

CONGÉ MATERNITÉ, DROIT DES FEMMES ?

Isabel ODUL-ASOREY

Maître de conférences à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense

L'interrogation peut surprendre. De prime abord, congé maternité et femmes apparaissent indissociables. Le congé maternité recouvre une période d'interruption d'activité spécifiquement liée à la maternité, au sens biologique du terme. En cela, il se rattache à un attribut exclusif de la femme. Plus encore, le congé maternité ne relève pas du fait, mais du droit. Il s'agit surtout du droit d'arrêter le travail, en raison d'une activation biologique de la maternité¹. Le congé maternité constitue-t-il, pour autant, un droit des femmes ?

À s'en tenir à son objet, le doute est permis. Du latin *maternitas*, la maternité désigne la qualité ou l'état de mère acquis(e) par le fait de porter (et) de mettre au monde un enfant. Cet objet suffit-il à considérer le congé maternité comme un droit des femmes ? Une réponse affirmative supposerait de considérer et même de caractériser les femmes, par leur attribut biologique. Elle impliquerait de privilégier une conception essentialiste de la femme, loin de faire l'unanimité. S'il est vrai que seule une femme peut-être mère biologique, toutes les femmes ne le peuvent pas (stérilité) ou ne le deviennent pas (en particulier depuis que la maternité peut prétendre relever du choix). Affirmer le congé maternité comme un droit des femmes ne va dès lors pas de soi. Il recouvre plutôt un droit reconnu aux femmes, indexé sur leur potentialité maternelle au sens biologique. Une potentialité dont il favorise l'expression en permettant à une femme de se reposer pour la concrétiser.

Le congé maternité n'a d'ailleurs pas comme destinataires les femmes, mais les salariées enceintes², auxquelles il permet d'arrêter de travailler pour enfanter, sans en passer par la rupture du contrat de travail. Peut-il être en cela envisagé comme un droit des femmes ? De ce point de vue, le doute est également permis. Les dispositions du Code du travail relatives au congé maternité sont placées sous l'égide de la protection de la grossesse et de la maternité. Ce fondement invite à considérer le travail comme un risque pour la maternité, plutôt que l'inverse. Pourtant, la maternité n'est pas, loin s'en faut, dénuée de risques pour le travail et, plus encore, pour l'emploi. Elle engage une interruption du travail, à laquelle le congé maternité prétend pourvoir. Non sans revêtir, par là même, une certaine ambiguïté.

Loin de lever ces interrogations, le droit les éclaire et les intègre. Le régime juridique du congé maternité a sensiblement évolué. En creux de cette évolution se loge toute l'ambivalence du congé maternité, du point de vue des femmes. Au croisement de l'emploi et de la maternité, dans quelle mesure le congé maternité favorise-t-il leur conjugaison, au profit des femmes ? À cette mise en question invite l'évolution du régime juridique du congé maternité. Ce régime participe d'une approche initiale en termes de protection, à l'aune de laquelle un droit des femmes reste à venir (I). Non dénuée de limites, cette conception est désormais renforcée voire doublée d'une approche en termes d'égalité, qui ménage un droit des femmes en devenir (II).

¹ L'exercice de ce droit suppose un état de grossesse médicalement constaté (art. R. 1225-1 C. Trav.).

² Notre étude est consacrée au congé maternité en droit du travail.

I. D'UN DROIT DES FEMMES A VENIR...

D'abord guidés par le souci d'assurer la protection de la maternité, les contours du droit au congé maternité ne permettent pas de l'affirmer comme un droit des femmes.

A. LA RECONNAISSANCE DU CONGE MATERNITE

Comme ailleurs, la reconnaissance du congé maternité en France a supposé l'intervention normative de l'État. Cette intervention a permis d'affirmer le droit d'arrêter le travail pour enfanter, notamment dans le champ du droit du travail. Elle a été rapidement relayée au niveau international et, plus tardivement, au niveau européen.

À la faveur de l'intervention du législateur, la consécration du congé maternité a marqué un tournant, sans pour autant signifier la reconnaissance d'un droit des femmes. Quand bien même seule une femme peut devenir mère, au sens biologique du terme. Car l'institution du congé maternité recèle une profonde ambiguïté, de ce point de vue. En témoignent les termes de sa reconnaissance au niveau national, éclairés par les débats qui ont précédé sa consécration législative, dans le champ du droit du travail³.

Au niveau national

En France, la première initiative parlementaire en ce sens date de 1886⁴, mais ne trouvera une concrétisation qu'en 1909, par l'adoption de la loi du 27 novembre 1909 dite *Egeland*⁵. Placée sous l'égide de la protection de l'emploi des femmes en couches, cette loi leur reconnaît la possibilité d'arrêter leur travail pendant 8 semaines, sans en passer par la rupture de leur contrat de travail⁶. Mais elle ne va pas jusqu'à consacrer un droit au repos. Le caractère facultatif de l'arrêt de travail doit composer avec la subordination juridique qui caractérise le contrat de travail. De plus, aucune indemnisation n'est prévue. Cette loi dessine donc une ébauche de droit, d'ordre symbolique⁷.

L'intervention du législateur sera plus consistante en 1913, par l'adoption de deux lois qui instituent un repos obligatoire et son corollaire économique, le paiement d'une alloca-

³ Les parlementaires avaient jusqu'alors accordé des congés de maternité à certaines catégories de femmes fonctionnaires. V. CHAMBELLAND-LIEBAULT N., « Les bébés dans le code du travail », Société d'études jaurésiennes, *Cahiers Jaurès* 2002/3, n° 165-166, p. 23.

