



Université
de Lille

THUBERT ALEXANDRA

**L'ENTREPRISE
FACE À LA MATERNITÉ ET À LA PATERNITÉ**

Mémoire sous la direction
du Professeur Madame **LEBORGNE-INGELAERE Céline**,
Maîtresse de Conférences HDR en droit privé

Étudiante à l'Université Lille II en Master II Droit du travail
Dirigé par le Professeur Monsieur **BOSSU Bernard**

Année 2020 - 2021

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS	4
INTRODUCTION	6
PARTIE 1	
La nécessaire protection de la parentalité avant la naissance de l'enfant	15
CHAPITRE 1	
L'interdiction absolue des discriminations	17
CHAPITRE 2	
L'adéquation raisonnable du travail avec l'état particulier de la femme	37
PARTIE 2	
La protection légitime de la parentalité lors du retour à l'emploi	63

CHAPITRE 1	
La continuité naturelle de la relation de travail	65
CHAPITRE 2	
La protection indispensable contre la rupture du contrat de travail	87
CONCLUSION	111
ANNEXES	113
BIBLIOGRAPHIE	118

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Aff	Affaire
Al	Alinéa
ANI	Accord national inter-professionnel
Art	Article
Ass	Assemblée
CDI	Contrat de travail à durée indéterminée
CE	Conseil d'État
C.pén	Code pénal
C.trav	Code du travail
Cass.ass.plén	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass.crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass.soc	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCN	Convention collective nationale
CESDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
Cf	Confère
CGI	Code général des impôts
Cir.min	Circulaire ministérielle
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons.const	Conseil constitutionnel

Conv	Convention
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D	Décret
Délib	Délibération
Dir	Directive
DC	Décision de contrôle de constitutionnalité a priori
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
NPB	Non publié au Bulletin
OIT	Organisation Internationale du Travail
OPE	Observatoire de l'équilibre de temps de vie et de la parentalité en entreprise
Ord	Ordonnance
PB	Publié au Bulletin
PL	Publié au recueil Lebon
QPC	Question prioritaire de Constitutionnalité
Rép.pén	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
RDT	Répertoire de droit du travail
Rev.trav	Revue de droit du travail
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

INTRODUCTION

*« L'engagement des femmes dans le monde salarié a modifié les représentations du travail, des enfants et du couple. Le rapport des femmes au travail est devenu indissociable du rapport à leurs enfants. La problématique d'une activité extra-familiale, le désir d'une indépendance financière ont trouvé place, dans l'esprit des mères, aux côtés des questions relatives à la maternité. Il ne semble plus possible de se projeter dans une vie familiale sans se poser la question d'une vie professionnelle, et en même temps sans anticiper l'impact de celle-ci sur la santé et l'équilibre de ses enfants nés ou à venir »*¹. Femme mère et femme assouvie professionnellement est aujourd'hui un duo qui va de pair pour beaucoup de femmes. Concilier vie personnelle et vie professionnelle est aujourd'hui un challenge pour la plupart d'entre elles. Évolution de la société aidant, la recherche de l'équilibre entre une vie personnelle heureuse et une vie professionnelle accomplie est également, aujourd'hui, un challenge pour la plupart des hommes.

La parentalité désigne la fonction de parent, notamment sur les plans juridique, moral et socioculturel². La parentalité regroupe alors deux notions distinctes, la maternité et la paternité. La maternité *« désigne tout à la fois l'état dans lequel se trouvent les femmes lorsqu'elles attendent un enfant, le lieu dédié aux accouchements et le fait d'être mère »*³. La paternité désigne le fait d'être père, le lien qui existe entre un père et son enfant⁴. La maternité et la paternité sont des événements souvent très attendus dans la vie de chaque individu. Relevant de la sphère intime, le choix d'être parent appartient à chacun. De la même manière, le choix de devenir parent ne peut être imposé à autrui. La sphère du travail se distingue de la sphère familiale. Pour autant, un événement mêle à la fois famille et travail, la parentalité. Dès lors, l'employeur se retrouve projeté à l'intérieur de la vie personnelle du salarié. Ainsi, *« par la rencontre du privé et du public qu'elle provoque, la grossesse*

1 Sylviane GIAMPINO, *Les mères qui travaillent sont-elles coupables ?*, Albin Michel, 2000, Collection : Questions de parents, p.241.

2 Définition du dictionnaire Larousse.

3 FLIS-TRÈVES Muriel, *Les 1000 mots de la maternité*, Presses Universitaires de France, 2014, Avant-propos.

4 Définition du dictionnaire Larousse.

en milieu de travail défie les acteurs sociaux et les appareils dans leur capacité de prendre en compte les besoins spécifiques des mères au travail »⁵.

À l'origine, la femme était représentée comme étant le centre du foyer et ce, en raison de « *la défense de la natalité* »⁶. Ainsi, durant la première moitié du XX^{ème} siècle, la femme « *se voyait investie d'une haute mission, celle de gérer la vie domestique, de soigner les corps et les coeurs, tout en maintenant les relations familiales traditionnelles* »⁷. Le travail de la femme se cantonnait alors au travail domestique, à l'éducation des enfants et dans certains cas, au travail agricole. Déesse de la fécondité dans les mœurs, ombre au travail masculin, la femme a pendant longtemps été restreinte au seul rôle de mère.

L'utilité du travail féminin commencera à être reconnu à partir de la Première Guerre Mondiale. En effet, les hommes étant sur le champ de bataille, les pouvoirs publics vont avoir besoin de main d'oeuvre pour alimenter les usines d'armement. Les femmes vont peu à peu commencer à travailler dans ces entreprises. La femme devient alors une munitionnette, « *une ouvrière soumise à des conditions de travail parfois difficiles, qui contracte aussi des maladies propres à cette industrie* »⁸. Malgré des conditions de travail difficiles, les femmes vont saisir cette opportunité qui s'offre à elles et vont, de plus en plus, investir le monde du salariat. En juin 1915, les usines de guerre comportent quinze mille femmes employées, en juin 1916 l'effectif féminin est de deux cent quatre mille pour atteindre six cent quatre-vingt quatre mille en mai 1917⁹. Cette augmentation peut notamment s'expliquer par le fait que les salaires dans les usines d'armement sont plus élevés que ceux versés dans les autres établissements qui embauchent certaines femmes.

Toutefois, certaines femmes n'avaient pas attendu la période de guerre et travaillaient déjà dans les manufactures. Dès lors, certaines dispositions législatives avaient été prises afin de réglementer le travail des femmes. Ces dispositions ne servaient pas tant à protéger la femme des conditions de travail difficiles dans lesquelles elle pouvait être amenée à travailler mais plutôt à protéger leur fécondité. En effet, la femme ne devait pas être une simple travailleuse, elle devait avant tout être

5 MALENFANT Romaine, « Cachez ce ventre ... La grossesse en milieu de travail », *Lien social et Politiques*, 1996, p.103.

6 Norbert OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, Collection : Corpus histoire du droit, p.54.

7 Yvonne KNIBIEHLER, *Questions pour les mères, Chapitre V. Le travail au défi de la maternité*, Érès, 2014, Collection 1001 bébés, p.255.

8 Marie LLOSA , « Le travail des femmes dans les usines de guerre de la France méridionale (1914 – 1918) », *Annales du Midi, Revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, 2008, p.205.

9 Marie LLOSA , « Le travail des femmes dans les usines de guerre de la France méridionale (1914 – 1918) », *Annales du Midi, Revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, 2008, p.207.

une mère. Dans un premier temps, le travail souterrain leur a été interdit¹⁰. Les femmes ne pouvaient donc travailler ni dans les mines, ni dans les minières et ni dans les carrières. Une telle interdiction n'était pas tant pour protéger la femme d'un travail difficile et pénible mais pour protéger sa santé physique. En effet, le travail souterrain pouvait engendrer de nombreux problèmes de santé, notamment de graves maladies pulmonaires. À ce titre, nombreux sont les travailleurs souterrains qui contractaient la silicose, maladie pulmonaire liée aux inhalations prolongées de certaines poussières, et finissaient par en mourir. Or, le rôle premier de la femme était de procréer et elle ne pouvait donc être exposée à des risques d'infertilité ou de mort prématurée. Hormis cette interdiction du travail minier, les femmes pouvaient travailler dans les autres domaines qui leur étaient accessibles.

Ce ne sera qu'en 1892 que la première législation réglementant le travail des femmes apparaîtra¹¹. Par l'instauration de limitations et d'interdictions, le législateur décidait d'encadrer davantage le travail des femmes. Innovation majeure dans la législation sociale, le but premier n'en était pas pour autant révolutionnaire. En effet, l'ensemble des mesures prises n'avaient pour but ultime que la protection de la fécondité de la femme et par conséquent, la sauvegarde de son rôle de mère. Dès lors, le travail de nuit leur était interdit. Des dérogations étaient toutefois possibles, notamment dans les usines à feu continu. Les travaux de force ainsi que les travaux les exposant à des émanations préjudiciables pour leur santé leur étaient également interdits. Une limitation de la journée de travail était instaurée. Celle-ci se limitait désormais à onze heures par jour. Enfin, un repos hebdomadaire était instauré afin qu'elles puissent s'occuper de leur foyer.

Des années durant, la situation restera inchangée. La femme étant prioritairement une mère de famille et secondairement une travailleuse. Toutefois, la femme travailleuse ne pouvait être uniquement reconnue en cette qualité. En effet, la femme qui travaillait devait également avoir des enfants. Ainsi, la femme enfantait tout en travaillant. Cela pouvait engendrer des complications pour mener la grossesse à terme mais également pour la santé du fœtus. Par conséquent, nombreuses étaient les femmes qui cessaient de travailler pendant un temps entourant l'accouchement. Or, aucune disposition n'était en vigueur pour assurer la protection de la continuité du travail de la femme pendant cette période particulière qu'est la maternité. Ainsi, l'employeur mettait généralement un terme au contrat qui le liait avec la femme en raison de cette absence due à sa grossesse. Il faudra attendre le début du XX^{ème} siècle et la mortalité croissante des femmes en

10 L., 19 mai 1874, sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie.

11 L., 2 novembre 1892, sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels.

couches ainsi que la hausse de la mortalité infantile pour que la conciliation entre le travail et la maternité soit appréhendée par les pouvoirs publics.

En effet, en 1906, le député Fernand ENGERAND déposait une proposition de loi relative à la protection de la femme travailleuse avant et après l'accouchement. La loi sera finalement adoptée le 27 novembre 1909 et prévoyait un article unique selon lequel « *la suspension du travail de la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture, par l'employeur, du contrat de louage de services et ce à peine de dommages et intérêts au profit de la femme. Celle-ci devra avertir l'employeur du motif de son absence. Toute convention contraire est nulle de plein droit. L'assistance judiciaire sera de droit pour la femme devant la juridiction du premier degré* »¹². Cet article unique était une révolution dans le monde du travail puisque la protection de la maternité et de l'emploi étaient simultanément pris en considération. Outre le fait que la femme salariée pouvait légalement s'arrêter de travailler pendant huit semaines entourant la période de son accouchement, cette pause n'avait plus de conséquence sur sa vie professionnelle. Dès lors, la travailleuse qui se retirait de son poste de travail pendant la période entourant la naissance de son enfant pouvait légitimement retrouver son emploi à l'issue du délai de huit semaines. De plus, aucune disposition contraire ne pouvait être prise en considération et l'employeur ne pouvait s'opposer à la demande de la salariée. Toutefois, la loi n'imposait pas pour autant la prise de ce congé qui restait alors qu'une simple faculté pour la travailleuse. Ce congé n'étant pas indemnisé, nombreuses étaient les femmes qui ne sollicitaient pas son bénéfice. Ainsi, « *cette loi dessine donc une ébauche de droit, d'ordre symbolique* »¹³.

Il faudra attendre 1913 pour que l'intervention du législateur sur la conciliation entre la vie personnelle et la vie professionnelle des femmes devienne réelle. En effet, le sénateur Paul STRAUSS déposait une proposition de loi sur le repos des femmes en couches afin de lutter contre la mortalité infantile. Par deux lois du 17 juin et du 30 juillet 1913¹⁴, le législateur instituait alors « *un repos obligatoire et son corollaire économique, le paiement d'une allocation* »¹⁵. Ainsi, un congé postnatal obligatoire était institué puisqu'il était interdit pour les employeurs de faire travailler des femmes venant d'accoucher dans les quatre semaines suivant la naissance de l'enfant. Toutefois, le montant de l'indemnité due aux femmes au titre de la maternité n'était que très peu élevé et était loin de couvrir l'entièreté du salaire. Le congé prénatal restait, quant à lui, facultatif et

12 L., 27 novembre 1909, garantissant leur travail ou leur emploi aux femmes en couches, JORF du 28 novembre 1909.

13 Isabel ODUL-ASOREY, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La revue des droits de l'homme*, 2013, p.2.

14 L., 17 juin 1913, sur le repos des femmes en couches.

15 Isabel ODUL-ASOREY, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La revue des droits de l'homme*, 2013, p.2.

non indemnisé. Aussi novatrice qu'elles soient, ces dispositions vont être peu utilisées en raison du contexte politique. En effet, face à l'absence de main d'œuvre dans les usines en raison de la Guerre, les femmes vont être appelées pour travailler dans les usines d'armement.

Outre le droit national, le droit international « *s'est rapidement accordé sur la nécessité d'une protection spéciale des travailleuses enceintes* »¹⁶. Ainsi, lors de la première Conférence internationale du travail qui se tenait en 1919, l'Organisation internationale du travail adoptait une convention relative à la protection de la maternité¹⁷. À ce titre, la convention reconnaissait un congé postnatal obligatoire de six semaines indemnisé de manière suffisante par les fonds publics « *pour son entretien et celui de son enfant dans de bonnes conditions d'hygiène* »¹⁸. Une interdiction de rompre le contrat de travail de la salariée durant cette période était également affirmée. Inspiré du droit international, le législateur consacra, en 1928, le droit à un repos obligatoire durant huit semaines, indemnisé par les assurances sociales¹⁹.

Le droit européen ne restera également pas insensible à la question et une construction progressive de la protection de la femme au travail durant la grossesse se mettra en place au fil des années. Dans un premier temps, une directive relative au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le milieu du travail était adoptée en 1976²⁰. La directive avait pour objectif de fixer un cadre juridique relatif à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes au travail et par conséquent, l'interdiction des discriminations dans la relation de travail en raison du sexe. Toutefois, le droit communautaire, prenant en considération les problématiques inhérentes à la qualité de la femme, précisait que la directive ne faisait pas obstacle « *aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité* »²¹. Par la suite, la Cour de justice des Communautés européennes reconnaissait la possibilité pour l'État d'accorder un congé de maternité à la salariée mère et de ne pas octroyer un tel congé au salarié père²². Une telle situation étant conforme au principe de l'égalité de traitement puisqu'elle permettait de protéger « *d'une part, la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et*

16 Isabel ODUL-ASOREY, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La revue des droits de l'homme*, 2013, p.4.

17 Conv. OIT., n°3, sur la protection de la maternité, 1919.

18 Conv. OIT., n°3, sur la protection de la maternité, art. 3, 1919.

19 L., 5 avril 1928, sur les assurances sociales

20 Dir., n°76/207/CEE, 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE du 14 février 1976.

21 Dir., n°76/207/CEE, 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, art. 2.3, JOCE du 14 février 1976

22 CJCE, 12 juillet 1984, aff. C-184/84, HOFMANN.

la suite de celle-ci et, d'autre part, les rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui suit la grossesse et l'accouchement »²³. Cette interprétation de la nécessaire protection de la maternité sera réaffirmée par la suite, en 1992, en vertu d'une directive visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail²⁴. Cette directive prévoyait de nombreuses dispositions visant à renforcer la sécurité de la salariée enceinte ainsi que la protection de sa santé sur son lieu de travail. À cet égard, il était interdit aux travailleuses enceintes et allaitantes d'exercer un poste les exposant à des risques particuliers²⁵. Le travail de nuit étant de nouveau accessible aux femmes, la directive prévoyait la possibilité d'un transfert vers un travail de jour le temps de la grossesse pour la travailleuse de nuit²⁶. Un congé de maternité d'une durée de quatorze semaines était imposé, dont deux semaines obligatoires réparties avant et/ou après l'accouchement²⁷. La directive imposait également des dispenses de travail pour la salariée afin qu'elle puisse se rendre à des examens prénataux et ce, sans perte de rémunération²⁸. Enfin, la directive prévoyait également une protection de l'emploi de la salariée puisqu'était affirmée une interdiction du licenciement pour la période allant du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité²⁹.

Ainsi, « à tous les niveaux, la consécration d'un congé de maternité a pour fondement la protection de la maternité. Une protection orientée dans l'intérêt de la mère, dans lequel se loge l'intérêt de l'enfant. Sans être totalement refoulée, la protection de l'emploi est considérée comme un auxiliaire de la protection de la maternité, en ce qu'elle implique un droit au repos »³⁰. Désormais, la protection de la maternité est pleinement intégrée dans le monde du travail. Pour preuve, au sein du Code du travail, un chapitre entier est consacré à la maternité. L'ensemble des dispositions légales

23 Isabel ODUL-ASOREY, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La revue des droits de l'homme*, 2013, p.4.

24 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, JOCE du 28 novembre 1992.

25 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 6, JOCE du 28 novembre 1992.

26 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 7, JOCE du 28 novembre 1992.

27 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 8, JOCE du 28 novembre 1992.

28 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 9, JOCE du 28 novembre 1992.

29 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 10, JOCE du 28 novembre 1992.

30 Isabel ODUL-ASOREY, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La revue des droits de l'homme*, 2013, p.5.

actuelles reprenant les principes posés par la directive européenne du 19 octobre 1992. Les temps ont changé, les mœurs et les mentalités ont évolué et désormais la femme n'est plus perçue uniquement comme "une mère au foyer". Pleinement reconnue comme femme, comme mère mais également comme travailleuse à part entière, les objectifs législatifs ont dû progressivement évoluer. À l'heure actuelle, les nombreuses dispositions qui régissent la protection de la maternité englobent à la fois la protection de la santé de la salariée, de sa sécurité, de son emploi et du bon déroulement de sa grossesse. Corrélativement, les mesures légales visent également à assurer la sécurité de l'enfant et à protéger sa santé.

Les dispositions en faveur d'une partie, entraînent nécessairement des dispositions moins favorables à l'encontre d'une autre partie. Le contrat de travail liant l'employeur et la salariée, les dispositions spécifiques étant favorables à la salariée, l'employeur se retrouve nécessairement être la partie au contrat pour laquelle ces dispositions entraînent des contraintes. En effet, outre les dispositions générales en matière sociale qu'il doit appliquer au sein de l'entreprise, celles-ci doivent être combinées avec les dispositions spécifiques applicables à la protection de la salariée enceinte. Dès lors, la combinaison de l'ensemble de ces dispositions entraîne un amoindrissement du pouvoir de gestion de l'employeur, de son pouvoir de direction ainsi que de son pouvoir de sanction. Elles entraînent également un renforcement considérable de ses obligations en matière de santé et de sécurité. En effet, l'obligation légale relative à la protection de la santé et de la sécurité des salariés qui pèse sur l'employeur est renforcée lorsqu'il s'agit d'une salariée en état de grossesse. L'employeur peut être contraint d'aménager les horaires de travail de la salariée ou encore de l'affecter à un nouveau poste durant sa grossesse qui présente moins de risque pour sa santé et celle de son enfant à naître.

L'évolution des mœurs aidant, le principe d'égalité entre les femmes et les hommes à peu à peu été remanié. C'est ainsi que depuis 2002, le père bénéficie d'un congé de paternité³¹. À ce titre, il bénéficie donc d'un congé spécifique de longue durée afin de pouvoir, tout comme la mère, créer un lien particulier avec son enfant. Tout comme la salariée mère, le salarié père bénéficie de certaines protections en raison de sa nouvelle paternité. À ce titre, le législateur a pris en considération le fait que le père pouvait s'investir dans la grossesse de la femme et des autorisations d'absences pour se rendre aux examens prénataux lui sont également accordées³². La nouvelle paternité ne doit également pas avoir de conséquence sur l'emploi du salarié. Dès lors, ce dernier bénéficie, dans une

31 L., n°2001-1246, 21 décembre 2001, de financement pour la sécurité sociale pour 2002, art. 55, JORF du 26 décembre 2001.

32 C.trav., art. L.1225-16, al. 3.

certaine mesure, d'une protection contre le licenciement³³. Par conséquent, la paternité contraint également l'employeur à restreindre ses pouvoirs de gestion, de direction et de sanction. D'autant que désormais, le bénéfice du congé de paternité est également ouvert, en plus du salarié père, au conjoint salarié de la mère, à son concubin, à la personne liée à la mère par un pacte civil de solidarité ou celle vivant maritalement avec elle. Par conséquent, tout second parent peut prétendre au bénéfice des dispositions protectrices, qu'il soit un homme ou une femme.

Outre le fait que l'employeur doit protéger la santé et la sécurité de la salariée en état de grossesse, il doit également veiller au respect de la conciliation entre la vie personnelle et la vie professionnelle de la salariée. En effet, « *chez les femmes qui travaillent, la quête de l'harmonie entre la vie professionnelle et leur famille est une quête de Graal, autant que peut l'être la quête de l'harmonie familiale et du bien-être de tous pour les femmes qui se consacrent à leur famille* »³⁴. Par conséquent, la maternité entraîne également des contraintes postnatales pour l'employeur. En effet, une femme qui travaille aura davantage de mal à concilier sa vie personnelle et sa vie professionnelle par rapport à une femme qui fait le choix de ne pas travailler. Dès lors, le rôle de l'employeur est de tout mettre en œuvre afin que la maternité n'ait pas d'impact sur l'emploi de la salariée mais également que l'emploi n'ait pas d'impact sur sa vie privée et familiale. L'employeur doit alors trouver des solutions pour que l'emploi s'adapte au nouveau rythme de vie familial de la salariée, notamment par l'aménagement des horaires de travail ou la modulation des heures des réunions professionnelles. Il peut également décider d'être novateur en installant des structures d'accueil pour les enfants au sein de l'entreprise afin que les mères, voire les parents, puissent travailler la journée tout en ayant leur enfant à leurs côtés. Le travail représente pour les femmes « *une ouverture sur la vie sociale* »³⁵, et l'employeur doit adapter la gestion de l'entreprise à la femme à la fois mère et salariée.

Par conséquent, maternité et paternité se mêlent à la vie de l'entreprise. Événement heureux relevant naturellement de la vie privée de chaque femme et de chaque homme, l'employeur devient pourtant un acteur central de la future parentalité de ses salariés. Dès lors, les droits et obligations qui pèsent sur l'employeur sont-ils assez protecteurs des salariés parents en devenir ou actuels ?

33 C.trav., art. L.1225-4-1.

34 Sylviane GIAMPINO, *Les mères qui travaillent sont-elles coupables ?*, Albin Michel, 2000, Collection : Questions de parents, p.33.

35 Jacques COMMAILLE, « Entre famille et travail, les stratégies des femmes », *Recherches et Prévisions*, 1994, p.5.

Traditionnellement, vie familiale et vie professionnelle sont pensées séparément. En effet, la vie personnelle du salarié doit rester en dehors de l'entreprise et ne doit pas impacter sa vie professionnelle. Toutefois, une situation particulière lie intrinsèquement la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié au sein de l'entreprise, la parentalité. Si la paternité occasionne peu de conséquences sur la vie de l'entreprise, il en est autrement pour la maternité. En effet, « *si les femmes peuvent arriver à rendre presque invisibles les efforts qu'exigent la conciliation du travail et de la maternité, elles ne peuvent, par contre, laisser leur grossesse à la porte de l'entreprise avant d'y entrer* »³⁶. La vie privée de la femme, et également celle de l'homme, est alors incluse dans la vie de l'entreprise, engendrant ainsi des changements d'une part pour les salariés et d'autre part, pour l'employeur. Ce dernier se voit conférer de nouveaux droits et des nouvelles obligations afin d'appréhender de la meilleure des manières possible la grossesse de la salariée et la future parentalité de la mère mais également du père.

Ces différents droits et obligations vont contraindre l'employeur à redoubler de vigilance dans la gestion de son entreprise. Toutefois, les obligations auxquelles est soumis l'employeur sont différentes selon que la salariée soit enceinte ou que la naissance ait eu lieu. En effet, durant la période de la grossesse, l'employeur doit protéger la santé et la sécurité de la salariée et de son enfant à naître. Il doit également permettre au salarié de soutenir la future mère dans cette période qui peut parfois être compliquée et lui donner la possibilité de s'investir dans la grossesse de sa femme, de sa conjointe ou de sa concubine. Dès lors, l'employeur doit protéger la future parentalité en amont de la naissance de l'enfant (I). Lorsque la naissance a eu lieu, les obligations de l'employeur sont différentes. Il doit alors protéger l'emploi de la salariée. En effet, la grossesse et l'accouchement ne doivent pas avoir de répercussion sur la carrière professionnelle de la salariée. De la même manière, la naissance de l'enfant ne doit pas impacter la vie professionnelle du salarié. L'employeur doit alors permettre aux salariés de concilier leur vie professionnelle avec leur nouvelle vie familiale. Pour se faire il doit protéger la parentalité lors du retour à l'emploi des salariés (II).

36 MALENFANT Romaine, « Cachez ce ventre ... La grossesse en milieu de travail », *Lien social et Politiques*, 1996, p.103.

PARTIE 1

LA NÉCESSAIRE PROTECTION DE LA PARENTALITÉ AVANT LA NAISSANCE DE L'ENFANT

Avant de protéger la parentalité, il faut protéger la femme. Avant de devenir parents, le couple doit faire face à l'épreuve délicate qu'est la grossesse. Durant neuf mois, la femme porte la vie. L'évolution du fœtus entraîne alors des changements corporels auxquels la femme doit être attentive. Cet événement particulier entraîne nécessairement, pour la femme, un état de santé plus fragile, plus vulnérable. Dès lors, elle doit porter une attention particulière à la protection de santé. Dans sa vie quotidienne, la femme est responsable de ses actes et prend les mesures nécessaires pour veiller à la protection de sa propre santé et à celle de son futur enfant. Toutefois, lorsque la femme travaille, les choses sont tout autres. En effet, dans le monde de l'entreprise, la femme est sous la subordination de l'employeur. Le lien de subordination étant caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné³⁷. Dès lors, et sous l'autorité de l'employeur, la salariée doit exécuter la prestation de travail pour laquelle elle a été embauchée. Par conséquent elle ne peut, de manière unilatérale, décider d'aménager son travail afin qu'il soit en corrélation avec son état de grossesse.

Partant, c'est à l'employeur que revient la tâche délicate de prendre les mesures nécessaires pour concilier la grossesse de la salariée avec l'exécution de sa prestation de travail. En vertu de l'obligation relative à la protection de la santé et de la sécurité des salariés qui pèse sur l'employeur, ce dernier doit porter une attention particulière à l'égard de la salariée en état de grossesse et prendre des mesures spécifiques à son encontre. À ce titre, il doit aménager le poste de travail de la salariée enceinte pour que l'exécution de la prestation de travail n'entraîne pas de complications dans le bon déroulement de la grossesse. Il doit également accorder à la salariée enceinte des temps de repos particuliers. Face à une absence ponctuelle ou prolongée, l'employeur doit alors assurer la gestion de son entreprise avec une salariée à demi présente au sein des locaux. Le bien-être de la

³⁷ Cass.soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187, PB.

salariée, et corrélativement de son enfant, prime sur les pouvoirs de l'employeur, qu'il tient pourtant naturellement de la relation de travail. Afin de protéger la parentalité, l'employeur doit donc préalablement veiller à l'adéquation entre le poste de travail occupé par la salariée et son état de grossesse (II).

Toutefois, avant de pouvoir veiller à la protection de la santé physique de la salariée, l'employeur doit veiller à ce que la femme puisse accéder à l'emploi malgré sa grossesse. En effet, la protection de la parentalité passe également par un cadre de vie stable et pérenne. À cet égard, l'emploi est, pour beaucoup de personnes, un élément clé de la stabilité du foyer. Dès lors, toute personne doit pouvoir travailler et « *gagner sa vie par un travail librement entrepris* »³⁸. Toute personne a donc « *le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée* »³⁹. La liberté du travail étant une liberté individuelle, elle ne peut être concrète que si elle est protégée. Ainsi, l'accès à l'emploi de la femme ne doit pas pâtir du fait de sa grossesse. Le monde du travail ne peut discriminer une femme en raison de son état de grossesse. L'employeur est alors tenu de garantir à chaque femme le droit à l'accès à un travail librement choisi, et ce d'autant plus si la femme est enceinte (I).

38 Charte sociale européenne, 18 octobre 1961, art. 1, al. 2.

39 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, art. 15, al. 1.

CHAPITRE 1

L'INTERDICTION ABSOLUE DES DISCRIMINATIONS

L'interdiction des discriminations est, de manière générale, un principe absolu en droit. Par ailleurs, le Code pénal considère la discrimination comme un délit⁴⁰, puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de quarante-cinq mille euros⁴¹. Le droit du travail, comme tout autre domaine du droit, n'échappe pas à ce principe. Par conséquent, la prohibition de la discrimination au cours du processus de la relation de travail est reconnue à divers échelons, aussi bien en droit international⁴², en droit européen⁴³, qu'en droit interne.

L'article L.1132-1 du Code du travail pose le principe général d'interdiction des discrimination applicable à l'ensemble des relations de travail. Cet article précise qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, *« en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le*

40 C.pén., art. 225-1.

41 C.pén., art. 225-2.

42 DUDH du 10 décembre 1948 ; Convention n°111 de l'OIT du 25 juin 1958, concernant la discrimination (emploi et profession) ; Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

43 TFUE du 1^{er} janvier 1958, Charte Sociale Européenne du 18 octobre 1961, Directive 76/207/CEE du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et promotion professionnelles et les conditions de travail ; Directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail ; Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

français ». Cette disposition a été introduite dans le Code du travail en 1982⁴⁴. Au fur et à mesure du temps, la liste des motifs prohibés s'est allongée jusqu'à en contenir plus d'une vingtaine. Ce n'est toutefois qu'en 2006 que le motif de la grossesse y sera inséré⁴⁵.

Désormais, il est acquis que l'employeur ne peut tenir compte de l'état de grossesse de la salariée pour justifier des choix prétendument liés à la gestion de l'entreprise. Par conséquent, « *les dispositions légales assurent une véritable protection à la salariée en cas de maternité. En effet, nombreuses sont les règles qui prohibent toute discrimination liée à la maternité* »⁴⁶. Ainsi, toute forme de discrimination en raison de la grossesse est interdite lors de la relation de travail, notamment dans le cadre de la rupture de la période d'essai et de l'octroi des avantages de l'entreprise au profit de la salariée (II). Outre le fait que la prohibition des discriminations est applicable de manière absolue lors de la relation de travail, ce principe fondamental s'impose également lors du processus de recrutement. En effet, alors même qu'il n'existe aucun lien de subordination entre l'employeur et la candidate à l'emploi, le chef d'entreprise ne peut refuser d'embaucher une femme au seul motif que celle-ci attend un enfant (I).

Section 1. L'interdiction relative des discriminations dans le processus de recrutement

Le principe de la liberté du travail engendre pour chaque personne le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie⁴⁷. Cette liberté professionnelle combinée à l'interdiction des discriminations engendre, pour la femme, le droit de taire son état de grossesse lors d'un entretien d'embauche (II). Toutefois, ce droit spécial se heurte au principe de la liberté de recrutement dont dispose l'employeur (I).

Paragraphe 1. Le principe affirmé de la liberté de recrutement de l'employeur

La phase de recrutement permet à l'employeur de rencontrer divers candidats afin de juger les capacités professionnelles et aptitudes de chacun. À l'issue de ce processus, l'employeur détermine le profil le plus adapté au poste proposé. Par conséquent, l'employeur dispose d'une totale liberté en

44 L., n°82-689, 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF du 6 août 1982.

45 L., n°2006-340, 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JORF du 24 mars 2006.

46 Dominique DAVOUST, « Maternité », *Les Petites affiches*, 1997.

47 Art.15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

matière de recrutement, qui découle de sa liberté d'entreprendre (A). Toutefois, l'employeur doit respecter certains principes et c'est la raison pour laquelle sa liberté de recrutement n'est pas absolue. En effet, elle se heurte à certaines limites qu'il ne peut contourner (B).

A. La liberté d'entreprendre de l'employeur

La liberté d'entreprise « s'oppose aux contraintes pesant aussi bien sur celui qui veut ou ne veut pas travailler que sur celui qui veut ou ne veut pas recourir à un travailleur »⁴⁸. Ainsi, l'employeur dispose d'une liberté d'entreprendre, considérée comme un principe à valeur constitutionnelle depuis 1982⁴⁹. Cette liberté présente alors deux aspects distincts. Dans un premier temps, cela signifie que chacun dispose d'une liberté d'établissement, c'est-à-dire que chacun peut créer une entreprise et initier l'activité économique de son choix. Dans un second temps, cela signifie que chacun dispose d'une liberté d'exercice, c'est-à-dire que chaque employeur peut gérer son entreprise comme il l'entend et l'exploiter selon sa propre volonté⁵⁰. Ces deux aspects de la liberté d'entreprendre sont constamment rappelés par le Conseil constitutionnel, notamment par le biais de questions prioritaires de constitutionnalité⁵¹. La liberté d'entreprendre est donc indispensable et nécessaire pour l'économie de marché et « protège avant tout l'autonomie des entrepreneurs, leur aptitude à effectuer eux-mêmes les choix de gestion, de stratégie et de gouvernance qu'ils jugent bons »⁵².

Par principe, l'employeur est libre de recruter la personne qu'il souhaite, selon son profil et ses compétences. Cette liberté de recrutement est une composante de son pouvoir de gestion, et par conséquent de sa liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre trouve son fondement dans l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui dispose que « la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne doivent être déterminées que par la loi »⁵³. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'entreprendre de l'employeur. À cet égard, et dès

48 Pierre DELVOLÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.

49 Cons.const, 16 janvier 1982, n°81-132 DC, JORF du 17 janvier 1982.

50 Victor AUDUBERT, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2020, p.2.

51 Cons.const, 30 novembre 2012, n°2012-285 QCPC, JORF du 1^{er} décembre 2012.

52 Denys DE BÉCHILLON, « Le volontarisme contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, p.7.

53 Art.4 de la DDHC de 1789.

1989, le Conseil Constitutionnel a précisé que « *la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* »⁵⁴. Le législateur n'a pas manqué de prendre en considération la décision du Conseil constitutionnel et d'insérer cette disposition dans le Code du travail. En effet, l'article L.120-2 du Code du travail disposait que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Cette même disposition a été reprise au nouvel article L.1121-1 du Code du travail. Un équilibre doit donc être trouvé entre deux principes constitutionnels, la liberté d'entreprendre de l'employeur d'un côté, et la liberté de travailler du salarié de l'autre.

Le Conseil constitutionnel attache une importance particulière à ce juste équilibre et il ne cesse de le rappeler dans diverses décisions en précisant que les limitations apportées par le législateur à la liberté d'entreprendre peuvent être uniquement « *liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁵⁵. Par conséquent, il apparaît que les limitations à la liberté d'entreprendre doivent être de plus en plus justifiées à chaque décision. Dès lors, « *la liberté d'entreprendre devient la norme, et ses limitations, des exceptions* »⁵⁶.

B. Les limites à la liberté d'entreprendre de l'employeur

En matière d'embauche, l'employeur ne dispose donc pas d'une liberté totale d'entreprendre. Si par principe, l'employeur est libre de recruter la personne qu'il souhaite et d'en évincer une autre, son pouvoir de recrutement est tout de même encadré. En effet, l'employeur est notamment tenu de respecter le principe de non-discrimination. Par conséquent, le principe de non-discrimination vient se heurter à la liberté de recrutement de l'employeur. L'article L.1132-1 du Code du travail dispose expressément qu'« *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement* » en raison de l'un des motifs prohibés. Par conséquent, s'il est en principe libre dans son choix, l'employeur ne peut pas écarter d'une procédure de recrutement une femme enceinte uniquement en raison de son état de grossesse.

