salariées enceintes. L'appréciation de l'éventuelle équivalence sera redoutablement délicate et impliquera de prendre en compte le droit au repos, la majoration de rémunération perdue par absence d'heures supplémentaires, les risques de débordement liés au télétravail, etc.

La protection des salariées enceintes qui travaillent n'est donc pas aboutie, principalement parce qu'elle est, en grande partie, dépendante des contingences de la négociation collective de branche ou d'entreprise. Toujours dans une optique de protection de la santé de la travailleuse, le droit du travail lui garantit un droit à la suspension de son contrat de travail, un droit au repos, qui semble, globalement, bien plus efficace.

B. La suspension du contrat de travail

Le droit à suspension du contrat de travail est la mesure la mieux connue et la mieux respectée dans les entreprises. Sans revenir en détail sur cette question (31), on peut rappeler que la salariée bénéficie d'un congé d'une durée de principe de seize semaines, qui est substantiellement allongée lorsqu'il s'agit d'une grossesse multiple, que l'enfant à naître est le troisième de la mère ou du foyer, que la mère subit un état pathologique ou qu'une convention collective stipule des durées plus favorables.

La durée du congé légal pour une grossesse ordinaire est toutefois inférieure à celle de dix-huit semaines préconisée par le Bureau international du travail (32) et celle de vingt semaines proposée,

(27) À l'image de l'intégration, dans la branche du transport routier, de la prime de treizième mois à la catégorie des « *salaires minima hiérarchiques* » visée par le 1° de l'article L. 2253-1 du Code du travail, v. Protocole d'accord de la branche transports routiers et activités auxiliaires du transport du 4 oct. 2017.

(28) On pense ici, bien entendu, aux décisions rendues depuis 2015 s'agissant des différences conventionnelles de traitement, v. Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Dr. Soc. 2015, p. 237, n. A. Fabre ; RDT 2015, p. 339, obs. E. Peskine. Adde. J.-G. Hugo,

« Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge », RJS 03/18, p. 179.

(29) V. G. Auzero, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », Dr. Soc. 2017, p. 1018.

(30) Art. 2-I 14° b) du texte définitif adopté par le Sénat le 14 févr. 2018.

(31) V. C. trav., art. L. 1225-16 et s.

(32) Recommandation n° 191 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000.

en 2008, par la Commission européenne (33). Une proposition de loi visant à allonger la durée du congé à vingt semaines avait été déposée le 27 mai 2009 à l'Assemblée nationale, sans jamais aboutir (34). La question de la durée et des conditions du congé maternité est toutefois difficilement dissociable, aujourd'hui, de celle du congé de paternité (35).

S'agissant des conditions du congé, la période légale de suspension est assimilée à du temps de travail effectif pour le calcul de l'ancienneté ou l'acquisition des droits à congés payés. En revanche, si la salariée perçoit des indemnités journalières du régime général de la sécurité sociale, celles-ci ne lui garantissent pas systématiquement un maintien d'un niveau de ressources identique, puisque leur montant est limité par le plafond journalier de la sécurité sociale (36). Conforme aux dispositions de l'article 11 de la Directive 92/85/CE, l'absence potentielle de maintien intégral du niveau de ressources pose toutefois difficultés, en particulier lorsqu'elle est corrélée avec la faculté laissée à la salariée d'abrèger

la durée du congé. En effet, la salariée peut choisir de réduire la durée des congés prénatal et post-natal, à condition que la durée totale ne soit pas inférieure à huit semaines et celle du congé post-natal inférieure à six semaines (37). Le lien de subordination et les risques de discrimination en raison de la maternité peuvent déjà, par eux-mêmes, avoir une influence sur la décision d'abrèger la durée du congé. L'absence de maintien intégral de la rémunération accroît encore le risque que le choix de la salariée ne soit pas entièrement libre. Le caractère facultatif d'une partie du congé de maternité en relativise donc l'effectivité.

Malgré le volume important de règles qui y sont consacrées, la protection de la santé de la salariée en état de grossesse ou qui accède à la maternité connaît encore quelques insuffisances. Le constat est plus flagrant encore s'agissant des règles destinées à protéger la salariée en raison de la vulnérabilité sociale dans laquelle la grossesse ou la maternité peut la placer.

II. Protection contre la vulnérabilité sociale

Le droit du travail compte d'assez nombreuses protections contre la vulnérabilité sociale dans laquelle la salariée enceinte ou qui vient d'accoucher est placée, c'est-à-dire contre les risques que la maternité altère son emploi ou sa carrière. Bien qu'elles soient, elles aussi, relatives, il existe, d'une part, des garanties que la salariée ne perdra pas son emploi en raison de la grossesse et, d'autre part, que la qualité de son emploi ne sera pas altérée par l'effet de la grossesse.