⁴ 26 février 1886.

⁵ Loi du 27 novembre 1909 garantissant leur travail ou leur emploi aux femmes en couches, *JO* du 28 novembre 1909, p. 11386.

⁶ La maternité est alors considérée comme un cas de force majeure qui emporte la suspension du contrat.

⁷ Elle s'inscrit d'ailleurs en retrait de plusieurs législations étrangères.

tion⁸. Cependant, les termes de la reconnaissance de ce droit au repos recèlent une mise à distance, entre la maternité et la femme.

Le congé maternité constituait une revendication des féministes de l'époque, qui mettaient en avant la « fonction sociale » de la maternité. On a pu reprocher à ce courant de privilégier une vision essentialiste de la femme. Sa démarche n'était toutefois pas dénuée de stratégie, témoignage du passage obligé de la valorisation sociale de la maternité, comme levier de reconnaissance de droits de la femme. Une valorisation à laquelle répondra la reconnaissance législative du congé maternité. En ce début de XX^e siècle, la France connaît une forte dénatalité et une importante mortalité infantile. Ce contexte impulse une « mutation anthropologique de la maternité »⁹, dont il met en exergue les enjeux économiques et sociaux. À la promotion d'un congé maternité s'attellent aussi des médecins et des économistes. La courbe décroissante de la natalité met en péril la vitalité et l'avenir de la nation, dont le renouvellement constitue un défi majeur. Cristallisé par le risque du conflit qui se profile, le contexte justifie l'intrusion de l'État dans la sphère de la maternité. Pour la protéger non pas dans l'intérêt de la femme, mais dans l'intérêt de l'enfant, auquel est indexé l'intérêt de la nation.

Les lois du 17 juin et du 30 juillet 1913 ont ainsi pour objectifs de favoriser la natalité et de réduire la mortalité infantile. En conséquence, un congé postnatal est désormais obligatoire. Il est interdit aux employeurs de faire travailler les femmes accouchées, dans les 4 semaines qui suivent l'accouchement. En revanche, le repos prénatal reste facultatif. De surcroît, les femmes ne peuvent y prétendre que si un avis médical atteste non seulement d'une grossesse, mais aussi de l'impossibilité de travailler. Prévue pour une durée de 8 semaines le cas échéant, l'indemnité est loin de couvrir le salaire. Et son bénéfice est suspendu en cas de fausse couche. Ces mesures traduisent bien l'intention d'assurer la protection de la mère dans l'intérêt de l'enfant, plutôt que dans l'intérêt de la femme, « dont la fatigue n'est pas prise en considération »¹⁰. Le législateur se préoccupe surtout de la survie de l'enfant et, indirectement, de celle de la nation¹¹. Destinataires de ces mesures, les femmes n'en sont pas pour autant les bénéficiaires.

Un congé maternité n'en est pas moins reconnu aux salariées. La considération des femmes salariées est en soi un progrès, compte tenu du modèle de la femme au foyer qui prime à l'époque. Mais elle signifie la reconnaissance d'un fait, plutôt que celle d'un droit. En ce début de XX^e siècle, le travail des femmes ne bénéficie d'aucun soutien en tant que tel, en particulier sur le plan juridique (autorisation de travailler si elles sont mariées, lois limitatrices des activités...). La reconnaissance des femmes salariées n'est d'ailleurs pas dénuée d'ambiguïté¹². Sur le terrain économique et social, le capitalisme triomphant de l'époque a

⁸ Loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches ; loi du 30 juillet 1913.

⁹ KNIBIEHLER Y., *Histoire des mères et de la maternité en Occident*, PUF, Que sais-je ?, 2012, p. 83 s.

¹⁰ CHAMBELLAND-LIEBAULT N., « Les bébés dans le code du travail », art. préc., p. 23.

¹¹ *Ibid.*, spéc. p. 29.

¹² D'ailleurs, « au cours des délibérations, les femmes ont été rarement considérées en tant que travailleuses, mais presque exclusivement comme "mères", au sens étroit de reproductrices ». V. CHAMBELLAND-LIEBAULT N., *ibid.*, spéc. p. 30.

tout à gagner du travail des femmes, fournisseuses d'une main d'œuvre bon marché (salaire féminin d'appoint). La nation doit s'accommoder de leur travail compte tenu de l'importance des mères célibataires, dont l'accès à l'emploi est une condition de survie des enfants¹³. Sur le terrain juridique, les lois instituant un congé maternité s'inscrivent dans le sillage des lois qui ont inauguré le droit du travail, au titre de la protection des femmes (vulnérables) et des enfants¹⁴. Les libéraux sont résolument opposés à l'intervention de l'État sur les conditions de travail, mais les arguments tenant à la lutte contre la dénatalité ou la mortalité infantile favorisent un consensus. Ils permettent d'éluder la confrontation en termes de lutte des classes¹⁵.

Pour autant, la consécration législative d'un congé maternité marque indéniablement une avancée. Elle permet à la femme salariée, travailleuse pour autrui dans le cadre d'une relation contractuelle caractérisée par un lien de subordination juridique, de se reposer pour enfanter, sans rupture de son contrat.

Au niveau international

L'Organisation internationale du travail (OIT) s'est rapidement accordée sur la nécessité d'une protection spéciale des travailleuses enceintes. Lors de la première Conférence internationale du travail en 1919 est adoptée la convention n° 3 sur la *protection de la maternité*¹⁶. À ce titre, la convention reconnaît un congé prénatal obligatoire de 6 semaines et un congé postnatal facultatif de 6 semaines. Elle prévoit le versement à la travailleuse, pendant toute la durée de son absence, d'une « indemnité suffisante pour son entretien et celui de son enfant dans de bonnes conditions d'hygiène »¹⁷. La terminologie du congé maternité sera intégrée lors de sa révision en 1952¹⁸.