54 Cons.const., 4 juillet 1989, n°89-254 DC, JORF du 5 juillet 1989.

55 Cons.const., 23 mars 2017, n°2017-750 DC, JORF du 28 mars 2017.

56 Victor AUDUBERT, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2020, p.2.

Afin d'être libre dans son recrutement tout en respectant le principe de non-discrimination, l'employeur doit, dans un premier temps, porter une attention particulière à la rédaction de son offre d'emploi. À ce titre, l'article L.5321-2 du Code du travail précise expressément qu'aucune offre d'emploi ne peut comporter de référence à l'une des caractéristiques mentionnées à l'article L.1132-1 du même code. Par conséquent, l'offre d'emploi ne peut faire mention de la grossesse. Ainsi, l'offre ne peut pas préciser que seule une femme n'étant pas en état de grossesse sera recrutée ou encore que l'entreprise ne recrutera pas de femme enceinte. Si l'employeur soumet une offre d'emploi à l'état de grossesse, il est passible d'une sanction pénale pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et quarante-cinq mille euros d'amende⁵⁷. L'offre d'emploi constitue alors la première limite à la liberté de recrutement de l'employeur.

La seconde limite à la liberté de recrutement de l'employeur est le renforcement de la protection contre les discriminations à l'égard de la femme enceinte. En effet, le législateur, accordant une attention particulière à la discrimination en raison de la grossesse, a prévu des dispositions spécifiques en matière de recrutement de la femme enceinte. À cet égard, l'article L.1225-1 du Code du travail dispose que « *l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher* ». Ce même principe est également énoncé à l'article L.1142-1 du Code du travail relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. En effet, l'alinéa 2 de cet article précise que nul ne peut refuser d'embaucher une personne en considération de la grossesse. Par conséquent, lors de l'entretien d'embauche, l'employeur ne doit pas rechercher ou faire rechercher toute information concernant l'état de grossesse de la femme⁵⁸. Là encore, l'employeur qui tente de rechercher ces informations est passible d'une sanction pénale puisqu'un tel comportement est discriminatoire envers la femme enceinte.

Par conséquent, la liberté d'entreprendre de l'employeur se heurte au principe de non-discrimination puisqu'il ne peut pas refuser d'embaucher une femme enceinte uniquement en raison de son état de grossesse. En effet, le choix définitif de la personne embauchée doit reposer uniquement sur des raisons objectives liées au poste à pourvoir et aux aptitudes professionnelles. Ainsi, afin de connaître les capacités et aptitudes professionnelles du candidat à l'emploi, l'employeur peut lui poser diverses questions. Mais là encore, avec la femme enceinte, la liberté d'entreprendre de l'employeur se trouve à nouveau en balance avec le droit au silence de la femme enceinte. En effet, celle-ci peut faire le choix de taire son état de grossesse.

57 C.pén., art. 225-2.

58 C.trav., art. L.1225-1.

Paragraphe 2. L'affirmation tacite d'un droit au silence de la candidate enceinte

La phase de recrutement permet à l'employeur d'apprécier les qualités professionnelles du candidat afin de savoir si le poste à pourvoir est susceptible de lui correspondre. Durant l'entretien d'embauche, l'employeur peut alors poser diverses questions au candidat afin d'apprécier, notamment, ses attentes et aptitudes professionnelles. L'entretien d'embauche ne peut avoir d'autre motivation et le législateur est formel sur ce point. En effet, l'article L.1221-6 du Code du travail dispose expressément que « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* ». Par conséquent, là encore, les prérogatives de l'employeur se heurtent à un nouvel obstacle, le droit au respect de la vie privée du candidat à l'emploi (A). Avec la candidate enceinte, les choses sont d'autant plus délicates que le droit au respect de sa vie privée peut s'analyser en un véritable droit de mentir à l'employeur puisqu'elle est libre de taire son état de grossesse (B).

A. Le droit au respect de la vie privée de la candidate enceinte

La protection de la vie privée a été affirmée en 1948 par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme précisant que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou atteintes* »⁵⁹. Il faudra attendre 1970⁶⁰ pour que cette notion soit introduite en droit français. Depuis lors, l'article 9 du Code civil dispose expressément que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

S'il ne fait aucun doute que le droit au respect de la vie privée est aujourd'hui un principe cardinal du droit français, il brille toutefois par son absence au sein du droit constitutionnel écrit. En effet, il n'apparaît ni dans la Constitution de 1958, ni dans le préambule de la Constitution de 1946. En revanche, ce droit est affirmé de manière expresse par l'Union européenne. À cet égard, l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales précise que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa*

⁵⁹ Art.12 de la DUDH du 10 décembre 1948.

⁶⁰ L., n°70-643, 17 juillet 1970, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF du 19 juillet 1970.

correspondance »⁶¹. Plus récemment, ce droit a été rappelé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose, en son article 7, que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* »⁶². En France, c'est donc le Conseil constitutionnel qui a comblé la lacune textuelle en conférant au droit au respect de la vie privée une valeur constitutionnelle. Si dans un premier temps, la constitutionnalisation de ce droit a été implicite⁶³, elle a été affirmée de manière expresse et non équivoque en 1995. En effet, le Conseil constitutionnel affirmera pour la première fois « *que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* »⁶⁴. Le droit au respect de la vie privée apparaît alors comme une composante de la liberté individuelle, elle-même garantie par l'article 66 de la Constitution. Toutefois, le Conseil constitutionnel va opérer un revirement de jurisprudence en 1999⁶⁵ en décidant de rattacher le droit au respect de la vie privée, non plus à la liberté individuelle, mais à l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui mentionne la "liberté" comme étant un droit naturel et imprescriptible de l'Homme⁶⁶. Désormais, cette solution fait l'objet d'un considérant de principe et ne cesse d'être rappelée par le Haute juridiction⁶⁷. La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée est donc apparue comme inéluctable en droit français car « *elle seule permettait d'assurer en pleine lumière l'épanouissement de l'individu dans la sphère intime, à l'abri du regard de l'État et de la société, que le développement des techniques, de la science, de l'informatique, de la presse, de l'Internet, et des moyens de communication menace chaque jour davantage* »⁶⁸.

Le droit au respect de la vie privée étant un droit à valeur constitutionnelle, il s'applique à la relation de travail mais également à la phase de recrutement. Dès lors, l'employeur est tenu de poser au candidat uniquement des questions présentant « *un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* »⁶⁹. Par conséquent, cela signifie que le candidat à l'emploi est légitime de refuser de répondre à toute question qui n'aurait pas de lien direct avec l'emploi proposé. Il n'est pas tenu de révéler une information liée uniquement à sa vie

61 La CESDH a été signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

62 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été proclamée le 7 décembre 2000.

63 Dans une décision du 12 janvier 1977 (n°76-75), le Conseil constitutionnel censure une disposition qui autorisait la fouille des véhicules de manière très large, sur le fondement de la liberté individuelle, qui était quant à elle érigée en principe fondamental reconnu par les lois de la République.

64 Cons.const., 18 janvier 1995, n°94-352 DC, JORF du 21 janvier 1995.

65 Cons.const., 23 juillet 1999, n°99-416 DC, JORF du 28 juillet 1999.

66 L'article 2 de la DDHC dispose que : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

67 Cons.const., 30 mars 2012, n°2012-227 QPC, JORF du 31 mars 2012.

68 Vincent MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, p.7.

69 C.trav., art. L1221-6.

personnelle. Il peut par exemple refuser d'évoquer sa situation familiale, ses convictions religieuses ou politiques, ou encore son état de santé. Le candidat à l'emploi n'est pas davantage tenu de préciser à l'employeur qu'il est atteint d'un quelconque handicap⁷⁰. Dès lors, la candidate à l'emploi qui se présente à l'entretien d'embauche, n'est pas tenue de révéler son état de grossesse à l'employeur. En effet, « *la grossesse, élément de la vie privée des candidates, doit rester en dehors du champ d'investigation de l'employeur* »⁷¹.

Dans un premier temps, cette particularité pour la femme enceinte de taire son état de grossesse a été affirmée par la jurisprudence. En effet, la Haute juridiction a eu à se prononcer sur la question dans un arrêt du 23 février 1972 où un employeur avait licencié la salariée en apprenant son état de grossesse. L'employeur invoquait le fait que le licenciement était justifié puisqu'il avait été trompé par la salariée lors de l'entretien d'embauche, laquelle avait omis de préciser qu'elle attendait un enfant. Dans cet arrêt, la Chambre sociale pose alors le principe selon lequel la salariée « *n'avait pas trompé son employeur en ne lui faisant pas connaître lors de son engagement qu'elle était en état de grossesse, révélation à laquelle elle n'était tenue par aucune disposition légale ou conventionnelle* »⁷². Le principe a donc été posé par la jurisprudence avant même que la grossesse ne figure parmi la liste des motifs prohibés par le Code du travail. Il faudra attendre 2008⁷³ pour que ce principe soit consacré par le législateur. Désormais, l'article L.1225-2 du Code du travail dispose expressément que « *la femme candidate à un emploi [...] n'est pas tenue de révéler son état de grossesse* ». Par conséquent, un véritable droit au silence pour la candidate à l'emploi en état de grossesse a été reconnu. Toutefois, un tel droit peut s'analyser comme la reconnaissance implicite au profit de la candidate à l'emploi d'un droit de mentir à l'employeur.

B. La reconnaissance implicite d'un droit de mentir pour la candidate enceinte

Ce droit au silence pour la candidate à l'emploi peut alors s'analyser comme un véritable droit de mentir pour cette dernière. Si le droit de taire son état de grossesse lors de l'entretien d'embauche implique le fait pour la candidate de ne pas révéler spontanément sa grossesse à l'employeur, ce droit amène également une autre possibilité pour elle. En effet, ce droit au silence implique, de manière implicite, le droit pour la candidate à l'emploi de mentir à l'employeur qui lui poserait la

70 Cass.soc., 21 septembre 2005, n°03-44.855, PB.

71 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *Répertoire de droit du travail*, 2019, point 14.

72 Cass.soc., 23 février 1972, n°71-40.091, PB.

73 Ord., n°2007-329, 12 mars 2007, relative au code du travail, JORF du 13 mars 2007.

question de savoir si elle attend ou non un enfant. Dans ce cas, la candidate ne peut être sanctionnée pour avoir menti sur cette information. En effet, « *la dissimulation de la grossesse, découverte après l'embauche, ne peut justifier ni la nullité du contrat de travail pour dol, ni un licenciement* »⁷⁴. Or, cette possibilité se heurte au principe de bonne foi régissant l'ensemble des relations de travail.

Le principe de bonne foi ne fait pas exception en matière d'embauche. En effet, l'article L.1221-6 du Code du travail précise expressément que « *le candidat est tenu de répondre de bonne foi* » aux informations demandées par l'employeur. Certes, l'employeur doit demander au candidat uniquement des informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou les capacités professionnelles, toutefois il est possible que pour certains postes, cette information soit nécessaire et utile. En effet, une femme en état de grossesse ne pourra pas exercer certaines fonctions, notamment sur des postes considérés comme "des emplois à risques". Dans ce cas, la candidate à l'emploi qui tait son état de grossesse pourra être embauchée pour ses capacités professionnelles mais l'employeur se retrouvera dans une situation délicate lorsqu'il réalisera que la salariée ne peut finalement occuper le poste pour lequel elle a été embauchée. En effet, l'employeur ne pourra pas rompre le contrat de travail de la salariée enceinte qui aura menti sur son état de grossesse et ce même si le poste est incompatible avec son état particulier, notamment s'il nécessite la manipulation de produits toxiques⁷⁵. Par conséquent, se pose la question de savoir si le droit de mentir, implicitement reconnu à la femme enceinte qui omet de mentionner son état de grossesse alors que cela pourrait avoir un lien avec l'emploi proposé, ne s'analyse pas en une mauvaise foi de la candidate. Celle-ci finalement devenue salariée de l'entreprise ne pourra être sanctionnée pour avoir trompé l'employeur sur son état de grossesse. En revanche, l'employeur qui décide de sanctionner la salariée, notamment par un licenciement, dès lors qu'il a connaissance de son état de grossesse pourra être passible d'une sanction sur le fondement de la discrimination.

Si la sanction de la discrimination est connue lorsque la relation de travail a débuté, les choses sont différentes en matière de discrimination à l'embauche. En effet, le législateur prévoit expressément la nullité de l'acte pris par l'employeur sur le fondement d'un motif discriminatoire⁷⁶. En revanche, la sanction du refus de recrutement discriminatoire n'est précisée par aucun texte. La sanction de la nullité n'apparaît pas applicable en matière de refus à l'embauche puisqu'à cette étape du processus de la relation de travail, il n'y pas encore d'acte juridique définitif entre les deux parties. Or, selon

74 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 18.

75 Cass.soc., 2 février 1994, n°89-42.778, PB.

76 C.trav., art. L.1134-4.

l'adage, il n'y a pas de nullité sans texte. Par conséquent, c'est la jurisprudence qui est venue préciser la sanction applicable en matière de refus de recrutement discriminatoire. Le principe a été posé pour la première fois par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mai 1969. Dans cet arrêt, la Haute juridiction avait à se prononcer sur un refus de recrutement discriminatoire en raison de l'appartenance syndicale. La Chambre sociale précise alors pour la première fois qu'« *il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage. Que toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts* »⁷⁷. Ainsi, la sanction posée par la Cour de cassation en matière de refus d'embauche discriminatoire est l'octroi de dommages et intérêts pour le candidat « *en réparation du préjudice subi par la perte d'une chance d'être recruté* »⁷⁸. Partant, une candidate à l'emploi qui s'estime évincée de la procédure de recrutement au seul motif qu'elle est enceinte pourra prétendre à l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Cette sanction pouvant notamment reposer sur le fondement de l'article R.1227-5 du Code du travail qui précise que l'employeur qui méconnaît les dispositions relatives à la protection de la grossesse et de la maternité est puni d'une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe⁷⁹.

Au premier abord, il est possible de penser qu'un litige de la sorte relèverait du Tribunal judiciaire, autrefois du Tribunal d'Instance ou du Tribunal de Grande Instance, eu égard au fait qu'il n'existe aucun lien juridique entre l'employeur et la candidate évincée. Par conséquent, la candidate évincée s'estimant victime de discrimination devrait agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle et donc de l'article 1240 du Code civil⁸⁰. Cela signifierait que la candidate devrait respecter le système probatoire de droit commun et ainsi démontrer la faute de l'employeur, le préjudice subi et le lien de causalité. Or, malgré le fait qu'aucun lien de subordination n'existe entre les deux parties, c'est le Conseil de Prud'hommes qui est compétent pour un tel litige. En effet, la Cour de cassation a reconnu la compétence du Conseil de Prud'hommes dans un tel litige alors même qu'aucun contrat de travail n'existe. Cette compétence s'explique par le fait que « *le Conseil de Prud'hommes est compétent pour connaître de tout litige relatif à l'article L.122-45 {devenu L.1132-1} du Code du*

77 Cass.soc., 13 mai 1969, n°68-12.206, PB.

78 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 36.

79 La contravention de cinquième classe est une amende pénale de 1.500 euros. En cas de récidive, le montant de l'amende est porté à 3.000 euros.

80 « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

travail »⁸¹. Dès lors, est appliqué le système probatoire spécifique de la discrimination mais avec une sanction spéciale, l'octroi de dommages et intérêts. Malgré le fait que le Conseil de Prud'hommes soit compétent, il y a peu de litige en la matière notamment en raison du principe de la liberté de recrutement. C'est pourquoi, certains auteurs estiment que « *la principale sanction, dans les hypothèses de recrutement, pourrait finalement être le droit de mentir* »⁸².

La discrimination en raison de l'état de grossesse est donc, en principe, prohibée dès la phase de recrutement. Malgré une liberté de recrutement, l'employeur ne peut évincer une candidate à l'emploi au seul motif qu'elle attendrait un enfant dans les mois à venir. Une telle décision pourrait être sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts au profit de la candidate évincée. Toutefois, lorsqu'il existe une relation de travail entre l'employeur et la salariée enceinte, les choses sont davantage complexes.

Section 2. L'interdiction formelle des discriminations lors de la relation de travail

Dès lors que la candidate à l'emploi a été embauchée, le principe de non-discrimination continue de s'appliquer. Principe régissant l'intégralité de la relation de travail, de la période d'essai jusqu'à la rupture du contrat de travail, la prohibition des discriminations s'applique de manière plus accrue dès lors qu'il existe un lien de subordination entre les deux parties. Par conséquent, l'employeur qui dispose en principe d'une liberté de rupture de la période d'essai doit être plus vigilant lorsqu'il s'agit d'une salariée enceinte. En effet, il ne peut décider d'y mettre fin au seul motif de la grossesse de la salariée (I). De plus, l'employeur ne peut davantage tenir compte de l'état de grossesse de la salariée pour lui refuser l'octroi des avantages de l'entreprise (II).

Paragraphe 1. La liberté controversée de la rupture de la période d'essai

La période d'essai est la phase qui suit celle du recrutement. Elle a pour objectif de permettre aux deux parties, employeur et salarié, de connaître les tenants et aboutissements de la relation de travail avant de s'engager de manière définitive. Toutefois, la période d'essai n'est pas un préalable obligatoire au contrat de travail⁸³. En pratique, elle est tout de même souvent utilisée car elle

81 Cass.soc., 20 décembre 2006, n°06-40.864, PB.

82 Elsa PELSKINE et Cyril WOLMARK, *Droit du travail*, Paris : Dalloz, p.79.

83 C.trav., art. L.1221-19.

présente des avantages certains aussi bien pour le salarié que pour l'employeur. En effet, elle « permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent »⁸⁴. Mais la période d'essai présente également un avantage non négligeable pour l'employeur, celui de la liberté de la rupture (A). D'autant plus qu'aucune protection spécifique n'est accordée à la salariée enceinte durant cette période particulière de la relation de travail (B).

A. Le principe affirmé de la libre rupture de la période d'essai

L'un des principes fondamentaux qui gouverne la période d'essai est celui de la liberté de la rupture. Par conséquent, chaque partie est libre de mettre un terme à la période d'essai sans avoir besoin de justifier ou de motiver sa décision. La Haute juridiction précise expressément que « durant la période d'essai, chacune des parties dispose en principe d'un droit de résiliation unilatérale, sans avoir à alléguer de motif »⁸⁵. Ainsi, si l'employeur n'est pas satisfait des capacités et aptitudes professionnelles du salarié, il est libre de mettre un terme à la période d'essai sans avoir besoin de motiver sa décision. Par conséquent, la rupture de la période d'essai n'est pas soumise aux règles qui entourent normalement la rupture du contrat de travail, notamment celles relatives au licenciement⁸⁶. Le seul formalisme que l'employeur est tenu de respecter lorsqu'il décide de rompre la période d'essai est le respect d'un délai de prévenance, qui varie selon la durée de présence du salarié dans l'entreprise⁸⁷.

Toutefois, l'employeur ne peut rompre la période d'essai de manière abusive. La notion de rupture abusive de la période d'essai a été consacrée par la jurisprudence en 1971⁸⁸. Depuis, ce principe ne cesse d'être rappelé par la Chambre sociale de la Cour de cassation précisant notamment que « si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus »⁸⁹. Pendant longtemps, la notion "d'abus" n'était pas définie et les situations relevaient de l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais en 2007, la Haute juridiction est venue préciser les contours de cette notion. En effet, les hauts magistrats ont pu jugé que « la période d'essai étant destinée à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié, la cour d'appel, qui a

84 C.trav., art. L.1221-20.

85 Cass.soc., 20 octobre 2010, n°08-40.822, PB.

86 C.trav., art. L.1231-1.

87 C.trav., art. L.1221-25.

88 Cass.soc., 17 mars 1971, n°70-40.149, PB.

89 Cass.soc., 6 décembre 1995, n°92-41.398, PB ; Cass.soc., 6 janvier 2010, n°08-42.826, NPB.

*constaté dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la résiliation du contrat de travail était intervenue au cours de la période d'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié, a décidé à bon droit qu'elle était abusive »*⁹⁰. Par conséquent, il est désormais acquis que la rupture de la période d'essai à l'initiative de l'employeur est qualifiée d'abusives lorsque l'employeur rompt cette période pour un motif non inhérent à la personne du salarié, c'est-à-dire pour un motif qui est sans lien avec les considérations professionnelles du travailleur. Par exemple, il a pu être jugé que la rupture est abusive lorsque l'employeur rompt la période d'essai en raison d'une suppression du poste considérée comme inutile⁹¹. Ou encore lorsque la rupture fait suite à une réclamation du salarié au sujet de sa rémunération⁹². Ou bien lorsque l'employeur décide de rompre la période d'essai au seul motif que le salarié a refusé d'accepter une clause de mobilité ainsi que l'extension de son secteur d'activité⁹³. Malgré tout, l'abus est une limite fragile au pouvoir de direction de l'employeur *« puisque c'est normalement au salarié qu'il incombe la charge de la preuve de l'abus »*⁹⁴.

Également, l'employeur ne peut rompre la période d'essai en raison d'un motif discriminatoire. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu pour la première fois l'application de l'article L.1132-1 du Code du travail à la période d'essai dans un arrêt du 16 février 2005⁹⁵. Par conséquent, l'employeur ne peut rompre la période d'essai en raison de la grossesse de la salariée. Désormais, cela est expressément codifié à l'article L.1225-1 du Code du travail qui précise que *« l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme [...] pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai »*. Ainsi, si l'employeur souhaite rompre la période d'essai d'une salariée dont il a connaissance de son état de grossesse, cette rupture ne pourra être motivée que par un motif inhérent à sa personne, à savoir notamment une faute ou une insuffisance professionnelle. En d'autres termes, la rupture de la période d'essai d'une femme enceinte à l'initiative de l'employeur doit reposer sur des éléments objectifs.

Si la liberté de l'employeur de rompre la période d'essai d'une salariée enceinte est encadrée par les notions "d'abus" et de "non-discrimination", il n'en demeure pas moins qu'il dispose tout de même d'un pouvoir de direction assez important. En effet, si la salariée enceinte bénéficie d'une protection

90 Cass.soc., 20 novembre 2007, n°06-41.212, PB.

91 Cass.soc., 20 novembre 2007, n°06-41.212, PB.

92 Cass.soc., 10 décembre 2008, n°07-42.445, PB.

93 Cass.soc., 4 juillet 2001, n°99-44.469, NPB.

94 Jean MOULY, « La résiliation de l'essai fondé sur un motif étranger à ses résultats », *Droit social*, 2005, p.614.

95 Cass.soc., 16 février 2005, n°02-43.402, PB.

particulière contre le licenciement, cette protection n'est toutefois pas applicable à la période d'essai.

B. L'absence de protection particulière au profit de la salariée durant la période d'essai

Aucune disposition légale n'accorde de protection particulière à la salariée enceinte qui verrait sa période d'essai rompue de manière précipitée. Par conséquent, c'est la jurisprudence qui a eu à se prononcer sur la question. La Chambre sociale de la Cour de cassation affirme pour la première fois en 1983 que la salariée enceinte ne dispose d'aucune protection spécifique en cas de rupture de la période d'essai. L'attendu de principe était le suivant : *« il résulte de la combinaison de l'article L.122-25 {devenu L.1225-1} du Code du travail, qui interdit à l'employeur de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai, et de l'article L.122-25-2 {devenu L.1225-4} qui interdit à l'employeur de résilier le contrat de travail d'une femme enceinte sauf s'il justifie une faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, de maintenir le contrat, que les dispositions de l'article L.122-25-2 ne sont pas applicables en période d'essai »*⁹⁶. Cette jurisprudence sera par la suite confirmée par la Chambre sociale de la Cour de cassation⁹⁷.

Avec cette position, la Chambre sociale de la Cour de cassation va conférer un champ d'application distinct à ces deux textes. L'article L.1225-1 du Code du travail concerne expressément la période d'essai alors que l'article L.1225-4 dudit code ne vise que la rupture du contrat de travail hors période d'essai. Ainsi, *« la période d'essai est régie par une règle spéciale, qui exclut l'application de la règle générale »*⁹⁸. Cette position peut paraître surprenante eu égard à l'évolution générale de la jurisprudence qui tend à encadrer de plus en plus la période d'essai. En effet, *« depuis les années 1990, les concepts de protection des droits et liberté fondamentaux et de lutte contre toutes les formes de discriminations se sont largement développés et ont peu à peu prévalu sur le pouvoir de direction de l'employeur d'apprécier les résultats de l'essai pour mettre fin au contrat »*⁹⁹. À titre d'illustration, lorsque l'employeur fonde la rupture de la période d'essai sur une faute du salarié, la rupture est soumise à la procédure du licenciement disciplinaire¹⁰⁰. Mais cette position de la Haute

96 Cass.soc., 2 février 1983, n°79-41.754, PB.

97 Cass.soc., 21 décembre 2006, n°05-44.806, PB.

98 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 106.

99 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 106.

100 Cass.soc., 10 mars 2004, n°01-44.750, PB.

juridiction est en réalité en adéquation avec la nature même de la période d'essai, non soumise aux règles du licenciement¹⁰¹. En effet, « *ces dispositions sont incompatibles avec le pouvoir d'appréciation de l'employeur, qui est la raison d'être de la période probatoire* »¹⁰². Partant, les dispositions de l'article L.1225-4 du Code du travail n'étant pas applicables, cela signifie que les conséquences qui découlent de la protection spécifique ne sont également pas applicables en cas de rupture de la période d'essai d'une femme enceinte. Ainsi, la salariée ne peut « *prétendre au paiement des salaires prévus à l'article L.122-30 alinéa 2, qui ne sanctionne que la violation des dispositions des articles L.122-25-2 et suivants non applicables à la rupture en période d'essai* »¹⁰³. Par conséquent, la salariée ne pourra invoquer la nullité de la rupture, et les conséquences qui en découlent, sur le fondement des dispositions spécifiques applicables à la protection de la maternité. Seuls des dommages et intérêts, sur le fondement de l'article L.1225-71 du Code du travail, pourront lui être alloués en réparation du « *préjudice résultant de la rupture abusive de la période d'essai* »¹⁰⁴.

Toutefois, la salariée peut quand même demander la nullité de la rupture, et par conséquent les conséquences qui y sont afférentes, sur le fondement du principe de non-discrimination. Le Ministère du travail, de l'emploi et de la santé s'est expressément prononcé sur la question en 2011 suite à une demande de Jean-Louis MASSON, sénateur de la Moselle, quant à la rupture de la période d'essai de la salariée fondée sur le seul motif de sa grossesse. Xavier BERTRAND, Ministre du travail de l'époque a répondu de la manière suivante : « *le code du travail instaure, aux articles L.1225-4, L.1225-5 et L.1225-71, alinéa 2, un dispositif spécifique de protection contre le licenciement en prévoyant la nullité du licenciement d'une femme enceinte durant son congé maternité ainsi que durant les quatre semaines consécutives, sauf cas d'exception strictement définis par la législation. Ce dispositif s'applique, durant le contrat de travail, au premier jour de l'engagement définitif qui suit une éventuelle période d'essai. Pendant la période d'essai, la jurisprudence constante considère que ces dispositions ne peuvent s'appliquer. Néanmoins, le contrat de travail ne peut être rompu durant cette période qu'à condition que cette rupture ne soit pas motivée par la grossesse de la salariée. Dans le cas contraire, la salariée peut bénéficier de dommages et intérêts prévus à l'article L.1225-71. De plus, la salariée enceinte, en période d'essai, peut également contester la rupture de son contrat de travail, si celle-ci est liée à sa grossesse et constitue à ce titre une discrimination. Dans ce cas, la nullité du licenciement peut être prononcée*

101 C.trav., art. L.1231-1.

102 Jean MOULY, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats », *Droit social*, 2005, p.614.

103 Cass.soc., 15 janvier 1997, n°94-43.755, PB.

104 Cass.soc., 7 février 2012, n°10-27.525, PB.

sur la base de l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe d'interdiction des discriminations »¹⁰⁵. Par conséquent, la salariée enceinte qui voit sa période d'essai rompue en raison de son état de grossesse et non pas de ses capacités professionnelles peut agir sur le fondement de la discrimination. La Chambre sociale de la Cour de cassation ayant affirmé que les dispositions relatives au principe de non-discrimination sont applicables à la période d'essai¹⁰⁶. Une telle décision laisse à penser que lorsque l'employeur décide de rompre la période d'essai d'une salariée enceinte, il doit justifier sa décision afin de lui prouver que celle-ci n'est pas motivée par son état de grossesse mais bien par des lacunes dans ses capacités professionnelles. Dès lors, une telle solution revient à contrecarrer le pouvoir de gestion de l'employeur, qui est en principe libre de rompre la période d'essai sans avoir besoin de motiver sa décision.

Toutefois, si la salariée décide d'agir sur le fondement de l'article L.1132-1 du Code du travail, il lui faudra alors apporter « *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination* »¹⁰⁷. Tout comme pour le refus d'embauche discriminatoire, la salariée pourra se retrouver confrontée à certaines difficultés pour rapporter cette preuve, et ce en raison de la liberté dont dispose l'employeur pour rompre la période d'essai sans justification. En effet, l'employeur pourra toujours invoquer une rupture du contrat en raison des capacités professionnelles de la salariée pour cacher en réalité un motif illicite de rupture anticipée du contrat de travail. Toutefois si, par extraordinaire, la salariée arrive à prouver la discrimination, la rupture de la période d'essai devra alors être considérée comme nulle¹⁰⁸. Par conséquent, devront alors être appliquées les conséquences de la nullité, à savoir une indemnisation de la femme enceinte ou une réintégration de celle-ci à son poste de travail. Dans ce dernier cas, les conséquences ne sont pas négligeables pour l'employeur.

Par conséquent, la relation de travail débutant par une période d'essai ne fait pas exception au principe d'interdiction des discriminations. Malgré un liberté dans les possibilités de rupture de la période d'essai, l'employeur ne peut décider de rompre la période d'essai de la salariée au seul motif que celle-ci attendrait un enfant. La situation est d'autant plus complexe pour l'employeur lorsque la période d'essai prend fin et que la salariée intègre de manière définitive l'entreprise. En effet, dans ce cas, l'employeur doit porter une attention particulière à chaque décision qui sera prise afin qu'aucune discrimination ne puisse lui être reprochée, et ce notamment dans l'octroi des avantages de l'entreprise.

105 Réponse du Ministère du travail, de l'emploi et de la santé à la question écrite n°17363. Réponse publiée au JO Sénat du 17 mars 2011, p.671.

106 Cass.soc., 16 février 2005, n°02-43.402, PB.

107 C.trav., art. L.1134-1.

108 C.trav., art. L.1132-4.

Paragraphe 2. La garantie formelle de l'ensemble des avantages de l'entreprise

L'employeur doit accorder à la salariée enceinte l'ensemble des avantages de l'entreprise auxquels elle peut prétendre en vertu de sa qualification et de ses aptitudes professionnelles. Ainsi, le refus de l'octroi d'un quelconque avantage ne peut être fondé uniquement sur l'état de grossesse de la salariée. Cette situation s'explique par la combinaison de deux principes notables qui régissent la relation de travail (A). Dès lors, la salariée qui se verrait refuser un quelconque avantage pourrait prétendre à la réparation du préjudice subi. En raison de la gravité de la méconnaissance de ces deux principes fondamentaux, le législateur a aménagé le régime probatoire afin que la salariée puisse plus facilement obtenir réparation de son préjudice (B).

A. La combinaison de deux principes péremptoires

La combinaison du principe de l'interdiction des discriminations et du principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes amène l'employeur à ne pouvoir prendre en considération l'état de grossesse de la salariée dans ses choix de gestion de l'entreprise, notamment en ce qui concerne le bénéfice des droits et avantages de l'entreprise.

Sous l'impulsion du droit européen, le droit national décide de condamner deux types de discriminations, la discrimination directe et la discrimination indirecte. Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement d'un des motifs prohibés, « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ». A contrario, constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou bien une pratique en apparence neutre, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs prohibés, « *un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »¹⁰⁹. Partant, l'employeur ne peut prendre en considération l'état de grossesse de la salariée pour lui refuser l'octroi d'un avantage au sein de l'entreprise.

109 L., n°2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1, JORF du 28 mai 2008.

Le principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes a d'abord été consacré par le droit communautaire¹¹⁰. Ce principe « *implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial* »¹¹¹. Le droit national a saisi l'occasion pour combiner le principe de l'interdiction des discriminations et le principe de l'égalité professionnelle. Accordant une protection particulière à la femme enceinte, l'article L.1142-1 du Code du travail prévoit désormais expressément que l'employeur ne peut refuser de prononcer une mutation à l'encontre de la salariée au seul motif de son état de grossesse. De la même manière, dans ses décisions relatives à la rémunération, à la formation professionnelle et à la promotion, l'employeur ne peut tenir compte de la grossesse de la salariée. Ainsi, l'employeur ne peut priver la salariée d'être notée et par conséquent de profiter d'une promotion professionnelle au seul motif qu'elle était absente de l'entreprise au moment de sa notation en raison d'un événement lié à sa grossesse¹¹². La directive communautaire précise toutefois qu'elle ne fait pas obstacle « *aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité* »¹¹³. Dès lors, alors que l'employeur ne peut tenir compte de l'état de grossesse de la salariée notamment pour lui refuser l'accès à la formation professionnelle ou faire droit à une augmentation salariale, il peut tenir compte de cet état pour lui accorder certains avantages. Ainsi, la Cour de cassation admet que la salariée enceinte a droit à un repos supplémentaire auquel le salarié ne peut prétendre dans la mesure où pareil traitement « *visé à la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant* »¹¹⁴. Ainsi, « *de tels droits, parce qu'ils sont sexués, rompent l'égalité formelle, mais ils permettent de réaliser l'égalité concrète par la prise en considération d'une différence d'état entre deux sexes* »¹¹⁵.

En tout état de cause, si l'employeur peut tenir compte de la grossesse pour octroyer un avantage à la salariée lié à sa condition, il ne peut, à l'inverse, tenir compte de cet état pour lui refuser tout avantage auquel elle aurait pu prétendre et auquel elle aurait eu accès si elle n'avait pas été enceinte. Une telle décision discriminatoire permet à la salariée d'obtenir réparation de son préjudice. Conscient de la difficulté face à laquelle la salariée peut se retrouver pour tenter de

110 Dir., n°76/207/CEE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et à la formation professionnelles, et les conditions de travail, JOCE du 14 février 1976.

111 Dir., n°76/207/CEE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et à la formation professionnelles, et les conditions de travail, art. 2.1, JOCE du 14 février 1976.

112 Cass.soc., 16 juillet 1998, n°90-41.231, PB.

113 Dir., n°76/207/CEE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et à la formation professionnelles, et les conditions de travail, art. 2.3, JOCE du 14 février 1976.

114 Cass.soc., 21 septembre 2017, n°16-16.246, PB.

115 Alexia GARDIN, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », RDT, 2020, point 54.

prouver que la décision prise par l'employeur est en réalité motivée par sa grossesse, le législateur a prévu un régime probatoire dérogatoire du droit commun en matière de discrimination.

B. L'aménagement nécessaire du régime probatoire

La salariée qui s'estime victime d'une discrimination en raison de sa grossesse peut décider d'agir à l'encontre de l'employeur afin d'obtenir réparation du préjudice subi. Conscient de la difficulté face à laquelle la salariée peut se retrouver, notamment en raison du pouvoir de direction de l'employeur, le législateur a fait le choix d'aménager le régime probatoire en matière de discrimination. Par principe, « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* »¹¹⁶. Or, en matière de discrimination, un régime probatoire partagé a été instauré par le législateur. En effet, la salariée devra simplement apporter « *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ». Il appartiendra ensuite à l'employeur « *de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »¹¹⁷. Ainsi, la salariée n'a pas à supporter la charge de la preuve. En matière de discrimination, la plus grande partie de la preuve pèse donc sur l'employeur qui devra apporter tout élément de nature à démontrer que sa décision n'est en aucun cas liée à la grossesse de la salariée. Pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, cet aménagement légal des règles de preuve ne viole pas le principe de l'égalité des armes dans la mesure où il permet de protéger les droits fondamentaux de la salariée¹¹⁸. D'autant plus qu'en cas de doute, celui-ci profite à la salariée enceinte¹¹⁹.

Outre le fait que le régime probatoire est allégé en matière civile, le législateur a également prévu un dispositif particulier en matière pénale. Par principe, la charge de la preuve en matière pénale ne peut faire l'objet d'un aménagement dans la mesure où il existe le principe de la présomption d'innocence¹²⁰. Cela signifie que la personne poursuivie est considérée comme innocente tant qu'elle n'a pas été déclarée coupable dès faits qui lui sont reprochés par la juridiction. Dès lors, la personne poursuivie n'a pas à démontrer son innocence. Toutefois, une exception a été instaurée en matière de discrimination grâce au "testing". Cette méthode permet à la victime d'apporter la preuve de la discrimination en reproduisant artificiellement une situation de discrimination¹²¹.