A. La préservation du contrat de travail

La grossesse ne doit pas avoir d'autres conséquences sur le contrat de travail que d'en permettre la suspension pendant le congé. Ce principe déploie ses

effets à deux niveaux : la salariée ne doit pas subir de modifications de ses conditions d'emploi et, *a fortiori*, son contrat de travail ne doit pas être rompu.

S'agissant, en premier lieu, de la modification des conditions d'emploi, la difficulté la plus importante apparaît au retour de congé. L'article L.1225-25 du Code du travail prévoit que la salariée « *retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* ». L'effectivité de cette règle est malheureusement très faible (38). Chaque année, le rapport annuel du Défenseur des droits met en exergue plusieurs plaintes reçues à propos de salariées qui ne retrouvent pas leur emploi, ni même un emploi similaire après leurs congés (39). Comment rendre cette protection essentielle plus

(33) La Commission des droits de la femme du Parlement européen avait proposé, en 2009, d'allonger la durée du congé maternité à 20 semaines, ce à quoi s'était opposé le Comité économique et social européen (v. avis du 13 mai 2009, JOUE 2009/C 277/22). La révision de la directive maternité ne semble plus être à l'ordre du jour.

(34) Proposition de loi du 27 mai 2009 relative à la modernisation du congé maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité.

(35) V. l'étude de D. Tharaud dans le présent numéro.

(36) CSS, art. L.333-1.

(37) Le Code du travail présente sans doute une incohérence sur cette question. En effet, alors que l'article L.1225-29 n'interdit pas d'employer une salariée jusqu'au jour de l'accouchement, le deuxième alinéa de l'article L.1225-17 n'autorise la salariée à réduire la durée du congé prénatal que dans la limite de trois

semaines au minimum avant la date prévue de l'accouchement. À moins de faire le choix de sanctionner une salariée qui déciderait de travailler jusqu'à l'ultime moment, cette garantie d'un repos prénatal minimal est donc relative.

(38) À titre d'illustration, les étudiants de la clinique du droit de Bordeaux ont été confrontés à un cas concret tout à fait significatif au début de l'année 2018. En 2012, une salariée bénéficie d'un congé de maternité pour son premier enfant. À l'issue du congé, elle ne retrouve pas son poste et, sans lui donner aucune justification, l'employeur modifie son lieu de travail et la mute dans un autre établissement. À nouveau enceinte en 2017, la salariée est informée par l'employeur pendant son congé qu'elle ne retrouvera à nouveau pas son emploi et qu'ils discuteront à son retour de sa nouvelle affectation. La semaine précédant sa date de reprise, la salariée ne savait toujours pas à quelle poste elle serait affectée... V. Clinique du droit de Bordeaux, Dossier n°22/DS/1718.

(39) V. par ex. Rapport annuel d'activité 2016, pp.59 et s.

effective ? Par une délibération rendue au mois de février 2011, le Défenseur des droits estimait que la méconnaissance de l'article L.1225-25 du Code du travail caractérise « une présomption de discrimination » (40), mais cette règle probatoire n'est nullement garantie par la loi. L'examen des rares décisions rendues par la Chambre sociale de la Cour de cassation sur cette question démontre l'absence de corrélation immédiate entre violation du droit de retrouver son emploi et caractérisation d'une discrimination (41). L'absence de réintégration de la salariée dans son emploi devrait être sanctionnée aussi vigoureusement que le licenciement prononcé au mépris des périodes de protection : la rupture du contrat de travail à l'initiative de la salariée par prise d'acte ou résiliation judiciaire, voire à l'initiative de l'employeur qui réagit au refus de la salariée d'accepter les nouvelles conditions, devrait produire les effets d'un licenciement nul sans que la salariée ait à subir les affres probatoires de la discrimination (42).

S'agissant, en second lieu, de la rupture du contrat de travail, la salariée bénéficie d'une double protection fort bien connue contre le licenciement (43). La protection a récemment été accrue puisque la loi *El Khomri* du 8 août 2016 a allongé de quatre à dix semaines la période de protection postérieure au congé et a intégré au Code du travail la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui avait étendu, en 2014, la période de protection aux congés payés pris immédiatement après la fin du congé de maternité (44). Enfin, la sanction d'un licenciement au mépris de ces règles est importante, puisqu'il sera frappé de nullité. La salariée bénéficie donc d'une quasi-garantie d'emploi, dont la vigueur est toutefois altérée par la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Deux affaires récentes permettent de l'illustrer.