Au niveau européen

Au niveau européen, la reconnaissance du congé maternité trouve un appui en négatif, dans la directive de 1976 consacrée à l'égalité professionnelle¹⁹. Parce qu'elles ont les femmes comme destinataires exclusives, les dispositions relatives à la protection de la maternité y sont appréhendées comme une dérogation au principe d'égalité de traitement, alors

¹³ La recherche en paternité est alors interdite.

¹⁴ En témoigne notamment la loi emblématique du 2 novembre 1892 sur le temps de travail dans le secteur industriel, dont plusieurs dispositifs seront ultérieurement diffusés au bénéfice de tous les travailleurs.

¹⁵ KNIBIEHLER Y., art. préc.

¹⁶ C003 - Convention (n° 3) sur la protection de la maternité, 1919.

¹⁷ Article 3.

¹⁸ C103 - Convention (n° 103) sur la protection de la maternité (révisée), 1952. Elle a été aussi révisée en 2000, C183 - Convention (n° 183) sur la protection de la maternité, 2000 (non ratifiée par la France).

¹⁹ Dir. n° 76/207/CEE, relative à la mise en œuvre du principe d'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.

conçu en termes d'égalité formelle. La directive prend ainsi soin de préciser 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 »²⁰. Par le célèbre arrêt *Hoffman* de 1984²¹, la CJCE a explicité que la directive reconnaissait ainsi qu'il était licite, au regard du principe de l'égalité de traitement, de protéger, d'une part, la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à 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. Les législations nationales peuvent donc reconnaître un congé maternité, dans la seule mesure nécessaire à la protection de la maternité ainsi entendue.

Cette perspective est renforcée par la directive de 1989²² relative à l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. Selon cette directive, « les groupes à risques particulièrement sensibles doivent être protégés contre les dangers les affectant spécifiquement ». Dans son prolongement est adoptée la directive de 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 travail²³. Ce texte affirme que les travailleuses enceintes « doivent être considérées à maints égards comme un groupe à risques spécifiques » et que « des mesures doivent être prises en ce qui concerne leur sécurité et leur santé ». Le travail est ainsi reconnu comme un facteur de risques pour les travailleuses enceintes, en termes de santé et de sécurité. Cette reconnaissance dote le congé maternité d'un appui positif. Sur ce fondement, la directive prévoit des mesures spécifiques pour la travailleuse enceinte, parmi lesquels le droit à un congé maternité, sous la forme d'un droit au repos assorti d'une indemnisation. Une logique de protection est donc à l'œuvre, d'abord et surtout orientée vers la protection de la maternité.

Ce texte ajoute néanmoins que la protection de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, allaitantes ou accouchées « ne doit pas défavoriser les femmes sur le marché du travail » et « ne doit pas porter atteinte aux directives en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes ». Sur ce fondement, il associe au droit à un congé maternité l'interdiction de licencier une femme enceinte, tout en permettant des exceptions²⁴. Sans aller au-delà de ce qui permet d'assurer la stabilité de l'emploi, comme garant d'une grossesse sereine. Ce faisant, la directive ne se départ pas de sa finalité de protection de la maternité, en termes de santé et de sécurité. Le principe d'égalité de traitement implique alors une conception restrictive des mesures spécifiques aux femmes.

À tous les niveaux, la consécration d'un congé 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. Cette logique de protection dote le congé maternité d'une ambivalence du point de vue des femmes, également perceptible dans ses modalités.

²⁰ Art. 2-3.

²¹ CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, aff. C-184/83, *Rec. I.* 3047.

²² Dir. n° 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989.

²³ Dir. n° 92/85/CEE, *JOCE*, n° L 348, 28 nov. 1992.

²⁴ Art. 10.

B. LES MODALITES DU CONGE MATERNITE

Les dispositions du Code du travail relatives au congé maternité intègrent une section consacrée à la protection de la grossesse et de la maternité²⁵. Elles coexistent avec d'autres dispositions du même Code relatives à la protection de la salariée enceinte, en termes de santé et de sécurité. Elles s'en distinguent néanmoins, dans la mesure où le congé maternité recouvre un droit au repos. En cela, ce congé cristallise, plutôt qu'il ne résorbe, la délicate articulation entre la maternité et l'emploi. Vecteur de protection de la maternité sous la forme d'un droit au repos, il est aussi vecteur de risques en termes d'emploi et de rémunération, en ce qu'il pourvoit à une interruption de travail. Si elles traduisent une prise en compte de ces risques, les modalités du congé maternité manifestent clairement la priorité accordée à la protection de la maternité.

Santé

La protection de la santé fonde le droit au repos garanti au titre du congé maternité, par la technique de la suspension du contrat de travail. L'interruption de travail ainsi couverte ne peut pas constituer une faute justifiant la rupture du contrat. Comme le relève Alain Supiot, cette technique « permet de mettre entre parenthèse la conception patrimoniale du travail et de forcer ainsi au respect des valeurs supra-patrimoniales qui s'attachent à la santé ou à la reproduction du corps humain »²⁶.