116 CPC, art. 9.

117 C.trav., art. L.1134-1.

118 Cass.soc., 28 janvier 2010, n°08-41.959, PB.

119 C.trav., art. L.1225-3.

120 CPP, art. préliminaire.

121 Jacques BUISSON, « Preuve – Moyens de la preuve », *Rép.Pén.*, 2020, point 186.

Admise dans un premier temps par la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹²², elle sera finalement consacrée par le législateur¹²³ dans le Code pénal¹²⁴. La Haute juridiction ayant affirmé que cette méthode ne portait « aucune atteinte aux droits de la défense ni au droit à un procès équitable »¹²⁵. Par conséquent, la salariée qui déciderait d'agir sur le plan pénal à l'encontre de l'employeur pourrait parfaitement utiliser la méthode du "testing" afin de prouver que la décision de l'employeur est fondée sur son état de grossesse. Ainsi, une telle situation pourrait être fortement préjudiciable à l'employeur puisque le délit de discrimination est sanctionné d'une peine d'emprisonnement et d'une amende¹²⁶.

L'assouplissement du régime probatoire tant en matière prud'homale qu'en matière pénale permet donc de protéger les droits de la salariée enceinte. Dès lors, l'employeur a tout intérêt à ne pas discriminer la salariée en raison de sa grossesse. Ainsi, dans le cas où l'employeur ne peut accéder à une demande de la salariée, il lui est préférable de justifier et motiver sa décision par des éléments objectifs et matériellement vérifiables afin d'éviter toute sanction en raison d'une discrimination.

Par conséquent, l'état de grossesse de la salariée peut s'avérer être un frein considérable au pouvoir de gestion de l'employeur. S'il reste libre dans la détermination de ses choix, ces derniers ne doivent pas être édictés en raison de l'état particulier de la salariée. Nombreuses sont les dispositions légales qui viennent entraver le principe de la liberté d'entreprendre dont dispose l'employeur. Toutefois, aussi contraignantes qu'elles puissent être, ces dispositions permettent de protéger l'emploi de la salariée. En effet, la maternité ne doit pas entraver le bon déroulement de la carrière professionnelle de la femme. Outre l'interdiction formelle des discriminations pour protéger l'emploi de la salariée, l'employeur doit également protéger sa santé. En effet, une salariée enceinte se trouve dans un état plus vulnérable que les autres salariés de l'entreprise. Dès lors, l'employeur est contraint d'aménager le poste de travail de la salariée à ses nouvelles capacités physiques.

122 Cass.crim., 11 juin 2002, n°01-85.559, PB.

123 L., n°2006-396, 31 mars 2006, pour l'égalité des chances, JORF du 2 avril 2006.

124 C.pén., art. 225-3-1.

125 Cass.crim., 4 février 2015, n°14-90.048, PB.

126 C.pén., art. 225-2.

CHAPITRE 2

L'ADÉQUATION RAISONNABLE DU TRAVAIL AVEC L'ÉTAT PARTICULIER DE LA FEMME

« Pendant un temps limité, celui qui entoure la grossesse, l'intérêt de la femme enceinte et de son enfant semble primer sur l'intérêt de l'entreprise. Le travail ne doit pas entraver le bon déroulement de la grossesse et la grossesse ne doit pas compromettre la continuité de la relation de travail »¹²⁷. Protéger travail et grossesse implique alors nécessairement pour l'employeur de protéger la santé et la sécurité de la salariée.

À l'origine, le droit communautaire promouvait l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs. Ainsi, il été prévu pour l'employeur une obligation d'« assurer la santé et la sécurité des travailleurs dans tous les aspects liés au travail »¹²⁸. Sous l'impulsion du droit communautaire, le législateur national adoptera une loi en 1991¹²⁹ afin de créer un « droit de la santé et de la sécurité fondé sur une obligation générale de sécurité imposée aux employeurs »¹³⁰. Consciente de l'importance que revêtait cette obligation, la Haute juridiction lui donnera un caractère impératif. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation précisait qu'« en vertu du contrat de travail, l'employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat »¹³¹. Ainsi, l'employeur était tenu d'assurer l'effectivité de cette obligation¹³². Ainsi, il ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité. Dès lors qu'un manquement à son obligation de protéger la santé et la sécurité des salariés était caractérisé, l'employeur était condamné sur le fondement de la faute inexcusable. Une telle sanction avait alors des conséquences importantes pour l'employeur, notamment en terme d'indemnités dues au salarié victime.

127 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 37.

128 Dir., n°89/391/CEE, 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, art. 5, JOCE du 29 juin 1989.

129 L., n°91-1414, 31 décembre 1991, modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité au travail, JORF des 5 et 7 janvier 1992.

130 Loïc LEROUGE, « Droit des risques psychosociaux au travail », *RDT*, point 89.

131 Cass.soc., 28 février 2002, n°00-10.051, PB.

132 Cass.soc., 28 février 2006, n°05-41.555, PB.

Un revirement de jurisprudence inattendu va être opéré en 2015 par la Chambre sociale de la Cour de cassation. La Cour régulatrice précisant que « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs; l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues {par le Code du travail}* »¹³³. L'obligation de protection de la santé et de la sécurité qui incombe à l'employeur étant désormais une obligation de moyen renforcée. Désormais, l'article L.4121-1 du Code du travail précise que l'employeur doit prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». Ces mesures étant des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation ou encore la mise en place d'un organe dédié. L'employeur doit notamment éviter les risques, évaluer ceux qui ne peuvent être évités, combattre les risques à la source, adapter le poste de travail au salarié¹³⁴. Désormais, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures nécessaires de prévention édictées par le Code du travail ne méconnaît pas son obligation de protection de la santé et de la sécurité des salariés¹³⁵. Si l'employeur peut désormais s'exonérer de sa responsabilité, il n'en demeure pas moins qu'il doit justifier des nombreuses mesures préalables qu'il a pu mettre en place.

Face à la maternité, l'obligation de protection de la santé et de la sécurité qui pèse sur l'employeur est renforcée. En effet, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de la salariée mais également pour protéger sa santé, physique et mentale. Outre la protection de la salariée, l'employeur doit aussi prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité du fœtus. Par conséquent, des nombreuses obligations pèsent sur lui afin de protéger de manière effective la santé de ces deux individus. Pour se faire, il doit veiller à l'aménagement du poste de travail de la salariée (I) et lui octroyer des temps de repos spécifiques (II).

Section 1. L'aménagement indispensable du poste de travail

La fragilisation de la santé de la femme enceinte et la protection de son enfant justifient que son emploi soit aménagé en conséquence. En effet, la salariée peut voir ses capacités physiques s'amoinrir pendant la période de sa grossesse. L'employeur est alors tenu d'aménager le poste de travail de la salariée à son état particulier. Pour se faire, il doit respecter de manière drastique les règles d'hygiène et de sécurité. Dès lors, il doit aménager les horaires de travail de la salariée afin

133 Cass.soc., 25 novembre 2015, n°14-24.444, PB.

134 C.trav., art. L.4121-2.

135 Cass.ass.plén., 5 avril 2019, n°18-17.442, PB.

que celle-ci puisse se reposer (I) et lui octroyer des autorisations d'absences afin qu'elle veille au bon déroulement de sa grossesse (II).

Paragraphe 1. L'aménagement légitime des horaires de travail

Lors d'une grossesse, la femme peut être très rapidement épuisée. Par conséquent, il peut lui être difficile d'exécuter la même tâche pendant des heures, de rester debout ou assise trop longtemps. Afin de protéger sa santé physique, et par conséquent celle de son enfant, la salariée doit pouvoir se reposer. La grossesse ne devant pas avoir d'impact sur la carrière professionnelle de la salariée, l'employeur est tenu d'aménager ses horaires de travail. Si le législateur ne prend qu'à demi-mesure ce nécessaire besoin de repos supplémentaire (A), le point de vue des partenaires sociaux est tout autre (B).

A. La problématique de la carence législative sur le sujet

Étrangement, alors que le Code du travail instaure une obligation pour l'employeur de veiller à la santé et à la sécurité des salariés, aucune mesure légale n'est prévue quant à l'aménagement des horaires de travail de la salariée enceinte. Or, il ne fait nul doute que des horaires de travail inhabituels ou une surcharge de travail peuvent avoir un effet néfaste sur la santé des salariés, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une salariée en état de grossesse. En effet, la salariée peut être davantage épuisée par son travail en raison de son état de grossesse. De plus, la santé de l'enfant à naître est également susceptible d'être en danger en cas d'une surcharge de travail de la femme enceinte.

D'un point de vue légal, le législateur se contente simplement de préciser que « *les femmes enceintes ou allaitantes doivent pouvoir se reposer en position allongée, dans des conditions appropriées* »¹³⁶. L'aménagement du temps de travail est donc fortement sous-entendu sans pour autant être expressément affirmé. En effet, la salariée enceinte étant obligée de pouvoir se reposer en position allongée, cela suppose que l'employeur est obligé d'accorder ponctuellement un allègement des horaires de travail de la salariée. Le médecin du travail pouvant également proposer des mesures d'aménagement du temps de travail si cela s'avère nécessaire, notamment au regard de l'âge de la salariée ou de son état de santé physique ou mentale¹³⁷.

136 C.trav., art. R.4152-2.

137 C.trav., art. L.4624-3.

Il se pourrait toutefois que le législateur ait pris en considération cette lacune légale quant à l'aménagement possible du temps de travail de la salariée enceinte. En effet, la proposition de loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle entre les femmes et les hommes prévoit d'intégrer un nouvel alinéa à l'article L.1225-17 du Code du travail. L'alinéa serait rédigé de la manière suivante « *à sa demande, et sous réserve que ses missions puissent être exécutées hors des locaux de l'employeur, conformément à l'article L.1222-9 du présent code, la salariée peut bénéficier du télétravail dans les douze semaines précédant son congé de maternité* »¹³⁸. Cette proposition a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 12 mai 2021. Reste maintenant à savoir si le Sénat fera de même. En tout état de cause, l'insertion d'une telle disposition permettrait à la salariée d'aménager ses horaires de travail de manière plus souple afin de concilier au mieux sa vie professionnelle et sa vie personnelle. Un tel dispositif lui serait donc bénéfique. Toutefois, la mise en place d'un télétravail pour les salariées en fin de grossesse pourrait avoir des conséquences pour l'employeur. En effet, il devra adapter le fonctionnement et la gestion de l'entreprise en fonction du télétravail de la salariée qui aurait normalement dû être encore présente au sein de l'entreprise pendant trois mois. À titre d'illustration, il est par exemple possible d'imaginer qu'il devra mettre en œuvre des mesures spécifiques pour organiser les réunions professionnelles afin de réunir autour d'une même table les salariés présents dans l'entreprise et les salariées en fin de grossesse en télétravail.

Toutefois, cette nouvelle disposition ne serait en réalité que le prolongement d'un mécanisme déjà en place actuellement en raison de la crise sanitaire mondiale. En effet, la crise sanitaire actuelle liée au COVID-19 a entraîné de nombreuses obligations pour les employeurs. À ce titre, des mesures spécifiques ont été mises en place pour les salariées enceintes. En effet, les salariées au troisième trimestre de leur grossesse sont considérées comme des "salariés vulnérables" dans le cadre de cette crise sanitaire¹³⁹. Par conséquent, le législateur a prévu des mesures spécifiques applicables aux salariées en fin de grossesse. À ce titre, l'employeur est tenu de mettre en place le télétravail à leur égard. Si toutefois la mise en place du télétravail s'avère être impossible, l'employeur est alors tenu de renforcer les mesures de protection sur le lieu de travail afin d'assurer la santé de la salariée et de l'enfant à naître. À titre d'illustration, il doit par exemple installer la salariée enceinte dans un bureau individuel, renforcer les gestes barrières, veiller à la désinfection de son poste de travail, aménager ses horaires de travail en fonction de l'affluence du personnel au

138 Proposition de loi n°610, visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle, adoptée par l'Assemblée nationale le 12 mai 2021, art. 3bis.

139 D., n°2020-1365, 10 novembre 2020, pris pour l'application de l'article 20 de la loi n°2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, JORF du 11 novembre 2020.

sein de l'entreprise ou encore lui fournir des masques chirurgicaux supplémentaires pour couvrir les trajets entre son domicile et son lieu de travail lorsque la salariée emprunte les transports en commun¹⁴⁰. Si l'employeur est également dans l'impossibilité manifeste de mettre en place des mesures de protection renforcées en faveur de la salariée enceinte afin de veiller à la protection de santé, il doit alors la placer en position d'activité partielle. Si la salariée refuse cette mise en activité partielle, l'employeur doit alors saisir le médecin du travail afin qu'il se prononce sur la question. En tout état de cause, dans l'attente de sa décision, la salariée sera quand même placée en situation d'activité partielle¹⁴¹.

Ces dispositions ne sont pour l'instant applicables qu'en période d'état d'urgence sanitaire et cesseront alors d'être appliquées à la fin de la crise sanitaire liée au COVID-A9. Ainsi, à l'heure actuelle et dans l'attente de nouvelles dispositions légales, ce sont les aménagements conventionnels relatifs aux horaires de travail qui régissent la relation professionnelle entre employeur et salariée enceinte.

B. Le rôle primordial des conventions collectives

Face au vide légal sur la question de l'aménagement des horaires de travail des salariées enceintes, les partenaires sociaux ont dû palier à cette carence. Ainsi, soucieux de la protection de la santé et de la sécurité des salariées enceintes, les partenaires sociaux ont joué un rôle primordial quant à l'aménagement des horaires de travail des salariées en état de grossesse. En effet, de nombreuses conventions collectives prévoient des dispositions spécifiques relatives à la maternité avec des aménagements conventionnels des horaires de travail.

Conscientes que la salariée en état de grossesse peut être davantage épuisée par son travail, notamment en raison d'une position debout trop longue ou encore de l'exécution d'un travail dit "pénible", certaines conventions collectives prévoient des temps de pause supplémentaires pour les salariées enceintes. À titre d'illustration, la convention collective nationale de l'immobilier prévoit que les salariées enceintes doivent bénéficier d'un temps de pause de quinze minutes supplémentaires le matin et l'après-midi¹⁴². Par conséquent, la salariée état de grossesse a le droit à

140 D., n°2020-1365, 10 novembre 2020, pris pour l'application de l'article 20 de la loi n°2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, art. 1, al. 2.

141 D., n°2020-1365, 10 novembre 2020, pris pour l'application de l'article 20 de la loi n°2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, art. 2.

142 CCN de l'immobilier, administrateurs de biens, sociétés immobilières, agents immobiliers du 9 septembre 1988, art. 20.

une demi-heure de pause supplémentaire au cours de sa journée de travail. D'autres conventions collectives vont encore plus loin en prévoyant une réduction du temps de travail de la salariée enceinte, sans pour autant que cela n'ait un impact sur leur vie professionnelle. À titre d'illustration, la convention collective nationale des sociétés d'assurance prévoit qu'« *à partir de leur déclaration de grossesse auprès de l'entreprise [...], les salariées peuvent réduire d'une demi-heure la durée quotidienne du travail suivant des modalités préalablement convenues avec l'employeur, jusqu'à la date de leur départ en congé de maternité. Cette réduction est portée à une heure pendant les quatre semaines qui précèdent le congé de maternité* »¹⁴³. Toutefois, la convention collective prévoit expressément que cette réduction du temps de travail n'entraîne aucune diminution de la rémunération dès lors que la salariée détient, au jour de la déclaration de sa grossesse à l'employeur, une ancienneté d'au moins douze mois. Par conséquent, la réduction du temps de travail est un droit pour la salariée enceinte auquel l'employeur ne peut s'opposer. Toutefois, les modalités afférentes à la réduction du temps de travail doivent faire l'objet d'une négociation entre la salariée et l'employeur. Ainsi, l'employeur peut lui proposer une réduction du temps de travail le matin ou l'après-midi, en fonction de la gestion de l'entreprise et des besoins de celle-ci. Également, la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées prévoit expressément que « *les femmes enceintes, travaillant à temps plein ou à temps partiel, bénéficient d'une réduction de l'horaire hebdomadaire de travail de dix pourcents à compter du début du troisième mois ou du soixante-unième jour de grossesse, sans réduction de leur salaire* »¹⁴⁴. De la même manière, la convention collective nationale des télécommunications prévoit qu'« *à partir du troisième mois de grossesse, les femmes enceintes bénéficient d'une réduction du temps de travail de trente minutes par jour, sans réduction de leur rémunération* »¹⁴⁵.

La plupart des conventions collectives prévoient ainsi des aménagements du temps de travail des salariées enceintes afin de protéger leur santé et celle de l'enfant. Dans tous les cas, la réduction du temps de travail n'entraîne aucune diminution de rémunération pour la salariée enceinte. Par conséquent, les partenaires sociaux ont assimilé cette réduction du temps de travail à une période de travail effectif. De telles dispositions conventionnelles sont donc favorables à la salariée enceinte. Toutefois, l'employeur est contraint de rémunérer une salariée alors même qu'elle n'est pas à son poste de travail. Si pour les grandes entreprises un tel mécanisme peut ne pas avoir de conséquences, il en est autrement pour les petites entreprises. De plus, outre l'aménagement

143 CCN des sociétés d'assurances du 27 mai 1992, art. 86.

144 CCN de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, art. 20.10.

145 CCN des télécommunications du 26 avril 2000, art. 4.3.2.

conventionnel des horaires de travail, la salariée en état de grossesse peut temporairement être affectée à un nouveau poste afin de protéger sa santé et celle de son enfant à naître.

Paragraphe 2. L'affectation temporaire à un nouveau poste de travail

La salariée enceinte ne bénéficie pas de plein-droit d'un changement de poste. Seules deux possibilités peuvent imposer le changement temporaire d'affectation de la salariée enceinte. En effet, le Code du travail prévoit expressément que « *la salariée enceinte peut être affectée temporairement dans un autre emploi, à son initiative ou à celle de l'employeur, si son état de santé médicalement constaté l'exige* »¹⁴⁶. Si le changement d'affectation intervient à l'initiative de l'employeur ou si les deux parties sont en désaccord, il appartient alors au médecin du travail de préciser s'il existe une nécessité médicale obligeant la salariée à quitter temporairement son poste initial¹⁴⁷. Si un changement de poste de travail peut être imposé à la salariée enceinte, en revanche un changement de son lieu de travail reste subordonné à son accord¹⁴⁸.

En tout état de cause, l'affectation temporaire à un autre poste « *ne peut excéder la durée de la grossesse et prend fin dès que l'état de santé de la femme lui permet de retrouver son emploi initial* »¹⁴⁹. Toujours dans un objectif de protection de l'emploi de la salariée, ce changement d'affectation n'entraîne pour elle aucune diminution de sa rémunération¹⁵⁰. Ainsi, la salariée enceinte peut être affectée sur un poste de jour (A) ou à un poste présentant moins de risques pour sa santé et celle de son futur enfant (B).

A. Le passage d'un poste de nuit à un poste de jour

Au sens du Code du travail, est considéré comme travail de nuit, « *tout travail effectué au cours d'une période d'au moins neuf heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et cinq heures* ». Toutefois, dans certains cas, la période de nuit peut être comprise entre vingt-et-une heure et sept heures du matin¹⁵¹. Aucune disposition légale n'interdit expressément à une salariée enceinte de travailler à un poste de nuit. En effet, une telle disposition serait synonyme de discrimination

146 C.trav., art. L.1225-7, al. 1.

147 C.trav., art. L.1225-7, al. 2.

148 C.trav., art. L.1225-7 al. 3.

149 C.trav., art. L.1225-7, al. 4.

150 C.trav., art. L.1225-7, al. 5.

151 C.trav., art. L.3122-2.

envers les salariées en raison de leur état de grossesse. Or une telle pratique est strictement prohibée¹⁵². Néanmoins, dans certains cas, la salariée enceinte peut se voir contrainte d'arrêter son poste de nuit au profit d'un poste de jour soit pour des raisons personnelles, soit pour des raisons médicales. Par conséquent, le législateur a prévu des dispositions spécifiques applicables aux salariées enceintes qui exercent un poste de nuit.

L'article L.1225-9 du Code du travail dispose que « *la salariée en état de grossesse médicalement constatée ou ayant accouché, qui travaille de nuit [...], est affectée sur sa demande à un poste de jour pendant la durée de sa grossesse et pendant la période de congé postnatal* »¹⁵³. Le passage à un horaire de jour est donc une faculté pour la salariée enceinte. Si elle le souhaite, elle peut demander à l'employeur un changement d'affectation de son poste de nuit à un poste de jour. Une telle demande pouvant notamment résulter du fait que la salariée souhaite pouvoir retrouver un rythme de vie "normal" durant sa grossesse en travaillant le jour et en se reposant la nuit. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le médecin du travail ait préalablement constaté l'incompatibilité existante entre l'état de grossesse de la salariée et le travail de nuit qu'elle exerce. Ainsi, « *le travail de nuit est, en quelque sorte, présumé incompatible avec l'état de grossesse* »¹⁵⁴. Dès lors et en principe, l'employeur ne peut donc refuser d'accéder à la demande de la salariée. Outre la seule volonté de la salariée, il existe certaines situations où le passage à un poste de jour peut être imposée à la salariée enceinte. En effet, « *lorsque le médecin du travail constate par écrit que le poste de nuit est incompatible avec son état* »¹⁵⁵, la salariée devra obligatoirement être affectée à un poste de jour. Dans ce cas, ni la salariée enceinte, ni l'employeur ne peuvent s'opposer à ce changement d'affectation temporaire. En tout état de cause, que le changement d'affectation résulte de la seule volonté de la salariée ou qu'il soit imposé par le médecin du travail, il ne doit entraîner aucune diminution de la rémunération de la salariée enceinte¹⁵⁶. La salariée affectée à un nouveau poste de travail de jour doit donc continuer de percevoir la même rémunération que celle qu'elle percevait lorsqu'elle exerçait un poste de nuit¹⁵⁷. À ce titre, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas suivi la position de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, le droit européen prévoit que lorsque la salariée enceinte est temporairement affectée à un poste de jour, doit lui être garanti « *le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate* »¹⁵⁸. Par conséquent,

152 C.trav., art. L.1132-1.

153 C.trav., art. L.1225-9, al. 1.

154 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 62.

155 C.trav., art. L.1225-9, al. 2.

156 C.trav., art. L.1225-9, al. 4.

157 Cass.soc., 17 décembre 1997, n°94-44.833, NPB.

158 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 13, JOCE du 28

le droit de l'Union européenne ne garanti pas à la salariée enceinte affectée temporairement à un poste de jour le maintien de l'intégralité de sa rémunération. Le droit européen prévoit seulement le maintien "d'une rémunération"¹⁵⁹.

Si l'employeur ne peut s'opposer au changement temporaire d'affectation, qu'il émane de la volonté de la salariée enceinte ou qu'il soit imposé par le médecin du travail, il se peut qu'il soit dans l'impossibilité manifeste et matérielle de proposer un poste de jour à la salariée qui exerce normalement un poste de nuit. Dans ce cas, l'employeur doit faire connaître par écrit, à la salariée concernée ainsi qu'au médecin du travail, les motifs qui s'opposent au changement de poste¹⁶⁰. L'employeur qui ne peut proposer à la salariée enceinte un poste de jour compatible avec son état de grossesse doit suspendre le contrat de travail de la salariée jusqu'à la date du début du congé légal de maternité¹⁶¹. Là encore, guidé par la volonté de protéger l'emploi et la santé de la salariée en état de grossesse, le législateur précise que cette situation ne doit pas entraîner une perte de rémunération pour la salariée. Cette dernière bénéficie d'une garantie de rémunération¹⁶². Toutefois, si la salariée continue de percevoir la totalité de sa rémunération, le versement de celle-ci n'incombe pas uniquement à l'employeur. Étant un droit de maintien de la rémunération et non un droit de maintien du salaire, le versement est partagé entre l'employeur et la sécurité sociale. Ainsi, la salariée recevra une allocation journalière versée par la sécurité sociale¹⁶³ et une indemnité complémentaire à la charge de l'employeur.

Outre des dispositions spécifiques prévues pour les salariées exerçant un poste de nuit, le législateur a également prévu de nombreuses dispositions pour les salariées qui exercent certaines tâches, et notamment des postes dits "à risques".

B. L'interdiction formelle d'exécuter certaines tâches

À l'inverse du changement d'affectation d'un poste de jour à un poste de nuit, le législateur a prévu tout un arsenal de dispositions particulières en ce qui concerne les postes dits "à risques". En effet, l'article L.4152-1 du Code du travail précise qu'il est interdit pour l'employeur d'employer des femmes enceintes « à certaines catégories de travaux qui, en raison de leur état, présentent des

novembre 1992.

159 CJUE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-471/08, PARVIAINEN.

160 C.trav., art. L.1225-10, al. 1.

161 C.trav., art. L.1225-10, al. 2.

162 C.trav., art. L.1225-10, al. 3.

163 CSS., art. L.333-1.

risques pour leur santé ou leur sécurité ». Le législateur a expressément dressé la liste des postes dits "à risques". Plusieurs postes sont alors considérés comme présentant des risques pour la santé et la sécurité de la salariée enceinte. Tout d'abord, il est interdit pour l'employeur de maintenir une salariée enceinte à un poste l'exposant à des agents biologiques pathogènes, comme le virus de la rubéole ou au toxoplasme. Une exception est toutefois prévue si un document médical atteste expressément que la salariée est suffisamment protégée contre ces agents biologiques par son état d'immunité¹⁶⁴. Il est également interdit pour l'employeur de maintenir la salariée enceinte à un poste qui l'exposerait à des rayonnements ionisants¹⁶⁵, notamment parce qu'ils peuvent avoir un effet néfaste sur l'embryon ou le fœtus. Enfin, il est interdit de maintenir la salariée enceinte à un poste l'exposant à des agents chimiques dangereux, comme par exemple le mercure¹⁶⁶, le benzène ou encore le dinitrophénol¹⁶⁷. Il est également interdit à la salariée enceinte d'effectuer certaines tâches dites "pénibles". À ce titre, l'usage du marteau-piqueur lui est interdit¹⁶⁸, tout comme l'usage du « *diable pour le transport de charges* »¹⁶⁹.

Le degré du risque doit donc être évalué par l'employeur, notamment grâce au document unique d'évaluation des risques¹⁷⁰. Mais d'autres acteurs de l'entreprise participent également à l'évaluation des risques auxquels la salariée enceinte peut être exposée. Tout d'abord, le médecin du travail a un rôle primordial puisqu'il connaît, à la fois, le milieu de travail dans lequel évolue la salariée et son état de santé. Il est donc « *le mieux à même de détecter les risques auxquels la femme enceinte pourrait être exposée dans le cadre de son emploi* »¹⁷¹. Enfin, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, le Comité social et économique peut également intervenir dans le cadre de l'évaluation des risques. En effet, dans le cadre de ses missions relatives à la santé et la sécurité des salariés, le Comité social et économique doit procéder « *à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs, notamment les femmes enceintes, ainsi que des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels* »¹⁷².

Ainsi, dès lors que l'employeur a connaissance de l'état de grossesse de la salariée, il doit veiller à ce que l'emploi qu'elle occupe habituellement ne soit pas considéré comme un poste "à risques". Le

164 C.trav., art. D.4152-3.

165 C.trav., art. D.4152-4.

166 C.trav., art. D.4152-9.

167 C.trav., art. D.4152-10.

168 C.trav., art. D.4152-8.

169 C.trav., art. D.4152-12.

170 C.trav., art. R.4121-1.

171 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 64.

172 C.trav., art. L.2312-9.

cas échéant, « l'employeur propose à la salariée qui occupe un poste de travail l'exposant à des risques [...] un autre emploi compatible avec son état »¹⁷³. L'employeur n'est pas seule dans sa démarche puisqu'il « doit tenir compte des conclusions écrites du médecin du travail ainsi que des indications qu'il formule sur l'aptitude de la salariée à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise »¹⁷⁴. Tout comme pour l'affectation à un poste de jour, le changement temporaire d'affectation à un poste présentant moins de risques pour sa santé n'entraîne aucune diminution de rémunération pour la salariée enceinte¹⁷⁵. Toutefois, il se peut que l'employeur ne puisse pas réaffecter immédiatement la salariée sur un poste compatible avec son état de grossesse. Dans ce cas, la Chambre sociale de la Cour de cassation a posé un principe selon lequel la recherche d'un nouvel emploi n'entraîne pas, pour la salariée enceinte, de diminution de sa rémunération¹⁷⁶. Par conséquent, l'employeur est tenu de continuer à verser à la salariée enceinte son salaire durant toute la durée du délai de réaffectation. Ce même principe s'applique également pour le changement d'affectation temporaire d'un poste de jour à un poste de nuit. Toutefois, si l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi à la salariée, il doit lui indiquer par écrit, ainsi qu'au médecin du travail, les motifs qui s'opposent à cette affectation temporaire¹⁷⁷. Tout comme pour l'affectation à un poste de jour, si l'employeur ne peut proposer à la salariée enceinte un poste présentant moins de risques pour sa santé et celle de son enfant à naître, le contrat de travail de cette dernière est alors suspendu jusqu'à la date du début du congé de maternité¹⁷⁸. Également, la salariée enceinte bénéficiera d'une garantie de rémunération¹⁷⁹. Là encore, en vertu du droit français, la salariée devra percevoir la même rémunération que celle qu'elle percevait lorsqu'elle était en poste. Toutefois, l'employeur devra seulement lui verser une indemnité complémentaire qui s'ajoutera à l'allocation journalière versée par la sécurité sociale¹⁸⁰.

Afin de protéger la santé et la sécurité de la salariée enceinte, l'employeur peut donc lui imposer une nouvelle affectation temporaire. Ce changement temporaire d'affectation entraîne alors une modification d'un élément essentiel de son contrat de travail, à l'exception de la rémunération qui doit rester inchangée. Si une telle modification est en principe prohibée, elle s'impose ici dans un souci de protection de la santé et de la sécurité de la salariée enceinte. Dès lors, l'employeur qui n'effectuera pas ce changement temporaire de poste pourrait être condamné pour manquement à

173 C.trav., art. L.1225-12.

174 C.trav., art. L.1225-13, al. 1.

175 C.trav., art. L.1225-13, al. 2.

176 Cass.soc., 17 décembre 1997, n°94-44.833, NPB.

177 C.trav., art. L.1225-14, al. 1.

178 C.trav., art. L.1225-14 al. 2.

179 C.trav., art. L.1225-14 al. 3.

180 CSS., art. L333-1.

son obligation de sécurité. Ainsi, la révélation de sa grossesse par la salariée, contraint l'employeur à modifier l'organisation de son entreprise. De plus, si l'employeur se retrouve dans l'impossibilité d'affecter temporairement la salariée enceinte à un emploi compatible avec son état de grossesse, il est contraint de continuer à la rémunérer alors même que son contrat de travail est suspendu. Cela peut donc avoir des conséquences financières importantes pour l'entreprise. En effet, si la salariée est au début de sa grossesse, l'employeur sera forcé de continuer de la rémunérer pendant plusieurs mois alors qu'elle n'apporte plus aucune rentabilité à l'entreprise. D'autant que s'ajoute à cela des congés spécifiques pour la salariée enceinte auxquels l'employeur ne peut s'opposer.

Section 2. L'octroi inéluctable de congés spécifiques

Outre le fait que la femme a besoin de repos pour mener à bien sa grossesse, elle a également besoin d'un suivi médical. La femme enceinte qui travaille peut se retrouver confrontée à certaines difficultés dans le cadre du suivi médical de sa grossesse. En effet, ses horaires de travail peuvent ne pas lui permettre de se rendre aux examens médicaux nécessaires au bon déroulement de la grossesse. Or, ses examens sont nécessaires à la vérification de la bonne santé de la mère et de l'enfant à naître. Par conséquent, l'employeur est obligé d'accorder, à la salariée enceinte, des autorisations d'absences afin qu'elle puisse se rendre à ces différents examens (I). Même si la grossesse se déroule dans les meilleures conditions, la salariée ne pourra pas travailler jusqu'à la veille de son accouchement et reprend son poste au lendemain de celui-ci. Dès lors, l'employeur est tenu de lui octroyer un congé spécifique de longue durée (II).

Paragraphe 1. Les autorisations d'absences pour examens médicaux

De part son état de grossesse, la salariée bénéficie d'autorisations d'absences spécifiques afin de se rendre aux examens médicaux obligatoires, nécessaires au suivi de sa grossesse. Étant un droit pour chaque salariée attendant un enfant, l'employeur ne peut donc pas refuser les autorisations d'absences demandées par la salariée dans le cadre de son suivi médical (B). Toutefois, pour que l'employeur ne puisse s'y opposer, il faut préalablement que la salariée ait révélé son état de grossesse à son employeur (A).

A. La nécessité de la déclaration préalable de l'état de grossesse à l'employeur

La salariée en état de grossesse bénéficie de nombreux avantages au sein de l'entreprise ainsi que d'un régime spécial de protection de son emploi et de sa santé. Toutefois, pour que le régime spécifique de protection lui soit applicable, il faut préalablement qu'elle ait averti l'employeur de son état de grossesse. En effet, le Code du travail dispose expressément que la « *salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte* »¹⁸¹. Par conséquent, même si la salariée enceinte bénéficie d'un droit au silence quant à son état de grossesse et d'un droit implicite de mentir à l'employeur quant à cet état, ces droits trouvent quand même des limites. En effet, si elle souhaite bénéficier du régime spécifique de protection, dérogatoire au droit commun, elle est obligée de rompre le silence et par conséquent, informer son employeur de son état de grossesse. Toutefois, aucune obligation légale n'impose à la salariée de révéler sa grossesse. Elle peut donc volontairement faire le choix de continuer de taire son état de grossesse. Dans ce cas, elle ne pourra prétendre au bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte, notamment les autorisations d'absences pour se rendre aux examens médicaux qui sont nécessaires au suivi de sa grossesse. Dès lors, même si elle n'est pas contrainte de révéler son état de grossesse à l'employeur, la salariée y a tout de même fortement intérêt. Toutefois, tant que la salariée n'a pas révélé son état de grossesse, l'employeur n'est pas obligé de mettre en place les mesures spécifiques de protection. Par conséquent, il continue d'être libre dans la gestion de son entreprise et n'est pas contraint de voir la salariée s'absenter pour se rendre à des rendez-vous médicaux qui relèvent normalement de sa vie privée.

La révélation de la grossesse doit émaner de la salariée elle-même. En effet, la salariée enceinte ne pourra invoquer le bénéfice des dispositions spécifiques au seul motif que sa grossesse est visible par tous¹⁸². Soucieux d'encadrer ce régime spécifique de protection, le législateur a prévu un cadre légal précis entourant la révélation de l'état de grossesse à l'employeur par la salariée concernée. À ce titre, « *la salariée remet contre récépissé ou envoie par lettre recommandée avec avis de réception à son employeur un certificat médical attestant de son état de grossesse et la date présumée de son accouchement ou la date effective de celui-ci* »¹⁸³. Il ressort de cet article du Code

181 C.trav., art. L.1225-2.

182 Cass.soc., 24 avril 2013, n°12-15.204, NPB.

183 C.trav., art. R.1225-1.

du travail que la salariée est obligée d'informer son employeur quant à son état de grossesse par le biais d'un écrit permettant de conférer date certaine. Le législateur est allé encore plus loin en précisant les mentions exactes que doit contenir le certificat médical. Outre, l'état de grossesse avérée, le certificat médical doit mentionner la date présumée de l'accouchement de la salariée ou la date effective de celui-ci¹⁸⁴. La Chambre sociale de la Cour de cassation a fait le choix d'une interprétation souple des dispositions légales. En effet, elle a posé un principe selon lequel « *la remise ou l'envoi par la salariée, dans les formes et délais prévus à l'article R.1225-1 du Code du travail, d'un certificat médical attestant de son état de grossesse et la date présumée de l'accouchement, n'est pas une formalité substantielle* »¹⁸⁵. Dès lors, le fait pour la salariée de ne pas informer l'employeur de son état de grossesse par le biais d'un certificat médical ne la prive pas de la garantie des dispositions spécifiques applicables aux salariées enceintes. À titre d'illustration, il a pu être jugé que la remise à l'employeur par la salariée d'un arrêt de travail portant la mention "repos supplémentaire maternité" était un élément suffisant permettant à l'employeur d'avoir connaissance de la grossesse de la salariée¹⁸⁶. De la même manière, la production par la salariée d'un certificat médical mentionnant simplement qu'elle présente des signes d'une grossesse en évolution suffit à informer son employeur de son état¹⁸⁷. Par conséquent, l'interprétation souple des dispositions légales par la Cour de cassation protège davantage la salariée enceinte mais met d'autant plus à mal le pouvoir de direction de l'employeur.

Afin de tenter d'équilibrer les intérêts de deux parties, employeur et salariée, la Haute juridiction a tout de même posé un cadre jurisprudentiel relatif aux modalités d'information de l'employeur. En effet, pour considérer que l'employeur est régulièrement informé de l'état de grossesse de la salariée, cette dernière doit lui fournir un document médical. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation fait une interprétation extensive de la notion de "certificat médical". Par conséquent, « *tout autre document par lequel un médecin atteste d'une grossesse, certaine ou même vraisemblable, suffit à informer l'employeur* »¹⁸⁸. Dès lors, le fait pour la salariée d'informer l'employeur oralement de son état de grossesse n'est pas suffisant et ne lui permet pas de bénéficier des dispositions spécifiques¹⁸⁹. Toutefois, même si la salariée informe l'employeur de son état de grossesse par tout autre moyen, elle peut ne pas être privée du bénéfice de la protection spécifique applicable aux salariées enceintes. En effet, si l'employeur ne nie pas avoir été informé par la

184 C.trav., art. R.1225-1.

185 Cass.soc., 11 décembre 2003, n°12-23.687, NPB.

186 Cass.soc., 20 juin 1995, n°91-44.952, PB.

187 Cass.soc., 9 juillet 2008, n°07-41.927, PB.

188 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 40.

189 Cass.soc., 13 juin 2018, n°17-10.252, NPB.

salariée de son état de grossesse, celle-ci se verra alors automatiquement appliquer le régime de protection spécifique. En effet, l'employeur ne pourra par la suite prétendre ignorer la grossesse de la salariée au seul motif qu'elle ne lui aurait pas remis un document médical¹⁹⁰. Toutefois, en cas de litige, il appartient à la salariée de rapporter la preuve qu'elle a régulièrement informé son employeur de son état de grossesse¹⁹¹. C'est peut-être ici la seule spécificité jurisprudentielle permettant de protéger davantage l'employeur dans le cadre des dispositions légales applicables aux salariées enceintes.

L'interprétation extensive par la Chambre sociale de la Cour de cassation des différentes notions entourant la déclaration de la grossesse par la salariée à son employeur est protectrice envers la salariée. La révélation de la grossesse à l'employeur permet d'enclencher le bénéfice du régime spécifique de protection. Cette protection engendre alors de nombreux privilèges pour la salariée et notamment, des autorisations d'absences obligatoires afin de se rendre aux examens médicaux nécessaires au bon déroulement et suivi de sa grossesse.

B. Les différentes autorisations d'absences obligatoires

Toute femme enceinte bénéficie de sept examens médicaux obligatoires. Le premier examen médical est effectué dans les trois premiers mois de la grossesse. Puis la femme enceinte a un suivi régulier de sa grossesse avec un examen médical par mois jusqu'à son accouchement¹⁹². Comme toute femme enceinte, la salariée en état de grossesse n'échappe pas à ces sept examens médicaux. Mais celle-ci peut rencontrer des difficultés puisque ces examens peuvent avoir lieu lors de son temps de travail. Portant une attention particulière à la santé et la sécurité des travailleurs, le législateur a alors prévu des autorisations d'absences spécifiques afin de lui permettre de se rendre aux examens sans que cela n'ait d'impact sur sa vie professionnelle¹⁹³. En effet, « *ces absences n'entraînent aucune diminution de la rémunération et sont assimilées à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi que pour les droits légaux ou conventionnels acquis par la salariée au titre de son ancienneté dans l'entreprise* »¹⁹⁴.

190 Cass.soc., 17 décembre 1997, n°95-40.224, NPB.

191 Cass.soc., 12 mars 1987, n°84-41.493, PB ; Cass.soc., 24 avril 2013, n°12-15.204, NPB.

192 CSP, art. R.2122-1.

193 C.trav., art., L.1225-16, al.1.

194 C.trav., art. L.1225-16.

Naturellement, la salariée enceinte est suivie par son médecin traitant puisque « *toute femme enceinte bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte, en particulier, des examens prénataux et postnataux obligatoires pratiqués ou prescrits par un médecin ou une sage-femme* »¹⁹⁵. Par conséquent, lorsque la salariée enceinte doit se rendre à un des examens médicaux obligatoires, dans le cadre du suivi de sa grossesse, réalisé par son médecin traitant, l'employeur ne peut s'y opposer même si cela relève normalement de la vie privée de la salariée. Mais au sein de l'entreprise, la salariée enceinte bénéficie d'un suivi médical renforcé. En effet, « *afin d'être placée, au plus vite, à un poste sans danger pour sa santé et celle de son enfant, la salariée enceinte est soumise à une surveillance médicale renforcée* »¹⁹⁶ par le médecin du travail. Comme tout salarié, la salariée enceinte bénéficie d'une visite d'information et de prévention après son embauche réalisée par un professionnel de santé du service de santé au travail. Mais, la salariée enceinte, venant d'accoucher ou allaitante peut, à tout moment, être orientée sans délai vers le médecin du travail afin qu'il lui propose des adaptations du poste de travail si cela s'avère être nécessaire, voire même une affectation sur un autre poste le temps de sa grossesse¹⁹⁷. Par la suite, le médecin du travail peut également décider d'organiser un suivi régulier de la salariée, notamment lorsqu'elle exerce un poste à risque ou qu'elle présente une grossesse à risque. À ce titre, le médecin du travail est « *seul juge de la fréquence et de la nature des examens qui pourraient être proposés à la salariée* »¹⁹⁸. Tout comme le médecin traitant, le médecin du travail est soumis au respect du secret professionnel. Par conséquent, si la salariée enceinte décide, au cours de la relation de travail, d'aller voir le médecin du travail afin de l'informer de sa grossesse, celui-ci ne peut en avertir l'employeur. Également, le médecin du travail est soumis au secret professionnel « *pour toutes les anomalies ou complications qui peuvent être liées à cet état* »¹⁹⁹.

À l'origine, seule la salariée enceinte bénéficiait de ces autorisations d'absences spécifiques. Par conséquent, l'employeur n'était tenu d'accorder ces autorisations d'absences qu'à la salariée en état de grossesse. Toutefois, les choses ont peu à peu évolué. Tout d'abord, depuis 2014²⁰⁰, « *le conjoint salarié de la femme enceinte [...] ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficie également d'une autorisation d'absence* » pour se rendre

195 CSP., art. L.2122-1, al. 4.

196 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 51.

197 C.trav., art. R.4624-19.

198 Circ.min., n°115, 2 mai 1985, relative aux missions du médecin du travail à l'égard des salariées en état de grossesse.

199 Circ.min., n°115, 2 mai 1985, relative aux missions du médecin du travail à l'égard des salariées en état de grossesse.

200 L., n°2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF du 5 août 2014.

aux examens médicaux obligatoires²⁰¹. Par conséquent, le second parent a également désormais droit à des autorisations d'absences afin de se rendre aux examens médicaux dans le cadre du suivi de la grossesse de la futur mère sans que cela n'ait d'impact sur son emploi. Ainsi, alors même qu'aucune salariée n'est enceinte au sein de ses effectifs, l'employeur est désormais tenu d'autoriser les absences des salariés maris, conjoints ou concubins ainsi que des salariées femmes, conjointes ou concubines, d'une femme enceinte extérieure à son entreprise. Un tel dispositif ne fait que renforcer la jonction entre vie personnelle et professionnelle du salarié, tout en diminuant le pouvoir de direction de l'employeur. Toutefois, les autorisations d'absences du second parent sont limitées à trois examens médicaux sur les sept obligatoires pour la salariée enceinte²⁰². Également, depuis 2016, la salariée qui bénéficie d'une assistance médicale à la procréation s'est vue accorder le droit à des autorisations d'absences pour les actes médicaux nécessaires à la procédure²⁰³. Ainsi, outre la seule salariée enceinte, le législateur a également entendu protéger les salariées qui, présentant des difficultés à avoir un enfant, ont recours à l'assistance médicale à la procréation. « *L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* »²⁰⁴. Les absences de la salariée ne porteront pas sur les mêmes examens médicaux que pour la salariée enceinte mais l'employeur est tout de même tenu d'y faire droit. Tout comme pour la salariée enceinte, le second futur parent a le droit à trois absences pour se rendre à « *aux actes médicaux nécessaires pour chaque protocole du parcours d'assistance médicale* »²⁰⁵. Ces absences n'ayant également aucun impact sur leur emploi. Tout comme pour la salariée enceinte, ces absences constituent un droit pour le second parent. L'employeur ne peut donc s'y opposer.

L'autorisation d'absence pour examen médical obligatoire étant un droit pour la salariée enceinte, l'employeur ne peut lui refuser dès lors qu'il est régulièrement informé de son état de grossesse. Ainsi, une salariée qui se rendrait à un examen médical obligatoire alors que l'employeur lui aurait refusé l'autorisation d'absence ne pourra être sanctionnée. En effet, l'employeur ne pourra exercer une procédure disciplinaire à son égard au seul motif que la salariée aurait abandonné son poste. D'autant qu'aucune disposition légale n'impose à la salariée de prévenir préalablement son employeur de son absence en raison d'un examen médical lié au suivi de sa grossesse. Dès lors, l'employeur se retrouve privé de son pouvoir de direction et de sanction. Ainsi, ces absences

201 C.trav., art. L.1225-16, al. 3.

202 C.trav., art. L.1225-16, al. 3.

203 L., n°2016-41, 26 janvier 2016, de modernisation de notre système de santé, JORF du 27 janvier 2016.

204 CSP., art. L.2141-1.

205 C.trav., art. L.1225-16, al. 3.

auxquelles l'employeur ne peut s'opposer sont la démonstration même que la parentalité se mêle à la vie de l'entreprise. En effet, durant un certain temps, l'employeur est obligé d'adapter le fonctionnement de l'entreprise par rapport à la grossesse de la salariée, voire même au second parent de l'enfant à naître. D'autant qu'en plus des ces autorisations d'absences ponctuelles, la maternité entraîne également une absence de longue durée de l'entreprise.

Paragraphe 2. L'indispensable congé de longue durée lié à la future parentalité

L'état de grossesse ne permet pas à la salariée de travailler jusqu'à la veille de son accouchement. En effet, en fin de grossesse, la femme a besoin de davantage de repos car son état est de plus en plus fragilisé. De la même manière, la salariée qui vient d'accoucher ne peut reprendre immédiatement le travail et ce pour diverses raisons, notamment une complication liée à l'accouchement ou le simple besoin viscéral de créer un lien avec son enfant. Par conséquent, l'employeur est tenu d'accorder à la salariée un congé de maternité (A). En vertu du principe d'égalité entre les femmes et les hommes, le père doit également pouvoir profiter de la naissance de son enfant. Par conséquent, le salarié père bénéficie également d'un congé de paternité auquel l'employeur ne peut s'opposer (B).

A. Le congé de maternité

Afin de protéger sa santé et celle de son enfant à naître, la salariée doit arrêter de travailler pendant un certain temps. Ainsi, toute salariée enceinte bénéficie d'un congé de maternité pour la période entourant la date présumée de son accouchement et la naissance de son enfant²⁰⁶. Ce droit bénéficie à toute salariée enceinte, peu importe son ancienneté au sein de l'entreprise et la nature de son contrat de travail. Par conséquent, la salariée en contrat de travail à durée déterminée bénéficie également de ce congé de maternité, sans pour autant qu'il ne puisse repousser l'échéance du terme du contrat²⁰⁷.

Aucun employeur ne peut s'opposer à la demande de la salariée relative au bénéfice du congé de maternité. Nonobstant, par simple formalité, la salariée est tenue d'avertir préalablement l'employeur de la prise de ce congé. En effet, une telle absence va nécessairement engendrer une

206 C.trav., art. L.1225-17.

207 C.trav., art. L.1225-6.

modification du fonctionnement de l'entreprise à laquelle l'employeur va devoir faire face. Toutefois, le législateur a mis en place un formalisme allégé quant aux modalités auxquelles doit répondre la demandée formée par la salariée auprès de l'employeur. À ce titre, la salariée est seulement tenue d'informer son employeur « *du motif de son absence et de la date à laquelle elle entend y mettre fin* »²⁰⁸. La demande devant tout de même être adressée à l'employeur par lettre recommandée avec avis de réception ou par lettre remise en main propre contre récépissé²⁰⁹. Toutefois, la loi n'impose aucun délai légal pour que la salariée avertisse son employeur. Dès lors, la salariée peut légitimement informer l'employeur au dernier moment de la date de son congé de maternité. Une telle situation pourra donc être contraignante pour l'employeur qui devra, en très peu de temps, palier à l'absence de la salariée. Cependant, l'employeur étant averti de la date présumée de l'accouchement de la salariée lorsque celle-ci lui déclare sa grossesse, il semble difficile pour lui d'invoquer un défaut de loyauté dans l'exécution du contrat de travail de la part de la salariée.

Le congé de maternité se décompose en deux périodes distinctes, un congé prénatal avant l'accouchement et un congé postnatal après la naissance. Par principe, la durée du congé de maternité est de seize semaines. La salariée bénéficie alors d'un repos de six semaines avant la date présumée de son accouchement et de dix semaines après la naissance de l'enfant²¹⁰. Toutefois, la durée du congé de maternité peut être allongée pour diverses raisons. Tout d'abord, si la salariée attend une naissance gémellaire, la durée de son congé de maternité sera allongée à trente-deux semaines, réparti en un un congé prénatal de douze semaines et un congé postnatal de vingt semaines. Pour la naissance de triplés ou plus, le congé de maternité de la salariée sera allongé à quarante-six semaines, soit vingt-quatre semaines avant l'accouchement et vingt-deux semaines après la naissance²¹¹. De la même manière, lorsqu'au moins deux enfants sont déjà nés dans le foyer, la durée du congé de maternité de la salariée sera prolongée, et ce peu importe que la salariée ait une grossesse simple ou multiple. Dans ce cas, le congé de maternité durera vingt-six semaines avec un congé prénatal de huit semaines et un congé postnatal de dix-huit semaines²¹². Afin le congé de maternité de la salariée pourra être allongé en raison de complications lors de la fin de grossesse ou de la naissance de l'enfant. En effet, lorsqu'un état pathologique résultant de la grossesse ou de l'accouchement est médicalement constaté, la durée du congé de maternité sera prorogée de deux semaines maximum pour le congé prénatal et de quatre semaines maximum pour le congé

208 C.trav., art. L.1225-24.

209 C.trav., art. D.1225-4-1.

210 C.trav., art. L.1225-17, al. 1.

211 C.trav., art. L.1225-18.

212 C.trav., art. L.1225-19.

postnatal²¹³. Par conséquent, outre le fait que l'employeur doit assumer la gestion de l'entreprise avec l'absence prolongée de la salariée, il peut être contraint de voir cette période rallongée.

La salariée enceinte a la possibilité de moduler son congé de maternité. En effet, sous réserve d'un avis favorable du professionnel de santé qui suit sa grossesse, la salariée pourra aménager son congé prénatal et son congé postnatal. Ainsi, la salariée a la possibilité de réduire son congé prénatal de trois semaines maximum. Dans ce cas, la durée déduite du congé avant l'accouchement sera reportée d'autant après la naissance de l'enfant²¹⁴. Ainsi, la salariée pourra exercer plus longtemps son activité professionnelle étant enceinte mais reviendra dans l'entreprise plus tard que ce qui était initialement prévu. Là encore, l'employeur ne peut s'opposer à l'aménagement du congé de maternité dès lors que la décision de la salariée est approuvée par un professionnel de santé. Outre le fait que la salariée peut aménager son congé de maternité, elle a également la possibilité de l'abrèger. En effet, aucune disposition légale n'oblige la salariée à prendre l'intégralité des seize semaines du congé de maternité. Toutefois un congé minimal de maternité a été mis en place par le législateur, auquel la salariée ne peut renoncer. En effet, l'article L.1225-29 du Code du travail précise que l'employeur ne peut employer une salariée « *pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement* ». Le législateur précise également que ce congé doit obligatoirement être composé d'un congé postnatal de six semaines²¹⁵. Avec cette obligation interdisant à l'employeur d'employer une salariée pendant les six semaines qui suivent son accouchement, le législateur laisse à penser que c'est le temps jugé nécessaire « *pendant lequel il convient de ne pas rompre le lien privilégié entre une mère et son nouveau-né* »²¹⁶. Ce congé de maternité d'une durée de huit semaines est d'ordre public. Ainsi, l'employeur qui passe outre cette interdiction encourt une amende pénale prévue pour les contraventions de cinquième classe²¹⁷. Les pouvoirs de gestion et de direction de l'employeur se retrouvent donc réduits à néant face au congé de maternité. En effet, la salariée est libre de le moduler, voire même de l'allonger ou de le raccourcir, et l'employeur ne peut s'opposer à aucune de ces modifications. Il devra simplement adapter le fonctionnement de son entreprise avec la durée du congé de maternité de la salariée.

Outre les dispositions légales, les conventions collectives peuvent également avoir un rôle important en matière de congé de maternité. En effet, certaines conventions collectives peuvent instaurer un congé conventionnel de maternité. Ce congé permet généralement à la salariée

213 C.trav., art. L.1225-21.

214 C.trav., art. L.1225-17, al. 2.

215 C.trav., art. L.1225-29.

216 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 115.

217 C.trav., art. R.1227-6, al. 1.

d'augmenter la durée de son congé postnatal sans perdre ses avantages, notamment en terme de rémunération. À titre d'illustration, la convention collective nationale de la banque prévoit la possibilité, pour la salariée qui justifie d'au moins neuf mois d'ancienneté dans l'entreprise au jour de la date présumée de son accouchement, d'un congé conventionnel rémunéré à l'issue du congé légal de maternité. La salariée peut alors décider de prendre un congé supplémentaire de quarante-cinq jours calendaires à plein salaire ou de quatre-vingt-dix jours calendaire à demi-salaire. La seule condition posée par la convention collective pour bénéficier de ce congé est que la salariée doit informer au moins un mois avant le terme de son congé légal de maternité, par lettre recommandée avec avis de réception, son employeur de son choix de prendre ce congé²¹⁸. Lorsque la salariée bénéficie, en plus de son congé légal de maternité, d'un congé pathologique, le congé conventionnel auquel elle peut prétendre débutera au terme du congé pathologique²¹⁹. Par conséquent, l'employeur devra être vigilant quant aux dispositions conventionnelles applicables au sein de l'entreprise. En effet, si un congé conventionnel est prévu, il ne pourra s'y opposer dès lors que la salariée remplit les conditions pour en bénéficier.

Durant la période de congé de maternité, la salariée ne travaille pas. Ainsi, le congé de maternité entraîne la suspension du contrat de travail de la salariée²²⁰. Durant l'intégralité de cette période, l'employeur n'est pas tenu de rémunérer la salariée. En effet, celle-ci percevra des indemnités journalières versées par la sécurité sociale²²¹. Toutefois, « *la durée du congé de maternité est assimilée à du temps de travail effectif pour la détermination des droits que la salariée tient de son ancienneté* »²²². Dès lors, malgré la suspension de son contrat de travail, la salariée continue d'acquérir certains avantages, ce qui s'explique notamment par le principe d'égalité entre les femmes et les hommes qui surplombe l'intégralité de la relation de travail. En effet, prétendre le contraire inciterait les salariées à vouloir réduire au maximum la durée de leur congé de maternité. Ainsi, « *le succès de la technique de suspension du contrat de travail vient de ce qu'elle permet de mettre entre parenthèses la conception patrimoniale du travail, et de forcer ainsi au respect des valeurs suprapatrimoniales qui s'attachent à la santé ou à la reproduction du corps humain. La suspension du contrat de travail permet en somme de faire valoir le bien du travailleur comme bien, la personne sur la chose [...]. Cette technique de la suspension, qui permet de mettre le corps du salarié à l'abri des risques inhérents au travail, tout en préservant la pérennité de l'emploi est*

218 CCN de la banque du 10 janvier 2000, art. 51.

219 Cass.soc., 27 mars 2019, n°17-23.988, PB.

220 C.trav., art. L.1225-24, al. 1.

221 CSS, art. L.331-3.

222 C.trav., art. L.1225-24, al. 2.

une illustration particulièrement remarquable de la dynamique propre à l'idée de sécurité du travailleur »²²³.

En tout état de cause, l'employeur confronté à un congé de maternité de l'une des salariées devra, pendant au minimum huit semaines, adapter la gestion de l'entreprise à l'absence de la salariée. Pour faire face à cette absence qui peut parfois engendrer des difficultés dans le fonctionnement de l'entreprise, l'employeur a la possibilité d'embaucher un salarié en remplacement en vertu d'un contrat de travail à durée déterminée²²⁴. Plusieurs possibilités s'offrent alors à l'employeur. Il peut offrir au salarié remplaçant un contrat de travail à durée déterminée à terme précis, à savoir le terme du congé de maternité de la salariée. Dans ce cas, le contrat de travail à durée déterminée prend fin automatiquement à la date du terme du congé de maternité de la salariée. Si la salariée décide de ne pas reprendre immédiatement son poste de travail, le contrat de travail à durée déterminée ne pourra pas se poursuivre pour autant²²⁵. L'employeur peut également décider d'offrir au salarié remplaçant un contrat de travail à durée déterminée à terme imprécis, à savoir le retour à l'emploi de la salariée. Dans ce cas, le salarié remplaçant pourra rester en poste si la salariée décide de prendre un congé conventionnel ou un congé parental à l'issue de son congé légal de maternité²²⁶. La rupture du contrat de travail à durée déterminée à la fin du congé de maternité est alors considérée comme abusive car ne constitue pas un motif légitime de rupture anticipée du contrat²²⁷. L'employeur doit donc être vigilant quant au terme du contrat de travail à durée déterminée de remplacement.

Le congé de maternité est un droit pour chaque salariée dont sa durée peut varier. Peu importe la durée de celui-ci, l'employeur pourra être confronté à certaines difficultés. Il devra alors mettre en œuvre des solutions subsidiaires afin de palier à l'absence de la salariée pendant une durée relativement longue. De plus, outre la salariée enceinte qui bénéficie d'un congé spécifique, le salarié sur le point de devenir père bénéficie également d'un tel congé. Ainsi, même si l'employeur n'a pas au sein de ses effectifs de salariée enceinte, il pourra quand même être confronté à une absence liée à la parentalité.

223 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 110.

224 C.trav., art. L.1242-2.

225 Cass.soc., 9 mars 2005, n°02-44.927, PB.

226 Cass.soc., 10 avril 2013, n°12-13.282, NPB.

227 Cass.soc., 6 novembre 2019, n°18-10.799, NPB.

B. Le congé de paternité

Depuis 2002, le salarié devenu père a droit à un congé de paternité afin de s'occuper de son enfant lors de son arrivée au monde²²⁸. À l'origine, le congé de paternité avait une durée de onze jours consécutifs, allongée à dix-huit jours en cas de naissances multiples²²⁹. Les pouvoirs publics ont pris conscience que la durée du congé de paternité était insuffisante et une nouvelle loi a récemment été adoptée afin d'allonger la durée de ce congé spécifique²³⁰. Depuis le 1^{er} juillet 2021, le salarié père bénéficie d'un congé de paternité de vingt-cinq jours calendaires en cas de naissance unique ou de trente-deux jours calendaires en cas de naissances multiples²³¹. De plus, outre le congé de paternité, le père salarié bénéficie également d'un congé de naissance de trois jours²³². Ainsi, au total, le père salarié bénéficie d'un congé spécifique de vingt-huit jours.

À l'origine, seul le père salarié de l'enfant pouvait bénéficier du congé de paternité. En 2012, le législateur a fait évoluer les choses, précisant que le congé de paternité pouvait être octroyé au « *père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle* »²³³. Par conséquent, désormais, le salarié qui ne serait pas le père biologique de l'enfant ainsi que le second parent du même sexe peuvent également bénéficier du congé de paternité. Le congé de paternité est un droit pour le second parent salarié auquel l'employeur ne peut s'opposer. Aucune condition n'est posée par le législateur quant à la qualité du salarié. Ainsi, ce congé spécifique bénéficie à tous les salariés, quelque soit la forme de leur contrat de travail ou leur ancienneté dans l'entreprise. Toutefois, pour que l'employeur ne puisse s'opposer au bénéfice du congé de paternité, le salarié doit le demander dans un délai imparti. Dès lors que cette condition est remplie, l'employeur ne peut refuser au salarié sa prise de congé, et ce même s'il motive son refus par la charge de travail importante au sein de l'entreprise²³⁴. Le délai de prévenance que doit respecter le salarié est fixé à un mois. Le salarié devant obligatoirement prendre le congé de naissance et quatre jours du congé de paternité immédiatement à la naissance de l'enfant, il doit donc en avertir l'employeur au moins un mois avant la date présumée de l'accouchement²³⁵. Pour les vingt-et-un jours restant, si le salarié

228 L., n°2001-1246, 21 décembre 2001, de financement pour la sécurité sociale pour 2002, JORF du 26 décembre 2001, art. 55.

229 C.trav., art. L.1225-35 dans sa rédaction antérieure.

230 L., n°2020-1576, 14 décembre 2020, de financement de la sécurité sociale pour 2022, JORF du 15 décembre 2020, art. 73.

231 C.trav., art. L.1225-35.

232 C.trav., art. L.3142-4.

233 L., n°2012-1404, 17 décembre 2012, de financement de la sécurité sociale pour 2013, JORF du 18 décembre 2012.

234 Cass.soc., 31 mai 2012, n°11-10.282, PB.

235 C.trav., art. D.1225-8, al. 2.

décide de les prendre en différé, il devra alors en avertir l'employeur au moins un mois avant la date à laquelle il envisage de les prendre²³⁶. Le congé de paternité pouvant désormais être pris dans les six mois suivant la naissance de l'enfant²³⁷. Le Code du travail se contente simplement d'imposer un délai de prévenance mais n'impose aucun formalisme quant aux modalités auxquelles doit répondre la demande émise par le salarié. Ainsi, l'employeur ne peut refuser au salarié sa demande de congé de paternité au seul motif que celui-ci lui aurait fait sa demande verbalement.

Le congé de paternité entraîne la suspension du contrat de travail du salarié²³⁸. Durant cette période, l'employeur n'a pas à rémunérer le salarié absent. Ce dernier percevra des indemnités journalières versées par la sécurité sociale. Sauf disposition conventionnelle contraire, l'employeur n'est pas tenu de verser au salarié jeune père le complément de rémunération. À l'issue du congé de paternité, le salarié père devra retrouver son emploi ou le cas échéant, un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente à celle qui percevait avant la suspension de son contrat de travail²³⁹.

Indépendamment du fait que l'employeur devra réintégrer le salarié à son poste, il verra également son pouvoir de direction figé pendant un temps. En effet, l'article L.1225-4-1 du Code du travail précise que l'employeur ne peut rompre le contrat de travail d'un salarié pendant les dix semaines suivant la naissance de son enfant. Cet article étant rédigé en des termes généraux et ne visant pas expressément la seule salariée venant d'accoucher, il est donc applicable au père de l'enfant. Toutefois, au vu de sa rédaction, l'article ne semble pas applicable au salarié qui n'est pas le père biologique de l'enfant ou encore au second parent de même sexe. À l'heure actuelle, la Cour de cassation ne s'est encore jamais prononcée sur la question. Ainsi, seul le salarié père biologique de l'enfant bénéficie d'une protection contre le licenciement durant les dix semaines suivant la naissance de son enfant. Toutefois, cette protection n'est que relative. D'une part parce que l'employeur peut rompre le contrat de travail du salarié dès lors que le licenciement est justifié par une faute grave de l'intéressé ou par une impossibilité de maintenir le contrat de travail pour une raison étrangère à la naissance de l'enfant²⁴⁰. D'autre part parce que l'employeur peut avoir recours aux actes préparatoires du licenciement lors de la période de protection. Les actes préparatoires au licenciement étant « *le rassemblement des éléments de preuve et la collecte d'attestations en vue*

236 C.trav., art. D.1225-8, al. 4.

237 C.trav., art. D.1225-8, al. 4. Auparavant le congé de paternité devait être pris dans les quatre mois suivant la naissance de l'enfant.

238 C.trav., art. L1225-35, al. 2.

239 C.trav., art. L1225-36.

240 C.trav., art. L.1225-4-1, al. 2.

d'étayer le licenciement » du salarié à l'expiration de ce congé spécifique²⁴¹. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment précisé pour la première fois que l'article L.1225-4-1 du Code du travail applicable au jeune père ne met pas pour autant en œuvre les dispositions de l'article 10 de la directive du 19 octobre 1992 relatif à l'interdiction du licenciement d'une salariée enceinte du début de sa grossesse jusqu'au terme de son congé de maternité²⁴². La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation consacrent pourtant l'interdiction de ces actes préparatoires au profit de la salariée enceinte ou venant d'accoucher. Ainsi, alors que le législateur promeut l'égalité entre les femmes et les hommes, la Cour de cassation consacre ici une différence de traitement importante entre la mère et le père²⁴³. Une telle interprétation par la Haute juridiction est « *de nature à créer une situation dans laquelle deux parents seraient protégés par deux textes à la lettre et à l'esprit similaires, voire identiques, mais interprétés de façon sensiblement différente* »²⁴⁴. Dès lors, « *la protection du père contre la rupture de son contrat de travail est illusoire si la procédure de licenciement est engagée plusieurs semaines avant que l'employeur retrouve le pouvoir de licencier* »²⁴⁵. Une telle différence est d'autant plus étonnant qu'un principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes régit les relations de travail en droit français. Qui plus est, une directive du Conseil européen précise que « *l'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le sexe* »²⁴⁶.

En tout état de cause, l'employeur se voit tout de même imposer certaines contraintes lorsque l'un de ses salariés va devenir père. L'employeur devra ainsi faire face à une absence prolongée du salarié et sera obligé de le réintégrer à son poste de travail. D'autant que le congé de paternité ne bénéficie pas exclusivement au père biologique de l'enfant mais également au conjoint ou concubin de la salariée qui ne serait pas le père biologique ou encore à la conjointe, concubine ou femme de la salariée. Dès lors, beaucoup de salariés peuvent être amenés à demander le bénéfice du congé de paternité et l'employeur devra alors adapter la gestion de son entreprise en conséquence. Qui plus

241 Cass.soc., 6 novembre 2019, n°18-20.909, NPB.

242 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 10, JOCE du 28 novembre 1992.

243 Cass.soc., 30 septembre 2020, n°19-12.036, PB.

244 Luc DE MONTVALON, « Quelle protection contre le licenciement du jeune père après la naissance de son enfant ? », *Rev.trav.*, 2020, p.673.

245 Luc DE MONTVALON, « Quelle protection contre le licenciement du jeune père après la naissance de son enfant ? », *Rev.trav.*, 2020, p.673.

246 Dir., n°76/207/CEE, 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, art. 5, JOCE du 14 février 1976.

est, une particularité supplémentaire s'impose en ce qui concerne le salarié père biologique de l'enfant puisque celui-ci dispose d'une protection contre le licenciement. Toutefois, si l'employeur ne peut licencier le salarié pendant les dix semaines suivant la naissance de son enfant, il peut toutefois préparer en amont la décision de licenciement afin que celui-ci lui soit notifié lors de son retour à l'emploi. Dès lors, l'employeur conserve tout de même une certaine marge dans son pouvoir de sanction et de direction.

En tout état de cause, la protection de la parentalité passe au préalable par la protection de la santé de la salariée et par conséquent, de son enfant. Nombreuses sont donc les obligations qui s'imposent à l'employeur en la matière. Obligations contraignantes auxquelles il ne peut déroger, ces dispositions assurent une protection efficace de la salariée future mère, du salarié futur père et de l'enfant à naître. La protection de la santé et de la sécurité de la salariée permet à cette dernière le bon déroulement de sa grossesse. Toutefois, le rôle de l'employeur ne s'arrête pas avec la naissance de l'enfant. En effet, la protection de la parentalité passe également par la protection de l'emploi des salariés devenus parents.

PARTIE 2

LA PROTECTION LÉGITIME DE LA PARENTALITÉ LORS DU RETOUR À L'EMPLOI

Les droits et obligations qui s'imposent à l'employeur en raison de la parentalité des salariés ne cessent pas de produire effet à la naissance de l'enfant. En effet, protéger la parentalité c'est également protéger l'emploi des nouveaux parents. Il appartient alors à l'employeur d'assurer cette protection de manière effective et efficace.

La naissance d'un enfant entraîne un changement de vie familiale pour les salariés. Ils doivent ainsi repenser leur organisation quotidienne afin d'arriver à concilier leur vie personnelle et leur vie professionnelle. L'employeur ne peut s'immiscer dans la vie privée des salariés mais doit paradoxalement assurer l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle de ces derniers. Cet équilibre passe par une vie personnelle épanouie et une vie professionnelle accomplie. En effet, l'emploi est « *une source d'épanouissement personnel nécessaire à l'équilibre personnel* »²⁴⁷. Challenge peu aisé pour l'employeur, il doit alors mettre en œuvre des mesures spécifiques au sein de l'entreprise afin que la vie professionnelle des salariés n'ait pas de répercussions néfastes sur leur vie familiale. Pour se faire, il doit donc veiller à protéger l'emploi de la salariée nouvellement devenue mère et du salarié nouvellement devenu père lors de leur retour dans l'entreprise après leur congé spécifique destiné à accueillir leur enfant. Si dans le principe, la salariée mère et le salarié père disposent des mêmes garanties, les choses sont légèrement différentes dans la pratique.

En tout état de cause, et en vertu du principe de la liberté du travail, l'absence du salarié nouveau parent ne doit pas avoir de conséquences sur son emploi. Par conséquent, lorsque le congé de maternité prend fin, la salariée devenue mère doit pouvoir réintégrer l'entreprise dans les mêmes conditions que celles dont elle bénéficiait avant son départ. Dès lors, l'employeur doit s'assurer de la continuité de la relation de travail entre l'entreprise et la salariée (I).

²⁴⁷ Yvonne KNIBIEHLER, *Questions pour les mères, Chapitre V. Le travail au défi de la maternité*, Érès, 2014, Collection 1001 bébés, p.242.

Par conséquent, protéger la parentalité lors du retour à l'emploi c'est préserver la relation de travail du salarié fraîchement parent. Assurer la poursuite du contrat de travail lors du retour à l'emploi implique donc nécessairement le droit pour le salarié de ne pas voir son contrat de travail rompu en raison de son changement de vie familiale. En effet, outre le fait que chaque personne dispose d'une liberté au travail, chaque salarié dispose également d'une garantie contre les discriminations dans l'entreprise. Dès lors, le nouveau statut familial du salarié ne peut avoir d'impact sur sa vie professionnelle. Le salarié bénéficie d'une protection relative contre le licenciement pendant une période de dix semaines après la naissance de son enfant. Toutefois, cette interdiction n'est que relative. Les choses sont davantage complexes pour la salariée. Ainsi, cette dernière dispose d'une protection particulière contre la rupture de son contrat de travail (II).

CHAPITRE 1

LA CONTINUITÉ NATURELLE DE LA RELATION DE TRAVAIL

« Pour les femmes, la maternité impose une interruption de leur activité professionnelle, plus ou moins longue »²⁴⁸. Ainsi, au minimum pendant seize semaines, la salariée est absente de l'entreprise. Par conséquent, pendant un temps non négligeable, elle est éloignée de la vie de l'entreprise de sorte qu'elle peut appréhender le moment du retour à l'emploi. Afin d'éviter toute appréhension et pour encourager le retour à la vie professionnelle, nombreuses sont les dispositions qui prévoient des garanties lors de la reprise du travail à l'issue du congé de maternité.

La salariée qui souhaite réintégrer son emploi immédiatement à l'issue de son congé de maternité devra retrouver un poste au sein de l'entreprise. Le travail ne pouvant impacter la grossesse de la salariée, la situation inverse est aussi vraie. En effet, la grossesse, même si elle est incluse dans l'entreprise, ne peut impacter la carrière professionnelle de la salariée. Par conséquent, la salariée qui réintègre l'entreprise à l'issue de son congé de maternité ne pourra le faire dans n'importe quelles circonstances, de sorte que de nouvelles obligations et contraintes vont peser sur l'employeur. En premier lieu, le contrat de travail de la salariée étant simplement suspendu pendant la durée du congé de maternité, cela signifie que la salariée doit réintégrer l'entreprise suivant le même contrat de travail que celui dont elle disposait avant son départ (I).

La parentalité entraîne un bouleversement dans la vie des parents. Ces derniers doivent alors concilier leurs nouvelles obligations familiales et parentales avec leurs obligations professionnelles. Par conséquent, la parentalité va entraîner des nouvelles spécificités qui vont rythmer la relation de travail. Des contraintes spécifiquement liées à la parentalité vont s'imposer à l'employeur afin de permettre au salarié de concilier sa vie personnelle et sa vie professionnelle dans les meilleures conditions qui soient (II).

248 KNIBIEHLER Yvonne, « Questions pour les mères, Chapitre VI. Maternité et société », Érès, 2014, Collection 1001 bébés, p.275.

Section 1. Le maintien justifié du contrat de travail initial

Le terme du congé de maternité annonce également la fin de la suspension du contrat de travail de la salariée. La salariée devra alors légitimement retrouver sa place au sein de l'entreprise. Une fiction juridique se met alors en œuvre consistant à remettre la situation au statut quo, avant le départ de la salariée en congé de maternité. Dès lors, la salariée devra être réintégrée dans son emploi (I) en gardant l'ensemble des avantages qu'elle avait acquis au jour de son départ en congé de maternité (II).

Paragraphe 1. La réintégration légitime dans l'emploi

La réintégration de la salariée dans son emploi va se faire progressivement. Dans un premier temps, l'avis d'un professionnel de santé du travail est requis afin d'éviter toute complication entre le poste de travail et l'état de santé parfois encore vulnérable de la salariée (A). Une fois l'avis médical rendu, la salariée pourra alors réintégrer l'emploi qu'elle occupait avant son départ en congé de maternité (B).

A. La constatation médicale nécessaire au retour à l'emploi

Afin d'anticiper la recherche d'éventuelles mesures d'adaptation du poste de travail liée à une suspension prolongée du contrat de travail, la salariée peut être soumise à une visite de préreprise. En effet, l'article R.4624-29 du Code du travail dispose qu'« *en vue de favoriser le maintien dans l'emploi des travailleurs en arrêt de travail d'une durée de plus de trois mois, une visite de préreprise est organisée par le médecin du travail à l'initiative du médecin traitant, du médecin conseil des organismes de sécurité sociale ou du travailleur* ». Le congé de maternité ayant une durée supérieure à trois mois, la salariée peut donc demander à bénéficier d'une visite de préreprise. Cette visite de préreprise permet au médecin du travail d'émettre des recommandations sur la réintégration future de la salariée. À ce titre, le médecin du travail peut recommander des aménagements ou adaptations du poste de travail, des préconisations de reclassement ou encore des formations professionnelles afin de faciliter la réintégration de la salariée²⁴⁹.

249 C.trav., art. R.4624-30.

En tout état de cause, dès lors que le congé de maternité prend fin, la salariée doit bénéficier d'un examen de reprise du travail²⁵⁰. À ce titre, l'employeur doit organiser une visite de reprise dans les meilleurs délais entre le médecin du travail et la salariée venant d'accoucher. Ainsi, dès lors que l'employeur a connaissance de la date de fin de l'arrêt de travail, il doit saisir le service de santé au travail afin que l'examen de reprise ait lieu le jour de la reprise effective du travail par la salariée. En tout état de cause, l'examen médical de reprise doit avoir lieu au plus tard dans un délai de huit jours après la reprise effective du travail par la salariée²⁵¹. Cet examen vise à vérifier que le poste de travail de la salariée est compatible avec son état de santé. Le cas échéant, il permet au médecin du travail de préconiser des éventuelles propositions d'aménagement de poste²⁵². Toutefois, cette visite n'a pas pour effet de différer la période de protection jusqu'à la date de l'examen médical²⁵³, au contraire de la solution retenue pour les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. En effet, pour ces salariés, seule la visite médicale de reprise permet de mettre fin à la suspension de leur contrat de travail²⁵⁴. Par conséquent, si la visite de reprise de la salariée venant d'accoucher a lieu dans les huit jours suivant la reprise effective du travail, cela signifie qu'elle n'est plus soumise au statut protecteur durant ce délai. Dès lors, l'employeur n'est plus contraint de respecter les dispositions spécifiques applicables à la protection de la maternité. Si cette situation peut être intéressante pour l'employeur, il y a quand même un risque de sanction en cas d'omission de la mise en place de la visite médicale dans le délai imparti.

Le Code du travail ne prévoit aucune sanction spécifique en cas de défaut de mise en place de la visite de reprise de la salariée venant d'accoucher. Toutefois, en vertu de son obligation de protection de la santé et de la sécurité des salariés, l'employeur qui omet de mettre en place la visite de reprise peut voir sa responsabilité engagée. Un tel acte pouvant mettre en péril la santé de la salariée en l'affectant à un poste qui se révèle être en réalité incompatible avec son état de santé. Dès lors, un défaut d'organisation de la visite médicale de reprise de la salariée est un élément permettant de caractériser un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Ainsi, la salariée pourra prendre acte de la rupture de son contrat de travail. La jurisprudence ayant précisé qu'un tel manquement peut faire produire à la prise d'un les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁵⁵. Par conséquent, le défaut d'organisation de la visite de reprise peut avoir des conséquences importantes pour l'employeur. D'une part, la salariée pourra prendre acte de la

250 C.trav., art. R.4624-31, al. 1.

251 C.trav., art. R.4624-31, al. 2.

252 C.trav., art. R.4624-32.

253 Cass.soc., 29 septembre 2004, n°02-42.461, PB.

254 Cass.soc., 12 novembre 1997, n°94-40.912, PB.

255 Cass.soc., 22 septembre 2011, n°10-13.568, NPB.

rupture de son contrat de travail et donc quitter les effectifs de l'entreprise. D'autre part, l'employeur sera susceptible de verser des dommages et intérêts à la salariée. Toutefois, afin d'éviter les potentiels abus, la Cour régulatrice a précisé que le seul retard dans l'organisation de la visite de reprise ne suffit pas à caractériser un manquement de l'employeur permettant de justifier une prise d'acte²⁵⁶.

Dès lors que la salariée en retour de congé de maternité a réalisé son examen médical de reprise et que le médecin du travail a donné son accord pour sa réintégration, l'employeur est tenu de réintégrer la salariée dans son emploi.

B. La réintégration prioritaire dans l'emploi d'origine

La réintégration dans l'emploi au terme du congé de maternité est issue d'une règle prétorienne. La Chambre sociale de la Cour de cassation a toujours revendiqué la règle selon laquelle « *à l'issue de son congé de maternité, la salariée doit être réintégrée dans l'emploi précédemment occupé ou dans un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* »²⁵⁷. Par la suite, le législateur codifiera cette obligation dans le Code du travail, reprenant à la lettre la solution de la Haute juridiction²⁵⁸. En effet, désormais, l'article L.1225-25 du Code du travail dispose qu'« *à l'issue du congé de maternité, la salariée retrouve son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* ». La salariée n'a aucune formalité préalable à accomplir avant sa réintégration puisque lors de son départ en congé de maternité elle doit avertir l'employeur de la date de reprise du travail²⁵⁹. À l'inverse, l'employeur doit, préalablement au retour de la salariée, préparer la réintégration de cette dernière, notamment en s'assurant que son poste d'origine est toujours disponible. Le cas contraire, il doit rechercher un nouveau poste pour la salariée.

À l'origine, la Chambre sociale de la Cour de cassation précisait que l'employeur pouvait proposer à la salariée soit l'emploi qu'elle occupait avant son congé de maternité, soit un emploi similaire à condition toutefois que la rémunération soit équivalente. Ainsi, l'employeur était libre de proposer à la salariée un emploi similaire alors même que l'emploi précédemment occupé existait toujours au sein de l'entreprise. Dès lors, le choix de l'employeur pouvait être « *guidé par l'intérêt de son*

256 Cass.soc., 16 mai 2007, n°06-41.468, NPB.

257 Cass.soc., 22 mai 1997, n°94-40.297, PB.

258 L., n°2004-602, 24 juin 2004, relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, art. 5, JORF du 26 juin 2004.

259 C.trav., art. L.1225-24.

entreprise »²⁶⁰ en préférant garder le salarié remplaçant au poste de la salariée en congé de maternité. Dans une telle hypothèse, la Haute juridiction admettait alors que le refus par la salariée d'occuper un poste similaire pouvait justifier son licenciement²⁶¹. La codification du législateur amène au même constat. Par conséquent, d'un point de vue légal, aucun ordre de priorité des postes n'est prévu. La Chambre sociale de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence précisant que « *selon les dispositions de l'article L.1225-25 du code du travail, à l'issue du congé de maternité, la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ; qu'il en résulte que la réintégration doit se faire en priorité dans le précédent emploi* »²⁶², et ce peu importe l'existence d'une clause de mobilité dans le contrat de travail²⁶³. Toutefois, lorsque la salariée exerçait un poste dit "à risques", l'employeur n'est pas tenu de la réintégrer immédiatement à son retour de congé de maternité dans son emploi d'origine. En effet, il doit lui proposer un poste compatible avec son état de santé, qu'elle pourra occuper pendant un mois maximum après son retour de congé postnatal²⁶⁴. De la même manière, la salariée qui est normalement affectée à un poste de nuit pourra être réintégrée à un poste de jour pour une durée maximale d'un mois si le médecin du travail constate une incompatibilité entre le poste de nuit et son état de santé²⁶⁵. La nouvelle interprétation jurisprudentielle ajoute ainsi une condition supplémentaire à la loi. En effet, l'employeur doit désormais réintégrer la salariée de retour de congé de maternité dans l'emploi qu'elle occupait précédemment. Ce n'est qu'à défaut de l'existence de cet emploi qu'il lui sera possible de proposer à la salariée un emploi similaire. Un tel revirement de jurisprudence est donc favorable à la salariée puisque « *c'est à cette condition que la salariée sera encline à user, dans sa totalité du congé légal de maternité* »²⁶⁶. En revanche, instaurer une hiérarchie dans les postes qui doivent être proposés à la salariée de retour de son congé de maternité met un frein supplémentaire au pouvoir de gestion de l'employeur en raison de la parentalité.

La loi se contente simplement de préciser que la salariée peut être réintégrée dans un « *emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* ». Par conséquent, et afin d'éviter les abus, la jurisprudence a délimité les contours des modalités de la réintégration de la salariée, précisant notamment les cas dans lesquels l'employeur pouvait légitimement proposer à la salariée

260 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 153.

261 Cass.soc., 22 mai 1997, n°94-40.297, PB.

262 Cass.soc., 25 mai 2011, n°09-72.556, NPB.

263 Cass.soc., 19 juin 2013, n°12-12.758, PB.

264 C.trav., art. L.1225-12.

265 C.trav., art. L.1225-9, al. 2.

266 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 153.

un poste similaire plutôt que son poste d'origine. Ainsi, l'employeur ne peut valablement proposer à la salariée un emploi similaire que si son poste d'origine a disparu. Toutefois, la Haute juridiction admet une exception à ce principe. En effet, l'employeur peut légitimement proposer à la salariée un emploi similaire plutôt que son poste d'origine dès lors que ce dernier n'est pas compatible avec la demande de la salariée relative à l'aménagement de ses horaires de travail en raison de sa nouvelle situation familiale²⁶⁷. En revanche, l'employeur ne peut proposer un emploi similaire à la salariée au seul motif que son emploi d'origine est pourvu par un autre salarié²⁶⁸.

La Chambre sociale de la Cour de cassation considère la notion d'emploi similaire de manière restrictive. Dans un premier temps, l'emploi similaire correspond à un emploi de même qualification professionnelle. Ainsi, elle a pu juger que ne correspond pas à un emploi similaire l'emploi proposé à la salariée qui correspond à un niveau hiérarchique inférieur qui la prive ainsi de ses fonctions managériales²⁶⁹. De la même manière, l'employeur qui propose à la salariée un poste comportant des fonctions moins valorisantes que les précédentes, ne correspondant pas à sa qualification conventionnelle, devant être effectuées sous le contrôle d'une personne ayant un statut inférieur au sien ne correspond pas à un emploi similaire²⁷⁰. Par conséquent, l'employeur ne peut donc rétrograder la salariée lors de sa réintégration à l'issue de son congé de maternité. Dans un second temps, outre le niveau de qualification professionnelle, l'emploi similaire doit prévoir la même rémunération. À cet égard, une atténuation est faite par la Haute juridiction puisque l'employeur « *n'est pas tenu de maintenir le montant moyen des commissions perçues par l'intéressée avant son départ en congé maternité, dès lors que ce montant, non fixé par le contrat, ne dépend que de sa seule activité professionnelle* »²⁷¹. Ainsi, l'employeur doit uniquement maintenir la même rémunération contractuelle que celle qui était précédemment perçue par la salariée avant son départ en congé de maternité. Dès lors, cela signifie que lorsque la salariée est embauchée selon un contrat de travail à temps partiel, l'employeur n'est pas tenu de lui conférer le même nombre d'heures complémentaires qu'elle accomplissait avant son départ en congé de maternité²⁷².

Dans une certaine mesure, la Cour régulatrice accepte que l'employeur puisse modifier les tâches confiées à la salariée. À titre d'illustration, l'employeur peut proposer à la salariée un emploi

267 Cass.soc., 1^{er} février 2012, n°10-20.906, NPB.

268 Cass.soc., 25 mai 2011, n°09-72.556, NPB.

269 Cass.soc., 3 novembre 2010, n°09-67.928, NPB.

270 Cass.soc., 17 mars 2010, n°08-44.127, NPB.

271 Cass.soc., 10 décembre 2008, n°07-44.113, NPB.

272 Cass.soc., 4 mars 2003, n°00-46.362, PB.

similaire qui correspond à sa qualification professionnelle peu importe l'absence de contact avec la clientèle²⁷³. L'employeur peut également proposer à la salariée un poste qui ne comporte pas de fonction d'encadrement dès lors que celui-ci relève de la même qualification professionnelle, avec la même rémunération, situé dans le même service de l'entreprise²⁷⁴. A contrario, l'employeur ne peut pas proposer à la salariée des fonctions qui entraîneraient une éviction du comité de direction ainsi que la perte d'un collaborateur²⁷⁵. Ainsi, même si la salariée peut exercer des tâches différentes lors de son retour à l'emploi, l'employeur ne doit pas lui proposer des « *fonctions fortement réduites et temporaires* »²⁷⁶. Toutefois, en vertu de son pouvoir de direction, l'employeur peut légitimement proposer à la salariée de retour de congé de maternité un poste qui entraînerait un changement de ses conditions de travail. En revanche, si le poste proposé emporte modification du contrat de travail, la salariée peut librement le refuser. Dans ce cas, le licenciement de la salariée en raison de ce refus sera nécessairement sans cause réelle et sérieuse. De la même manière, la proposition d'un emploi emportant modification du contrat de travail pourra permettre à la salariée de prendre acte de la rupture du contrat aux torts de l'employeur²⁷⁷. La salariée pourra également agir sur le fondement de la discrimination et il appartiendra alors à l'employeur de démontrer que sa décision n'est pas liée ni à la maternité, ni à la situation familiale de la salariée. La situation sera d'autant plus périlleuse pour l'employeur puisqu'il existe une présomption de discrimination à l'égard de la salariée en raison de sa grossesse lorsqu'il méconnaît le droit à réintégration²⁷⁸.

En tout état de cause, la réintégration à l'issue du congé de maternité est un droit automatique pour la salariée auquel l'employeur ne peut s'opposer. S'il peut entraîner des conséquences pour la salariée en raison d'une modification de ses conditions de travail, les choses sont davantage contraignantes pour l'employeur. En effet, ce dernier doit obligatoirement réintégrer la salariée à son poste de travail d'origine. Ce n'est que si celui-ci a matériellement disparu que l'employeur pourra lui proposer un poste similaire. N'étant pas libre dans le choix du poste similaire, l'employeur devra lui proposer un poste assorti de la même rémunération contractuelle et de la même qualification professionnelle, avec des fonctions équivalentes. De plus, la réintégration de la salariée dans son emploi est assortie d'un maintien de l'ensemble des droits et avantages précédemment acquis au jour de son départ de l'entreprise, contraignant davantage l'employeur à être vigilant lors de la réintégration.

273 Cass.soc., 1^{er} février 2012, n°10-20.906, NPB.

274 Cass.soc., 29 septembre 2011, n°09-70.294, NPB.

275 Cass.soc., 30 avril 2014, n°13-11.422, NPB.

276 Cass.soc., 18 mars 2016, n°14-21.491, NPB.

277 Cass.soc., 3 novembre 2010, n°09-67.928, NPB.

278 Délib. du défendeur des droits, n°2011-41, 28 février 2011.

Paragraphe 2. Le maintien nécessaire des avantages acquis

Si la salariée bénéficie d'un droit à réintégration dans son emploi d'origine, ce n'est pas la seule disposition qui permet de protéger son emploi lors de son retour de son congé de maternité. En effet, la réintégration dans l'emploi d'origine s'accompagne également d'un maintien des avantages qu'elle avait acquis avant la suspension de son contrat de travail. À ce titre, la salariée de retour de congé de maternité doit bénéficier d'un rattrapage salarial (A) et également de tous les autres avantages acquis, comme par exemple son ancienneté (B).

A. L'obligation d'un rattrapage salarial

Depuis 2006²⁷⁹, le législateur a instauré une garantie légale supplémentaire à la salariée de retour de congé de maternité. En effet, à son retour dans l'entreprise, la salariée doit bénéficier d'un rattrapage salarial si cela s'avère être nécessaire. À cet égard, le législateur précise expressément qu'au retour du congé de maternité, la rémunération de la salariée doit être majorée « *des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise* »²⁸⁰. Certains accords collectifs d'entreprise ou de branche peuvent toutefois prévoir des dispositions plus favorables que les dispositions légales à l'égard de la salariée de retour de congé de maternité. Si tel est le cas, les dispositions conventionnelles devront s'appliquer²⁸¹. Un tel mécanisme permet à la salariée de ne pas subir de diminution de sa rémunération en raison de la prise de son congé de maternité. Initiative remarquable du législateur, il ne précise pas pour autant les modalités de la mise en place du rattrapage salarial. Une circulaire du 19 avril 2007 est donc venue palier cette carence légale et préciser l'ensemble des modalités liées au rattrapage salarial. Lorsque la salariée revient de son congé de maternité, l'employeur devra rechercher si des augmentations de rémunération ont été versées pendant son absence. Si ce n'est pas le cas, l'employeur ne sera soumis à aucune obligation particulière et devra simplement continuer de verser à la salariée la rémunération qu'elle percevait avant son départ en congé de maternité. En revanche, si des augmentations ont eu lieu, l'employeur devra les prendre en considération afin de verser à la salariée une rémunération adéquate, en fonction des éléments de rémunération à prendre en considération et de sa catégorie professionnelle.

279 L., n°2006-340, 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, art. 1^{er}, JORF du 24 mars 2006.

280 C.trav., art. L.1225-26.

281 C.trav., art. L.1225-26.

Le rattrapage salarial sera dû à compter du retour de la salariée dans l'entreprise et devra être versé immédiatement à la suite de ce congé, à savoir lors de sa première paie²⁸².

Afin de déterminer la nouvelle rémunération de la salariée, l'employeur devra prendre en considération divers éléments de rémunération permettant de calculer le taux de variation de la rémunération. Au sens légal, constitue une rémunération, « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* »²⁸³. Par conséquent, l'employeur devra prendre en considération « toute augmentation objective, pérenne ou exceptionnelle dont la personne salariée aurait pu bénéficier si elle était restée à son poste de travail »²⁸⁴. Ainsi, devront être exclues de la base de calcul, les augmentations liées à une promotion entraînant un changement de catégorie professionnelle, les primes liées à une sujétion particulière qui ne concerne pas la salariée, comme par exemple la prime pour travail de nuit, les primes exceptionnelles liées à la personne salariée, comme par exemple la prime d'ancienneté.

Outre les éléments de rémunération, l'employeur devra veiller à prendre en considération la bonne masse salariale de référence. En effet, le rattrapage salarial de la salariée de retour de congé de maternité s'effectue par rapport aux salariés de même catégorie professionnelle. Toutefois, le législateur ne définit pas la notion de "catégorie professionnelle". Là encore, la circulaire du 19 avril 2007 est venue préciser les choses. Ainsi, relèvent de la même catégorie professionnelle, les salariés relevant du même coefficient pour le même type d'emploi dans la classification professionnelle applicable à l'entreprise. Afin d'aider au mieux l'employeur, la circulaire est allée encore plus loin en prévoyant les différentes configurations possibles au sein de l'entreprise. Ainsi, dans l'hypothèse où il n'y aurait pas au moins deux personnes répondant au critère du coefficient, l'employeur devra prendre en compte les salariés relevant de la même classification professionnelle. Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas au moins deux personnes de même niveau, l'employeur devra prendre en compte l'ensemble des salariés relevant de la même catégorie socioprofessionnelle que la salariée en retour de congé de maternité. Enfin, s'il n'y a pas au moins deux salariés répondant à ce critère, l'employeur devra prendre en considération la moyenne des augmentations individuelles de l'entreprise. La fixation du taux d'augmentation de la rémunération de la salariée de retour de congé de maternité appelle donc l'employeur à une certaine vigilance.

282 Circ. du 19 avril 2007, concernant l'application de la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, fiche 3, art. 2, JORF du 17 mai 2007.

283 C.trav., art. L.3221-3.

284 Circ. du 19 avril 2007, concernant l'application de la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, fiche 3, art. 2, JORF du 17 mai 2007.

Le rattrapage salarial constitue une obligation à laquelle l'employeur ne peut se soustraire. Ainsi, il ne peut compenser l'augmentation de salaire légalement prévue par le versement d'une prime exceptionnelle, et ce même si la salariée a préalablement donné son accord à un tel dispositif²⁸⁵. Toutefois ces dispositions ne signifient pas pour autant que l'employeur est contraint de verser à la salariée toutes les primes qui ont été versées aux salariés pendant son congé de maternité. En effet, les primes liées à la personne même du salarié ou à la réalisation d'un objectif précis ne doivent pas obligatoirement être versées à la salariée de retour de congé de maternité. À titre d'illustration, lorsque la prime est versée en raison de la participation active et effective de la salariée aux activités de transferts et de formation continue des nouvelles équipes, l'employeur n'est pas tenu de la verser à la salariée. Cette prime dépendant de l'exercice effectif de certaines missions au sein de l'entreprise²⁸⁶. De la même manière, l'employeur peut légitimement diminuer le montant du bonus versée à la salariée lorsque celui-ci est déterminé annuellement en fonction des résultats de l'entreprise et de la contribution personnelle des salariés à sa bonne marche²⁸⁷. Dès lors, une telle situation ne peut être assimilée à une situation de discrimination puisque le versement de la prime repose sur des éléments objectifs, mesurables et licites. La salariée n'ayant pas été présente dans l'entreprise pendant un long moment, la décision de l'employeur est alors justifiée.

Avantage considérable pour la salariée de retour dans l'entreprise, le rattrapage salarial oblige l'employeur à rémunérer davantage la salariée alors même que celle-ci était absente pendant un certain moment. L'employeur devant par ailleurs veiller scrupuleusement à l'ensemble des éléments de rémunération qui ont été versés aux autres salariés pendant le congé de maternité de la salariée. De plus, outre le fait que la salariée de retour de congé de maternité bénéficie d'un rattrapage salarial, elle garde également l'ensemble des avantages qu'elle avait acquis avant son départ en congé de maternité.

B. Le bénéfice de l'ensemble des autres avantages de l'entreprise

Le congé de maternité ne doit pas avoir d'impact sur la vie professionnelle de la salariée. C'est la raison pour laquelle la salariée de retour de congé de maternité doit conserver les mêmes droits salariaux que ceux qu'elle avait acquis avant son départ de l'entreprise. Dès lors, et afin d'éviter les discriminations en raison de la nouvelle situation familiale de la salariée, le législateur a prévu de nombreuses dispositions afin d'encadrer le maintien des avantages acquis au profit de la salariée de

285 Cass.soc., 14 février 2018, n°16-25.323, PB.

286 Cass.soc., 19 septembre 2018, n°17-11.618, PB.

287 Cass.soc., 18 mars 2020, n°18-20.614, NPB.

retour de congé de maternité. En effet, « *la salariée a été absente de l'entreprise pendant plusieurs mois, mais elle ne doit pas pour autant être pénalisée du fait de cette absence* »²⁸⁸. Une telle situation caractérisant une discrimination en raison de l'état de grossesse, ce qui strictement prohibée.

Tout d'abord, le législateur met un point d'honneur à préciser expressément que le congé de maternité est assimilé à une période de travail effectif pour la détermination des droits que la salariée tient de son ancienneté²⁸⁹. Ainsi, par exemple, si l'employeur, dans le temps, décide de licencier la salariée, cette dernière aura une indemnité de licenciement plus avantageuse. En effet, celle-ci étant déterminée en fonction de l'ancienneté du salarié au jour de son départ de l'entreprise²⁹⁰. De la même manière, le congé de maternité ne fait pas obstacle au droit à l'intéressement dont peut bénéficier la salariée²⁹¹. Le congé de maternité n'a également aucune incidence sur le droit à un congé payé. En effet, chaque salarié « *a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur* »²⁹². Ainsi, le Code du travail prévoit expressément que le congé de maternité est assimilé à une période de travail effectif pour la détermination de la durée du congé payé²⁹³, et ce même si la salariée décide de quitter l'entreprise pendant son congé de maternité²⁹⁴. Dès lors, la salariée de retour de congé de maternité a droit à son congé payé annuel, peu importe la période de congé payé retenue pour le personnel de l'entreprise²⁹⁵. Par conséquent, la salariée en congé de maternité bénéficie automatiquement d'un report des congés payés acquis durant sa période d'absence. D'autant que la salariée peut décider d'utiliser ce congé payé immédiatement à la suite de son congé de maternité. Une telle solution du législateur s'entend par le fait que le droit à un congé payé est un principe fondamental du droit du travail puisque chaque salarié doit bénéficier d'un repos effectif dans un souci de protection de sa santé et de sa sécurité. À cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de préciser que « *le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé* »²⁹⁶. Le droit national est donc en parfaite harmonie avec le droit européen.

288 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 150.

289 C.trav., art. L.1225-24.

290 C.trav., art. L.1234-9.

291 C.trav., art. L.3314-5.

292 C.trav., art. L.3141-1.

293 C.trav., art. L.3141-5.

294 Cass.soc., 27 février 1986, n°84-43.444, PB.

295 C.trav., art. L.3141-2.

296 CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, point 43, THE QUEEN.

Le congé de maternité ne doit pas plus avoir d'impact sur la carrière professionnelle de la salariée. Ainsi, la salariée doit pouvoir, outre le fait de retrouver son emploi, bénéficier d'un droit à l'évolution de carrière. Ainsi, si l'employeur envisageait de promouvoir la salariée avant son départ en congé de maternité, la promotion doit lui être accordée à son retour dans l'entreprise. Si tel n'est pas le cas, il appartient alors à l'employeur de prouver que sa décision de promouvoir un autre salarié plutôt que la salariée de retour de maternité est fondée sur des éléments objectifs et indépendants de la survenance du congé de maternité. Le cas échéant, le refus de promotion est considérée comme discrimination en raison de la grossesse de la salariée²⁹⁷. Également, la salariée de retour de congé de maternité a droit à un entretien professionnel avec l'employeur afin d'évoquer ses perspectives d'évolution professionnelle. Cet entretien doit obligatoirement être proposé par l'employeur lors du retour de la salariée dans l'entreprise. Toutefois, si la salariée le souhaite, il pourra avoir lieu à une date antérieure à la reprise du poste²⁹⁸. Toutefois, si l'employeur est tenu de proposer à la salariée de retour de congé de maternité cet entretien professionnel, aucune obligation légale n'impose à la salariée de l'accepter. De la même manière, aucune obligation légale n'impose à l'employeur de proposer automatiquement une formation professionnelle à la salariée de retour de congé de maternité. En revanche, compte-tenu de son obligation d'adaptation au poste de travail, l'employeur doit veiller au maintien de la capacité de la salariée à occuper son poste de travail, notamment au regard de l'évolution de l'emploi, des technologies et des organisations. Dès lors, si cela s'avère être nécessaire, l'employeur devra mettre en œuvre des actions de formation à l'égard de la salariée de retour de congé de maternité afin de veiller à son adaptabilité à son emploi²⁹⁹. D'autant que la durée du congé de maternité est intégralement prise en compte pour le calcul des droits ouverts au titre du compte personnel de formation³⁰⁰.

Par conséquent, le congé de maternité ne doit pas avoir d'impact sur la carrière professionnelle de la salariée. « *Tout doit se passer comme si la salariée avait continué à travailler pendant son congé de maternité* »³⁰¹. L'employeur doit donc veiller à maintenir l'ensemble des avantages que la salariée avait acquis avant son départ en congé de maternité, qu'il s'agisse d'un avantage lié à sa rémunération ou de tout autre avantage. L'employeur qui traite de manière différente la salariée lors de son retour à l'emploi peut être sanctionné sur le fondement de la discrimination, ce qui pourra avoir des conséquences préjudiciables pour l'entreprise. De plus, outre les avantages précédemment

297 Cass.soc., 16 décembre 2008, n°06-45.262, PB.

298 C.trav., art. L.1225-27.

299 C.trav., art. L.6323-1.

300 C.trav., art. L.6323-12.

301 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 150.

acquis qui doivent être maintenus, l'employeur est contraint de conférer à la salariée de retour de congé de maternité des nouveaux avantages.

Section 2. Les nouvelles spécificités liées à la parentalité

Outre le fait que l'employeur doit protéger l'emploi d'origine de la salariée, le retour de cette dernière dans l'entreprise implique également la mise en place, au sein de l'établissement, de nouveaux dispositifs liés à la parentalité. À ce titre, le retour de la salariée d'un congé de maternité entraîne pour l'employeur de nouvelles obligations liées à l'allaitement (A). De la même manière, la nouvelle parentalité des salariés oblige l'employeur à repenser le fonctionnement de l'entreprise en décidant notamment d'adopter une politique sociale de parentalité au sein de son établissement (B).

Paragraphe 1. Les obligations spécifiques liées à l'allaitement

« *L'allaitement au sein constitue une fonction humaine essentielle qui a assuré la pérennité de l'espèce et qui engage profondément la mère dans une relation très particulière à son nourrisson* »³⁰². Afin de permettre de concilier épanouissement professionnel et nouvelle vie familiale de la salariée revenant de congé de maternité, le législateur a prévu des dispositions particulières relatives à l'allaitement. Élément relevant pourtant de la vie personnelle de la salariée, un dispositif est mis en place, dans certaines entreprises, afin qu'elle puisse allaiter son enfant dans les locaux de l'entreprise (B). En tout état de cause, la salariée qui fait le choix d'allaiter son enfant doit pouvoir bénéficier d'une réduction de son temps de travail lui permettant de le nourrir (A).

A. La nécessité d'une réduction du temps de travail pour allaiter

Portant une attention particulière quant à la nécessité que peut avoir l'allaitement aussi bien pour la mère que pour l'enfant, le législateur a mis en place des dispositions spécifiques relatives à l'allaitement lors de la reprise du travail par la salariée à l'issue de son congé de maternité. Si aucun congé légal d'allaitement n'est prévu, il n'en demeure pas moins que des dispositions particulières permettent tout de même à la salariée de concilier vie personnelle et vie professionnelle. En effet, tout en reprenant son poste de travail, la salariée peut « *allaiter son enfant dans l'établissement* »³⁰³.

302 Dominique BLIN, Michel SOULÉ, Edith THOUÉILLE, *L'allaitement maternel : une dynamique à bien comprendre*, Erès, 2007, p.7.

303 C.trav., art. L.1225-31.

Dès lors, « *le choix d'allaiter l'enfant dans ou en dehors de l'établissement appartient à la salariée* »³⁰⁴.

Le Code du travail prévoit que « *pendant une année à compter du jour de la naissance, la salariée allaitant son enfant dispose à cet effet d'une heure par jour durant les heures de travail* »³⁰⁵. Aucune autre précision n'étant apportée par le législateur, ce droit s'applique aussi bien aux salariées allaitantes qu'aux salariées qui décident de tirer leur lait. Pendant cette pause, la salariée peut donc librement rentrer à son domicile afin d'allaiter son enfant ou faire le choix de l'allaiter sur son lieu de travail. Le temps de pause est différent selon le choix opéré par la salariée. En effet, si cette dernière décide de rentrer à son domicile, cette heure est répartie « *en deux périodes de trente minutes, l'une pendant le travail du matin, l'autre pendant l'après-midi* »³⁰⁶. En revanche, si la salariée décide d'allaiter dans l'entreprise, sa pause est réduite à quarante minutes, soit deux pauses de vingt minutes³⁰⁷. Toutefois, la convention collective peut prévoir des dispositions plus favorables. À titre d'illustration, la convention collective des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager prévoit que, sur justification attestant de l'allaitement, la salariée bénéficie d'une pause d'une heure le matin et une heure l'après-midi jusqu'au sixième mois de l'enfant afin de pouvoir l'allaiter³⁰⁸. Si l'employeur ne peut s'opposer à cette réduction du temps de travail, la répartition des pauses doit tout de même faire l'objet d'une négociation et d'un accord entre la salariée et l'employeur³⁰⁹. Cela permet alors à l'employeur d'adapter les temps de pause de la salariée en fonction des besoins de l'entreprise. Toutefois, à défaut d'accord, le Code du travail précise que chaque pause de trente minutes devra être placée au milieu de chaque demi-journée de travail³¹⁰.

Si une pause supplémentaire est accordée de plein droit à la salariée de retour de congé de maternité afin de lui permettre d'allaiter son enfant, aucune disposition légale n'impose pour autant à l'employeur de rémunérer ce temps de pause. Dès lors, cela signifie que cette absence n'est pas assimilée à du temps de travail effectif, au contraire des absences pour examens médicaux dans le cadre du suivi de la grossesse par exemple. Toutefois, des dispositions conventionnelles peuvent

304 Francisco MANANGA, « Social – Conditions de travail – L'allaitement sur le lieu de travail », *Juris associations*, 2021, p.41.

305 C.trav., art. L.1225-30.

306 C.trav., art. R.1225-5, al. 1.

307 C.trav., art. R.1225-6.

308 CCN des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager du 26 novembre 1992, art. 31.

309 C.trav., art. R.1225-5, al. 2.

310 C.trav., art. R.1225-5, al. 3.

prévoir le contraire et par conséquent, un maintien de salaire durant ce temps de pause. À titre d'illustration, la convention collective nationale de l'hospitalisation privée, par un accord du 12 juin 2018 relatif à la qualité de vie au travail et à l'égalité professionnelle, précise expressément que « ces périodes d'allaitement sont rémunérées »³¹¹. Par conséquent, l'employeur doit être vigilant quant aux dispositions conventionnelles applicables au sein de l'entreprise. En effet, s'il omet de rémunérer cette pause supplémentaire, la salariée sera en droit d'en demander réparation au titre d'un rappel de salaire.

La réduction du temps de travail dont bénéficie la salariée pour pouvoir allaiter son enfant peut avoir deux conséquences sur l'entreprise. L'une étant négative, l'autre étant positive. D'un point de vue négatif, la réduction du temps de travail peut engendrer une désorganisation partielle de l'entreprise. En effet, l'employeur est tenu de faire droit à la demande de salariée. Par conséquent, il devra adapter la gestion de son entreprise aux deux temps de pause de la salariée. Dès lors, cela peut engendrer pour lui quelques contraintes organisationnelles supplémentaires alors même que le congé de maternité de la salariée a pris fin. Par exemple, il sera contraint d'organiser les réunions professionnelles en dehors des temps de pause de la salariée. D'un point de vue positif, ce temps de pause obligatoire ne donne, en principe, par lieu à rémunération pour la salariée. Ainsi, au contraire d'autres autorisations légales d'absences dont la salariée enceinte bénéficie, cette absence est moins contraignante pour l'employeur sur le plan financier. Toutefois, une convention collective peut prévoir le contraire.

Tantôt bénéfiques pour la salariée, tantôt bénéfiques pour l'employeur, il n'en demeure pas moins que ces dispositions légales sont peu mises en œuvre. En effet, les salariées qui n'habitent pas à proximité de leur domicile n'ont pas suffisamment le temps de rentrer chez elle. Pour les autres, celles qui décident d'allaiter sur leur lieu de travail, encore faut-il que l'enfant puisse être amené dans les locaux de l'entreprise. Toutefois, outre la réduction du temps de travail qui doit être accordée de plein droit à la salariée qui le demande, l'employeur peut, dans certains cas, être contraint d'aménager au sein de l'entreprise, un local spécialement dédié à l'allaitement.

311 CCN de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002 : art. 9 de l'accord relatif à la qualité de vie au travail et à l'égalité professionnelle.

B. La relative mise à disposition d'une salle d'allaitement

L'employeur qui emploie plus de cent salariés doit installer dans son établissement, ou à proximité, « des locaux dédiés à l'allaitement »³¹². Toutefois, il n'est pas rare que l'employeur n'ait pas connaissance de cette obligation attachée à la parentalité et par conséquent, qu'aucune salle d'allaitement n'existe au sein de l'entreprise. C'est pourquoi, le législateur a pris le soin de préciser que l'employeur pouvait être mis en demeure d'installer ses locaux³¹³.

À cet égard, l'article L.1225-32 du Code du travail manque de clarté puisqu'aucune précision n'est faite quant à l'auteur de la mise en demeure. Contentieux plutôt rare, ce n'est donc que récemment que la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la question. Une solution inattendue et étonnante a alors été rendue par la Haute juridiction. En effet, la Cour régulatrice est venue préciser que seuls les agents de contrôle de l'inspection du travail étaient compétents pour mettre en demeure l'employeur d'avoir à installer un local dédié à l'allaitement au sein de l'entreprise³¹⁴. Alors même que la salariée est la première personne concernée par ce dispositif, elle n'est pas légitime à mettre en demeure l'employeur de procéder à une telle installation, tout comme ne l'est pas une organisation syndicale. En effet, dans l'arrêt d'espèce, une organisation syndicale avait mis en demeure l'employeur d'avoir à installer une salle d'allaitement au sein des locaux de l'entreprise mais la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi qui avait également été saisie de la question avait fait le choix de ne pas y donner suite. Dès lors et dans ces conditions, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que l'employeur n'avait ainsi jamais été mis en demeure de procéder à la création d'un local dédié à l'allaitement. Avec cette solution, la Cour régulatrice donne à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi « un monopole de la mise en demeure »³¹⁵. La Chambre social de la Cour de cassation justifie son choix par le fait que le Code du travail prévoit expressément la compétence des agents de contrôle de l'inspection du travail pour effectuer la mise en demeure de l'employeur dans le cadre de la création de la salle d'allaitement³¹⁶. Une interprétation à la lettre est donc faite par les Hauts magistrats, donnant ainsi une position restrictive de la jurisprudence sur la question. Or, la mise en place d'un local dédié à l'allaitement pouvant faire l'objet d'une mise en demeure « c'est que le législateur y voit un objectif à atteindre,

312 C.trav., art. L.1225-31.

313 C.trav., art. L.1225-32.

314 Cass.soc., 25 novembre 2020, n°19-19.996, PB.

315 Celine LEBORGNE-INGELAERE, « Mise en demeure d'installer les locaux d'allaitement : le monopole de la Direccte », *La Semaine Juridique sociale*, 2021, p.1069.

316 C.trav., art. R.4721-5.

donc une obligation. Sinon, à quoi bon envisager l'opportunité d'une mise en demeure et a fortiori d'une sanction ? Ne pas permettre à un syndicat, voire même à un salarié, de l'invoquer surprend et l'on comprend mal qu'ils ne puissent se saisir de la question plus directement »³¹⁷.

En tout état de cause, si les agents de contrôle de l'inspection du travail mettent en demeure l'employeur d'avoir à installer une salle d'allaitement, ce dernier doit disposer d'un délai minimal d'exécution d'un mois³¹⁸. Ce délai minimal s'impose car la mise en place d'un tel local suppose un certain nombre d'aménagements. En effet, le local dédié à l'allaitement doit être séparé de tout local de travail, aéré et muni de fenêtres donnant sur l'extérieur, pourvu d'un mode de renouvellement d'air continu, éclairé de manière convenable, pourvu de sièges convenables et d'un point d'eau, maintenu à une température convenable dans des conditions de propreté excellentes³¹⁹ et doit également être équipé de moyens pour réchauffer les aliments³²⁰. Le local doit également avoir une superficie assez suffisante pour accueillir autant d'enfants que besoin de moins d'un an compte-tenu du nombre de femmes employées dans l'entreprise³²¹. Pour mettre en place le local d'allaitement, l'employeur doit donc avoir recours à un certain nombre de travaux afin qu'il réponde à toutes les exigences légales d'hygiène et de sécurité. Qui plus est, l'employeur doit également aménager le local d'allaitement avec du matériel de petite enfance, en fournissant « *pour chaque enfant un berceau et un matériel de literie* »³²² ainsi que « *du linge en quantité suffisante pour que les enfants puissent être changés aussi souvent que nécessaire* »³²³. Outre les aménagements matériels auxquels l'employeur doit avoir recours, il doit également embaucher « *du personnel qualifié en nombre suffisant* » pour tenir le local dédié à l'allaitement³²⁴. Ainsi, la mise en place du local d'allaitement oblige l'employeur à avoir recours à une procédure de recrutement adéquate et par la suite, l'oblige à rémunérer l'ensemble du personnel à sa charge³²⁵. Également, l'employeur devra désigner un médecin chargé de la surveillance du local³²⁶, qui aura pour mission de se rendre au moins une fois par semaine dans les lieux afin de vérifier les installations et les conditions d'hygiène³²⁷. La rémunération du médecin est là encore à la charge de l'employeur³²⁸.

317 Celine LEBORGNE-INGELAERE, « Mise en demeure d'installer les locaux d'allaitement : le monopole de la Direccte », *La Semaine Juridique sociale*, 2021, p.1069.

318 C.trav., art. R.4721-5.

319 C.trav., art. R.4152-13.

320 C.trav., art. R.4152-24.

321 C.trav., art. R.4152-16.

322 C.trav., art. R.4152-20, al. 1.

323 C.trav., art. R.4152-20, al. 2.

324 C.trav., art. R.4152-21.

325 C.trav., art. R.4152-28.

326 C.trav., art. R.4152-23, al. 1.

327 C.trav., art. R.4152-23, al. 3.

328 C.trav., art. R.4152-28.

Les dispositions relatives à l'allaitement au travail sont parfois qualifiées d'obsolètes, « *elles souffrent en réalité d'une insuffisante mise en application qui ne saurait occulter leur pertinence* »³²⁹. Celle-ci pouvant s'expliquer par le fait que l'employeur n'a souvent pas connaissance de ces dispositions légales et la salariée n'est pas informée de ce droit dont elle dispose. Lorsque l'employeur est mis en demeure d'avoir à créer une salle d'allaitement, cela peut entraîner des conséquences importantes pour l'entreprise. En effet, outre la nécessité de la place dont doit disposer l'entreprise pour créer un local d'une superficie assez importante pour accueillir autant d'enfants de moins d'un an qu'il y a de femmes au sein de l'entreprise, l'employeur devra également déboursier une somme d'argent assez conséquente afin de couvrir l'intégralité des travaux nécessaires pour que le local respecte les différentes règles légales d'hygiène et de sécurité. Par la suite, le local dédié à l'allaitement va entraîner des frais réguliers pour l'employeur puisqu'il sera tenu de rémunérer le personnel affecté spécifiquement à ce local ainsi que le médecin. Si l'employeur méconnaît l'ensemble des règles relatives au local d'allaitement, il est passible d'une sanction pécuniaire, à savoir une amende de cinquième classe qui pourra être prononcée autant de fois qu'il y a de salariées concernées par l'infraction³³⁰. Par conséquent, même si la mise en place d'un tel local est contraignante pour l'employeur, il a davantage intérêt à l'installer de sa propre initiative dès lors que l'entreprise emploie plus de cent salariés. Dans le cas où la demande provient des agents de contrôle de l'inspection du travail, l'employeur a également intérêt à y répondre favorable.

Sur le plan théorique, les dispositions relatives à l'allaitement existent. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant qu'elles sont contraignantes pour l'employeur dans la pratique. Dans certains cas, l'employeur ignore totalement qu'un tel dispositif existe et par conséquent, outre le fait qu'aucun local d'allaitement n'est mis en place au sein de l'entreprise, les salariées ne bénéficient même pas de leur pause supplémentaire. Dans d'autres cas, ce sont les salariées elles-mêmes qui ignorent qu'un tel droit leur est accordé par le législateur. Cependant, si l'employeur ignore généralement les dispositions liées à un aspect très spécifique de la maternité, les choses sont tout autres en ce qui concerne la politique sociale de l'entreprise relative à la parentalité.

329 Celine LEBORGNE-INGELAERE, « Mise en demeure d'installer les locaux d'allaitement : le monopole de la Direccte », *La Semaine Juridique sociale*, 2021, p.1069.

330 C.trav., art. R.4743-2, al. 1.

Paragraphe 2. La mise en place d'une politique sociale de parentalité dans l'entreprise

« Si la flexibilité du temps de travail peut, dans certaines conditions, faciliter l'articulation entre vie professionnelle et familiale, elle peut aussi contribuer à sa complexification lorsque les modes d'accueil des enfants ne sont pas adaptés aux horaires de travail des parents »³³¹. Dès lors, la parentalité naissante des salariés contraint parfois l'employeur à repenser la gestion de son entreprise afin de la rendre attractive pour les salariés. Ainsi, par la mise en place d'une responsabilité sociale de l'entreprise en matière de parentalité (A), l'employeur peut notamment proposer la mise en place d'aide à la garde d'enfants (B).

A. La responsabilité sociale de l'entreprise en matière de parentalité

Si l'un des objectifs fondamentaux du législateur est la réussite de la conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié, aucune disposition légale relative au mode de garde de l'enfant n'est pourtant prévue. En effet, avec la naissance d'un enfant, les salariés doivent obligatoirement adapter leur mode de vie à celui de ce nouveau petit être. Les parents, et plus particulièrement la mère, peuvent être inquiets de reprendre immédiatement le travail à l'issue de leur congé de maternité ou de paternité en raison du fait qu'ils n'ont aucune solution pour faire garder leur enfant. En effet, tous les salariés jeunes parents ne peuvent pas faire garder leur enfant par un membre de leur famille ou tous n'ont pas les moyens de rémunérer une assistante maternelle ou encore de payer les frais d'une crèche. Par conséquent, certaines entreprises ont décidé de prévoir des aides pour les nouveaux parents, relatives notamment à la garde de leur enfant. Aucune obligation légale n'étant imposée à ce titre, ni par le Code du travail ni par tout autre code, cette initiative relève de la politique sociale de chaque entreprise.

En 2008, est créée l'association "Observatoire de la parentalité en entreprise". Elle a pour but de sensibiliser l'ensemble des acteurs sociaux aux enjeux d'une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle. Lors de sa création, et sur initiative de la société L'Oréal, l'Observatoire de la parentalité en entreprise élabore la Charte de la parentalité en entreprise. L'objectif de cette charte est d'inciter les entreprises à proposer aux salariés parents un environnement de travail mieux adapté à leur vie personnelle. Aujourd'hui, la charte est signée par

331 LE BIHAN-YOUIYOU Blanche et autres, « Flexibilité du temps de travail : challenges et opportunités pour la prise en charge de la petite enfance en France », *Lien social et politiques*, 2008, p231.

cinq-cents employeurs, ce qui représente environ trente milles établissements. L'adhésion à cette charte entre dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise et relève ainsi de l'initiative propre de chaque employeur. La charte n'est pas un acte contraignant et par conséquent, l'employeur ne peut légalement être sanctionné pour le non-respect des dispositions de la charte. Toutefois, d'autres sanctions pourront être appliquées à l'entreprise. Par exemple, une sanction publique puisque le fait de ne pas respecter son engagement pourra avoir un impact néfaste sur l'image de l'entreprise.

En 2017, une étude a été réalisée par l'Observatoire de la parentalité en entreprise afin de faire le point sur l'engagement des entreprises quant à la mise en place d'actions concrètes permettant aux salariés d'articuler leur vie personnelle et leur vie professionnelle. Il ressort de cette étude que les entreprises ne cessent de confirmer l'intérêt qu'elles portent à ce sujet. À titre d'illustration, 94% des entreprises ont décidé d'éviter les réunions avant neuf heures du matin et après dix-huit heures le soir. Également, 65% des entreprises offrent la possibilité aux salariés parents de bénéficier du télétravail ou encore 45% d'entre elles ont créé des crèches d'entreprises ou des aides au financement des modes garde.

Il ressort de cette étude que plus de la majorité des salariés plébiscitent de l'entreprise, soit la mise en place d'une crèche d'entreprise, soit une aide financière afin de pouvoir financer une crèche privée. Conscients que la mise en place d'un tel dispositif ne peut être que favorable à la productivité des salariés, de nombreux employeurs se sont donc lancés dans l'expérience de la crèche d'entreprise.

B. Les aides de l'employeur pour la garde à l'enfant

Face à la situation, certains employeurs ont donc décidé de mettre en œuvre des mesures spécifiques afin de permettre aux salariés parents de concilier au mieux leur vie personnelle et professionnelle. C'est ainsi que certains employeurs ont donc décidé de créer des aides financières à l'égard des nouveaux parents afin de leur permettre de pouvoir placer leur enfant en crèche le temps de leur journée de travail. À titre d'illustration, la société La Poste a mis en place une aide financière pour tous les salariés parents du groupe dès lors que ces derniers ont recours à un "mode de garde rémunéré pour les enfants de moins de six ans". L'aide financière varie en fonction des revenus du salarié³³².

332 Cf Annexe I. La politique sociale de La Poste.

D'autres employeurs ont quant à eux décidé d'établir un partenariat avec certaines crèches afin d'assurer aux salariés parents une place au sein de la structure d'accueil pour leur enfant. Le Code de la santé publique définit la crèche comme étant un établissement d'accueil non permanent d'enfants qui veille à la santé, à la sécurité, au bien-être et au développement des enfants qui lui sont confiés³³³. À titre d'exemple, depuis 2009, la Société Générale propose à l'ensemble de ses collaborateurs des places pérennes en crèche. Afin que les salariés de l'ensemble du territoire métropolitain puisse bénéficier de cette mesure, la Société Générale collabore avec deux réseaux de crèches³³⁴. Également, la Société SFR collabore depuis 2014 avec le réseau "1001 crèches" afin de proposer à ses salariés une place pérenne dans la crèche la plus proche de leur domicile³³⁵.

D'autres entreprises ont décidé d'aller encore plus loin en créant des crèches d'entreprise ou des crèches inter-entreprises, permettant ainsi de faciliter vie professionnelle et vie personnelle de chaque salarié parent, mère ou père. À titre d'illustration, l'entreprise Renault, et plus particulièrement l'établissement de Guyancourt, a décidé de créer, en 2011 et 2012, deux crèches à proximité de l'établissement afin d'accueillir les enfants des salariés du Technocentre. Chaque crèche a une capacité d'accueil de soixante enfants, de la naissance à trois ans. La crèche peut accueillir les enfants de manière régulière, occasionnelle ou en cas d'urgence. Afin que les crèches puissent s'adapter au rythme de travail de tous les salariés, les horaires d'ouverture sont aussi larges que possible³³⁶. Toutefois, cela contraint l'employeur à embaucher du personnel qualifié dans le cadre de la petite-enfance. La société Casino est allée encore plus loin en initiant la création d'une crèche en partenariat avec la collectivité locale. Investigatrice de ce projet, la société dispose alors d'un certain nombre de places pour les enfants de ses salariés. Le reste permettant l'accueil des enfants des habitants de la ville³³⁷.

Ainsi, au titre de l'aide à la garde de l'enfant, aucune obligation légale ne s'impose à l'employeur. Par conséquent, la parentalité n'affecte pas réellement la vie de l'entreprise sur cet aspect. Toutefois, instaurer une politique sociale de parentalité au sein de l'entreprise ne peut qu'être bénéfique pour l'employeur. En effet, les salariés seront davantage rassurés de savoir leur enfant en crèche et seront ainsi plus productifs au travail. Une conciliation réussie entre la vie familiale et la vie professionnelle du salarié ne peut être que source de réussite au travail. En effet, l'accompagnement de la parentalité par les entreprises « *est un instrument particulière fort*

333 CSP., art. R.2324-17.

334 Cf Annexe II. La politique sociale de la Société Générale

335 Cf Annexe III. La politique sociale de la Société SFR.

336 Cf Annexe IV. La politique sociale de la Société Renault .

337 Cf Annexe V. La politique sociale de la Société Casino.

d'attractivité et de fidélisation de leur personnel »³³⁸. D'autant que l'employeur qui décide de mettre en place une crèche d'entreprise ou d'avoir recours à la réservation de berceaux au sein de crèches existantes bénéficie d'aides de l'État, notamment le crédit d'impôt famille³³⁹, une déductibilité fiscale sur les frais de fonctionnement à la charge de l'entreprise ou encore des aides de la Caisses d'Allocations Familiales. Par conséquent, la mise en place de tels dispositifs est tout autant bénéfique pour l'employeur et pour les salariés devenus parents.

Par conséquent, la protection de la parentalité après la naissance de l'enfant passe nécessairement par la protection de l'emploi de la salariée mère ou du salarié père. Mais l'objectif n'est pas uniquement de protéger l'emploi en tant que tel. En effet, le point majeur de la protection de la parentalité réside dans la garantie de l'interdiction de la rupture du contrat de travail à l'égard des salariés jeunes parents qui s'impose à l'employeur. Si le salarié bénéficie d'une protection relative contre la rupture de son contrat de travail, les choses sont davantage complexes en ce qui concerne la salariée.

338 OPE, « Guide Crèches & Parentalité : Quelles solutions pour mon entreprise ? », p.5.

339 CGI., art. 244 quater F.

CHAPITRE 2

LA PROTECTION INDISPENSABLE CONTRE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

« Le droit interne et le droit européen prévoient de plus en plus de garde-fous »³⁴⁰ pour que la salariée ne subisse aucun préjudice dans son emploi en raison de sa maternité, et notamment une protection contre la rupture de son contrat de travail.

Le droit européen prône le principe selon lequel pour « pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité »³⁴¹. Une directive européenne prévoit également que les États membres doivent prendre « les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses {enceintes, accouchées ou allaitantes} pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité ». Le droit communautaire prévoit toutefois la possibilité pour l'employeur de licencier la salariée pour des « des motifs justifiés ». Conscient que l'employeur peut commettre des abus de procédure, la directive prévoit expressément que la salariée licenciée en raison de sa grossesse devra être protégée « contre les conséquences d'un licenciement qui serait illégal »³⁴².

Tout comme le droit européen, le droit national reconnaît également le principe de l'interdiction du licenciement de la salariée en état de grossesse médicalement constatée³⁴³. Le Code du travail prévoit alors un ensemble de garanties contre la rupture du contrat de travail à l'égard de la salariée en état de grossesse ou venant d'accoucher. Dès lors, cela permet à la femme « d'enfanter sans risquer de perdre son emploi »³⁴⁴ et de concilier sa vie familiale avec sa vie professionnelle.

340 Marie MERCAT-BRUNS, « La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité », *Revue de droit du travail*, 2011, p.31.

341 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art.33, 7 décembre 2000.

342 Dir., n°92/85/CEE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 10, JOCE du 28 novembre 1992.

343 C.trav., art. L.1225-1.

344 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 74.

Toutefois, la protection accordée à la salariée en état de grossesse contre le licenciement est un frein notable aux pouvoirs de gestion, de direction et de sanction de l'employeur. Dès lors, le législateur prévoit, dans certains cas, la possibilité pour l'employeur de mettre un terme au contrat de travail de la salariée. Là encore, la protection de la salariée primant, ces possibilités sont strictement encadrées (I). Ainsi, si l'employeur méconnaît ces dispositions protectrices et passe outre les cas autorisés de licenciement, les conséquences pour l'entreprise pourront être d'une particulière gravité. Par conséquent, les conséquences du licenciement prononcé par l'employeur en raison de la méconnaissance des dispositions relatives à la protection de la maternité seront favorables à la salariée (II).

Section 1. Les possibilités strictement encadrées de rupture du contrat de travail

Lorsque la salariée réintègre l'entreprise à l'issue de son congé de maternité, l'employeur peut facilement être tenté de la licencier. En effet, après des mois d'absence, la salariée risque de ne pas être habituée aux nouveautés de l'entreprise. L'employeur peut également craindre que la nouvelle vie familiale de la salariée impacte sa vie professionnelle. En effet, l'arrivée d'un enfant demande du temps et de l'énergie, deux choses que la salariée risque par conséquent de ne plus avoir au travail. Dès lors, la salariée deviendrait moins productive et cela pourrait engendrer des pertes pour l'entreprise. Ainsi, afin d'éviter les abus et dérives de l'employeur, le législateur a mis en place des dispositions particulières interdisant au chef d'entreprise de licencier la salariée de retour de congé de maternité (I). Toutefois, si la rupture à l'initiative de l'employeur est interdite, la salariée reste libre de rompre son contrat de travail de sa propre volonté (II).

Paragraphe 1. La protection légitime contre le licenciement

La révélation de la grossesse par la salariée dépossède l'employeur de son pouvoir de la licencier. En effet, aux termes de l'article L.1225-4 du Code du travail, « *aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté* ». Ce texte trouve écho dans l'article L.1132-1 du Code du travail qui érige la grossesse en un motif discriminatoire de licenciement. Ainsi, le régime de protection contre le licenciement prévu par le Code du travail est « *un élément d'un ensemble de mesures en droit interne et en droit européen* ».

dont l'objectif est d'éviter que la grossesse engendre directement une atteinte à la sécurité de l'emploi de la femme, des modification de sa rémunération et dans son évolution de carrière »³⁴⁵.

L'interdiction de licencier une salariée en état de grossesse a été dégagée par le Conseil d'État en tant que principe général du droit dans un arrêt du 8 juin 1973, Dame Peynet³⁴⁶. Par la suite, le législateur s'est inspiré de cette décision administrative pour codifier le principe en droit privé³⁴⁷. Toutefois, « *la protection contre le licenciement ne présente pas la même intensité selon l'état d'avancement de la grossesse* »³⁴⁸. En effet, l'alinéa 1 de l'article L.1225-4 du Code du travail précise que l'employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée « *pendant l'intégralité des période de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et au titre des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité ainsi que pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes* ». Toutefois, l'alinéa 2 de ce même texte dispose que « *l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les période de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa* ».

Par conséquent, il ressort de cet article qu'il existe trois périodes distinctes de protection contre le licenciement. La première est une période de protection absolue contre le licenciement qui s'étend durant toute la durée du congé de maternité ainsi que pendant les congés payés pris immédiatement après ledit congé. La deuxième période se situe de la déclaration de la grossesse médicalement constatée au jour précédant le début du congé de maternité. Enfin, la dernière période se situe en aval, soit pendant les dix semaines suivant l'expiration du congé de maternité. Durant ces deux dernières périodes, la protection contre le licenciement est relative. Cette distinction entre protection absolue (A) et protection relative (B) contre le licenciement impose une extrême vigilance à l'employeur qui souhaiterait licencier une salariée enceinte ou venant d'accoucher.

345 Marie MERCAT-BRUNS, « La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité », *Rev.trav.*, 2011, p.31.

346 CE, Ass., 8 juin 1973, n°80232, PL.

347 Décret du 15 novembre 173, n°73-1046.

348 Alexandre FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée – Rupture – Licenciement », *RDT*, 2020, point 439.

A. La période de protection absolue contre le licenciement

Durant la totalité du congé de maternité, l'employeur a l'interdiction formelle de licencier la salariée. Une telle interdiction vise à protéger la vie professionnelle de la salariée et lui permet ainsi de concilier vie familiale et vie professionnelle. Mais cette interdiction absolue du licenciement prive totalement l'employeur de ses pouvoirs de gestion et de direction pendant un certain temps. Ainsi, l'employeur peut être contraint de garder au sein de ses effectifs une salariée dont il envisagerait en réalité le licenciement. Cette protection absolue contre le licenciement a connu une certaine évolution.

À l'origine, l'employeur gardait un certain pouvoir de direction. En effet, il pouvait initier la procédure de licenciement à l'encontre de la salariée durant son congé de maternité et lui notifier son licenciement lors de son retour à l'emploi. La jurisprudence avait posé le principe selon lequel l'employeur pouvait préparer, en amont, le licenciement pendant cette période de protection. Ainsi, « *la résiliation du contrat de travail par l'employeur ne peut prendre effet ou être signifiée pendant la période de suspension liée à la maternité ou à l'adoption, ces dispositions n'interdisent pas à l'employeur d'engager la procédure de licenciement pendant ladite période* »³⁴⁹. Cette solution deviendra une jurisprudence constante de la Cour de cassation et ne cessera d'être rappelée pendant de nombreuses années³⁵⁰. Ainsi, même pendant la période de suspension du contrat de travail liée à la maternité, l'employeur pouvait procéder aux actes préparatoires du licenciement. Par exemple, l'entretien préalable au licenciement pouvait avoir lieu pendant le congé maternité de la salariée³⁵¹. La seule condition posée par la jurisprudence était que la notification du licenciement devait avoir lieu à l'expiration de la période de protection. La jurisprudence faisait donc une interprétation stricto sensu des dispositions légales et était « *marquée du sceau de la sévérité, les décisions rendues révélant l'absence d'inclination de la Cour de cassation à aller au-delà des prévisions légales* »³⁵². Avec une telle position, l'employeur conservait donc une certaine partie de sa liberté d'entreprendre. Il préparait la décision de licenciement pendant la période de suspension du contrat de travail et celle-ci prenait effet lors du retour à l'emploi. Cela est dû au fait que la mesure préparatoire n'est pas un acte juridique à proprement parlé. Par conséquent, elle n'emporte pas de conséquences juridiques immédiates. Seule la notification du licenciement, qui avait lieu lors du

349 Cass.soc., 28 juin 1995, n°92-40.136, NPB.

350 Cass.soc., 19 mars 2008, n°07-40.599, PB.

351 Cass.soc., 17 février 2010, n°06-41.392, PB.

352 Carole LEFRANC-HARMONIAUX, « Maternité et rupture du contrat de travail », *Recueil Dalloz*, 2010, p.1772.

retour à l'emploi, est un acte juridique qui emporte des conséquences. Mais le pouvoir de gestion de l'employeur va être restreint suite à une évolution jurisprudentielle importante.

En effet, les choses vont évoluer en raison d'une jurisprudence européenne. En 2007, la Cour de justice des Communautés européennes va préciser qu'« *il est interdit non seulement de notifier une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d'un enfant pendant la période de protection [...] mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l'échéance de cette période* »³⁵³. Inspirée par cette jurisprudence et veillant à protéger davantage les salariées, la Cour de cassation va s'inspirer de cette jurisprudence européenne pour opérer un revirement important. En 2010, la Chambre sociale de la Cour de cassation va aligner sa jurisprudence sur la jurisprudence européenne en posant le principe selon lequel la mesure préparatoire au licenciement est interdite durant la période de suspension du contrat de travail liée à la maternité³⁵⁴. La Haute juridiction est ainsi passée d'une position souple à une position stricte en interdisant toute mesure préparatoire au licenciement pendant le congé de maternité. Dès lors, l'employeur ne peut pas envoyer de convocation à l'entretien préalable pendant le congé de maternité. De la même manière, ledit entretien ne peut avoir lieu durant cette période. La Chambre sociale de la Cour de cassation va aller encore plus loin en précisant que constitue une mesure préparatoire au licenciement, le fait pour l'employeur d'appeler une salariée pendant son congé de maternité afin de lui annoncer qu'un futur licenciement est à prévoir dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi³⁵⁵. En revanche, ne constitue pas une mesure préparatoire au licenciement le fait pour l'employeur de prévoir, dans le cadre d'un projet de restructuration, la suppression de l'emploi de la salariée en congé de maternité et ainsi de lui faire part des postes disponibles en vue du reclassement³⁵⁶. L'appréciation du caractère préparatoire ou non de la mesure relevant de la souveraineté des juges du fond, il est donc difficile pour l'employeur de savoir quel acte il lui est possible d'effectuer ou non.

Ce revirement jurisprudentiel impacte donc fortement le pouvoir de direction de l'employeur et va au-delà de la stricte interprétation des dispositions de l'article L.1225-4 du Code du travail. En effet, cette position jurisprudentielle « *invite implicitement les juges à établir un rapport éventuel entre des décisions de gestion du personnel de l'employeur qui s'enchaînent, tel un continuum, dès l'annonce d'une grossesse jusqu'à la notification du licenciement que fait apparaître le régime des*

353 CJCE, 11 octobre 2007, aff. C-460/06, paragraphe 38, PAQUAY.

354 Cass.soc., 15 septembre 2010, n°08-43.299, PB.

355 Cass.soc., 1^{er} février 2017, n°15-26.250, NPB.

356 Cass.soc., 14 septembre 2016, n°15-15.943, PB.

périodes de protection »³⁵⁷. Toutefois, le régime spécifique de protection applicable à la salariée enceinte ne fait pas totalement obstacle au pouvoir de licenciement dont dispose l'employeur. En effet, dans certains cas strictement encadrés, l'employeur peut tout de même licencier une salariée en état de grossesse.

B. Les périodes de protection relative contre le licenciement

Si le licenciement ainsi que les actes préparatoires qui y sont attachés sont strictement interdits durant toute la période de suspension du contrat de travail, c'est-à-dire durant le congé de maternité, l'employeur peut tout de même envisager le licenciement d'une salariée enceinte ou venant d'accoucher pendant deux périodes. En effet, l'employeur peut licencier une salariée enceinte pendant la période qui s'écoule du jour de la déclaration de la grossesse de la salariée au jour précédant son congé de maternité. La seconde période où l'employeur garde son pouvoir de direction correspond aux dix semaines suivant l'expiration du congé de maternité. Toutefois, les possibilités de licenciement sont strictement encadrées par le législateur. En effet, seule une faute grave de la salariée non liée à son état de grossesse ou une impossibilité de maintenir son contrat de travail pour une raison étrangère à sa grossesse ou son accouchement peuvent permettre à l'employeur de justifier de la rupture du contrat de travail de la salariée³⁵⁸. Ces dispositions sont d'ordre public et aucun autre motif ne peut permettre à l'employeur de rompre le contrat de travail d'une salariée enceinte ou venant d'accoucher pendant la période de protection liée à la maternité. Ces deux possibilités de rupture du contrat de travail trouvent écho dans les dispositions de l'article 10 de la directive européenne du 19 octobre 1992 qui dispose que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses, [...] pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité [...], sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales* »³⁵⁹.

Ces deux possibilités sont strictement interprétées par la jurisprudence. Dès lors, l'employeur doit expressément mentionner le motif du licenciement dans la lettre de licenciement³⁶⁰. À défaut, le licenciement pourra être considéré comme nul³⁶¹. La jurisprudence se montre expressément stricte

357 Marie MERCAT-BRUNS, « La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité », *Rev.trav.*, 2011, p.33.

358 C.trav., art. L.1225-4.

359 Dir., n°92/85/CE, 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

360 Cass.soc., 24 octobre 2000, n°98-41.937, PB.

361 Cass.soc., 15 janvier 2014, n°12-24.824, NPB.

sur ces deux motifs et veille à ce qu'il n'y ait pas d'abus. Ainsi, « *la faute grave est conçue comme l'unique moyen de licencier une salariée en raison de son comportement* »³⁶². L'impossibilité de maintenir le contrat de travail est interprétée de manière restrictive par la Haute juridiction. À titre d'illustration, le seul motif économique ne se suffit pas à lui seul pour justifier de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail de la salariée enceinte. La lettre de licenciement ne peut simplement énoncer les seules difficultés économiques mais doit faire mention de l'un des deux cas limitatifs de l'article L.1225-4 du Code du travail³⁶³, sous peine de nullité³⁶⁴. Par conséquent, même si pendant ces deux périodes l'employeur dispose d'une possibilité de rompre le contrat de travail de la salariée, les cas sont limitativement énumérés et surtout strictement encadrés.

La première possibilité pour l'employeur de rompre le contrat de travail est la faute grave de la salariée enceinte ou venant d'accoucher. Ainsi, « *la grossesse semble être érigée en une sorte de circonstance atténuante à un manquement contractuel de la salariée* »³⁶⁵. Toutefois, il ressort de l'article L.1225-4 du Code du travail que deux conditions cumulatives sont nécessaires pour justifier de la faute de la salariée. Tout d'abord, la faute doit être d'une certaine gravité car seule une faute grave peut justifier le licenciement. La faute grave étant « *celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* »³⁶⁶. La seconde condition est que la faute doit être indépendante de l'état de grossesse de la salariée. Ainsi, il a pu être jugé que des erreurs dans l'accomplissement de la prestation de travail justifient le licenciement dès lors que ces erreurs procèdent d'une volonté délibérée de la salariée sans qu'elles ne puissent s'expliquer par son état de grossesse³⁶⁷. De la même manière des absences répétées qui ne se justifieraient pas par l'état de grossesse peuvent justifier le licenciement pour faute grave de la salariée enceinte³⁶⁸. Par conséquent, la salariée enceinte ne bénéficie pas d'une immunité disciplinaire. Ainsi, un comportement inapproprié de la salariée enceinte peut justifier son licenciement pour faute grave. En effet, l'état de grossesse ne suffit pas à excuser des propos exagérément graves³⁶⁹ ou encore des comportements excessifs³⁷⁰.

362 Alexandre FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : Rupture – Licenciement », *RDT*, 2020, point 446.

363 Cass.soc., 31 octobre 1996, n°93-45.019, NPB ; Cass.soc., 21 janvier 2009, n°07-41.841, PB ; Cass.soc., 4 mars 2020, n°18-19.189, PB.

364 Cass.soc., 14 décembre 2016, n°15-21.898, PB.

365 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 96.

366 Cass.soc., 27 septembre 2007, n°06-43.867, PB.

367 Cass.soc., 13 décembre 2006, n°05-45.325, NPB.

368 Cass.soc., 17 février 2010, n°08-45.348, NPB.

369 Cass.soc., 13 mars 1980, n°78-40.793, PB.

370 Cass.soc., 30 novembre 2016, n°14-18.305, NPB.

La seconde possibilité pour l'employeur de rompre le contrat de travail est l'impossibilité de maintenir ledit contrat. Toutefois, ce motif de licenciement est compliqué à justifier pour l'employeur. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation veille à ce qu'il ne détourne pas ce motif dans le seul but de licencier une salariée enceinte. Par conséquent, les raisons de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail sont strictement encadrées par la jurisprudence. Il serait possible de penser que l'insuffisance professionnelle puisse être un motif qui permettrait à l'employeur de licencier la salariée puisqu'en raison de celle-ci il lui est impossible de poursuivre l'exécution du contrat. Or, la Cour de cassation ne s'est pas réellement prononcée sur cette possibilité. Lorsqu'elle a eu à juger une telle affaire, la Haute juridiction a précisé que le licenciement de la salariée devait être considéré comme nul car l'employeur avait seulement fait mention de l'insuffisance professionnelle dans la lettre de licenciement sans préciser en quoi celle-ci justifiait une impossibilité de maintenir le contrat de travail de la salariée³⁷¹. Toutefois, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas expressément précisé que l'insuffisance professionnelle faisait obstacle au maintien du contrat de travail de la salariée. Depuis, les Hauts magistrats ne se sont pas prononcés sur la question. Toutefois, cela montre bien que le pouvoir dont dispose l'employeur pour licencier la salariée enceinte ou venant d'accoucher est strictement encadré et limité. De la même manière, le seul motif économique ne suffit pas à caractériser l'impossibilité manifeste de maintenir le contrat de travail de la salariée³⁷². En plus de démontrer les difficultés économiques, l'employeur doit également justifier de l'impossibilité de maintenir le contrat dans la lettre de licenciement. Cette impossibilité est généralement établie en cas de suppression du poste de la salariée notamment suite à la fermeture de l'établissement³⁷³ ou encore d'une réorganisation de l'entreprise dans le but de sauvegarder sa compétitivité³⁷⁴. Mais le droit européen tend de plus en plus à écarter la protection particulière accordée à la femme enceinte en cas de licenciement économique collectif. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que *« l'employeur doit exposer par écrit à une travailleuse enceinte qu'il s'apprête à licencier ou qu'il a déjà licenciée les motifs non inhérents à la personne de celle-ci pour lesquels il effectue un licenciement collectif [...]. Ces motifs peuvent être, notamment, économiques, techniques ou relatifs à l'organisation ou à la production de l'entreprise. Il incombe, en outre, à l'employeur d'indiquer à la travailleuse enceinte les critères objectifs qui ont été retenus pour désigner les travailleurs à licencier. Dans ces conditions, [...] {la directive} ne s'oppose pas à une réglementation nationale permettant à l'employeur de licencier une travailleuse enceinte dans le*

371 Cass.soc., 3 novembre 2016, n°15-15.333, PB ; Cass.soc., 7 décembre 2017, n°16-23.190, NPB.

372 Cass.soc., 14 décembre 2016, n°15-21.898, PB.

373 Cass.soc., 4 octobre 1995, n°94-41.162, NPB.

374 Cass.soc., 16 juin 1999, n°97-42.490, NPB.

cadre d'un licenciement collectif, sans lui fournir d'autres motifs que ceux qui justifient ce licenciement collectif, pour autant que sont indiqués les critères objectifs qui ont été retenus pour désigner les travailleurs licenciés »³⁷⁵. Par conséquent, la Cour de justice de l'Union européenne tend à redonner à l'employeur une certaine partie de son pouvoir de direction et à remettre en place le principe d'égalité de traitement entre les travailleurs. À l'heure actuelle, la Cour de cassation ne s'est toujours pas prononcée sur la question et reste à savoir si elle changera de position ou si elle continuera d'appliquer une lecture littérale de l'article L.1225-4 du Code du travail. Cependant, la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé récemment que le refus par la salariée enceinte de l'application à son contrat de travail des stipulations de l'accord relatif à la mobilité interne ne suffit pas à caractériser, par lui-même, l'impossibilité dans laquelle se trouve l'employeur de maintenir le contrat de travail de la salariée³⁷⁶. Par conséquent, il semble donc que la Cour de cassation ne soit pas prête à suivre la position de la jurisprudence européenne. Dès lors, les pouvoirs de gestion et de direction de l'employeur sont limités en matière de licenciement d'une salariée enceinte ou venant d'accoucher.

Toutefois, dans certains cas, il se peut que l'employeur soit contraint de revenir sur sa décision de licenciement. En effet, si l'employeur licencie une salariée alors qu'il n'avait pas connaissance de son état de grossesse, celle-ci dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification du licenciement pour envoyer à son employeur un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte. Le législateur se contentant simplement de préciser que le délai commence à courir à compter de la notification du licenciement, la Haute juridiction est venue préciser expressément le point de départ de ce délai. Ainsi, le délai de quinze jours dont dispose la salariée pour avertir son employeur de son état de grossesse court à compter du jour où elle a effectivement connaissance de la lettre de licenciement, et non pas à compter du jour de la notification du licenciement³⁷⁷. La salariée qui informe l'employeur dans le délai imparti pourra alors bénéficier de la protection relative au licenciement applicable aux salariées enceintes. La Cour régulatrice est allée encore plus loin en précisant que la salariée peut bénéficier de la protection applicable aux salariées enceintes si elle informe son employeur de son état de grossesse dans le délai de quinze jours alors même qu'elle n'était pas enceinte au jour de son licenciement³⁷⁸. Un tel principe est protecteur de la salariée mais met d'autant plus à mal le pouvoir de gestion de l'employeur. En effet, dans ce cas, l'employeur devient soumis au respect de l'ensemble des dispositions contraignantes relatives à la protection de la

375 CJUE, 22 février 2018, aff. C-103/16, PORRAS GUIADO.

376 Cass.soc., 4 mars 2020, n°18-19.189, PB.

377 Cass.soc., 8 juin 2011, n°10-17.022, PB.

378 Cass.soc., 2 juillet 2014, n°13-12.496, NPB.

maternité alors même que la salariée n'était pas enceinte au moment de son licenciement. Dès lors, comment est-il possible d'imaginer que la décision de l'employeur serait motivée par l'état de grossesse de la salariée alors même que cette dernière n'était pas enceinte au jour de son licenciement ? « Une telle règle montre que le principe d'interdiction des ruptures du contrat de travail tend moins à sanctionner un comportement de l'employeur, qu'à garantir le maintien du contrat de travail de la femme enceinte, qui doit bénéficier d'un emploi stable garant d'une grossesse sereine »³⁷⁹. Toutefois, ce mécanisme n'est pas applicable lorsque le licenciement est prononcé pour une faute grave ou une impossibilité de maintenir le contrat de travail pour une raison indépendante de l'état de grossesse de la salariée³⁸⁰. Ce principe est également rappelé par la Chambre sociale de la Cour de cassation³⁸¹.

Par conséquent, la salariée enceinte ou en couches bénéficie d'une protection importante contre le licenciement. Cette protection s'entend par la nécessité de protéger la carrière de la salariée et de lui permettre une conciliation entre sa vie personnelle et professionnelle. Toutefois, une telle protection met à mal la liberté d'entreprendre de l'employeur. Si celle-ci est totalement inexistante pendant la période de suspension du contrat de travail, elle reste partiellement en amont et en aval de cette période. Toutefois, l'intransigeance extrême dont fait preuve la Cour de cassation sur les motifs de licenciement est un frein supplémentaire au pouvoir de direction de l'employeur. Il est donc plus prudent pour ce dernier de garder dans ses effectifs la salariée enceinte ou en couches plutôt que d'essayer de la licencier. Toutefois, si la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est prohibée ou encadrée selon les cas, la rupture du contrat à l'initiative de la salariée est possible.

Paragraphe 2. La liberté de la salariée de rompre son contrat de travail

La salariée enceinte ou venant d'accoucher bénéficie d'une protection contre la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. En raison de la liberté du travail, aucun salarié n'est contraint de rester au service de l'employeur. Par conséquent, la salariée en état de grossesse ou en couches demeure libre de rompre le contrat de travail de sa propre initiative. Pour se faire, le mécanisme de la démission lui est ouvert (A). Outre le fait que la salariée est libre de rompre son contrat de travail, elle peut également négocier son départ de l'entreprise avec l'employeur.

379 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 89.

380 C.trav., art. L.1225-5.

381 Cass.soc., 31 janvier 2018, n°16-17.886, PB.

A. Le principe affirmé du droit à la démission

Aucune disposition légale n'interdit à la salariée en état de grossesse médicalement constaté de démissionner. Le droit de démissionner étant un corollaire de la liberté du travail du salarié. Toutefois, la salariée ne pouvant « *manifestement être protégée contre son gré* »³⁸², l'ensemble des dispositions spécifiques relatives à la protection de la maternité ne sont pas applicables. Par conséquent, la salariée enceinte qui décide de démissionner doit respecter les conditions de droit commun relatives à la démission. Aucun formalisme particulier n'est prévu. Dès lors, la salariée peut librement rompre son contrat de travail de manière verbale. Au contraire de l'employeur qui procède à un licenciement, la salariée ne sera pas tenue de motiver et de justifier sa décision. Toutefois, la décision de démissionner devra être claire et non équivoque. À cet égard, la jurisprudence a apporté de nombreuses précisions. Ainsi, la démission de la salariée sous la pression de l'employeur ne peut être considérée comme claire et non équivoque³⁸³. De la même manière, la démission annoncée verbalement à l'employeur sous le coup de l'émotion ou de la colère ne pourra être considérée comme licite³⁸⁴. Par conséquent, l'employeur devra veiller à ce que la salariée ne donne pas sa démission sous le coup d'une émotion qui serait liée à sa grossesse. En tout état de cause, dès lors que la démission de la salariée est claire et non équivoque, elle devient définitive³⁸⁵.

En principe, le salarié démissionnaire est tenu de respecter un préavis. La loi ne fixe un délai de préavis pour la démission que pour les journalistes et les VRP³⁸⁶. Pour toutes les autres professions, le salarié devra se référer aux dispositions conventionnelles, ou à défaut aux usages de l'entreprise³⁸⁷. En pratique, le salarié démissionnaire est donc tenu de respecter un délai de préavis conventionnel, sauf dispense expressément accordée par l'employeur. Une telle situation permet à l'employeur d'appréhender le départ du salarié, notamment dans l'organisation de l'entreprise. Toutefois, une disposition particulière s'impose à la salariée en état de grossesse. En effet, celle-ci est libre de rompre son contrat de travail « *sans préavis et sans devoir d'indemnité de rupture* »³⁸⁸. Par conséquent, lorsque la démission concerne une salariée en état de grossesse, l'employeur n'a pas de recul sur la situation. En effet, dès l'instant où la salariée annonce à l'employeur sa décision de quitter l'entreprise, celle-ci quittera immédiatement son poste de travail et par conséquent, les

382 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 93.

383 Cass.soc., 24 mars 2004, n°02-41.650, NPB.

384 Cass.soc., 7 avril 1999, n°97-40.689, NPB.

385 Cass.soc., 19 mars 1981, n°78-40.392, PB.

386 C.trav., art. L.7112-2 et art. L.7313-9.

387 C.trav., art. L.1237-1.

388 C.trav., art. L.1225-34.

effectifs de l'entreprise. Malgré tout, la démission d'une salariée en état de grossesse n'entraîne aucune obligation supplémentaire pour l'employeur. Toutefois, les choses sont autres lorsque la salariée décide de démissionner à l'issue de son congé de maternité.

Outre la possibilité de démissionner pendant sa grossesse, la salariée peut également décider de démissionner à l'issue de son congé de maternité ou pendant les deux mois suivant la naissance de l'enfant. Contrairement au régime juridique de la démission lors de l'exécution du contrat de travail, des dispositions particulières sont légalement prévues pour encadrer le mécanisme de la démission lors de la période de suspension du contrat en raison du congé de maternité. Ainsi, la salariée qui décide de rompre son contrat de travail à l'issue de son congé de maternité pour élever son enfant doit en avertir l'employeur au moins quinze jours avant l'échéance du terme³⁸⁹. L'information à l'employeur doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre récépissé³⁹⁰. Dès lors que le délai de prévenance est respecté, la salariée n'est pas tenue d'exécuter son préavis, ni d'indemniser l'employeur à ce titre. De la même manière, l'employeur n'est pas davantage tenu de verser à la salariée démissionnaire une indemnité compensatrice de préavis³⁹¹. En revanche, la salariée qui ne respecte pas le délai de prévenance sera contrainte d'effectuer le préavis de démission prévu par les dispositions légales, conventionnelles ou les usages de l'entreprise³⁹². Si la salariée décide de passer outre cette exécution, elle devra verser à l'employeur une indemnité compensatrice pour non-exécution du préavis³⁹³.

Lorsque la démission de la salariée est donnée durant le congé de maternité, une contrainte supplémentaire s'impose à l'employeur. En effet, dès lors que la salariée fait le choix de démissionner à l'issue de son congé de maternité pour élever son enfant, elle bénéficie d'une priorité de réembauche au sein de l'entreprise durant une année complète³⁹⁴. Par conséquent, alors même qu'il résulte de la propre volonté de la salariée de quitter l'entreprise, l'employeur doit obligatoirement lui proposer tous les postes disponibles auxquels sa qualification lui permet de prétendre. Une telle spécificité est liée au principe de la réinsertion professionnelle de la salariée à l'issue d'un congé parental. Toutefois, cette protection de la maternité contrecarre le pouvoir de gestion de l'employeur. En effet, l'employeur n'est pas libre de recruter le candidat de son choix pour le poste disponible au sein de l'entreprise. La salariée qui accepte la proposition d'emploi faite

389 C.trav., art. L.1225-66.

390 C.trav., art. R.1225-18.

391 Cass.soc., 18 juin 1997, n°94-44.466, PB.

392 Cass.soc., 9 juillet 1980, n°79-40.364, PB.

393 Cass.soc., 12 novembre 2002, n°00-45.705, NPB.

394 C.trav., art. L.1225-67.

par l'employeur devra alors être réintégrée dans l'entreprise et ce, avec tous les avantages acquis au moment de son départ. Outre les dommages et intérêts qu'il pourra verser à la salariée notamment en raison du principe de non discrimination, l'employeur qui ne respecte pas cette priorité de réembauche est passible d'une contravention de cinquième classe³⁹⁵. La situation est d'autant plus périlleuse que la rédaction de l'article L.1225-66 du Code du travail en des termes généraux et sans distinction entre la mère ou le père, permet également au second parent de démissionner pendant les deux mois suivant la naissance de son enfant. Dès lors, les mêmes conditions que celles applicables à la salariée mère s'imposent. Ainsi, le second parent devra en informer son employeur en respectant un délai de prévenance d'au moins quinze jours avant la date à laquelle il entend rendre sa démission effective. De la même manière, il bénéficiera d'une priorité de réembauche pendant l'année suivante. Ainsi, alors même que l'employeur n'a aucune femme en congé de maternité au sein de ses effectifs, il se retrouve soumis aux dispositions spécifiques applicables en la matière.

Par conséquent, selon le moment où la démission est présentée, celle-ci emportera des conséquences plus ou moins contraignantes pour l'employeur. Avant la naissance de l'enfant, la salariée est libre de rompre son contrat de travail sans que cela n'affecte particulièrement la situation de l'entreprise. En revanche, la démission présentée durant le congé de maternité ou dans les deux mois suivant la naissance de l'enfant lie l'employeur à la salariée parent pendant un an. Durant cette année, l'employeur devra donc veiller à proposer tous les postes disponibles répondant à la qualification professionnelle du salarié afin de ne pas être pénalement sanctionné. Outre la rupture du contrat de travail de sa seule initiative, la salariée en état de grossesse peut également décider d'avoir recours à une rupture négociée avec l'employeur. Dans ce cas, les conséquences pour l'employeur sont moins importantes.

B. La reconnaissance jurisprudentielle du bénéfice de la rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle est « *un acte juridique par lequel l'employeur et le salarié conviennent d'un commun accord du principe et des conditions de la rupture du contrat de travail* »³⁹⁶. Le mécanisme de la rupture conventionnelle est d'origine jurisprudentielle. La Chambre sociale de la Cour de cassation précisant que « *le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties* »³⁹⁷. Par la suite, le

395 C.trav., art. R.1227-5.

396 Pascal LOKIEC, « Ruptures conventionnelles », *RDT*, 2020, point 4.

397 Cass.soc., 2 décembre 2003, n°01-46.540, PB.

législateur a mis en place un dispositif légal permettant de régir la rupture d'un commun accord. Sous l'impulsion des partenaires sociaux³⁹⁸, le législateur a codifié le principe de la rupture conventionnelle en 2008³⁹⁹.

Désormais, aux termes de l'article L.1237-11 du Code du travail, « *l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* ». Le législateur insiste sur le fait que la rupture conventionnelle résulte d'une négociation et d'un commun accord entre l'employeur et le salarié et « *ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties* »⁴⁰⁰. Le législateur a prévu un arsenal de garanties procédurales afin de protéger les salariés des potentiels abus de l'employeur de l'utilisation d'un tel mode de rupture. Ainsi, au préalable de la signature de la convention de rupture, l'employeur est tenu de recevoir une ou plusieurs fois le salarié en entretien⁴⁰¹ afin de discuter des modalités de la rupture. À compter de la date de la signature, chaque partie dispose alors d'un délai de réflexion de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation⁴⁰². À l'expiration de ce délai, la partie la plus diligente, généralement l'employeur, adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative⁴⁰³. Par conséquent, l'inspecteur du travail devient un garde-fou des droits du salarié puisque c'est à lui qu'il appartient de vérifier que la convention de rupture a été signée sans vice du consentement et sans abus de la part de l'employeur. La validité de la convention est subordonnée à son homologation par l'inspecteur du travail⁴⁰⁴.

Ainsi, au regard des conditions de fond et de forme de la rupture conventionnelle, la rupture d'un commun accord du contrat de travail entre la salariée en état de grossesse médicalement constatée et l'employeur ne pose aucune difficulté. En effet, la salariée enceinte bénéficie d'un régime spécifique de protection mais reste libre, en vertu du principe de la liberté du travail, de choisir de rompre son contrat de travail. Toutefois, la question de la rupture conventionnelle d'une salariée dont le contrat de travail est suspendu en raison de son congé de maternité a longtemps fait débat.

398 ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Art. 12 dispose que « sans remettre en cause les modalités de rupture existantes du CDI, ni porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise, il convient, par la mise en place d'un cadre collectif, de sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie ».

399 L., n°2008-596, 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, art. 5, JORF du 26 juin 2008.

400 C.trav., art. L.1237-11, al. 2.

401 C.trav., art. L.1237-12.

402 C.trav., art. L.1237-13.

403 C.trav., art. L.1237-14, al. 1.

404 C.trav., art. L.1237-14, al. 3.

Aucune disposition légale n'autorise ou n'interdit la rupture amiable du contrat de travail d'une salariée enceinte pendant son congé de maternité. Aussi surprenant que cela puisse paraître, la Chambre sociale de la Cour de cassation est restée pendant longtemps silencieuse sur la question. L'administration est donc venue palier cette carence en précisant qu'aucune rupture conventionnelle ne pouvait être signée pendant le congé de maternité⁴⁰⁵. Alors que la liberté de rupture du contrat de travail est primordiale, cette solution peut paraître surprenante. En réalité, « *c'est la protection particulière dont bénéficie la salariée en congé de maternité qui justifie cette interdiction. L'employeur est en effet suspecté de faire signer un accord de rupture conventionnelle à la salariée afin de la priver de son statut protecteur* »⁴⁰⁶. La solution reste toutefois déconcertante eu égard aux nombreuses garanties procédurales qui entourent le mécanisme de la rupture conventionnelle et notamment l'homologation par l'inspecteur du travail. Par conséquent, ne serait-il pas légitime de penser que ces garanties procédurales seraient suffisantes pour protéger les intérêts de la salariée ? Face à la situation, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne pouvait rester silencieuse. Après des années sans indication de la Haute juridiction, celle-ci s'est finalement prononcée sur la question en 2015, mettant ainsi un terme à toutes ces questionnements et incertitudes. Désormais, il est acquis que « *sauf en cas de fraude ou de vice du consentement (.), une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L.1237-11 du code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité* »⁴⁰⁷. Toutefois, la rupture conventionnelle n'étant applicable qu'au contrat de travail à durée indéterminée, la salariée en congé maternité dont le contrat de travail à durée déterminée est suspendu ne pourra prétendre au bénéfice de la rupture conventionnelle.

En tout état de cause, la rupture conventionnelle n'a pas réellement d'impact pour l'employeur eu égard à la maternité. En effet, la rupture conventionnelle étant un mode de rupture du contrat de travail résultant d'un commun accord entre les parties, l'employeur est libre de s'y opposer. Toutefois, en cas de refus de l'employeur, la salariée pourrait agir sur le fondement de la discrimination. Il lui appartiendra cependant de prouver que la décision de refus de l'employeur est justifiée par son état de grossesse ou la naissance de son enfant, ce qui pourrait être difficile puisque la décision de faire droit ou non à la demande de la salariée relève de la seule volonté de l'employeur. En tout état de cause, la rupture conventionnelle est, comme pour tous les salariés, un privilège pour la salariée enceinte lui permettant de négocier son départ de l'entreprise.

405 Cir. DGT, n°2009-04, 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un CDI, art. 1.2.

406 Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », *RDT*, 2019, point 137.

407 Cass.soc., 25 mars 2015, n°14-10.149, PB.

Ainsi, lorsque la salariée décide de quitter son poste de travail de sa propre initiative, l'employeur n'enfreint aucune disposition légale relative à la protection de la maternité. Dès lors, il ne lui est redevable d'aucune indemnité. En revanche, lorsque l'employeur licencie la salariée en raison de son état de grossesse, le licenciement prononcé en méconnaissance des règles protectrices entraîne le droit pour la salariée d'en obtenir réparation.

Section 2. Les effets considérables du licenciement prononcé

Si l'employeur passe outre les dispositions relatives à la protection de la salariée enceinte ou venant d'accoucher et qu'il décide de prononcer un licenciement à son égard, ce dernier sera considéré comme nul⁴⁰⁸. La nullité du licenciement peut s'expliquer par deux raisons. D'une part, la méconnaissance par l'employeur des dispositions relatives à la protection de la maternité. D'autre part, le non-respect par l'employeur du principe de non-discrimination qui régit la relation de travail⁴⁰⁹.

À l'origine, la Chambre sociale de la Cour de cassation admettait que le licenciement prononcé par l'employeur en violation du statut protecteur accordée à la salariée enceinte ou venant d'accoucher ne prenait effet qu'à compter de la date de fin de la période de protection⁴¹⁰. La Haute juridiction fonctionnait donc selon un mécanisme de suspension du licenciement. Un revirement jurisprudentiel va être opéré par les Hauts magistrats, considérant que le licenciement doit être considéré comme nul dès l'instant où il est prononcé par l'employeur⁴¹¹. Depuis lors, la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas changé et la nullité de plein droit du licenciement ne cesse d'être rappelée⁴¹². Ainsi, le licenciement étant nul de plein droit, la salariée pourra agir à l'encontre de l'employeur afin d'obtenir sa réintégration (I) et une indemnisation (II).

Paragraphe 1. Le bénéfice nécessaire d'un droit à réintégration

Le licenciement prononcé par l'employeur en violation des dispositions spécifiques relatives à la protection de la maternité étant considéré comme nul, une fiction juridique se met alors en place. En effet, la nullité emportant l'anéantissement de l'acte irrégulier, il convient de revenir au statut quo.

408 C.trav., art. L.1225-70.

409 C.trav., art. L.1132-4.

410 Cass.soc., 4 avril 1991, n°89-42.406, PB.

411 Cass.soc., 20 novembre 2001, n°99-41.507, PB.

412 Cass.soc., 7 avril 2004, n°02-40.333, PB.

Cela signifie donc que la femme enceinte ou venant d'accoucher est toujours considérée comme faisant partie des effectifs de l'entreprise et comme titulaire de son poste de travail. Dès lors, la salariée doit être réintégrée dans son emploi. Toutefois, la reconnaissance du droit à réintégration de la salariée enceinte a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle importante (A). Une fois ce droit affirmé et reconnu par la Haute juridiction, la jurisprudence a dû encadrer les modalités de la réintégration de la salariée (B).

A. La reconnaissance jurisprudentielle du droit à réintégration

Le droit à réintégration en cas de nullité du licenciement n'a pas toujours été accordé à la salariée enceinte. À l'origine, ce droit n'était reconnu qu'aux salariés bénéficiant d'un statut protecteur, la salariée enceinte n'en faisant pas partie. Dans un premier temps, la Chambre sociale de la Cour de cassation va reconnaître le droit à réintégration en cas de nullité du licenciement prononcé à l'encontre d'un délégué syndical⁴¹³. Par la suite, la Haute juridiction va étendre le droit à réintégration au salarié gréviste estimant que la poursuite du contrat de travail devait avoir lieu quand celui-ci n'était valablement rompu⁴¹⁴. Puis, la Chambre sociale de la Cour de cassation va reconnaître le droit à réintégration pour les licenciements prononcés en raison d'une discrimination⁴¹⁵. Enfin, la réintégration va être reconnue au profit des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle⁴¹⁶. Pour la Cour de cassation, « *le droit à réintégration était un corollaire nécessaire de la nullité du licenciement* »⁴¹⁷. Toutefois, la Haute juridiction ne s'était pas prononcée sur la nullité particulière du licenciement de la salariée enceinte. Ainsi, en 2001, la Chambre sociale de la Cour de cassation va reconnaître, pour la première fois et de manière implicite, le droit à réintégration au profit de la salariée en état de grossesse dès lors que la nullité de son licenciement est prononcée⁴¹⁸. Ce n'est qu'en 2003 que les Hauts magistrats affirmeront pour la première fois de manière explicite le droit à réintégration pour la salariée en état de grossesse ou venant d'accoucher précisant que « *sa réintégration doit être ordonnée si elle le demande* »⁴¹⁹. Cet arrêt « *parachève une construction jurisprudentielle entamée plusieurs années avant lui : la Cour de cassation s'est saisie de la question posée en l'espèce pour dire haut et fort*

413 Cass.soc., 14 juin 1972, n°71-12.508, PB.

414 Cass.soc., 26 septembre 1990, n°88-41.375, PB.

415 Cass.soc., 17 mars 1999, n°97-45.555, PB.

416 Cass.soc., 11 juillet 2001, n°99-42.902, PB.

417 Alexandre FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : Rupture – Licenciement », *RDT*, 2020, point 474.

418 Cass.soc., 9 octobre 2001, n°99-44.353, PB.

419 Cass.soc., 30 avril 2003, n°00-44.811, PB.

que toute nullité du licenciement s'accompagne du droit pour le salarié de demander sa réintégration »⁴²⁰.

Par la suite, le législateur va se saisir des diverses solutions rendues par la Chambre sociale de la Cour de cassation pour consacrer au sein du Code du travail le droit à réintégration pour tout salarié en cas de nullité du licenciement⁴²¹. Toutefois, deux précisions sont à apporter sur cette codification. Tout d'abord, le législateur a entendu codifier ce principe par le biais d'un article unique, rédigé en des termes généraux et applicable à tout licenciement nul⁴²². Par conséquent, aucune disposition spécifique n'est prévue pour la nullité du licenciement d'une salariée en état de grossesse. Doit ainsi lui être appliquée la disposition de droit commun. Ensuite, le législateur a consacré le droit à réintégration de manière implicite. En effet, l'objectif était de consacrer le régime indemnitaire lorsque « *le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible* ». Ainsi, a contrario, cet article sous-entend que toute nullité emporte le droit pour le salarié de demander sa réintégration. La réforme du Code du travail en 2017⁴²³ n'a pas remis en cause cette codification qui, depuis son origine, est restée inchangée. Par conséquent, en cas de nullité du licenciement, l'employeur est tenu de proposer à la salariée sa réintégration au sein de l'entreprise. Une contrainte supplémentaire s'impose à l'employeur puisqu'il doit proposer à la salariée sa réintégration dans un bref délai à compter de la notification du licenciement⁴²⁴. À titre d'illustrations, il a pu être jugé que la proposition faite à la salariée dans un délai d'un mois et demi après la notification était tardive⁴²⁵. Tout comme la proposition faite deux mois après la notification du licenciement à la salariée enceinte⁴²⁶. Dès lors que l'employeur ne propose pas la réintégration dans un bref délai, il peut s'exposer à des sanctions, notamment des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

Si désormais il ne fait plus aucun doute que la réintégration est un droit pour la salariée enceinte, il n'en demeure pas moins qu'elle reste une simple faculté pour cette dernière. En effet, la salariée qui a vu son contrat de travail rompu en méconnaissance des dispositions relatives à la maternité peut

420 Alexandre FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : Rupture – Licenciement », *RDT*, 2020, point 475.

421 L., n°2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF du 9 août 2016, art. 123.

422 C.trav., art. L.1235-3-1.

423 Ord., n°2017-1387, 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, JORF du 23 septembre 2017.

424 Cass.soc., 15 décembre 2015, n°14-10.522, PB.

425 Cass.soc., 9 juillet 2008, n°07-41.927, PB.

426 Cass.soc., 96 octobre 2010, n°08-43.171, NPB.

ne pas solliciter son réintégration ou bien refuser la proposition de réintégration formulée par l'employeur.

B. Les effets du droit à réintégration

Dès lors que la salariée demande le bénéfice du droit à réintégration, elle devra être réintégrer au effectif de l'entreprise. Par conséquent, elle devra retrouver un emploi. La nullité du licenciement en raison de l'état de grossesse de la salariée ou de la naissance de son enfant ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique dans le Code du travail. Dès lors, la salariée est soumise aux dispositions de droit commun. À ce titre, le législateur prévoit expressément qu'en cas de nullité du licenciement, le salarié devra être réintégré dans l'entreprise avec le maintien de ses avantages acquis⁴²⁷. Toutefois, aucune précision légale n'est apportée quant aux modalités de la réintégration, notamment sur le fait de savoir si l'employeur est tenu proposer, à la salariée réintégrée, son emploi d'origine ou un emploi similaire. Par conséquent, la Chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser les contours du droit à réintégration en cas de nullité du licenciement.

Les modalités du droit à réintégration ont, dans un premier temps, été précisées quant à la nullité du licenciement d'un salarié protégé élu du personnel. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que « *l'annulation par le juge administratif d'une décision de l'inspecteur du travail ou du ministre compétent autorisant le licenciement d'un salarié [...] emporte pour le salarié concerné le droit à réintégration dans son emploi ; ce n'est que dans le cas où cet emploi n'existe plus ou n'est pas vacant que la réintégration peut avoir lieu dans un emploi équivalent* »⁴²⁸. Par conséquent, la Haute juridiction hiérarchise les possibilités pour l'employeur. Il est contraint de proposer à la salariée son poste d'origine dès lors que celui-ci existe encore au sein de l'entreprise. Ce n'est qu'à défaut d'une impossibilité matérielle d'une réintégration dans l'emploi précédemment occupé que l'employeur pourra proposer au salarié un emploi équivalent. La nullité du licenciement de la salariée enceinte ou venant d'accoucher étant soumise au régime général de la nullité, cette même hiérarchisation s'impose en la matière. Toutefois, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer quant à la réintégration de la salariée en raison de la nullité de son licenciement pris en violation des dispositions spécifiques de protection de la maternité. Les décisions en la matière ne sont pas rendues spécifiquement en raison de la situation de la salariée

427 C.trav., ar t. L.1235-3.

428 Cass.soc., 24 janvier 1990, n°89-41.003, PB

mais le sont au visa d'un attendu de principe selon lequel « *lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent* »⁴²⁹.

Afin d'éviter les abus de la part de l'employeur, la Cour régulatrice a une interprétation stricte des conditions permettant à l'employeur de proposer à la salariée uniquement un emploi similaire. En effet, pour pouvoir proposer à la salariée un tel poste, l'employeur doit démontrer l'impossibilité absolue dans laquelle il se trouve de pourvoir réintégrer la salariée dans son poste d'origine⁴³⁰. Ainsi, seulement deux situations sont envisageables pour l'employeur. En effet, il devra soit démontrer la cessation totale de l'activité de l'entreprise⁴³¹, soit la disparition de l'entreprise notamment suite à une procédure collective⁴³². À cet égard, la Haute juridiction a eu l'occasion de préciser que ne constituait pas une impossibilité matérielle absolue de réintégrer la salariée dans son précédent emploi la simple suppression du poste⁴³³, la modification de l'emploi de la salariée⁴³⁴, le remplacement de cette dernière⁴³⁵ ou encore l'externalisation du service dans lequel travaillait la salariée⁴³⁶. Cette interprétation jurisprudentielle est donc une protection importante pour la salariée et un rempart absolu contre le pouvoir de gestion de l'employeur.

Outre le fait de hiérarchiser les propositions qui doivent être faites par l'employeur, la Haute juridiction a également défini la notion d'"emploi équivalent". Ainsi, correspond à un emploi équivalent, un emploi « *comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial* »⁴³⁷. Dans cette perspective, l'emploi équivalent en matière de réintégration suite à la nullité du licenciement répond à la même définition que l'emploi similaire en matière de réintégration à l'emploi lors du retour du congé de maternité. Par conséquent, l'employeur ne peut pas proposer à la salariée un poste qui correspond à un niveau hiérarchique inférieur qui la prive ainsi de ses fonctions managériales⁴³⁸. De la même manière, l'employeur ne peut pas proposer à la salariée un poste comportant des fonctions moins valorisantes que les précédentes ne correspondant pas à sa qualification conventionnelle et devant être effectuées sous le contrôle d'une personne ayant un statut inférieur au sien⁴³⁹. En matière de réintégration en

429 Cass.soc., 15 octobre 2003, n°01-44.503, NPB.

430 Cass.soc., 24 juin 1998, n°95-44.757, PB.

431 Cass.soc., 9 juillet 1986, n°84-44.430, PB.

432 Cass.soc., 20 juin 2006, n°05-44.256, PB.

433 Cass.soc., 13 décembre 1994, n°92-42.454, PB.

434 Cass.soc., 17 mars 1993, n°90-43.819, NPB.

435 Cass.soc., 31 mai 1995, n°93-46.189, NPB.

436 Cass.soc., 14 septembre 2016, n°15-15.944, PB.

437 Cass.soc., 24 janvier 1990, n°89-41.003, PB.

438 Cass.soc., 3 novembre 2010, n°09-67.928, NPB.

439 Cass.soc., 17 mars 2010, n°08-44.127, NPB.

raison de la nullité du licenciement, l'employeur ne peut pas non plus proposer à la salariée un emploi situé dans un autre secteur géographique⁴⁴⁰, et ce même si le contrat de travail comporte une clause de mobilité⁴⁴¹.

Ainsi, lorsque la salariée demande sa réintégration, l'employeur est tenu de lui proposer son emploi d'origine, rare sont les cas lui permettent de proposer à la salariée un emploi équivalent. En tout état de cause, si l'employeur est dans l'impossibilité matérielle absolue de proposer à la salariée son emploi d'origine, le nouveau poste proposé devra répondre à des critères très précis qui ne lui laisseront pas une grande marge de manœuvre dans son pouvoir de gestion de l'entreprise. La réintégration en raison de la nullité du licenciement ne permet pas pour autant à l'employeur de rétrograder la salariée. Outre le fait que la salariée puisse être réintégrée dans son emploi, elle pourra également prétendre au versement d'indemnités en raison de la nullité du licenciement prononcé.

Paragraphe 2. L'octroi nécessaire d'indemnités

Que la salariée sollicite ou non le bénéfice du droit à réintégration, l'employeur sera contraint de lui verser des indemnités en réparation du préjudice subi. Toutefois, les indemnités seront différentes selon que la salariée ait ou non acceptée la proposition de réintégration. En effet, si la salariée est réintégrée à son poste de travail, l'employeur devra alors lui verser des indemnités complémentaires à la réintégration afin de réparer le préjudice subi entre le licenciement et la réintégration (A). En revanche, si la salariée ne souhaite pas être réintégrée au sein de l'entreprise, l'employeur devra indemniser la salariée par le biais de dommages et intérêts en raison de la nullité du licenciement (B).

A. Les indemnités en complément de la réintégration

Si la salariée sollicite le bénéfice de sa réintégration ou qu'elle accepte la proposition faite par l'employeur, elle sera tout de même indemnisée par ce dernier. En effet, l'employeur devra lui verser une indemnisation en réparation du préjudice subi entre la date du licenciement et la date effective de sa réintégration. Durant cette période la salariée était considérée comme licenciée et n'a donc perçu aucune rémunération de la part de l'employeur. Or la nullité emportant la disparition de

440 Cass.soc., 11 décembre 2001, n°99-42.586, PB.

441 Cass.soc., 5 décembre 2018, n°16-19.912, PB.

l'acte irrégulier et le retour au statut quo, cela signifie que, par fiction juridique, la salariée n'a jamais quitté les effectifs de l'entreprise. Dès lors, l'employeur devra lui verser une indemnité « *correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont elle a été privée* »⁴⁴². En d'autres termes, cela signifie que l'employeur devra verser à la salariée un rappel de salaires correspondant à la période écoulée entre la notification du licenciement et la réintégration effective.

À l'origine, la Chambre sociale de la Cour de cassation précisait que le montant de l'indemnité devait être réduit si, durant la période écoulée entre la date du licenciement et la réintégration, la salariée enceinte ou en couches avait perçu un autre revenu, notamment en raison d'une allocation chômage ou d'une autre activité professionnelle⁴⁴³. Ainsi, la Haute juridiction n'octroyait pas, à la salariée, une indemnité forfaitaire, au contraire de ce qui peut être appliqué au salarié représentant du personnel par exemple⁴⁴⁴ ou du salarié gréviste. Dès lors, cela était avantageux pour l'employeur puisque l'indemnité pouvait être moins importante que celle qu'il aurait dû normalement verser en raison de la période considérée. Avec une telle solution, la Cour de cassation hiérarchisait différents droits fondamentaux, plaçant le droit de grève ou encore le droit à la représentation du personnel au-dessus du droit de fonder une famille. Cette hiérarchisation peinait à se justifier sur un plan juridique et sur un plan moral. Par conséquent, la Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment opéré un revirement de jurisprudence afin de rétablir un juste équilibre entre tous les droits fondamentaux. Désormais, la Haute juridiction affirme que « *la salariée qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période* »⁴⁴⁵.

Aussi surprenant que cela puisse paraître, l'employeur est également tenu d'indemniser, au titre des rappels de salaires pour la période écoulée entre la notification du licenciement et la réintégration, la salariée qui refuserait la proposition de réintégration. En effet, tout comme la salariée qui sollicite sa réintégration, la salariée qui refuse la proposition de réintégration a droit à une indemnité correspondant aux salaires qu'elle aurait dû percevoir entre la notification de son licenciement et la date du refus de sa réintégration⁴⁴⁶. Dans ce cas, ce n'est pas la date effective de la réintégration qui

442 Cass.soc., 3 juillet 2003, n°01-44.522, PB.

443 Cass.soc., 30 septembre 2010, n°08-44.340, NPB.

444 Cass.soc., 10 octobre 2006, n°04-47.623, PB.

445 Cass.soc., 29 janvier 2020, n°18-21.862, PB.

446 Cass.soc., 17 février 2010, n°08-45.640, PB.

marque la fin de la période d'indemnisation mais la date du refus par la salariée de la proposition de réintégration. Un tel mécanisme peut donc être dangereux pour l'employeur. En effet, la salariée peut adopter un choix stratégique dans le but d'allonger sa période d'indemnisation en sollicitant auprès de l'employeur le bénéfice de sa réintégration puis en décidant finalement de refuser la proposition de réintégration. Ainsi, l'employeur est forcé d'indemniser les salaires dus entre la notification du licenciement et la date du refus de la réintégration au lieu d'indemniser le préjudice subi entre le licenciement et la fin de la période de protection. Stratégiquement, la salariée ne saurait faire donc abstraction de ce cas de figure.

L'employeur qui licencie une salariée en méconnaissance des dispositions relatives à la protection de la maternité est donc contraint d'indemniser la salariée enceinte ou venant d'accoucher de la totalité du préjudice subi entre la notification du licenciement et sa réintégration effective au sein de la société. Le risque financier pour l'employeur n'est donc pas négligeable. Toutefois, si la salariée refuse la réintégration ou qu'elle n'en demande pas le bénéfice, l'employeur devra alors lui verser des indemnités en raison de la nullité du licenciement. Ces indemnités étant plus importantes que les salaires dus au titre de la période écoulée entre le licenciement et la réintégration.

B. Les indemnités pour nullité du licenciement

Si la salariée fait le choix de ne pas réintégrer l'entreprise, elle devra alors être indemnisée par l'employeur en raison du caractère illicite du licenciement prononcé à son encontre⁴⁴⁷. La salariée sera alors indemnisée sur le fondement de l'article L.1235-3-1 du Code du travail. À ce titre, l'employeur devra verser à la salariée une indemnité qui ne pourra être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Le licenciement prononcé en méconnaissance des dispositions du statut protecteur dont bénéficie la salariée en état de grossesse est considéré comme nul et non comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Par conséquent, le barème d'indemnisation n'est pas applicable à la salariée enceinte⁴⁴⁸. Dès lors, l'indemnisation est plus avantageuse pour la salariée mais plus contraignante pour l'employeur. En effet, les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ont été réformées en 2017 avec l'instauration d'un plancher et d'un plafond d'indemnisation⁴⁴⁹. Depuis,

447 C.trav., art. L.1225-71.

448 C.trav., art. L.1235-3.

449 Ord., n°2017-1387, 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, JORF du 23 septembre 2017.

l'indemnité minimale qui est due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est égale à trois de salaire dès lors que le salarié compte au moins deux années complètes d'ancienneté, un mois de salaire pour une année d'ancienneté et n'est pas due lorsque le salarié détient moins d'un an d'ancienneté au sein de l'entreprise. Pour avoir une indemnité maximale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse d'au moins six mois de salaire, le salarié doit avoir au moins cinq années complètes d'ancienneté au sein des effectifs de l'entreprise. L'employeur peut donc facilement évaluer le risque prud'homal en cas de licenciement, qui peut s'avérer parfois très faible. Or le barème d'indemnisation n'étant pas applicable au licenciement nul, l'employeur devra verser une indemnité beaucoup plus favorable à la salariée. Ainsi, le montant minimal de l'indemnité pour nullité du licenciement est fixée à six mois de salaire, sans condition pour en bénéficier. Dès lors, l'employeur sera contraint de verser une indemnité au moins égale à six mois de salaire alors même que la salariée dispose d'une ancienneté au sein de l'entreprise inférieure à cinq ans. D'autant plus qu'en cas de licenciement nul, le montant de l'indemnité relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

En plus des indemnités relatives à la nullité du licenciement, la salariée pourra prétendre à toutes les indemnités de rupture du contrat de travail qui ne lui ont pas été versées. Il s'agit notamment de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, de l'indemnité compensatrice de préavis ou encore de l'indemnité compensatrice de congés payés⁴⁵⁰. De la même manière, la salariée pourra également prétendre aux rappels de salaires qui lui sont dus, notamment en raison d'heures supplémentaires ou de primes impayées. Enfin, il est possible d'imaginer, qu'en cas de litige, la salariée puisse demander l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi ou des dommages et intérêts en raison du caractère vexatoire de la rupture du contrat de travail.

Par conséquent, si la salariée ne sollicite pas sa réintégration ou qu'elle refuse la proposition faite par l'employeur, le risque financier peut s'avérer élever pour ce dernier. En effet, outre les indemnités classiques de licenciement, l'employeur devra verser à la salariée une indemnité spécifique en raison de la nullité du licenciement dont le montant ne sera pas négligeable. D'autant plus que la salariée pourra demander l'octroi de dommages et intérêts pour tout types de préjudices subis du fait de sa rupture.

450 Cass.soc., 16 février 2005, n°02-43.182, PB.

CONCLUSION

Les droits et obligations qui pèsent sur l'employeur sont-ils assez protecteurs des salariés parents en devenir ou actuels ?

Maternité et paternité sont désormais parfaitement encrés dans la législation du travail. Ces dispositions spécifiques à l'égard des salariées mères et des salariés pères entraînent de nombreuses obligations pour l'employeur. Ainsi, pour protéger la maternité de la salariée, l'employeur est contraint de protéger la santé de cette dernière et également celle de son enfant. Il doit veiller à ce que la salariée exécute sa prestation de travail dans des conditions compatibles avec son état de santé vulnérable, afin que le travail n'engendre aucune complication dans le bon déroulement de sa grossesse. Par la suite, la protection de la maternité passe par la nécessité pour l'employeur d'accorder un temps de repos à la salariée afin qu'elle donne naissance à son enfant et qu'elle crée ce lien particulier qui unit une mère à son enfant. À l'issue du congé de maternité, les obligations qui pèsent sur l'employeur pour protéger la maternité perdurent. En effet, il doit protéger l'emploi de la salariée devenue mère. Dès lors et outre le fait que la salariée doit être réintégrée dans son emploi, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail de cette dernière pendant une certaine période. Que cette interdiction du licenciement soit relative ou absolue, elle entraîne nécessairement une réduction du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, les obligations qui pèsent sur l'employeur en matière de protection de la maternité sont nombreuses mais permettent d'assurer de manière effective et efficace ladite protection.

D'autant plus qu'aujourd'hui, le droit tend de plus en plus à une protection de la parentalité plutôt qu'à une protection de la seule maternité. Une telle conception est donc avantageuse pour l'ensemble des salariés et permet le respect du principe de l'égalité de traitement entre les deux sexes. Toutefois, cette extension de la protection engendre davantage de contraintes pour l'employeur. En effet, outre les nombreuses obligations auxquelles il est tenu en raison de la protection de l'état de grossesse de la salariée, de multiples contraintes s'y ajoutent afin de protéger le second parent, qu'il s'agisse du père biologique ou non de l'enfant, ou du parent du même sexe. De la même manière, la protection accordée à la salariée qui a recours à la procréation

médicalement assistée est une avancée majeure en terme de reconnaissance de son statut de mère. Toutefois, la protection accordée à cette salariée appelle également à une vigilance supplémentaire de la part de l'employeur. En tout état de cause, les nombreux droits et obligations qui pèsent sur l'employeur en raison de la parentalité tendent à restreindre les pouvoirs de gestion, de direction et de sanction du chef d'entreprise. Toutefois, l'ensemble de ces règles contraignantes sont protectrices des salariés parents en devenir ou actuels. Malgré tout, ces dispositions protectrices révèlent une différence de degré de protection entre la mère de l'enfant et le second parent.

Alors que l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes est un principe cardinal du droit national, la salariée mère bénéficie d'une protection plus accrue que le salarié père. Durant la période de la grossesse, une telle distinction peut s'entendre par le fait que l'état de santé de la femme est plus vulnérable et qu'il nécessite ainsi une protection particulière. L'homme ne subissant aucun changement corporel et ne portant pas la vie, il est compréhensible qu'il ne puisse bénéficier des mesures visant à renforcer la protection de sa sécurité et de santé au travail. Toutefois, lorsque l'enfant est né, les parents sont à nouveau sur un pied d'égalité. Or la protection légale ne permet pas à l'employeur de traiter de la même manière la salariée mère et le salarié père. Dès lors, la salariée bénéficie d'une protection absolue de son emploi et par conséquent, l'employeur ne peut ni la licencier, ni avoir recours aux actes préparatoires au licenciement. En revanche, si le salarié bénéficie d'une protection textuelle contre la rupture de son contrat de travail à l'initiative de l'employeur, il n'est pas pour autant protégé contre les mesures préparatoires au licenciement. *Dès lors, « distinguer la protection du père de celle de la mère après la naissance de leur enfant n'entérine-t-il pas une vision archaïque du rôle joué par chacun des parents au moment de l'accueil et de l'éducation de cet enfant ? Cette distinction n'implique-t-elle pas que la mère devrait être davantage protégée que le père parce qu'elle assume l'essentiel des charges familiales ? »*⁴⁵¹.

D'autant plus qu'il semble également que les dispositions relatives à la protection de la parentalité ne soient pas totalement adaptées à l'évolution de la société. En effet, pour un couple de même sexe composé de deux hommes aucune disposition spécifique n'est prévue. Dès lors, ne serait-il pas finalement possible de penser que les dispositions qui se veulent protectrices de la parentalité ne soient pas en réalité discriminatoires à l'égard de certains salariés parents ?

⁴⁵¹ Luc DE MONTVALON, « Quelle protection contre le licenciement du jeune père après la naissance de son enfant ? », *Revue de droit du travail*, 2020, p.672.

ANNEXES

Annexe I. La politique sociale de La Poste

The screenshot shows the website of the 'Observatoire de la Qualité de Vie au Travail' (Observatory of Quality of Life at Work). The page is titled 'LE GROUPE LA POSTE - OFFRES SOCIALES LIÉES À L'ENFANCE'. On the left, there is a navigation menu with categories: Toutes (60), Services (18), Soutien financier (7), Organisation du temps de travail (14), and Accompagnement RH et managérial (20). The main content area includes:

- Présentation de l'entreprise :**
 - LA POSTE
 - Secteur d'activité : Services
 - Effectifs (France/Monde): 238 000
 - Implantation géographique : France
- Contexte de l'action :**

L'enfance est, avec la solidarité, l'un des 2 domaines auxquels les postiers attachent une importance grandissante. C'est ce qui ressort d'une enquête menée auprès des postiers en novembre 2013.
- A qui s'adresse cette(ces) action(s) ?**

A tous les postiers parents.
- Objectifs recherchés :**

Dans sa politique d'action sociale, l'enfance est une priorité pour La Poste. Les aides et prestations liées à l'enfance ont vocation à faciliter la vie des postiers, à leur permettre de mieux concilier vie professionnelle et vie personnelle, quel que soit l'âge de leur enfant. Le principe : mettre en place une politique dont tous les postiers puissent bénéficier, avec une attention particulière aux familles à revenus modestes.
- Description de quelques actions:**

L'offre concerne la garde des enfants de moins de 6 ans, les centres de loisirs et de vacances, la scolarité et la vie étudiante. Sa mise en œuvre est pilotée par un Conseil d'orientation et de gestion des activités sociales, avec les organisations syndicales et les secteurs associatifs.

La Poste a prévu une aide financière pour des parents qui recourent à un mode de garde rémunéré pour leur enfant de moins de 6 ans (crèche, assistante maternelle, halte-garderie...). Une aide complémentaire est aussi possible en cas de garde avant 7h30 ou après 18h30.

Dans chaque région, les parents ont accès à un Point Information Enfance (PIE) qui les renseigne sur les aides et recense tous les modes d'accueil.

Les postiers, en fonction de leurs revenus, peuvent également bénéficier d'une allocation scolarité, d'une aide financière pour les classes vertes, d'une participation aux frais de centre aéré. Le chèque emploi service universel (CESU), dont une partie est financée par l'entreprise, permet de régler des heures de garde, des cours de soutien scolaire...

Enfin, s'agissant des études supérieures, les enfants de postiers entre 18 et 27 ans peuvent bénéficier de prêts personnel Etudiant à un tarif préférentiel.

Annexe II. La politique sociale de la Société Générale

OBSERVATOIRE DE LA QUALITÉ DE VIE AU TRAVAIL
INSTITUT DE RECHERCHE ÉCONOMIQUE ÉGALITÉ DES SEXES DE VIE ÉQUILIBRE COLLABORATEUR

Recherche

L'Observatoire | Actualités | La Charte de la Parentalité | Les 15 Engagements | **Bonnes pratiques**

Accueil > Bonnes pratiques > Services > Société Générale - Places en c...

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE - PLACES EN CRÈCHES INTER ENTREPRISES

- Toutes (60)
- Services (18)**
- Soutien financier (7)
- Organisation du temps de travail (14)
- Accompagnement RH et managérial (20)

Présentation de l'entreprise

Secteur d'activité : banque
Effectifs (France/Monde) : 40000/148322
Implantation géographique : Paris

Contexte de l'action

La Société Générale a signé les 15 Engagements pour l'Équilibre des Temps de Vie en mai 2014 et est membre de l'Observatoire de l'Équilibre des Temps et de la Parentalité en Entreprise (OPE) depuis septembre 2014. Avant même de prendre ces engagements, la Société Générale mettait déjà en œuvre des mesures afin de favoriser la conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale de ses collaborateurs parents.

A qui s'adresse cette action

Aux salariés de la France entière.

Objectifs recherchés

Aider les collaborateurs à concilier leur vie professionnelle et leur vie familiale en leur proposant des places pérennes en crèche.

Description de l'action et mise en œuvre

Depuis 2009, des places pérennes en crèches sont réservées pour les enfants de salariés Société Générale. Grâce à la combinaison de deux réseaux de crèches, des places sont accessibles dans toute la France.

Résultats obtenus

96% des collaborateurs ayant bénéficié de ce dispositif déclarent qu'il leur permet de mieux concilier leur vie professionnelle avec leur vie familiale.

Annexe III. La politique sociale de la Société SFR

OBSERVATOIRE DE LA QUALITÉ DE VIE AU TRAVAIL
Indicateurs de diagnostic
Évaluation des risques et des
opportunités de l'entreprise

Recherche

L'Observatoire | Actualités | La Charte de la Parentalité | Les 15 Engagements | Bonnes pratiques

Accueil > Bonnes pratiques > Services > SFR - Crèches interentreprises

SFR - CRÈCHES INTERENTREPRISES

Toutes (60)
Services (18)
Soutien financier (7)
Organisation du temps de travail (14)
Accompagnement RH et managérial (20)

Présentation de l'entreprise

Secteur d'activité : *Télécommunications*
Effectif : *8 500 collaborateurs*
Implantation géographique : *France et La Réunion*

Contexte de l'action

SFR a souhaité proposer, en mars 2014, à ses collaborateurs la possibilité de réserver une place en crèche proche de leur domicile sur tout le territoire national y compris La Réunion. Le réseau « 1001 crèches » du Groupe BABILOU, acteur de référence sur le marché des crèches, a été choisi pour lancer, en partenariat avec SFR, le projet de crèches interentreprises.

A qui s'adresse cette action :

Les collaborateurs en CDI

Objectifs recherchés :

Mieux concilier vie familiale et vie professionnelle

Description de l'action et mise en œuvre

- Mise à disposition de 43 berceaux, en garde régulière, pour les collaborateurs-parents en CDI.
- Mise en place du dispositif Babirelais (accueil ponctuel) en septembre 2014, pour les collaborateurs-parents en CDI.

Accueil d'urgence : *pour un besoin immédiat (de la veille pour le lendemain ou le matin même)*
Accueil planifié : *pour un besoin prévu et anticipé (entre 6 semaines et 1 semaine avant la date souhaitée)*

Résultats obtenus

43 berceaux alloués en garde régulière

Annexe IV. La politique sociale de la Société Renault

OBSERVATOIRE DE LA QUALITÉ DE VIE AU TRAVAIL
RECONNAÎTRE ET ENCOURAGER
ÉQUILIBRER LES TEMPS DE VIE
PERSONNELLE ET PROFESSIONNELLE

Recherche

Accueil | L'Observatoire | Actualités | La Charte de la Parentalité | Les 15 Engagements | Bonnes pratiques

Accueil > Bonnes pratiques > Services > Renault: Mise à disposition de 120 ber...

RENAULT : MISE À DISPOSITION DE 120 BERCEAUX DANS DEUX CRÈCHES D'ENTREPRISE

Toutes (60)
Services (18)
Soutien financier (7)
Organisation du temps de travail (14)
Accompagnement RH et managérial (20)

Présentation de l'entreprise :
RENAULT

Implantation géographique :
Guyancourt

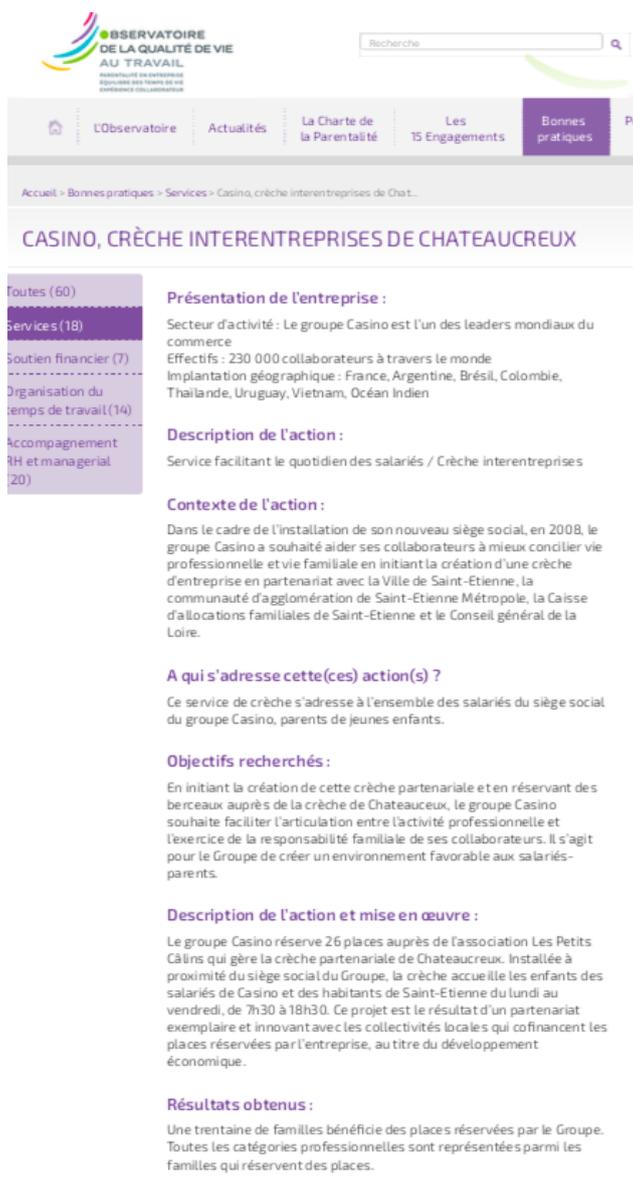
Description de l'action :
Mise à disposition de 120 berceaux dans deux crèches d'entreprise

Contexte de l'action :
Environ 550 enfants naissent de parents salariés du Technocentre chaque année... Pour faciliter l'équilibre entre la vie personnelle et la vie professionnelle de ses salarié(e)s, l'Établissement de Guyancourt a décidé de créer deux crèches à Guyancourt.
Sur la base des données démographiques, les spécialistes de la Caisse d'Allocations Familiales ont estimé le besoin à 120 berceaux pour les salariés Renault, soit deux crèches, le maximum réglementaire étant de 60 berceaux par crèche.
Elles accueilleront des enfants, de 0 à 3 ans, régulièrement, occasionnellement ou en cas d'urgence. Une attention particulière a été portée aux horaires d'ouverture, que l'Établissement de Guyancourt souhaite aussi larges que possible pour s'adapter au rythme des salariés, tout en veillant à des temps de garde raisonnables pour les enfants.
Le gestionnaire, leader français des crèches d'entreprises et partenaire de Renault pour ce projet, est responsable de la gestion de ces structures dans un cadre conforme aux valeurs de Renault, notamment en matière de développement durable.

A qui s'adresse cette(ces) action(s) ?
Les salariés de Renault EIF

Objectifs recherchés :
Trouver un équilibre vie professionnelle – vie privée

Annexe V. La politique sociale de la Société Casino



OBSERVATOIRE DE LA QUALITÉ DE VIE AU TRAVAIL
INDICATEURS DE PERFORMANCE ÉQUIVOCITÉ DES TICARS ET DE L'ÉVALUATION DES COLLABORATEURS

Recherche

L'Observatoire | Actualités | La Charte de la Parentalité | Les 15 Engagements | Bonnes pratiques

Accueil > Bonnes pratiques > Services > Casino, crèche interentreprises de Chateaucieux

CASINO, CRÈCHE INTERENTREPRISES DE CHATEAUCREUX

Toutes (60)
Services (18)
Soutien financier (7)
Organisation du temps de travail (14)
Accompagnement RH et managérial (20)

Présentation de l'entreprise :
Secteur d'activité : Le groupe Casino est l'un des leaders mondiaux du commerce
Effectifs : 230 000 collaborateurs à travers le monde
Implantation géographique : France, Argentine, Brésil, Colombie, Thaïlande, Uruguay, Vietnam, Océan Indien

Description de l'action :
Service facilitant le quotidien des salariés / Crèche interentreprises

Contexte de l'action :
Dans le cadre de l'installation de son nouveau siège social, en 2008, le groupe Casino a souhaité aider ses collaborateurs à mieux concilier vie professionnelle et vie familiale en initiant la création d'une crèche d'entreprise en partenariat avec la Ville de Saint-Etienne, la communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole, la Caisse d'allocations familiales de Saint-Etienne et le Conseil général de la Loire.

A qui s'adresse cette(ces) action(s) ?
Ce service de crèche s'adresse à l'ensemble des salariés du siège social du groupe Casino, parents de jeunes enfants.

Objectifs recherchés :
En initiant la création de cette crèche partenariale et en réservant des berceaux auprès de la crèche de Chateaucieux, le groupe Casino souhaite faciliter l'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale de ses collaborateurs. Il s'agit pour le Groupe de créer un environnement favorable aux salariés-parents.

Description de l'action et mise en œuvre :
Le groupe Casino réserve 26 places auprès de l'association Les Petits Câlins qui gère la crèche partenariale de Chateaucieux. Installée à proximité du siège social du Groupe, la crèche accueille les enfants des salariés de Casino et des habitants de Saint-Etienne du lundi au vendredi, de 7h30 à 18h30. Ce projet est le résultat d'un partenariat exemplaire et innovant avec les collectivités locales qui cofinancent les places réservées par l'entreprise, au titre du développement économique.

Résultats obtenus :
Une trentaine de familles bénéficie des places réservées par le Groupe. Toutes les catégories professionnelles sont représentées parmi les familles qui réservent des places.

BIBLIOGRAPHIE

LES OUVRAGES

Les ouvrages généraux

- LEPETITCORPS Karine, *Droit du travail au quotidien – Pratique*, Lieu édition : Liaisons sociales, année, n° édition, Au Quotidien, nombre pages.
- OLSZAK Norbert, *Histoire du droit du travail*, Lonrai : Economica, 2011, Collection : Corpus histoire du droit, 135 pages.
- PESKINE Elsa, WOLMARK Cyril, *Droit du travail 2013*, Paris : Dalloz, 2012, 7ème édition, Collection : HyperCours, 704 pages.
- PESKINE Elsa, WOLMARK Cyril, *Droit du travail 2019*, Paris : Dalloz, 2018, 12ème édition, Collection : HyperCours, 805 pages.
- RAY Jean-Emmanuelle, *Droit du travail : droit vivant 2021*, Paris : Liaisons, 29ème édition, Collection Droit vivant, 808 pages.
- Auteurs multiples, *Mémento social 2020*, Levallois-Perret : Francis Lefebvre, 2020, Collection Mémento pratique Francis Lefebvre, 1534 pages.
- Auteurs multiples, *Lexis Pratique Social 2020*, Nördlingen : Lexis Nexis, 2019, 3ème édition, Collection Lexis Pratique, 2289 pages.

Les ouvrages spéciaux

- BLIN Dominique, SOULÉ Michel, THOUEILLE Edith, *L'allaitement maternel : une dynamique à bien comprendre*, Érès, 2007, Collection : À l'aube de la vie, 304 pages.
- BOSSE-PLATIÈRE Suzon, *La Mère, le bébé, le travail*, Érès, 2006, Collection : 1001 bébés, 120 pages.

- DAVOUDIAN Christine, *La grossesse, une histoire hors normes*, Érès, 2014, Collection : 1001 bébés,, 232 pages.
- DELVOLÉ Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, Collection : Précis, 806 pages.
- FLIS-TRÈVES Muriel, *Les 100 mots de la maternité*, Presses Universitaires de France, 2014, Collection : Que sais-je ?, 128 pages.
- GIAMPINO Sylviane, *Les mères qui travaillent sont-elles coupables ?*, Paris : Albin Michel, 2000, Collection : Questions de parents, 298 pages.
- KNIBIEHLER Yvonne, *Questions pour les mères*, Érès, 2014, Collection 1001 bébés, 328 pages.
- LAFON Dominique, *Grossesse et travail, quels sont les risques pour l'enfant à naître*, Edp Sciences, 2010, Collection Avis d'experts, 563 pages.
- LERAY Gwénaëlle, *Droit du travail, Droit des parents*, Gerso Édition, 2019, 5ème édition, Collection : L'essentiel pour agir, 153 pages.

LA DOCTRINE

- AUBRÉE Yann, « Période d'essai », *Répertoire de droit du travail*, avril 2019 (actualisation septembre 2019).
- AUDUBERT Victor, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, n°18, juin 2020, pp.1-25.
- BARRABAND Maryvonne, GASSMANN Xavier, PETITOT Françoise, « Introduction », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n°59, janvier 2005, pp.5-8.
- BENTO DE CARVALHO Lucas, TOURNAUX Sébastien, « Actualité du régime juridique du contrat de travail », *Droit social*, n°1, janvier 2019, pp.57-69.
- BENTO DE CARVALHO Lucas, TOURNAUX Sébastien, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Droit social*, n°10, octobre 2020, pp.847-854.
- BÉRINGUIER Hélène, HENRONTIN Jean-Bernard, Groupe de travail de l'étude GaT-Hospi, « Travailler à l'hôpital durant la grossesse : une étude descriptive nationale rétrospective en France », *Santé Publique*, 2019, pp. 611-621.
- BERLAUD Catherine, « Licenciement d'une salariée enceinte ayant refusé une mobilité interne prévue par un accord », *Gazette du Palais*, n°16, avril 2020.
- BOSSU Bernard, « L'interdiction des mesures préparatoires au licenciement durant le congé de maternité », *La Semaine Juridique Sociale*, n°1-2, janvier 2011.
- BOURGAIN Marina, CHAUDAT Pierre, « Vie professionnelle et maternité : représentations comparées de jeunes entrepreneures et cadres en TPE et PME en croissance », *Revue de l'Entrepreneuriat*, n°14, février 2015, pp.83-108.
- BRETIN Hélène, DE KONINCK Maria, SAUREL-CUBIZOLLES Marie-Josèphe, « Conciliation travail/famille : quel pris pour l'emploi et le travail des femmes ? À propos de la protection de la grossesse et de la maternité en France et au Québec », *Santé, Société et Solidarité*, n°2, 2004, pp.149-160.
- BRISSY Stéphane, « Délai de notification, par la salariée, de son état de grossesse », *La Semaine Juridique Sociale*, n°36, septembre 2011.
- BUISSON Jacques, « Preuve - Moyens de la preuve », *Répertoire de droit pénal et de la procédure pénale*, octobre 2020.

- COMMAILLE Jacques, « Entre famille et travail, les stratégies des femmes », *Recherches et Prévisions*, n°36, juin 1994, pp.3-10.
- CONRATH Patrick, OUZZANI Maria, « De la femme à la mère », *Le journal des psychologues*, n°369, juillet 2019, p.3.
- COURSIER Philippe, « Des limites à l'interdiction de licencier une femme enceinte », *La Semaine Juridique Social*, n°15-16, avril 2018.
- DABAN Jean-Jacques, « Enfancement et maternité dans la Bible », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n°59, janvier 2005, pp.113-119.
- DAVOUST Dominique, « Maternité », *Petites affiches*, n°94, novembre 1997.
- DE BÉCHILLON Denys, « Le volontarisme contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°49, octobre 2015, pp.7-14.
- DEDESSUS-LE-MOUSTIER Gilles, LEFRANC-HAMONIAUX Carole, « Maternité et rupture du contrat de travail », *Recueil Dalloz*, juillet 2010, pp.1771-1776.
- DELLI-GATTI Tamara, NAZIRI Despina, « Le renoncement au désir de maternité comme issue possible d'une conflictualité intrapsychique », *Dialogue*, n°204, février 2014, pp.11-24.
- DE MONTVALON Luc, « Mesures préparatoires au licenciement du père après la naissance de son enfant », *Dalloz actualité*, novembre 2020.
- DE MONTVALON Luc, « Quelle protection contre le licenciement du jeune père après la naissance de son enfant ? », *Revue de droit du travail*, n°11, novembre 2020, pp.672-676.
- DESPLANQUES Guy, « Concilier vie familiale et vie professionnelle », *Recherches et Prévisions*, n°36, juin 1994, pp.11-24.
- DRAI Laurent, « Pas de refus de promotion en raison d'un congé de maternité », *La Semaine Juridique Social*, n°13, mars 2009.
- DUMONT François, « Le congé de maternité à la lumière des réformes du 23 mars 2006 et du 5 mars 2007 », *La Semaine Juridique Social*, n°39, septembre 2007.
- ENJOLRAS Laurianne, « Maternité, arrêt maladie et protection contre le licenciement : des précisions importantes », *Revue Lamy droit des affaires*, n°108, octobre 2015.

- EVERAERT-DUMONT Dominique, « Nullité du licenciement en cas d'état de grossesse justifié », *La Semaine Juridique Sociale*, n°7, février 2017.
- FABRE Alexandre, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Nullité du licenciement », *Répertoire de droit du travail*, avril 2020, pp.468-514.
- FALLIK-MAYMARD Déborah, « Nullité du licenciement lié à l'état de grossesse : la salariée peut désormais prétendre à une indemnisation forfaitaire », *La Semaine Juridique Sociale*, n°12, mars 2020.
- FANTONI Sophie, LAFLAMME Anne-Marie, « Garder le silence ou mentir sur son état de santé : quelles conséquences juridiques pour le candidat à l'embauche ? Une approche comparée France/Québec », *Droit social*, n°1, janvier 2016, pp.19-27.
- FIN-LANGER Laurence, « Suspension du contrat de travail : règles générales. Effets de la suspension du contrat de travail », *Répertoire de droit du travail*, avril 2019.
- FROUIN Jean-Yves, « L'obligation de sécurité de l'employeur », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°500, juin 2020.
- GARDES Delphine, « Quelle protection pour la salariée pendant les quatre semaines consécutives à l'expiration de son congé de maternité ? », *Revue de droit du travail*, n°5, mai 2010, pp.290-292.
- GARDIN Alexia, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Répertoire de droit du travail*, juillet 2020.
- GRAVEL Anne-Renée, MALENFANT Romaine, LAPLANTE Normand, PLANTE Robert, « Grossesse et travail : au-delà des facteurs de risques pour la santé », *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail*, n°2, 2011.
- GRIVEL Anne-Marie, « L'homme enceint », *Droit social*, n°11, novembre 2020, pp.929-936.
- HALLER Marie-Christine, « Ignorance de l'état de grossesse lors du licenciement : la mesure est annulée et non simplement suspendue », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°145, mai 2004.
- HAUTEFORT Marie, « La protection de la femme enceinte est un principe garanti par la Constitution », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°494, mars 2020.
- KERTUDO Pauline, « Le rapport à l'emploi des femmes en congé parental : un repositionnement vis-à-vis des normes sociales », *Politiques sociales et familiales*, n°108, 2012, pp.5-18.

- LAMARCHE Marie, « Gestion pour autrui : deux femmes et un seul congé maternité », *Revue Droit de la famille*, novembre 2013.
- LANQUETIN Marie-Thérèse, « Discrimination – Construction du droit de la non-discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation juillet 2020).
- LE BIHAN-YOUIYOU Blanche, EYDOUX Anne, LETABLIER Marie-Thérèse, « Flexibilité du temps de travail : challenges et opportunités pour la prise en charge de la petite enfance en France », *Lien social et politiques*, 2008, pp.231-249.
- LEBORGNE-INGELAERE Céline, « Mise en demeure d’installer les locaux d’allaitement : le monopole de la Direccte », *La Semaine Juridique sociale*, n°10, mars 2012, pp.1069.
- LEFRANCOIS Florence, LIMOU Sandra, NASSIRI Farah, « La parentalité », *Liaisons sociales – Les thématiques*, n°90, juillet 2021, pp.1-98.
- LEROUGE Loïc, « Droit des risques psychosociaux au travail », *Répertoire de droit du travail*, avril 2021, points 88-95.
- LLOSA Marie , « Le travail des femmes dans les usines de guerre de la France méridionale (1914–1918) », *Annales du Midi, Revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, 2008, pp.205-217.
- LOKIEC Pascal, « Ruptures conventionnelles », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2020.
- MAILLARD-PINON Sandrine, « Maternité », *Répertoire de droit du travail*, février 2019 (actualisation octobre 2020).
- MALENFANT Romaine, « Cachez ce ventre ... Le grossesse en milieu de travail », *Lien social et Politiques*, n°36, automne 1996, pp.103-110.
- MALLET Véronique, « Maternité et travail : à propos de deux études du programme CNAF "Activité féminine – vie familiale" », *Recherches et Prévisions*, décembre-mars 1989, pp.26-27.
- MANANGA Francisco, « A ... comme allaitement au travail », *Juris associations*, n°596, avril 2019, p.50.
- MANANGA Francisco, « Social – Conditions de travail – L’allaitement sur le lieu de travail », *Juris associations*, n°638, mai 2021, p.1069.
- MAZEAUD Vincent, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°48, juin 2015, pp.7-20.

- MERCAT-BRUNS Marie, « La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité », *Revue de droit du travail*, n°1, janvier 2011, pp.31-35.
- MIARA Sébastien, « Une mesure préparatoire au licenciement ne peut intervenir durant le congé de maternité », *La Semaine Juridique Social*, n°39, septembre 2010.
- MOULY Jean, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger des résultats : Pour une autre logique », *Droit social*, n°6, juin 2005, pp.614-625.
- MOULY Jean, « Résiliation judiciaire et protection des salariées en état de grossesse : nécessité d'une information de l'employeur au jour de la demande », *Droit social*, n°2, février 2019, pp.182-184.
- NEIRINCK Claire, « Maternité et filiation », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n°59, janvier 2005, pp.27-33.
- ODUL-ASOREY Isabel, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°3, mars 2013, pp.1-15.
- PUIGELIER Catherine, « Une faute non liée à l'état de grossesse justifie le licenciement d'une femme enceinte », *La Semaine Juridique Social*, n°25, juin 2008.
- PUIGELIER Catherine, « Forme et portée de la notification d'un état de grossesse », *La Semaine Juridique Social*, n°38, septembre 2008.
- REVILLARD Anne, « Le conciliation travail-famille : un enjeu complexe pour le féminisme d'État », *Recherches et Prévisions*, n°85, 2006, pp.17-27.
- ROMAN Diane, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *Revue de droit sanitaire et social*, novembre 2014, pp.863-878.
- SANTORO Guillaume, « L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Droit social*, n°2, février 2017, pp. 160-170.
- SAVATIER Jean, « Visite de reprise par le médecin du travail et fin de la suspension du contrat à l'issue d'un congé de maternité », *Droit social*, n°12, décembre 2004, pp.1091-1094.
- SAVATIER Jean, « Période d'essai : Illicéité de la stipulation de son renouvellement dès la conclusion du contrat. Maternité : Non-application de la protection contre le licenciement pendant la période d'essai », *Droit social*, n°3, mars 2007, pp.356-358.

- SOUTOUL Jean-Henri, « Les caractéristiques de la femme française au travail et les nouveaux problèmes gynécologiques posés en médecine d'entreprise », *Revue Travailler*, n°22, février 2009, pp.79-94.
- TISSANDIER Hélène, « Maternité et notification du licenciement », *Revue du droit du travail*, n°6, juin 2008, pp.383-385.
- TRICOIT Jean-Philippe, « Protection de la femme enceinte et normes européennes », *La Semaine Juridique Social*, n°8, février 2010.
- VACHET Gérard, « Congé de maternité : Protection à l'expiration du congé de maternité », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°26, juin 2014.
- WILPERT Marie-Dominique, « Bonne mère ... au foyer », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n°59, janvier 2005, pp.35-42.
- AUTEUR?, « La visite médicale de reprise après le congé de maternité ne constitue pas le terme de ce congé », *Revue Travail et Protection sociale*, n°11, novembre 2004.

LES FICHES D'ORIENTATION

- Fiche d'orientation, Maternité (Droits), septembre 2020, Dalloz.
- Fiche d'orientation, Maternité (Protection), septembre 2020, Dalloz.
- Thibault Lahalle, Fascicule 28-30 Maternité, JurisClasseur Travail Traité, décembre 2019.
- Les Cahiers Lamy du CSE, n°207, « Protection de la maternité », octobre 2020.

LES AUTRES DOCUMENTS

- Délibération de la HALDE, n°2010-56, 1^{er} mars 2010.
- Question écrite n°17363 au Ministère du Travail, de l'emploi et de la santé (2011).
- Guide « Crèches & Parentalité : Quelles solutions pour mon entreprise ? » de l'Observation de la parentalité en entreprise.