On peut, d'abord, évoquer une décision rendue le 25 mars 2015, par laquelle la Chambre sociale admet, sauf fraude ou vice du consentement, qu'une rupture conventionnelle puisse valablement être conclue entre un employeur et une salariée durant les périodes de suspension pour maternité (45). La solution est loin d'être indiscutable ! D'un côté, l'article L.1225-34 du Code du travail garantit à la salariée le droit de rompre

par sa volonté le contrat de travail, sans préavis ni indemnité de rupture. Il pourrait, dès lors, sembler logique que ce que la salariée peut faire par sa seule volonté, elle puisse le faire également en accord avec l'employeur, cela d'autant qu'elle bénéficie, dans ce cas, d'une indemnisation dont elle serait privée en cas de simple démission. D'un autre côté, l'article L.1225-4 du Code du travail interdit à l'employeur de « rompre » le contrat de travail, et non pas seulement de « licencier » la salariée. La volonté de l'employeur ne devrait pas pouvoir intervenir dans la rupture, quelle qu'en soit la forme, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat. Or, cette volonté est bien exprimée par l'employeur dans la rupture conventionnelle et elle fait planer un doute sérieux sur la réalité de la volonté de la salariée. L'employeur devrait être totalement privé du pouvoir ou de la faculté d'influer sur le maintien de la relation contractuelle.

Plus récemment, une affaire a défrayé la chronique, s'agissant d'une salariée étrangère en situation irrégulière et dont l'état de grossesse était médicalement constaté (46). Dans ce cas de figure, l'employeur se trouve face à une sorte d'injonction paradoxale, puisque le Code du travail lui interdit d'employer un salarié ne disposant pas d'un titre de séjour (47) et, dans le même temps, lui interdit de rompre le contrat de travail pendant les périodes de suspension du contrat de travail. La Chambre sociale résout ce conflit en écartant l'application des dispositions de l'article L.1225-4 du Code du travail relatives à la rupture du contrat de travail de la salariée en état de grossesse ou venant d'accoucher. Cette décision a été dénoncée par la majorité de la doctrine pour son arbitraire et la vision « déshumanisée » du droit dont elle serait porteuse. Le grief d'arbitraire est sans doute excessif, car sa justification technique est admissible : faute de contrat de travail, le droit du travail ne s'applique pas. La critique relative aux droits fondamentaux est bien plus justifiée. La police des étrangers en droit du travail repose sur des considérations économiques, de régulation de la concurrence entre salariés français et salariés étrangers sur le marché du travail. Il est difficile d'admettre qu'une logique économique puisse priver d'effet la protection de la mère et celle de l'enfant, garanties comme droits

(40) Délibération n° 2011-41 du 28 févr. 2011.

(41) Deux affaires relatives à des demandes de résiliation judiciaire peuvent illustrer ce propos. Dans la première, la rupture ne produit pas les effets d'un licenciement nul, les juges du fond n'ayant pas caractérisé de discrimination, v. Cass. Soc. 2 avr. 2014, n° 12-27.849, inédit. Dans la seconde, la salariée obtient que la résiliation produise les effets d'un licenciement nul, v. Cass. Soc. 18 mars 2016, n° 14-21.491, inédit.

(42) Les juges du fond s'engagent parfois dans cette voie, v. par ex. CA Versailles, 6^{ème} ch., 16 mars 2010, n° 09/00.524.

(43) A. Gardin, « Maternité et rupture de contrat de travail », RJS 12/07, p. 975.

(44) Cass. Soc. 30 avr. 2014, n° 13-12.321, RDT 2014, p. 547, n. D. Gardes.

(45) Cass. Soc. 25 mars 2015, n° 14-10.149, Dr. Ouvr. 2015, p. 361, n. Y. Leroy ; Dr. Soc. 2015, p. 399, n. J. Mouly.

(46) Cass. Soc. 15 mars 2017, n° 15-27.928, Dr. Ouvr. 2017, p. 393, n. I. Meyrat et S. Misiraca ; Dr. Soc. 2017, p. 566, n. J. Mouly ; RDT 2017, p. 1511, n. P. Henriot et K. Parrot.

(47) C. trav., art. L. 8251-1.

fondamentaux par les textes internationaux comme constitutionnels.

La vulnérabilité sociale de la salariée en état de grossesse ou qui accède à la maternité est encore atténuée quant aux effets que cette vulnérabilité peut produire sur la qualité de son emploi. Là encore, toutefois, les résultats obtenus sont nettement insuffisants.

B. La préservation de la qualité de l'emploi

La maternité ne doit pas altérer la qualité de l'emploi de la salariée, ce qui est, en théorie, garanti par les règles relatives aux discriminations en raison de la grossesse et celles afférentes à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. La multiplication des mécanismes de protection contre les discriminations et en faveur de l'égalité est, on le sait, déjà le signe d'une faiblesse du dispositif, dont il n'est sans doute pas nécessaire de rappeler l'ineffectivité, essentiellement pour des raisons sociologiques et probatoires. Outre cette ineffectivité globale, deux mécanismes particuliers, dont les limites sont avérées, peuvent être étudiés, celui de l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle, d'une part, celui de la réévaluation automatique de la rémunération de la salariée au retour de son congé, d'autre part.

Depuis la loi *Roudy* du 13 juillet 1983 ayant introduit l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le législateur a progressivement fait de ce thème une obligation de négociation récurrente au niveau des branches et des entreprises. D'assez nombreux accords collectifs ont été conclus, mais l'analyse des clauses qu'ils comportent, s'agissant de la grossesse et de l'accès à la maternité, est très décevante (48). Dans l'immense majorité des cas, les partenaires sociaux se contentent de reprendre les dispositifs légaux, de rappeler l'interdiction des discriminations ou la protection de l'emploi de la salariée. Les dispositifs introduits sont généralement facultatifs, comme cela a été précédemment évoqué à propos de l'aménagement du temps de travail, ou se contentent de promouvoir des campagnes d'information ou de sensibilisation dans les entreprises rappelant, là encore, les règles minimales prévues par le Code du travail. Le point essentiel du débat est le plus souvent occulté, puisque les accords ne prennent quasiment jamais de mesures positives et contraignantes en matière d'égalité salariale et d'égalité de déroulement de carrière en faveur des salariées qui choisissent d'être mères.

Le législateur avait sans doute pressenti qu'il serait difficile de négocier sur cette question, ce qui explique qu'ait été mis en place, par la loi du 23 mars 2006, un dispositif supplétif qui prend place à l'article L. 1225-26 du Code du travail. Ce texte prévoit qu'à défaut d'accord de branche ou d'entreprise garantissant l'évolution de la rémunération des salariées pendant et à l'issue du congé de maternité, la rémunération de la salariée est majorée au retour de son congé des augmentations générales et de la moyenne des augmentations individuelles des salariés de la même catégorie professionnelle perçues en son absence. S'il n'existe pas de salariés de la même catégorie professionnelle, la salariée a droit à une augmentation correspondant à la moyenne des augmentations perçues par les autres salariés de l'entreprise. La mesure est relativement aisée à mettre en œuvre par l'employeur de bonne volonté, ce qui ne semble pas être toujours le cas, comme l'illustre un arrêt récent, rendu le 14 février 2018, par lequel la Chambre sociale a dû préciser qu'il n'était pas permis de substituer une prime ponctuelle à l'augmentation automatique (49). La mesure est toutefois doublement restrictive, d'abord parce qu'elle ne concerne que les augmentations de salaire ayant été attribuées pendant le congé de maternité, ce qui exclut d'éventuelles périodes de suspension ultérieures, ensuite parce qu'elle ne vise que la réévaluation de la rémunération, à l'exclusion d'autres améliorations qui pourraient être intervenues, par exemple en matière de temps de travail. Enfin, c'est surtout la preuve de la violation de cette mesure par la salariée qui sera redoutablement difficile à apporter. Comment peut-elle accéder aux données relatives aux augmentations perçues individuellement par les salariés de sa catégorie ou, pire, de l'ensemble du personnel de l'entreprise ? Aucun aménagement de la charge de la preuve n'a été envisagé, alors que le lien entre cette mesure et le principe de non-discrimination est flagrant.

Les salariées du secteur privé sont-elles des privilégiées qui bénéficient d'un statut très protecteur de leur santé et de leur emploi ? Répondre à cette question nécessite qu'une comparaison soit menée avec le statut d'autres travailleurs, du père, des parents fonctionnaires ou indépendants. Sans préjuger des résultats de cette comparaison, il est évident que les mères salariées bénéficient de nombreuses protections légales ou conventionnelles, mais que, comme chacun sait, quantité n'est pas toujours gage de qualité...

Sébastien Tournaux

(48) À propos des négociations d'entreprise ou de groupe, lire 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.

(49) *Cass. Soc.* 14 févr. 2018, n° 16-25.323, publié.