Cependant, les modalités de ce droit au repos l'entérinent comme un droit conçu pour protéger la maternité, dans la mesure nécessaire à celle de l'enfant. La durée du congé maternité est depuis l'origine réglementée. En France, elle est depuis 1978²⁷ d'une durée de 16 semaines en principe. La France respecte ainsi le *minima* de 14 semaines, aujourd'hui posé par l'Union européenne et l'OIT, tout en se situant dans la moyenne basse des pays européens. Cette durée peut être augmentée, compte tenu du nombre d'enfants à charge, d'enfants à naître ou d'éventuelles complications médicales (congé thérapeutique, hospitalisation de l'enfant). Une priorité reste néanmoins reconnue au congé postnatal. Le repos obligatoire recouvre 8 semaines, dont 6 semaines après l'accouchement²⁸. Le respect de ce congé s'impose à l'employeur ainsi qu'à la salariée et ce, à peine de privation du bénéfice de l'indemnisation journalière. En cas de décès de la mère, le père peut prendre un congé à compter de la naissance de l'enfant²⁹. Se donne ainsi à voir clairement une protection de la maternité d'abord indexée sur celle de l'enfant. Cette visée a longtemps justifié d'exclure le report par une salariée enceinte d'une partie du congé prénatal sur le congé postnatal, à peine

²⁵ Art. L. 1225-1 s. C. Trav.

²⁶ SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, coll. Quadrige, PUF, 2002, p. 79. V. MAILLARD-PINON S., « Maternité », Dalloz, *Répertoire*, 2012 n° 110.

²⁷ Loi n° 78-730 du 12 juillet 1978, *portant diverses mesures en faveur de la maternité* (JO 13 juill.).

²⁸ Art. L. 1225-29 C. Trav.

²⁹ Art. L. 1225-28 C. Trav.

de privation de l'indemnisation correspondante. Une limitation motivée par le souci d'éviter que « la future mère, tentée d'interrompre son activité professionnelle le plus tard possible, ne compromette ainsi gravement son état de santé et, par voie de conséquence, celui de son enfant »³⁰. Cette logique a marqué de son empreinte les termes de l'assouplissement de la prise du congé maternité, introduit par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance³¹.

La tentation d'une femme de ne pas interrompre son travail n'est évidemment pas sans lien avec le risque économique que recèle le congé maternité pour la salariée, dans la mesure où il recouvre une interruption de travail. Un risque loin d'être résorbé par les termes de l'indemnisation du congé maternité, d'abord guidés par le souci de garantir une sécurité économique, dans la mesure nécessaire à la protection de l'enfant.

Rémunération

En France, le financement du congé maternité est assumé par l'assurance sociale, sous la forme d'une indemnisation journalière³². En application du droit commun, l'employeur est alors libéré de l'obligation de payer la rémunération, due en contrepartie du travail. Ce mode de financement se justifie par la fonction sociale et économique de la maternité. Cependant, il vise non pas à garantir les travailleuses contre une perte rémunération, mais seulement à compenser cette perte. Les modalités de l'indemnisation en témoignent. Le bénéficiaire d'une indemnisation est mis sous conditions. Il faut d'abord justifier d'une durée minimale d'immatriculation et d'un certain nombre d'heures travaillées. Le cas échéant, le versement est subordonné à une interruption d'activité d'au moins 8 semaines. Sans pour autant que le montant de l'indemnisation corresponde au revenu qu'aurait perçu la salariée, si elle avait travaillé pendant cette période. Son montant est calculé sur la base du montant moyen du salaire de base des trois derniers mois et il est plafonné. En conséquence, les salariées qui perçoivent une indemnisation pendant le congé maternité subissent souvent un préjudice économique³³.

Ce faisant, la France ne contrarie pas les normes internationales et les normes européennes en vigueur. Dans sa rédaction initiale de 1919, la convention OIT prévoyait que la femme recevrait pendant toute la période de son absence, « une indemnité suffisante, pour son entretien et celui de son enfant dans de bonnes conditions d'hygiène ». Une indemnité dont « le montant, fixé par l'autorité compétente dans chaque pays, serait prélevée sur les fonds publics ou fournie par un système d'assurance ». Depuis sa révision de 1952, la convention précise que lorsque les prestations en espèce sont financées par un système d'assurance sociale obligatoire, elles sont déterminées sur la base du gain antérieur et doivent couvrir au

³⁰ Rép. Min. n° 35293, *JOAN Q*, 23 mars 1981, p. 1283.

³¹ La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007. Il est désormais possible de reporter le congé prénatal sur le congé postnatal, sous réserve d'un avis médical attestant de la bonne santé, dans la limite de trois semaines. Faute de respecter cette limite, les indemnités journalières ne sont pas versées.

³² Art. L. 333-1 du Code de la sécurité sociale.

³³ Sous réserve, notamment, de l'application d'un accord collectif garantissant le maintien de rémunération.

moins deux tiers de ce gain³⁴. Seule une recommandation de l'OIT adoptée en 2000 se prononce pour le maintien de la rémunération³⁵.

La directive européenne de 1992³⁶ va plus loin, sans pour autant garantir ce maintien. Elle reconnaît que les dispositions concernant le congé de maternité seraient sans effet utile si elles n'étaient pas accompagnées du maintien des droits liés au contrat de travail et du maintien d'une rémunération et/ou du bénéfice d'une prestation adéquate³⁷. Mais elle considère comme adéquate la prestation qui procure des revenus au moins équivalents à ceux que la travailleuse recevrait, en cas d'interruption d'activité pour des raisons liées à son état de santé, dans la limite d'un plafond éventuel déterminé par les législations nationales et sans préjudice des conditions d'ouverture. La femme salariée n'est donc pas garantie contre tout préjudice économique, dans le cadre du congé maternité.

Emploi

Pendant longtemps, la garantie d'emploi au titre du congé maternité a été uniquement constituée par la suspension du contrat de travail. En 1966, la législation française a renforcé l'arsenal en instituant une protection spéciale, contre la rupture du contrat de travail de la femme enceinte³⁸. Cette protection participe à garantir le maintien de l'emploi, pendant une période plus longue que celle du congé maternité. Ce renforcement est relayé par la directive européenne relative à la protection des travailleuses enceintes, qui pose le principe de l'interdiction de licencier des travailleuses, pendant la période allant du début de leur grossesse, jusqu'au terme du congé de maternité³⁹. L'affirmation de ce principe s'inscrit en renfort de la protection de la maternité, dont il s'attache à garantir l'effet utile. La protection de l'emploi n'en constitue pas le fondement. Selon la directive, il s'agit d'assurer aux travailleuses, « l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé ». Dans un arrêt rendu en 2007⁴⁰, la CJCE relève en ce sens que l'annonce de la rupture du contrat fait peser un risque pour la situation physique et psychique de la salariée enceinte, y compris, le « risque particulièrement grave d'inciter la travailleuse enceinte à interrompre volontairement sa grossesse ». L'intérêt de l'enfant n'est jamais très loin. La directive autorise d'ailleurs les législations nationales à prévoir des dérogations, dans des cas exceptionnels « non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales »⁴¹.

Le droit du travail français assoit une protection renforcée, non dénuée de limites. Sur le

³⁴ Article 6 (2000).

³⁵ Recommandation n° 191.

³⁶ Dir. n° 92/85/CEE, *JOCE*, n° L 348, 28 nov. 1992.

³⁷ Art. 11 (2-3).

³⁸ Art. 6 de la convention OIT (révisée 1952) : « Lorsqu'une femme s'absente de son travail en vertu des dispositions de l'article 3 de la présente convention, il est illégal pour son employeur de lui signifier son congé durant ladite absence, ou à une date telle que le délai de préavis expire pendant que dure l'absence susmentionnée ».

³⁹ Dir. n° 92/85/CEE, art. 10.

⁴⁰ CJCE, 11 oct. 2007, *Paquay*, aff. C-460/06, *Rec. I.* 8511, pt 30.

⁴¹ Art. 10, pt 1.

plan temporel, il est interdit à l'employeur de rompre le contrat d'une salariée en état de grossesse médicalement constaté, pendant toute la période de suspension à laquelle elle a droit au titre du congé maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et pendant 4 semaines à compter de son expiration⁴². Cette protection temporelle contre la rupture du contrat⁴³ s'applique quelle que soit la nature du contrat de travail (CDI ou CDD), mais ne couvre pas toutes les ruptures par l'employeur⁴⁴. Sur le plan substantiel, la protection contre le licenciement (rupture unilatérale d'un CDI par l'employeur) n'est pas absolue. Sous réserve de ne pas être notifié pendant la période de protection, le licenciement peut être prononcé pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail, dès lors qu'elle n'est pas liée à l'état de grossesse⁴⁵. Ces motifs sont toutefois strictement entendus par la jurisprudence⁴⁶.

Plus récemment, la législation française s'est attachée à garantir les conditions du maintien de l'emploi au retour d'un congé maternité. La salariée de retour d'un congé maternité doit être réintégrée dans son emploi précédent, ou, à défaut, dans un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente⁴⁷. Emploi similaire ne signifie toutefois pas emploi identique et la différence peut s'avérer sensible, comme en témoigne un arrêt récent de la Cour de cassation⁴⁸. De plus, la Cour régulatrice privilégie une conception restrictive de la rémunération équivalente à laquelle peut prétendre une salariée de retour d'un congé maternité, sur ce fondement⁴⁹.

Affirmé comme un droit de la salariée enceinte, le congé maternité accorde une protection dont les modalités sont d'abord indexées sur la protection de la maternité plutôt que sur celle de l'emploi, et dans l'intérêt de l'enfant plutôt que dans l'intérêt de la femme. À ce jour, le congé maternité ne permet pas de prémunir les femmes contre tous les risques auxquels elles sont exposées du fait de l'interruption de travail à laquelle il pourvoit, en particulier en termes de rémunération et d'emploi. Dans ces conditions, il n'est pas évident d'affirmer le

⁴² L. 1225-4 C. Trav.

⁴³ La Cour de cassation a récemment précisé que cette protection interdisait non seulement de notifier un licenciement pendant la période de protection, mais aussi de prendre des mesures préparatoires à un licenciement pendant cette période (Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299). Sur le rattrapage salarial prévu par la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale, cf. *infra*.

⁴⁴ La Cour de cassation exclut du champ de cette interdiction, la rupture du contrat de travail, pendant la période d'essai (Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-44.806, *Bull. civ.* V, n° 415 ; *RJS* 3/2007, n° 325 ; *Dr. soc.* 2007, p. 356, obs. SAVATIER J.; *D.* 2007. AJ 224, note CORTOT). La rupture du contrat par l'employeur est donc admise pendant la période d'essai, sous la seule réserve de ne pas être discriminatoire. Dans le silence gardé par la loi, la question se pose de savoir si dans le cadre d'une rupture conventionnelle introduite en 2008, une femme pourrait renoncer à la protection contre la rupture de son contrat de travail. L'administration se prononce pour le refus d'homologation, le cas échéant (Circ. DGT n° 2009-04, 17 mars 2009).

⁴⁵ En ce sens également, v. l'article 8 de la version de la Convention OIT relative à protection de la maternité issue de sa révision en 2000 (non ratifiée par la France).

⁴⁶ Elle tient compte de l'état de la salariée pour apprécier l'existence d'une faute grave, le cas échéant.

⁴⁷ Art. L. 1225-25 C. trav. La salariée de retour d'un congé maternité a aussi droit à un entretien avec l'employeur en vue de son orientation professionnelle (art. L. 1225-27 C. trav.).

⁴⁸ Peu important que la salariée perde tout contact avec la clientèle, le cas échéant, v. Cass. soc., 1^{er} févr. 2012, n° 10-20.906.

⁴⁹ L'employeur n'était 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, dépendait de sa seule activité professionnelle (Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-44.113).

congé maternité comme un droit des femmes. Une évolution se dessine néanmoins, qui ménage un droit des femmes en devenir.

II. À UN DROIT DES FEMMES EN DEVENIR ?

Dans les faits, le dispositif juridique du congé maternité souffre de plusieurs limites du point de vue des femmes, non seulement dans leur rapport à la maternité mais aussi et surtout, dans leur rapport à l'emploi. Ces insuffisances interrogent le congé maternité comme droit. L'effectivité de ce droit appelle, à tout le moins, des mesures renforcées. Au-delà, elles interrogent la conception même du droit au congé maternité, sous l'angle de ses fondements.

A. L'EFFECTIVITE DU CONGE MATERNITE : DROIT OU RISQUE ?

L'effectivité d'une norme juridique peut-être admise, lorsque ses effets sur le terrain de l'action ne sont pas en contradiction avec ses finalités⁵⁰. Le droit au congé maternité a comme finalité première la protection de la maternité, en termes de santé et de sécurité. Cette visée est loin d'être satisfaite dans les faits. Encore moins alors que le congé maternité s'est affirmé dans le monde du travail comme un vecteur de risques à part entière pour les femmes, en particulier sur le terrain professionnel.

Maternité

Sous l'angle macro, le dispositif juridique du congé maternité semble être effectif. L'objectif initial de lutter contre la dénatalité est atteint. La France peut aujourd'hui se prévaloir d'un taux de natalité parmi les plus élevés d'Europe, qui se conjugue avec fort taux de l'activité féminine⁵¹ et une faible mortalité infantile⁵². Le congé maternité y contribue sans aucun doute. Sans pour autant assurer pleinement la protection de la maternité, sous l'angle micro. À ce jour, une grande majorité des mères estiment trop courte la durée actuelle du congé de maternité, en principe de seize semaines. La pratique confirme cette appréciation. La durée moyenne de l'ensemble des congés pris à l'occasion d'une naissance est supérieure de cinq semaines à celle du congé de maternité⁵³

⁵⁰ LEROY Y., *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit social, LGDJ, 2011, spéc. p. 339.

⁵¹ V. Eurostat, in Chiffres Clés 2010, *L'égalité entre les femmes et les hommes*, tab. 3, p. 9.

⁵² Sans pour autant, que l'on puisse en dire autant de la mortalité maternelle.

⁵³ V. GRESY B., *Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, 2009, La Documentation française.

Dans une recommandation adoptée en 2000, l'OIT préconise un congé légal de maternité de dix-huit semaines⁵⁴. Dans le cadre du projet de révision de la directive relative à la protection des femmes travailleuses enceintes⁵⁵, la Commission de l'Union européenne a proposé de porter la durée minimale du congé maternité à 18 semaines. Le Parlement est allé plus loin en se prononçant en faveur d'un allongement à 20 semaines, assorti d'un maintien de rémunération. Non suivies par le Conseil, ces propositions ont suscité des objections de plusieurs ordres. Certaines s'adossent à la problématique du financement : le maintien de la rémunération engagerait un « coût » trop élevé dans un contexte de crise. D'autres font valoir qu'une interruption du travail plus longue risquerait de pénaliser davantage les femmes sur le marché du travail. D'autres observent enfin que l'allongement de la durée du congé maternité aboutirait à cantonner les femmes à la prise en charge des enfants, laquelle devrait être davantage partagée entre les femmes et les hommes.

Rémunération

À ce jour, la législation française ne garantit pas le maintien de la rémunération pendant un congé maternité. Une avancée a néanmoins été réalisée par la loi du 20 mars 2006 sur l'égalité salariale. Désormais, la salariée de retour de congé maternité doit percevoir la majoration constituée par les augmentations générales, ainsi que la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée du congé, par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise⁵⁶. Lors de l'examen de la proposition de révision de la directive de 1992, le Parlement européen s'est prononcé en faveur du maintien de l'intégralité de la rémunération pendant le congé maternité, « afin que les femmes ne soient pas financièrement pénalisées lorsqu'elles sont mères ». Plusieurs propositions de loi ont été présentées en France en ce sens, sans aboutir⁵⁷.

⁵⁴ Recommandation n° 191.

⁵⁵ Cf. MAILLARD-PINON S., « Maternité », art. préc., n° 119 s. Cette proposition s'inspire de l'approfondissement des fondements du droit au congé maternité à l'œuvre au niveau européen, sous l'impulsion de la directive relative à l'égalité professionnelle de 2006. Cf. *infra*.

⁵⁶ Art. L. 1225-44 C. Trav. Ces dispositions s'appliquent à défaut d'accord collectif prévoyant des garanties d'évolution de la rémunération des salariées.

⁵⁷ En dernier lieu, proposition de loi relative à la modernisation du congé maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité, n° 1648, déposée à l'Assemblée Nationale le 17 février 2009 (Mme BOUSQUET et *alii*) ; proposition de loi relative à la modernisation du congé maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité, n° 492 déposée au Sénat le 21 mai 2010 (Mme CAMPION et *alii*). Ces propositions intègrent aussi l'allongement du congé maternité à 20 semaines.

Emploi

Le fort taux d'activité des femmes ne doit pas éclipser la réalité des difficultés auxquelles sont confrontées les femmes dans le champ professionnel, en raison de la maternité. Plusieurs problématiques attestent l'incidence dans les faits de la maternité et du congé maternité en particulier. La HALDE a autrefois contribué à leur diffusion en adoptant plusieurs délibérations sur le sujet. Ces incidences se manifestent aussi bien en amont, au stade de l'embauche (notamment par le jeu de la discrimination réflexe, tenant au stéréotype de la femme mère), qu'en aval, lors de la reprise du travail à l'issue du congé maternité (déclassement), ou dans le déroulement de carrière (promotion...). Selon un sondage réalisé en 2009, 55 % des femmes ont le sentiment que leur(s) congé(s) maternité a / ont eu un impact négatif sur leur progression de carrière⁵⁸.

Le congé maternité est donc loin d'absorber, à lui seul, tous les risques liés à la maternité en termes d'emploi. Au contraire, il s'affirme dans les faits comme un vecteur à part entière de risques, pour l'emploi et la rémunération des femmes. Ces constats jettent le trouble sur l'effectivité du droit au congé maternité. Pour une part imputable au non respect des règles juridiques applicables, ils interrogent aussi la conception même de ce droit, sous l'angle de ses fondements.

B. DE LA PROTECTION A L'EGALITE ?

L'évolution récente rend compte d'un repositionnement du dispositif du congé maternité du point de vue des fondements. À la faveur d'un processus de mutation du principe d'égalité de traitement, sous l'effet duquel « la conception de l'égalité formelle de non-discrimination (...) côtoie une conception différentielle de l'égalité fondée sur la "discrimination justifiée" »⁵⁹. À ce « changement de cap » a contribué la jurisprudence de la CJUE, relayée dans les textes lors de la refonte des directives européennes relatives à l'égalité professionnelle⁶⁰, dans la directive de 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail⁶¹.

Cette directive s'attache à conjuguer une acception classique de l'égalité en termes de non-discrimination, avec une vision plus moderne de l'égalité, en termes d'égalité différen-

⁵⁸ Sondage LH2 réalisé du 13 mai au 3 juin 2009 – Base: les femmes actuellement salariées, en activité dans le secteur privé, âgées de 30 à 60 ans et travaillant en France et ayant des enfants (2 098 personnes), cité par GRESY B., *Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, La documentation française, 2009, p. 84.

⁵⁹ SENAC-SLAWINSKI R., « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français », *Droit et société*, 2006/1, n° 62, p. 67.

⁶⁰ LANQUETIN M.-T., « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. À propos de la directive "refonte" », *Dr. soc.*, 2007, p. 861.

⁶¹ Dir. n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006, *JOUE* n° L 204, 26 juill. 2006.

tielle⁶². Dans cette optique, les mesures de protection de la maternité ne sont plus considérées comme une dérogation au principe d'égalité de traitement, mais comme une condition nécessaire à sa réalisation. « La condition biologique de la femme la plaçant dans une situation différente, ne pas en tenir compte porterait atteinte au principe lui-même, dont la seule référence serait masculine »⁶³. Dès lors, prévoir des mesures de protection de la maternité est un moyen de parvenir à une réelle égalité professionnelle entre les sexes. « Au-delà d'un simple changement théorique, cette évolution autorise une application large des mesures protectrices de la femme enceinte, rompant ainsi avec une interprétation stricte attachée aux dispositions dérogatoires »⁶⁴.

La directive prend ainsi soin de préciser dans l'exposé de ses motifs, que « pour des raisons de clarté, il convient également de prendre des dispositions expresses concernant la protection des droits, en matière d'emploi, des femmes en congé de maternité, en particulier leur droit de retrouver le même poste ou un poste équivalent, de ne faire l'objet d'aucun préjudice en ce qui concerne leurs conditions à la suite d'un tel congé et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail auxquelles elles auraient eu droit durant leur absence ». Sur ce fondement, elle renforce les droits reconnus aux femmes de retour de congé maternité. Selon l'article 15 de la directive, « une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence »⁶⁵. Il est ainsi clairement énoncé que la protection de la maternité ne saurait prendre le pas sur la garantie des droits des femmes en matière d'emploi, laquelle est ainsi reconnue non pas comme un corollaire, mais comme une condition de la protection de la maternité.

Mesures de compensation ou de rattrapage

Cette égalisation dans la différence justifie des mesures de neutralisation du congé maternité renforcées, constituées non seulement de mesures en négatif, par l'interdiction de discriminations fondées sur le congé maternité, mais aussi de mesures en positif, par des mesures de compensation ou de rattrapage.

En négatif, l'égalité de traitement est relayée par l'interdiction des discriminations directes et indirectes fondées sur le congé maternité. La directive analyse comme une discrimination prohibée « tout traitement moins favorable [...] lié à la grossesse ou au congé de maternité »⁶⁶. Ainsi conçue, l'interdiction de la discrimination permet d'intégrer tous les aspects de la vie professionnelle susceptibles d'être impactés. En droit interne, la loi de 2008 portant transposition des directives relatives à la lutte contre les discriminations a relayé cette

⁶² Cf. LYON-CAEN A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. Soc.*, 1990, p. 68.

⁶³ LANQUETIN M.-T., art. préc.

⁶⁴ MAILLARD-PINON V. S., « Maternité », art. préc. ; LANQUETIN M.-T., *ibid.*

⁶⁵ Article 15 (Retour de congé de maternité).

⁶⁶ Article 2-2.

interdiction, dans le champ du droit du travail⁶⁷. Elle a introduit dans le Code du travail le motif du congé maternité, parmi les critères de discrimination⁶⁸. Elle a précisé les définitions, telles que prévues par les directives européennes, de la discrimination directe et de la discrimination indirecte. Le congé maternité est ainsi reconnu comme un critère à part entière de discrimination, au sens large du terme.

En positif, l'égalité de traitement est relayée par la promotion de mesures spécifiques compensatoires⁶⁹ visant à neutraliser les incidences du congé maternité. Sans être inédites dans la législation française, ces mesures permettent de rétablir ou de corriger la différence de situation résultant du congé maternité, le cas échéant. Elles sont notamment destinées à garantir aux femmes de retour d'un congé maternité le bénéfice des conditions auxquelles elles auraient eu accès si elles avaient travaillé. De cette logique participe la mesure de rattrapage salarial, introduite par la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale : « elle incarne l'application du principe d'égalisation dans la différence et par la différence avec la mise en place d'action positive, le but étant de neutraliser les incidences financières du congé de maternité »⁷⁰.

Conciliation vie professionnelle et vie personnelle

Un autre apport de la directive refonte de 2006 tient à la mise en relation de l'égalité professionnelle ainsi entendue, avec la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale⁷¹. De ce point de vue, la directive reconnaît la participation équilibrée aux responsabilités familiales comme un levier nécessaire à une réelle égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cette perspective invite à garantir le congé maternité au titre de la protection de la maternité, mais aussi à le circonscrire à cette finalité. Un courant œuvre ainsi en faveur d'un partage renforcé de la parentalité, qui pèse aujourd'hui sur les femmes bien au-delà, de ce que commande leur condition biologique⁷². En dernier lieu, une proposition de réforme préconise l'institution d'un congé d'accueil de l'enfant partagé entre le père et la mère. Dans ce cadre, le congé maternité spécifique aux femmes serait ramené à 12 semaines

⁶⁷ La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁶⁸ Dans le Code du travail, le motif du sexe a été intégré en 1974. La loi relative à l'égalité salariale du 23 mars 2006 a introduit le motif de la grossesse.

⁶⁹ Exposé des motifs – 21 « L'interdiction de toute discrimination devrait être sans préjudice du maintien ou de l'adoption de mesures visant à prévenir ou à compenser les désavantages subis par un groupe de personnes d'un même sexe ».

⁷⁰ SENAC-SLAWINSKI R., « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français », art. préc., p. 67. V. CESARO J.-F., « Le Code du travail est pavé de bonnes intentions – Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *JCP S*, 2006, p. 1273.

⁷¹ V. not. exposé des motifs, 11. Sur la montée en puissance de la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle au niveau européen, v. MOIZARD N., « Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale en droit social communautaire », *Informations sociales*, 2006/1, n° 129, p. 130 ; BURRI S., « La conciliation de la vie professionnelle, privée et familiale. L'approche juridique de l'Union européenne », *Revue de l'OFCE*, 2010/3, n° 114, p. 213.

⁷² En témoignent aussi les pratiques relatives au congé parental d'éducation.

et serait doublé d'un congé d'accueil de l'enfant de deux mois, dont un mois serait dédié à la mère, l'autre au père, sans être transférable⁷³.

Ces réflexions ont le mérite de placer le congé maternité dans le cadre d'une problématique plus générale, en termes de droits fondamentaux. La conciliation de la vie personnelle et de la vie professionnelle a désormais valeur d'objectif prioritaire au niveau communautaire. Elle est également reconnue par l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À la vigueur de ce droit fondamental contribue, en droit interne, la promotion par la jurisprudence de la Cour de cassation du droit des salariés « à une vie personnelle et familiale »⁷⁴. Cette inspiration favorise un ancrage renforcé du congé maternité, sur le terrain des droits fondamentaux. Elle justifie de le placer désormais sous l'égide d'un droit fondamental reconnu aux femmes, en tant que personnes⁷⁵. En cette qualité en droit de prétendre concilier une vie professionnelle avec une vie personnelle et familiale. L'exercice de ce droit fondamental dans le respect de l'égalité de traitement commande des déclinaisons et des garanties tenant compte des différences, en particulier biologiques. Dans cette perspective s'inscrivent les propositions de révision de la directive de 1992 sur la protection des travailleuses enceintes⁷⁶, dont l'aboutissement n'est pas exclu. Sans doute le congé maternité pourrait-il alors prétendre davantage compter, parmi les droits des femmes.

Pour citer cet article

Isabel Odul-Asoray, « Congé maternité, droit des femmes ? »,
in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant
La Revue des Droits de l'Homme n°3, juin 2013
<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/9seminaireodul1.pdf>

⁷³ Cf. GRESY B., *Rapport relatif à l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités familiales et professionnelles*, juin 2011, La Documentation française, p. 90 s.

⁷⁴ Not. Soc. 14 oct. 2008, *D.* 2008. 2672, obs. L. PERRIN ; *ibid.*, 2009. Pan. 590, obs. BORENFREUND G., CAMAJI L., FABRE A., LECLERC O., PASQUIER T., PESKINE E., PORTA J. et WOLMARK C. ; *ibid.* Chron. 1427, obs. P. LOKIEC ; *RDT* 2008. 731, obs. AUZERO G. ; *RDC* 2009. 175, note RADE CH. ; Soc. 13 janv. 2009, préc ; Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702, *D.* 2012. 67, note LOKIEC P. ; *RDT*, 2012, p. 31, obs. TOURNAUX S..

⁷⁵ En ce sens, v. l'article 33-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁷⁶ V. *supra*.