

**CERIT-CRDP**

Centre d'Etude et de Recherche  
de l'Institut Régional du Travail  
Université Nancy 2

**LA PRISE EN COMPTE DE LA VIE FAMILIALE DU SALARIE DANS LES  
NORMES LEGALES ET CONVENTIONNELLES DU TRAVAIL**

Alexia Gardin  
Avec la collaboration de Yann Leroy  
Responsabilité scientifique : Catherine Marraud  
CERIT – Université Nancy II

**DECEMBRE 2002**

# TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS.....	3
NOTE DE SYNTHÈSE.....	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE .....	14
<b>I - LA PRISE EN COMPTE EXPLICITE DE LA VIE DE FAMILLE DANS LES NORMES LÉGALES ET CONVENTIONNELLES DU TRAVAIL : « LE TEMPS FAMILIAL CHOISI »</b> .....	<b>16</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA PRIORITE DONNEE AU SALARIE-PARENT .....</b>	<b>18</b>
Section 1 : Une prise en compte importante des relations parents-enfants : la reconnaissance dans l'entreprise des fonctions parentales .....	18
Section 2 : Une prise en compte limitée des autres relations familiales du salarié : la perspective d'une évolution .....	34
<b>CHAPITRE 2 : LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE L'INTERCHANGEABILITE DES ROLES FAMILIAUX MASCULIN ET FEMININ.....</b>	<b>42</b>
Section 1 : L'interchangeabilité de l'activité domestique et éducative .....	43
Section 2 : L'interchangeabilité de la fonction nourricière .....	51
<b>II - LA PRISE EN COMPTE IMPLICITE DE LA VIE DE FAMILLE DANS LES NORMES LÉGALES ET CONVENTIONNELLES DU TRAVAIL : « LE TEMPS AU CHOIX DU SALARIE » .....</b>	<b>59</b>
<b>CHAPITRE 1 : LES INSTRUMENTS DE DISPONIBILITE : LA LIBERTE DU TEMPS.....</b>	<b>60</b>
Section 1 : La liberté du temps pour le présent .....	60
Section 2 : La liberté du temps pour l'avenir .....	69
<b>CHAPITRE 2 : LES INSTRUMENTS DE PREVISIBILITE : LA SECURITE DU TEMPS .....</b>	<b>75</b>
Section 1 : La sécurité du temps par le formalisme .....	75
Section 2 : La sécurité du temps par l'encadrement des changements .....	78
PLAN DÉTAILLÉ .....	82
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .....	85
BIBLIOGRAPHIE .....	86

## AVANT-PROPOS

La question du temps a pénétré les politiques publiques. Ceci s'est traduit de deux façons. D'une manière transversale, dans les politiques d'amélioration de la disponibilité des services publics conduites essentiellement par les services rattachés au premier ministre ou par des organes interministériels. Et dans les politiques sectorielles : politique des transports, politique de la famille, et politique sociale. En cette dernière matière, la question du temps se concrétise dans le droit de l'emploi et le droit du travail.

Pourtant, le temps de la vie privée du salarié n'est pas en tant que tel un sujet en vogue chez les juristes du travail, même si depuis les lois Aubry on observe un regain d'attention de leur part. Toutefois cet intérêt porte le plus souvent uniquement sur les questions attachées au contentieux réel ou potentiel lié au temps de travail<sup>i</sup>. Ce constat tranche avec l'intérêt porté à la question par les sociologues du travail<sup>ii</sup>.

Concernant le droit du travail, Alain Supiot pouvait écrire, dans un article daté de 1981 que « (celui-ci) ne connaît pour l'essentiel la famille qu'à travers la condition juridique particulière qu'il réserve à la femme »<sup>iii</sup>. On mesure à l'aune de cette affirmation combien le contexte a évolué en vingt ans<sup>iv</sup>.

Quatre grandes séries de dispositifs structurent, du point de vue juridique, l'évolution de cette question depuis vingt ans : les mesures portant sur la gestion collective et individuelle du temps de travail, les mesures portant sur l'égalité hommes-femmes en droit du travail, celles portant sur la politique de l'emploi relative au travail à temps partiel, et de façon connexe, celles relatives à la politique sociale de la famille.

La recherche d'Alexia Gardin, jeune docteure en droit du travail et maître de conférence à l'Université Nancy 2, concerne les trois premières séries de dispositifs. L'étude porte sur les normes légales et conventionnelles du droit du travail<sup>v</sup> relatives à la conciliation vie familiale-vie professionnelle. La question est abordée sous deux angles.

En premier lieu, celui des dispositions légales et conventionnelles traitant explicitement de la vie privée du salarié. Elles sont quantitativement importantes et concernent surtout le salarié en tant que parent, et plus spécifiquement parent d'un jeune enfant. Parmi les dernières mesures légales sur cet aspect du sujet, on citera le congé parental d'éducation, le congé de paternité, le congé de présence parentale, le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie, la réduction du temps de travail pour les besoins de la vie familiale.

Alexia Gardin analyse ensuite les dispositions visant implicitement la dimension familiale de la vie du salarié, qui se traduisent par la faculté de choix dans l'aménagement du temps de travail et par la prévisibilité des horaires de travail.

Cette méthodologie permet à l'auteur d'examiner les textes législatifs et réglementaires au regard de la pratique conventionnelle d'entreprise, et ceci est intéressant dans la mesure où cela montre qu'il y a un écart souvent défavorable entre le texte et son application dans les accords d'entreprise.

Au fil de cette analyse, apparaissent plusieurs limitations du droit du travail relativement à la vie privée du salarié. On en retiendra trois.

La législation du travail est par elle-même insuffisante pour assurer l'effectivité des droits qu'elle reconnaît (Congé Parental d'Education et Congé de Présence Parental, notamment, et ce bien que les dispositifs conventionnels puissent aussi permettre ce financement, par exemple le Compte Epargne Temps). Ceci implique une articulation du droit du travail et du droit de la Sécurité sociale et des prestations familiales, notamment en matière de financement des congés parentaux.

Il apparaît également que le droit du travail, tout comme le droit des prestations familiales, pêche encore par sa prise en compte limitée de l'enfance (et de l'adolescence), passée la période de la petite enfance.

Enfin, toutes les dimensions de la vie familiale ne sont pas prises en compte par le droit du travail, qui reste encore lié à une conception classique de la famille (famille légitime et naturelle). Ceci reste vrai malgré les nouveautés qui ont été introduites récemment (Pacsés qui sont donc assimilés aux couples légitimes, mais aussi congé d'accompagnement des personnes en fin de vie et réduction du temps de travail pour les besoins de la vie familiale). La conception purement factuelle du couple en droit du travail est ainsi contrebalancée par une référence persistante à l'institution du mariage, au couple légitime (et on pourrait ajouter désormais à l'institution du PACS)<sup>vi</sup>.

Ce rapport présente un grand intérêt : sa clarté en fait un outil d'information très utile pour les juristes du travail, mais aussi pour les sociologues du travail, et pour les sociologues de la famille qui travaillent sur la conciliation vie familiale-vie professionnelle.

**Nadia Kesteman**  
**CNAF, Département Recherche et Prospective**

---

i. A l'exception notable des travaux de Françoise Favennec-Henry sur le temps choisi et le temps de repos, et de ceux de Michel Miné sur la conciliation vie familiale-vie professionnelle.

ii. notamment à la DARES (v. notamment le récent dossier présenté dans *Travail et Emploi* d'avril 2002, et les recherches réalisées en 2000-2001 à l'initiative de l'unité de la durée et de l'aménagement du temps de travail).

iii." Femmes et familles en droit du travail", in : *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF, 1983

iv. Sur cette question du temps en droit du travail, v. le numéro spécial de *Droit Social* : Le temps après la loi Aubry II, mars 2000 ;

v. aussi Laurence Merlin, "La durée annuelle du travail : une figure en hausse", *Droit Social*, 1999, pp.863-871.

v. Accords de réduction du temps de travail conclus en application des lois de Robien, et Aubry, et accords de RTT *sui generis*.

vi. Sur ce sujet, v. la thèse d'Anne-Marie Gilles, *Le couple en droit social*, Economica, 1997

## NOTE DE SYNTHÈSE

La présente note de synthèse vise à rappeler les objectifs, exposer la problématique et présenter les principales conclusions de l'étude menée pour la Caisse Nationale des Allocations Familiales (CNAF) par le Centre d'Etude et de Recherche de l'Institut Régional du Travail (CERIT-CRDP) de l'Université Nancy 2 sur *La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail*.

Cette recherche d'une durée de 18 mois a été réalisée par Alexia Gardin, Maître de conférences à l'Université Nancy 2, avec la collaboration de Yann Leroy, doctorant en droit du travail, sous la responsabilité scientifique de Catherine Marraud, Professeur à l'Université de Nancy 2 et directrice du CERIT-CRDP.

### Objectifs et principaux éléments de la problématique

La recherche vise à déterminer de quelle manière et dans quelle mesure le **droit du travail**, appréhendé au travers de ses sources tant légales que conventionnelles<sup>(\*)</sup>, se saisit à l'heure actuelle de la dimension familiale de la vie des salariés et parvient à faciliter la conciliation entre vie de famille et vie de travail.

(\*) L'étude menée sur les **normes conventionnelles** a porté sur :

- 320 conventions collectives nationales de travail
- 178 accords de branche et leurs avenants portant réduction et aménagement du temps de travail (Aubry I et II)
- 1704 accords d'entreprise sur le temps de travail conclus sur la région Lorraine sur la période 1997/2000.

A cette fin, il nous semble que si notre approche se veut exhaustive, elle doit s'articuler autour de deux notions connues des sciences du langage : **l'implicite et l'explicite**.

Il suffit en effet d'une lecture rapide du Code du travail et d'un examen sommaire des textes conventionnels pour s'apercevoir que des dispositions sans cesse plus nombreuses comportent l'énoncé formel de l'élément famille. A s'en tenir au seul terrain législatif et réglementaire et sans prétendre ici à l'exhaustivité, le congé de maternité, le congé parental d'éducation, les congés pour événements familiaux, le congé de présence parentale et dernièrement, le congé de paternité sont autant d'illustrations qui permettent d'appuyer ce propos. Si on y ajoute des dispositions plus ponctuelles se référant aux « obligations familiales impérieuses » ou « aux besoins de [la] vie familiale », l'inscription de la vie de famille du salarié dans le Code du travail ne fait aucun doute.

C'est de cette prise en considération **explicite** de la vie de famille du salarié par les normes légales et conventionnelles du travail dont il est question dans la première partie de notre étude (Titre I). Nous cherchons à la mesurer et à identifier quelles sont ses principales caractéristiques.

Cette démarche nous conduit non seulement à apprécier si le droit légal et conventionnel du travail reconnaît la vie de famille du salarié en tant que telle, mais également à préciser ce qu'il prend spécialement en compte dans la vie de famille - *la qualité de parent, de conjoint, de concubin, de membre d'un cercle familial élargi ?* - et comment s'opère cette considération - *dans des règles sexuées, asexuées, consacrant une interchangeabilité des rôles réelle ou seulement formelle ?*

Mais à coté d'une prise en compte explicite de la vie de famille dans des mesures ciblées, ne peut-on déceler une prise en compte **implicite** au travers de dispositions légales ou conventionnelles de portée générale qui consacrent une organisation du temps de travail compatible avec des impératifs personnels ? C'est la seconde interrogation qui guide notre analyse (Titre II). Relancée par les lois de réduction du temps de travail, elle nous amène à rechercher, au delà des mesures ciblées sur l'élément famille, tous les éléments de concrétisation de l'idée de « temps choisi » en droit légal et conventionnel du travail. Cette recherche s'est structurée autour de deux éléments primordiaux de la vie de famille : *la disponibilité et la prévisibilité*.

*La disponibilité* étant principalement liée au pouvoir de détermination reconnu au salarié dans l'organisation de son temps de travail, dans ses aspects durée comme répartition, pour le présent ou pour l'avenir, sont visées toutes les dispositions qui permettent une individualisation des temps et la constitution de droits de créance.

Par ailleurs, la sécurité du temps étant un impératif pour sa liberté, doivent être recherchés tous les instruments de *prévisibilité*, qu'ils consistent en des garanties formelles et procédurales ou en des règles limitant les changements de la durée ou de la répartition initiale du temps de travail.

## Principaux résultats

### **Titre 1 : La prise en compte explicite de la vie de famille dans les normes légales et conventionnelles du travail : « le temps familial choisi »**

- **1<sup>ère</sup> enseignement** : c'est toujours la **charge de fait** que constitue pour le salarié sa famille que le législateur et les partenaires sociaux cherchent à alléger. Cet enseignement apparaît en filigrane dans l'ensemble des développements qui vont suivre
- **2<sup>ème</sup> enseignement** : l'inscription de la dimension familiale s'opère de **2 façons différentes**.

En premier lieu, le droit légal du travail s'intéresse aux contraintes inhérentes à l'appartenance à un groupe familial **sans se référer à un statut familial précis du salarié**. Dans 2 dispositions nouvelles issues de la loi Aubry II (19 janvier 2000), il est question des « besoins de sa vie familiale » (art. L 212-4-7 C. trav.) ou encore des « obligations familiales impérieuse » (art. L 212-4-3, L 213-4-3 C. trav.) sans autre précision. Cette dernière notion se retrouve également dans la nouvelle réglementation du travail de nuit issue de la loi du 9 mai 2001 (art. L 213-4-2, L 213-4-3 C. trav.).

**MAIS POUR L'ESSENTIEL, LE DROIT LEGAL ET CONVENTIONNEL DU TRAVAIL S'ADRESSE AU SALARIE EN UNE QUALITE DETERMINEE : CELLE DE PARENT, DE CONJOINT OU DE CONCUBIN OU MEME DE MEMBRE D'UN CERCLE FAMILIAL PLUS ETENDU.**

#### **Quelques exemples :**

- Si on prend le congé postnatal, le congé parental d'éducation, le congé enfant malade ou encore le congé de présence parentale, c'est en sa qualité de parent que le salarié est visé. Il s'agit de lui permettre de remplir sa mission de soin et d'éducation de l'enfant.
- Le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie vise, pour sa part, le salarié dans ses rapports avec ses descendants, ses ascendants, son conjoint et même son concubin, au travers de la notion de « personne partageant le domicile ». Signalons d'ailleurs que c'est par cette disposition que le concubin a fait son apparition dans le Code du travail. Jusqu'alors, lorsqu'elles s'intéressaient au couple, les normes légales et conventionnelles du travail utilisaient exclusivement

le terme de conjoint, renvoyant ainsi au lien d'alliance issu du mariage. Depuis, avec la loi relative au PACS, une nouvelle étape a été franchie puisque c'est l'ensemble des dispositions du Code du travail visant le « conjoint » qui ont été étendues aux « partenaires d'un pacte civil de solidarité ». L'assimilation n'est toutefois pas complète puisque tous les concubins ne sont pas liés par un PACS.

- Enfin, la nouvelle réglementation du compte épargne temps issue de la loi du 19 janvier 2000 prend en compte le fait que le salarié ait un « parent dépendant ou âgé de plus de soixante quinze ans » pour lui procurer un avantage dans l'utilisation de ce compte.

□ **3<sup>ème</sup> enseignement** : si le droit légal et conventionnel du travail s'adresse au salarié membre d'une famille en une qualité déterminée, les fonctions qui lui incombent en ces différentes qualités ne sont pas logées à la même enseigne. **Priorité est donnée au salarié parent**, même si plusieurs signes d'une évolution vers une prise en compte plus importante de ses autres relations familiales peuvent être relevés sur la période la plus récente.

CETTE PRIORITE RESULTE TANT DE L'IMPORTANCE DE LA PRISE EN COMPTE DES RELATIONS PARENTS-ENFANTS QUE DE LA PLACE LIMITEE OCCUPEE PAR LES AUTRES RELATIONS FAMILIALES DU SALARIE.

✓ **Une prise en compte importante des relations parents enfants**

### **L'importance quantitative**

Dans les normes légales et conventionnelles du travail, le salarié est saisi en sa qualité de parent. C'est le constat qui s'impose au regard du nombre important de dispositions qui s'attachent à permettre au travailleur de remplir ses fonctions parentales. Que l'on songe au congé parental d'éducation, au congé enfant malade, au congé de présence parentale, aux congés de maternité et de paternité, ou à des dispositions plus éparées se référant à la présence d'un « enfant à charge » ou d'un « enfant de moins de seize ans », le terrain législatif fourmille d'illustration de la volonté du législateur du travail de favoriser la présence des salariés-parents aux cotés de leurs enfants dans les étapes importantes de leur existence. Celle-ci se retrouve également présente chez les partenaires sociaux qui prévoient d'autres types de mesures que celles édictées par la loi ou apportent des améliorations ou adaptations aux dispositifs légaux. Ainsi, par exemple, les congés pour rentrée scolaire accordés par un bon nombre de conventions collectives ou les congés liés à une cérémonie religieuse concernant l'enfant témoignent de la faculté d'innovation de la négociation. Il en va de même du domaine de la maladie ou de l'accident de l'enfant. A l'heure actuelle, de nombreuses conventions collectives apportent des améliorations techniques au congé légal en prévoyant par exemple une durée d'absence autorisée plus longue ou encore une rémunération de la période considérée.

Mais au vu des résultats de la recherche, le constat de la prise en compte importante du salarié-parent peut encore être affiné : c'est principalement la petite enfance qui a, jusqu'à présent, retenu l'attention du législateur et des partenaires sociaux. En effet, pas moins de trois dispositifs légaux différents<sup>1</sup> s'adressent au salarié dans ses rapports avec son enfant au cours des premières années de son existence. Ils n'ont en revanche édicté que très peu de mesures de nature à favoriser une

---

<sup>1</sup> Congé postnatal (art. L 122-28 C. trav.), congé parental d'éducation et temps partiel pour élever son enfant (art. L 122-28-1 C. trav.).

présence familiale auprès de l'enfant une fois celui-ci en âge d'être scolarisé. Seule la prise en charge de l'enfant dont l'état de santé est déficient a retenu leur attention<sup>2</sup>.

Une évolution de ce constat semble toutefois en voie de se réaliser avec l'article L 212-4-7 du Code du travail, issu de la loi Aubry II, dont le caractère novateur doit être souligné. Cette disposition qui s'inspire du droit néerlandais offre la possibilité au salarié de réduire son temps de travail « *en raison des besoins de [sa] vie familiale* » par l'octroi d'une ou plusieurs semaines d'arrêt d'au moins une semaine. Cette modalité, proche du travail à temps scolaire mis en place par certaines conventions collectives, est une annualisation du temps de travail sans accord collectif par simple avenant au contrat, sans modulation du temps de travail. Pendant les périodes de travail, le salarié travaille à temps complet. Le choix est certes ciblé - il doit être motivé par des raisons familiales - mais la formulation permettra d'englober tout ce qui relève de l'accompagnement de l'enfance et de l'adolescence.

### **L'importance qualitative**

Mais l'importance de la prise en compte de la qualité de parent résulte également et surtout de la qualité des dispositifs s'adressant aux salariés parents qui s'attachent à leur assurer une certaine continuité dans leur biographie professionnelle. Il s'agit de faire en sorte que la qualité de parent ne fasse pas ombre à la qualité de salarié.

L'étude du dispositif qui suscite le plus de discussions - à savoir le congé parental d'éducation - est sur ce point probant.. Protection contre le licenciement, droit au réemploi immédiat, droit à un emploi identique ou, à défaut, similaire, droit à une action de formation professionnelle, prise en compte du congé pour l'ancienneté sont autant de garanties d'une certaine continuité. Force est cependant de constater que des faiblesses subsistent encore, dont la plus importante concerne la rémunération du congé. Certes, le salarié en congé parental est susceptible de bénéficier d'une *allocation parentale d'éducation* versée par la Caisse d'allocations familiales et régie par le droit de la Sécurité sociale, mais celle-ci est traitée à partir de conditions très différentes, de sorte qu'elle ne peut pas être assimilée à une rémunération du congé parental

Il y a donc bien une prise en compte importante des relations parents-enfants, tant d'un point de vue quantitatif que d'un point de vue qualitatif, même si des insuffisances subsistent encore. En revanche, rares sont les dispositions explicites qui ouvrent au salarié la possibilité de se soustraire à l'exécution de son contrat pour se consacrer à ses engagements familiaux autres que parentaux.

#### **✓ Une prise en compte limitée des autres relations familiales du salarié**

Le constat d'une certaine indifférence peut être formulé tant concernant **le couple**, que concernant le **cercle familial étendu au delà du foyer**, même si des dispositions ponctuelles et réduites s'adressent parfois au salarié en sa qualité particulière de salarié-conjoint ou concubin ou de salarié-enfant. On songe ici à certains congés pour événements familiaux légaux ou conventionnels, à l'ordre des départs en congés payés, au congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie ou encore au compte épargne temps dans sa nouvelle version issue de la loi du 19 janvier 2000.

Une évolution peut toutefois être relevée depuis l'adoption de l'article L 212-4-7 du Code du travail dans le cadre de la seconde loi relative à la réduction négociée du temps de travail. Aux termes de

---

<sup>2</sup> Congé de présence parentale (art. L 122-28-9), congé enfant malade (art. L 122-28-8 et diverses CCN).

cette disposition, « *les salariés qui en font la demande peuvent bénéficier d'une réduction de la durée du travail sous forme d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine en raison des besoins de leur vie familiale* ». Cette formulation générale permettra incontestablement de viser les besoins de la vie du couple, tel le traitement médical du conjoint ou encore la prise en charge d'un parent dépendant. Il y a là une avancée intéressante dans le sens d'une plus grande prise en considération des engagements conjugaux et familiaux qui présente en outre l'avantage de rejoindre les préoccupations du droit communautaire. On notera simplement que cette prise en compte s'opère en dehors de toute référence à un statut familial précis, la disposition en cause pouvant dès lors être mobilisée pour l'ensemble des engagements familiaux, y compris parentaux.

□ **4<sup>ème</sup> enseignement** : La façon dont le droit du travail saisit l'interférence de la vie de famille sur la vie professionnelle révèle encore que ce dernier a progressivement rejeté **toute définition a priori de la distribution des rôles familiaux entre l'homme et la femme.**

Le principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi imposait que soit effacée du droit du travail toute trace d'une définition a priori de la distribution des rôles ménagers féminin et masculin et que soit au contraire consacrée l'interchangeabilité de ces rôles. Ce résultat est aujourd'hui en passe d'être obtenu. Le droit du travail, dans ses sources légales mais aussi conventionnelles, fait preuve d'une certaine neutralité, aussi bien en ce qui concerne le temps pris par les tâches domestiques et éducatives qu'en ce qui concerne l'argent retiré de l'activité salariée.

✓ **L'interchangeabilité de l'activité domestique et éducative**

Au travers de dispositifs asexués, le droit du travail consacre formellement l'interchangeabilité de l'activité domestique et éducative. Pourtant si les règles de droit sont asexuées, leur application ne l'est pas, ce qui nous amène à nous demander si elles ne doivent pas être repensées.

***Des normes asexuées***

Affirmer que le droit du travail consacre formellement l'interchangeabilité de l'activité domestique et éducative suppose que soit démontré que les options que ce dernier ouvre au salarié, pour qu'il puisse se soustraire à l'exécution de son contrat pour s'y adonner librement, visent indifféremment à l'un et à l'autre sexe. L'homme et la femme doivent bénéficier des mêmes droits à congés ou absences. Or c'est bien en ce sens que s'est engagé le droit du travail avec une généralisation dans les dispositifs de conciliation de la vie professionnelle et des activités domestiques et éducatives de la terminologie asexuée « tout salarié ». La récente réforme du travail de nuit et la mise en place du congé de paternité viennent apporter les dernières pierres à cet édifice.

***L'application sexuée de normes asexuées***

L'interchangeabilité des rôles est *formelle* mais elle n'est pas *réelle*. Pour ne prendre que l'exemple du congé parental d'éducation, force est de constater que la presque totalité des bénéficiaires du congé parental. Ce constat conduit naturellement à une interrogation : ne faut-il pas "repenser" la règle de droit ?

Dans l'affirmative, c'est, semble-t-il, la voie de l'incitation des pères à une participation plus active à l'éducation du jeune enfant qui devrait, à notre sens, être explorée. La directive 96/34 sur le congé parental préconise d'ailleurs une telle action. Certains pays européens se sont déjà engagés dans cette voie. Le dispositif suédois est souvent cité en exemple. Dans ce pays, a été mis en place un système de partage de la totalité du congé entre une part familiale et une part individuelle, perdue dans le cas où elle n'est pas prise par le père. Celui-ci semble avoir donné des résultats. Le Luxembourg a pour sa part poussé encore plus loin la logique individuelle. En effet, la loi du 12 février 1999 a reconnu à chaque parent un droit individuel à un congé parental de six mois. Les deux congés s'articulent de la façon suivante. A la fin du congé de maternité, l'un des deux parents

doit obligatoirement prendre son congé parental. S'il n'est pris ni par la mère, ni par le père, il est définitivement perdu. Les parents ne disposent alors plus que d'un seul congé à prendre par l'un des deux, avant le cinquième anniversaire de l'enfant. Voilà un dispositif qui devrait fortement inciter les pères à user du droit qui leur est reconnu et à assurer une part plus égale de responsabilités familiales !

### ✓ **L'interchangeabilité de la fonction nourricière**

Considérer qu'il incombe à la femme d'accomplir les tâches domestiques et éducatives conduit nécessairement à assimiler l'argent qu'elle peut apporter au foyer à une source subsidiaire de revenus pour le ménage. La charge financière pèse normalement sur l'homme. Cette conception qui offre assurément une justification idéologique à la discrimination salariale et rétributive en raison du sexe est condamnée très fermement par un ensemble de normes nationales, communautaires ou internationales qui imposent un principe d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes.

Mais ce principe, aussi fort soit-il, ne saurait masquer la réalité : les discriminations salariales et rétributives n'ont pas, à l'heure actuelle, cessé d'exister. Pour un travail égal, le salaire n'est pas toujours égal. La règle souffre encore d'ineffectivité. Pour y remédier, il est nécessaire que les tribunaux fassent preuve d'une plus grande fermeté dans sa mise en œuvre. Le manque d'enthousiasme qui a animé la jurisprudence dans les années passées doit laisser la place à davantage de rigueur. Des signes positifs sont actuellement perceptibles. Deux méritent d'être tout particulièrement soulignés : **l'adoption par le juge français d'une nouvelle démarche probatoire et une nouvelle approche de la notion de travail de valeur égale.**

## **Titre 2 : La prise en compte implicite de la vie de famille dans les normes légales et conventionnelles du travail : « le temps au choix du salarié »**

□ **1<sup>er</sup> enseignement** : L'idée de temps choisi a trouvé une consécration juridique au delà de la seule dimension familiale. A côté de mesures ciblées sur l'éléments famille, s'est développée toute une série de dispositions tendant à favoriser le choix du temps en général. Dans la mesure où « le temps au choix du salarié » peut permettre « le temps familial choisi », ces dispositions participent de l'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle. Elle visent à offrir au salarié la liberté comme la sécurité de son temps.

### ✓ **La liberté du temps**

Le droit du travail a cherché à favoriser la libération individuelle du temps pour le présent comme pour l'avenir.

### **La liberté du temps pour le présent**

On retrouve tout d'abord l'idée de temps choisi dans certaines mesures qui tendent à accorder au salarié un **véritable pouvoir sur la détermination de la durée de son travail**, c'est à dire le volume d'heures qu'il souhaite consacrer à son activité professionnelle. C'est le cas de l'article L 212-4-9 du Code du travail, issu de la loi du 19 janvier 2000 qui reconnaît au salarié **un véritable droit individuel au temps partiel**. Cette disposition prévoit, certes, un renvoi à la négociation collective pour la détermination des conditions dans lesquelles les salariés peuvent demander à passer à temps partiel, mais le législateur a également mis en place un certain nombre de règles supplétives applicables en l'absence de dispositions conventionnelles. Or certaines de ces règles

sont significatives du renforcement de la logique de choix du salarié. On retiendra tout particulièrement l'encadrement des possibilités de refus de l'employeur limitées à deux *motifs* : l'absence d'emploi disponible dans la catégorie professionnelle du salarié ou d'emploi équivalent et la démonstration de conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise. Des garanties de retour à sa situation d'origine sont également accordées au salarié, même si elles ne peuvent s'analyser en un véritable droit à réversibilité.

Mais la maîtrise individuelle du temps implique également et peut-être même surtout que le salarié dispose d'une **certaine liberté dans l'aménagement et la répartition de son temps de travail**. Comme il a pu être remarqué par un auteur, c'est « l'horaire [qui] commande toute l'organisation de la vie du travailleur ». Quelques dispositions donnent également corps à cette liberté.

\* La plus ancienne concerne la pratique **des horaires individualisés** qui fit son apparition en 1973 dans la réglementation du travail. Légalisant une pratique importée d'Allemagne, le législateur autorisa les employeurs à déroger à la règle de l'horaire collectif de travail, sous réserve de l'accord des institutions représentatives du personnel et de l'information préalable de l'administration du travail. La mise en place de tels horaires permet incontestablement d'asseoir la liberté de choix du salarié, en ce qu'elle lui permet de décider librement de son heure d'entrée et de son heure de sortie de l'entreprise. Chaque salarié se voit ainsi reconnaître la possibilité de calquer son temps de travail sur ses propres rythmes, personnels et familiaux. Mais il faut bien admettre que si la loi autorise l'employeur à mettre en place de tels horaires, elle ne reconnaît aux salariés aucun droit individuel à en bénéficier. Tout juste leur accorde-t-elle un pouvoir d'initiative collectif en liant la pratique des horaires individualisés aux « demandes de certains travailleurs ». Ainsi, non seulement la décision finale de mettre en place de tels horaires reste une prérogative discrétionnaire de l'employeur, mais un seul salarié ne semble pas pouvoir en prendre l'initiative.

\* La nouvelle réglementation issue des lois Aubry I et II offre encore d'autres prérogatives au salarié, s'agissant **des jours de repos**, même si la prise en compte de la volonté du salarié reste limitée, en ce qu'elle apparaît étroitement circonscrite. On trouve une première illustration de ce constat à l'article L 212-9, II du Code du travail qui prévoit que lorsque *la réduction du temps de travail s'opère sous la forme de jours ou de demi-journées de repos sur l'année*, la norme conventionnelle doit déterminer les modalités de prises des repos, « pour partie au choix du salarié et pour partie au choix de l'employeur ». Le salarié doit donc avoir la possibilité de déterminer librement une partie des jours de repos consécutifs à la réduction de son temps de travail et cet impératif doit guider les partenaires sociaux dans leurs négociations.

L'idée de choix individuel se retrouve également dans le régime *du repos compensateur obligatoire en cas d'heures supplémentaires* avec la reconnaissance au salarié de la possibilité de choisir la « formule » de son repos, par journée ou demi-journées et, sous certaines conditions, les dates de prise de ce repos.

### **La liberté du temps pour l'avenir**

Sachant que « choisir son temps, c'est l'épargner », il est une autre manière pour le salarié de reconquérir son temps, d'en reprendre le contrôle. Il s'agit pour lui de pouvoir capitaliser du temps, afin de pouvoir l'utiliser au moment qui lui convient le mieux, pour un motif inhérent à sa vie personnelle ou familiale.

C'est avec la loi du 25 juillet 1994, instaurant le mécanisme du compte épargne temps, que cette idée de capitalisation individuelle a trouvé sa première expression significative dans notre droit du travail. Sans créer de droit individuel du salarié à capitaliser son temps, elle a mis à la disposition

des partenaires sociaux un nouvel outil de gestion pluriannuelle et individualisée du temps devant permettre de fabriquer du temps pour soi ou pour sa famille. Il convient donc de s'intéresser à ce mécanisme particulier, présenté comme un mode de libération du temps pour l'avenir, afin de déterminer s'il présente bien toutes les garanties pour atteindre cet objectif.

Or si l'acquisition d'un droit de créance se trouve bien organisée, surtout depuis les lois du 19 janvier 2000 et du 19 février 2001 qui ont notamment élargi les sources d'alimentation, le régime de cette créance peut, sur certains aspects, faire douter de son inscription au rang des manifestations du « temps choisi ». C'est le cas de certains modes d'utilisation de la créance qui répondent d'avantage à des choix de l'entreprise qu'à des choix du salarié ou encore de la possibilité reconnue par bon nombre d'accords collectifs d'une utilisation du compte épargne temps en argent.

### ✓ **La sécurité du temps**

L'idée de temps choisi est encore présente dans certains **instruments de prévisibilité** mis en place par le droit du travail au service d'une véritable disponibilité du temps. La flexibilité du temps de travail est en effet de nature à déposséder le salarié de son temps. Comment peut-il maîtriser ses temps de vie si la possibilité est donnée à l'employeur de faire varier tant la durée du travail que sa répartition ? La prévisibilité doit donc être un instrument au service de la disponibilité.

Or c'est bien en ce sens que ce sont dirigés certaines des évolutions récentes de notre droit du travail. La prévisibilité y a trouvé « deux modes d'expression » : des garanties formelles et procédurales et un encadrement des changements à l'initiative de l'employeur.

Les illustrations les plus significatives de cette tendance se retrouvent sur le terrain du **travail à temps partiel** : exigence d'un contrat écrit assorti d'un certain nombre de mentions obligatoires, définition contractuelle des cas de modification de la répartition des horaires et de la nature de cette modification, délai de prévenance en cas de changement, droit de refus du salarié.

Mais l'exigence de prévisibilité concerne également le **salarié à temps plein**. On pense ici au formalisme qui entoure la mise en place de périodes d'astreinte ou encore à la généralisation du délai de prévenance en cas de modification des stipulations initiales dans des hypothèses de modulation du temps de travail ou de réduction par l'octroi de jours de repos.

Force est cependant de constater que si la préoccupation de créer les conditions d'une certaine prévisibilité des horaires a bien inspiré le législateur, elle apparaît très en repli chez les partenaires sociaux qui, par exemple, mettent fréquemment en place des délais de prévenance dérogatoires (quand ils ne les suppriment pas purement et simplement), sans les assortir des contreparties que la loi leur donnait « mandat » de négocier. Voilà qui doit conduire tout observateur de la négociation sur le temps de travail, à bien distinguer ce qu'apporte et impose la loi et ce qui a été obtenu dans les accords collectifs.

□ **2<sup>ème</sup> enseignement** : Sur la question du « temps choisi », une distinction doit donc être opérée entre ce qu'apporte la loi et ce qui a été obtenu dans les conventions et accords collectifs. La négociation sur la réduction du temps de travail, relancée par les lois Aubry, avait en effet été présentée comme une opportunité pour une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale.

Elle pouvait être le terrain d'expériences nouvelles attestant de la capacité d'innovation des partenaires sociaux. Or force est de constater que les résultats de notre étude qualitative menée sur le terrain conventionnel sont sur ce point décevants.

La plupart des accords d'entreprise se limitent en fait à reprendre les termes de la loi, en les accommodant à la situation concrète de l'entreprise. Il est d'ailleurs significatif de noter que seuls quelques rares accords instaurent une semaine de 32 heures ou de quatre jours de travail et qu'ils relèvent pour la plupart du dispositif mis en place par la loi de Robien.

Et que dire de ces accords qui vont jusqu'à omettre certains aspects de la réglementation légale, telles que les contreparties en faveur des salariés ? Identifier la plus value apportée par la négociation collective devient alors une tâche impossible et l'on a le sentiment que les négociateurs ont failli au « mandat » donné par le législateur. Pourtant, la plupart des accords proclamait dans leur préambule le souci de favoriser les aspirations personnelles des salariés. Déclaration de principe, malheureusement non suivie d'effets dans bon nombre de cas...

## INTRODUCTION GENERALE

Comme a pu le souligner Alain Supiot, « *la vie de famille affecte nécessairement l'exécution du travail salarié, et d'un point de vue de pure productivité, le salarié idéal est celui qui n'a pas de famille* »<sup>3</sup>. Déchargé des exigences liées aux fonctions et tâches qui lui incombent dans la sphère familiale, il pourra se consacrer tout entier à son travail.

Car il est certain que la vie de famille demande du temps et un investissement de la part des membres qui la composent, tant et si bien que des tensions ne peuvent manquer d'apparaître entre la situation de salarié et celle de membre d'une famille, entre les exigences qu'implique une activité professionnelle salariée et celles liées aux activités familiales. Dès lors, un ajustement, une articulation s'avère nécessaire si l'on veut que le salarié puisse avoir, en plus de sa vie de travail, une vie de famille épanouie.

Il nous a paru indispensable de rechercher de quelle manière et dans quelle mesure le **droit du travail**, appréhendé au travers de ses sources tant légales que conventionnelles<sup>(\*)</sup>, se saisissait à l'heure actuelle de la dimension familiale de la vie des salariés et parvenait à faciliter la conciliation entre vie de famille et vie de travail. Le droit du travail est celui de la protection des travailleurs, de la conciliation des prérogatives des salariés et des intérêts de l'entreprise, mais c'est aussi le droit du lien social<sup>4</sup>. A ce titre, rien de ce qui est social ne peut lui être étranger. Comment dès lors ne pas s'interroger sur la place qu'il réserve à cette forme de vie sociale tout à la fois élémentaire et fondamentale qu'est la vie familiale ?

(\*) L'étude menée sur les **normes conventionnelles** a porté sur :

- 320 conventions collectives nationales de travail
- 178 accords de branche et leurs avenants portant réduction et aménagement du temps de travail (Aubry I et II)
- 1704 accords d'entreprise sur le temps de travail conclus sur la région Lorraine sur la période 1997/2000. Ces accords ont été obtenus par l'intermédiaire de la Direction Régionale du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle (DRTEFP) de la Lorraine.

A cette fin, il nous a semblé que si notre approche se voulait exhaustive, elle devait s'articuler autour de deux notions connues des sciences du langage<sup>5</sup> : **l'implicite et l'explicite**.

Il suffit en effet d'une lecture rapide du Code du travail et d'un examen sommaire des textes conventionnels pour s'apercevoir que des dispositions sans cesse plus nombreuses comportent l'énoncé formel de l'élément famille. A s'en tenir au seul terrain législatif et réglementaire et sans prétendre ici à l'exhaustivité<sup>6</sup>, le congé de maternité, le congé parental d'éducation, les congés pour événements familiaux, le congé de présence parentale et dernièrement<sup>7</sup>, le congé de paternité sont autant d'illustrations qui permettent d'appuyer ce propos. Si on y ajoute des dispositions plus ponctuelles se référant aux « *obligations familiales impérieuses* » ou « *aux besoins de [la] vie familiale* », l'inscription de la vie de famille du salarié dans le Code du travail ne fait aucun doute.

C'est de cette prise en considération **explicite** de la vie de famille du salarié par les normes légales et conventionnelles du travail dont il sera question dans la première partie de notre étude (I). Nous entendons la mesurer et rechercher quelles en sont les caractéristiques. Cette démarche devrait nous

<sup>3</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 385.

<sup>4</sup> Le droit du travail est une branche du droit social. Il est donc bien le droit du lien social. Voir J.-P. Laborde, Préface de l'ouvrage de A.-M. Gilles, *Le couple en droit social*, coll. Droit civil, série Etudes et Recherches, Economica, 1997, p. 1.

<sup>5</sup> Voir par exemple C. Kerbrat-Orecchioni qui, dans son ouvrage intitulé *L'implicite* (Armand Colin, coll. U linguistique, 1998), consacre d'importants développements à la comparaison des deux types de formulation.

<sup>6</sup> Pour une présentation exhaustive, voir tableau récapitulatif, p. 5.

<sup>7</sup> Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002.

permettre non seulement d'apprécier si le droit légal et conventionnel du travail reconnaît la vie de famille du salarié en tant que telle, mais également de préciser ce qu'il prend spécialement en compte dans la vie de famille et comment s'opère cette considération. Nous verrons alors que c'est surtout la charge de fait que constitue pour le salarié sa famille que le droit légal et conventionnel du travail cherche à alléger en offrant au salarié du temps disponible et la maîtrise de son temps de travail<sup>8</sup>, et que celle-ci est appréhendée parfois au travers d'un statut familial précis, parfois sans référence déterminée, dans des dispositions aujourd'hui asexuées.

Mais à coté d'une prise en compte explicite de la vie de famille dans des mesures ciblées, ne peut-on déceler une prise en compte **implicite** au travers de dispositions légales ou conventionnelles de portée générale qui consacrent une organisation du temps de travail compatible avec des impératifs personnels ? C'est la seconde interrogation qui va guider notre analyse (II). Nous verrons alors que si l'idée - ou l'idéal - de « *temps familial choisi* » connaît une résonance certaine en droit du travail, celle de « *temps au choix du salarié* » a trouvé également des éléments de concrétisation, à travers la consécration de nouveaux droits individuels qui visent à offrir au salarié, non seulement du temps disponible et la maîtrise de son temps de travail, mais également la possibilité de choisir l'affectation de ce temps "libéré".

Précisons enfin que si la recherche porte essentiellement sur les normes internes, elle sera réalisée avec l'éclairage nécessaire des normes internationales et communautaires<sup>9</sup> et que des incursions pourront également être faites sur le terrain du droit comparé, si l'opportunité d'une comparaison se fait sentir.

---

<sup>8</sup> Ces deux aspects sont éminemment complémentaires dans une optique de conciliation. Comme l'a souligné C. Sachs-Durand, « *Le temps disponible est une chose, la maîtrise de ce temps en est une autre. Seule une maîtrise minimale de son temps professionnel (dans le cadre, bien entendu, d'un nécessaire compromis) peut permettre au salarié de percevoir son temps global de vie de manière positive* ». V. « La réduction du temps de travail et les droits fondamentaux du salarié », in F. Meyer, E. Triby (dir.), *Temps de travail, temps de vie*, PU Strasbourg, 2000, p. 100.

<sup>9</sup> La conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale a toujours été une entrée dominante dans la Communauté européenne, en particulier en matière d'égalité des sexes (voir sur ce point : M-T. Letablier, « L'égalité entre les sexes, un enjeu européen », Quatre pages, Centre d'Etude de l'Emploi, n° 46, juillet 2001). Ce constat rend d'autant plus nécessaire une investigation des normes communautaires.

## I - LA PRISE EN COMPTE EXPLICITE DE LA VIE DE FAMILLE DANS LES NORMES LEGALES ET CONVENTIONNELLES DU TRAVAIL : « LE TEMPS FAMILIAL CHOISI »

Il n'est point besoin d'une longue démonstration pour affirmer qu'il existe dans la **législation du travail** une inscription explicite de la vie de famille du salarié. Comme en témoigne le tableau synthétique reproduit ci-contre, de nombreuses dispositions du Code du travail comportent l'énoncé formel de l'élément famille, en ce qu'elles visent le salarié dans ses rapports avec ses enfants, son conjoint ou son concubin, ses ascendants ou tout autre membre de son cercle familial élargi<sup>10</sup>. Visant tantôt à offrir au salarié du temps disponible pour les besoins de sa vie familiale, tantôt à lui donner les moyens de maîtriser son temps de travail, elles témoignent de la prise en compte par le législateur des nécessités de conciliation de ces deux « *temps de vie* » du salarié.

<i>Tableau récapitulatif de la prise en compte explicite de l'élément famille dans les normes légales du travail</i>	
<b>art. L 122-25-4</b> : congé de paternité	Congé ouvert au père à l'occasion de la naissance d'un enfant
<b>art. L 122-26 à L 122-27</b> : congé de maternité / congé d'adoption	Congé ouvert à la mère à l'occasion de la naissance d'un enfant Congé ouvert au père ou à la mère en cas de filiation adoptive
<b>art. L 122-28</b> : congé postnatal	Démission du père ou de la mère sans préavis pour élever son enfant
<b>art. L 122-28-1 à L 122-28-7</b> : temps partiel et congé parental d'éducation	Congé à temps complet ou à temps partiel ouvert au père ou à la mère pour élever son enfant
<b>art. L 122-28-8</b> : congé enfant malade	Congé ouvert au père ou à la mère pour soigner son enfant malade ou accidenté
<b>art. L 122-28-9</b> : temps partiel et congé de présence parentale	Congé à temps complet ou à temps partiel ouvert au père ou à la mère pour soigner son enfant malade, accidenté ou handicapé
<b>art. L 212-4-3 al. 6</b> : temps partiel	Possibilité pour le salarié travaillant à temps partiel de refuser une modification de la répartition de sa durée du travail ou un changement des horaires prévus au sein de chaque journée si le changement s'avère incompatible avec des obligations familiales impérieuses.
<b>art. L 212-4-7</b> : temps partiel pour les besoins de la vie familiale	Possibilité pour le salarié de réduire son temps de travail par l'octroi d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine en raison des besoins de sa vie familiale.
<b>art. L 213-4-3</b> : travail de nuit	Possibilité pour le salarié travaillant de nuit de demander son affectation sur un poste de jour ou encore de refuser un changement de poste sans que le refus puisse constituer une faute ou une cause de licenciement, lorsque le travail de nuit est incompatible avec ses obligations familiales impérieuses.
<b>art. L 223-5</b> : congés payés annuels	Jours de congés supplémentaires pour les mères salariées et apprenties de moins de 21 ans ayant des enfants à charge
<b>art. L 223-7</b> : congés payés annuels	Ordre des départs en congés annuels fixé en tenant compte notamment de la situation de famille (al. 3) Droit à un congé simultané pour les conjoints ou partenaires d'un PACS (al. 4)

<sup>10</sup> Le cercle familial répond à une double conception selon que l'on donne le pas au lien de parenté ou au lien d'alliance. Dans le premier cas, le cercle familial est étendu. Il repose sur le lignage ou la souche. Dans le second cas, en revanche, le cercle familial repose sur le foyer et comprend donc uniquement les époux (ou les concubins) et leurs enfants vivants avec eux. Voir A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, Litec, 10<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 10.

<b>art. L 225-15 à L 225-19</b> : congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie	Congé ouvert au salarié dont un ascendant, un descendant ou une personne partageant le domicile fait l'objet de soins palliatifs
<b>art. L 226-1</b> : congés pour événements familiaux	Autorisation d'absence reconnue au père à l'occasion d'une naissance, à la mère ou au père en cas de filiation adoptive Autorisation d'absence reconnue au salarié à l'occasion de son mariage ou du mariage de son enfant, du décès de son conjoint, partenaire d'un PACS, d'un enfant, de son père ou de sa mère
<b>Art. L 227-1</b> : compte épargne temps	Augmentation de la durée de la période au cours de laquelle le salarié doit utiliser ses droits à congés de 5 à 10 ans, lorsqu'il a la charge d'un enfant de moins de 16 ans ou de l'un de ses parents dépendant ou âgé de plus de 75 ans (al. 2) Compte épargne temps pouvant être utilisé pour indemniser le congé parental d'éducation (al. 9)
<b>art. L 322-5-1</b> : droit à une formation professionnelle	Aide à la reprise d'activité professionnelle pour les personnes ayant élevé au moins 2 enfants

L'importance des normes légales ne saurait cependant faire oublier la place occupée par **les partenaires sociaux** en ce domaine. Ceux-ci, par leurs innovations, s'appliquent tout autant à promouvoir de nouveaux instruments de conciliation qu'à imaginer d'intéressantes améliorations techniques des instruments mobilisés par législateur<sup>11</sup>. Comme nous aurons l'occasion de le vérifier, sur le thème de l'articulation de la vie de famille et de la vie professionnelle du salarié, droit légiféré et droit négocié se complètent très étroitement.

Mais s'il est indéniable que le droit légal et conventionnel du travail prend en compte la vie de famille du salarié, une question vient immédiatement à l'esprit une fois ce constat effectué : quelles sont les caractéristiques de cette inscription de la vie de famille dans les normes légales et conventionnelles du travail ?

Afin d'y répondre, nous avons procédé à une mise en parallèle de toutes les dispositions qui font pénétrer la vie de famille dans la relation de travail. Cette approche nous a permis de dégager des lignes directrices exprimant une certaine cohérence inattendue. C'est ainsi que la dimension familiale de la vie des salariés inscrite dans les textes légaux et conventionnels nous est apparue marquée par deux traits dominants.

En premier lieu, il nous semble possible d'affirmer que le droit légal et conventionnel du travail s'adresse prioritairement au salarié-parent et s'intéresse avant tout aux fonctions et tâches qui lui incombent en cette qualité. En revanche, très peu de conséquences sont tirées de ses autres liens familiaux, même si ce constat doit être nuancé au regard des progrès accomplis sur la période récente (Chapitre 1). En second lieu, la façon dont les normes légales et conventionnelles du travail saisissent les interférences de la vie de famille du salarié sur sa vie de travail révèle que l'on s'achemine progressivement vers l'abandon en droit du travail de toute définition *a priori* d'une distribution des rôles entre l'homme et la femme (Chapitre 2). L'égalité entre les membres du couple est en effet consacrée formellement par quasiment toutes les dispositions s'adressant au salarié dans ses rapports avec sa famille. Celle-ci est cependant loin d'être atteinte dans la famille comme dans l'emploi.

<sup>11</sup> On s'accorde généralement à reconnaître que la souplesse du processus d'élaboration des conventions et accords collectifs, ainsi que la liberté d'en choisir le cadre et le niveau, confèrent à cette source professionnelle du droit d'importantes supériorités sur les sources étatiques. Sans aucun doute, la négociation des partenaires sociaux a de plus grandes chances que le règlement public de cerner le nécessaire et de dégager le possible en matière d'amélioration sociale. Sur l'importance des conventions et accords collectifs comme source du droit du travail, voir M. Despax, *Traité de droit du travail sous la direction de G.-H. Camerlinck*, Tome 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1989, n° 2 ; Y. Chalaron, « Conventions et accords collectifs », *J.-Cl. trav.*, fasc. 19-10, 1995, n° 16.

## CHAPITRE 1 : LA PRIORITE DONNEE AU SALARIE-PARENT

Qu'il soit issu de la parenté ou de l'alliance, le lien familial crée toujours une certaine solidarité entre les membres du cercle familial<sup>12</sup> : solidarité des parents à l'égard de leurs enfants qu'ils vont préparer à la vie adulte, solidarité des membres du couple à l'égard l'un de l'autre, solidarité à l'égard de parents ou alliés qui ont besoin d'un soutien sur le plan matériel et affectif. Une vie de famille implique donc nécessairement un investissement de la part de ses acteurs qui peut, à certains moments, s'avérer difficile à réaliser lorsque cet acteur est également un salarié. Aux exigences liées à ses activités familiales s'ajouteront les exigences liées à son activité professionnelle et les unes et les autres ne pourront être correctement assumées, sans que ne soient créées les conditions d'une harmonisation entre la qualité de salarié et celle de membre d'une famille.

Cette nécessité d'une articulation a été prise en compte par le droit légal et conventionnel du travail qui a progressivement tiré des conséquences de l'appartenance du salarié à un groupe familial. C'est ainsi que, dans une optique de conciliation, ce dernier s'est vu reconnaître la possibilité, pour certaines raisons familiales, de s'absenter de l'entreprise ou de modifier temporairement la durée de son temps de travail. Des options de plus en plus nombreuses lui ont été ouvertes, lui permettant d'avoir à sa disposition le temps nécessaire pour qu'il puisse assumer librement ses fonctions dans cette sphère de son existence. Il n'était dès lors plus question de choix : travailler ou avoir une vie de famille mais de conciliation : avoir une vie de famille en aménageant son temps de travail<sup>13</sup>.

Mais ce sont surtout les fonctions parentales du salarié qui furent au centre des préoccupations du législateur et aussi, dans une moindre mesure, des partenaires sociaux. L'étude des dispositifs existants montre en effet avec une particulière acuité qu'une place importante est donnée au salarié-parent (Section 1). Celle-ci ne saurait cependant surprendre dans la mesure où les dispositifs légaux s'inscrivent dans le cadre d'une politique familiale dont le fait générateur est la présence d'un enfant<sup>14</sup>, les mesures mises en œuvre en droit du travail s'attachant dès lors à consolider les liens parents-enfants.

En revanche, force est de constater que les autres liens familiaux ne sont que peu pris en compte. Le couple, les autres relations issues de la parenté ou de l'alliance ne retiennent guère l'attention. Cette situation semble toutefois en passe d'évoluer avec un certain nombre de progrès accomplis sur la période récente (Section 2).

### SECTION 1 : UNE PRISE EN COMPTE IMPORTANTE DES RELATIONS PARENTS-ENFANTS : LA RECONNAISSANCE DANS L'ENTREPRISE DES FONCTIONS PARENTALES

Dans les normes légales et conventionnelles du travail, les rapports parents-enfants occupent incontestablement une place importante.

Cette importance est tout d'abord quantitative puisque l'étude du Code du travail et des textes conventionnels montre que des dispositions de plus en plus nombreuses ont été adoptées afin de permettre au salarié de se consacrer aux fonctions qui lui incombent en tant que parent (§1).

---

<sup>12</sup> A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, op. cit, n° 850.

<sup>13</sup> F. Monéger, « La politique familiale », RD sanit. soc. 1996, p. 777.

<sup>14</sup> La présence d'un enfant a toujours été le fait générateur de la politique familiale. Voir sur ce point : C. Boudineau, « L'enfant et le droit social », Petites affiches 1995, n° 53, p. 132.

Mais cette importance résulte également de la qualité des dispositifs s'adressant au salarié-parent (§2). Il était indispensable de concevoir le temps soustrait au travail salarié pour être consacré aux fonctions parentales comme un « *moment normal* » de la carrière du travailleur et non comme une rupture dans sa biographie professionnelle. Il ne saurait en effet être question d'une reconnaissance dans l'entreprise de la qualité de parent s'il n'était pas fait en sorte que celle-ci ne puisse pas porter ombrage à la qualité de salarié. Or la voie de la continuité a bien été empruntée, même si elle reste encore insuffisamment mise en œuvre.

## **§1 : L'importance quantitative des dispositions s'adressant au salarié parent**

Dans les normes légales et conventionnelles du travail, le salarié est saisi en sa qualité de parent. C'est le constat qui s'impose au regard du nombre important de dispositions qui s'attachent à permettre au travailleur de remplir ses fonctions parentales (A).

Mais au vu des résultats de la recherche, ce constat peut encore être affiné : c'est principalement la petite enfance qui a, jusqu'à présent, retenu l'attention du législateur et des partenaires sociaux. Nous verrons cependant qu'une évolution dans un proche avenir n'est pas à exclure, la tendance actuelle étant à la prise de conscience par la société et les pouvoirs publics que le rôle parental concerne tout autant l'enfance et l'adolescence (B).

### **A) Le constat de l'importance quantitative des dispositions s'adressant au salarié-parent**

Tout parent se doit de prendre soin de son enfant, de le protéger et de le préparer à la vie d'adulte. Le Code civil affirme d'ailleurs très clairement cette obligation puisqu'il est prévu à l'article 371-2 que les père et mère ont « *devoir de garde, de surveillance et d'éducation* ». Il leur appartient, toujours selon la même disposition, de « *protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* ». Or, « *protection de la maternité et éducation des enfants* », tel est précisément l'intitulé d'une section du plan adopté par le Code du travail<sup>15</sup>. Comment, dès lors, ne pas y voir un premier indice de l'importance de la place donnée aux fonctions parentales ?

A l'intérieur de cette section, on trouve plusieurs mesures destinées à permettre au salarié-parent de remplir les missions qui lui incombent en cette qualité.

\* C'est ainsi que les articles L 122-28-8<sup>16</sup> et L 122-28-9<sup>17</sup> peuvent tout d'abord être rattachés au devoir de soin et de protection de l'enfant dans sa santé. Il y est en effet prévu la possibilité pour le salarié de s'absenter de l'entreprise<sup>18</sup>, de suspendre son contrat de travail ou de réduire son temps de travail<sup>19</sup>, sous certaines conditions, en cas de maladie, d'accident ou de handicap grave de l'enfant.

\* Figurent également dans cette section le congé de maternité<sup>20</sup> et le tout récent congé de paternité issu de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002<sup>21</sup> qui a mis un terme à une des dernières traces, en droit du travail, de la division traditionnelle des rôles au sein du ménage qui

<sup>15</sup> Livre premier, Titre II, Chapitre II, Section V.

<sup>16</sup> Congé enfant malade.

<sup>17</sup> Temps partiel et congé de présence parentale.

<sup>18</sup> Tout salarié a le droit de bénéficier d'un congé non rémunéré en cas de maladie ou d'accident constaté par certificat médical, d'un enfant de moins de seize ans dont il assume la charge au sens des prestations familiales (charge effective et permanente de l'enfant). La durée de ce congé est au maximum de trois jours par an mais peut être portée à cinq si l'enfant est âgé de moins d'un an ou si le salarié assume la charge de trois enfants ou plus âgés de moins de seize ans.

<sup>19</sup> Tout salarié a le droit soit de travailler à temps partiel, soit de suspendre son contrat de travail pendant une durée initiale de quatre mois au plus, pouvant être renouvelée deux fois dans la limite maximale de douze mois, en cas de maladie, d'accident ou de handicap grave d'un enfant à charge au sens des prestations familiales rendant nécessaire la présence d'une personne à ses côtés, cet état devant être constaté par certificat médical.

<sup>20</sup> C. trav. art. L 122-26 et s.

<sup>21</sup> Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 qui a créé l'article L 122-25-4 C. trav.

associait femme et famille<sup>22</sup>. Désormais, la prise en charge des nouveaux nés n'est plus juridiquement réservée à la mère.

\* Enfin, c'est encore dans cette section que sont présentés le congé postnatal, le congé parental d'éducation et la période d'activité à temps partiel<sup>23</sup>. Par ces trois dispositifs, le législateur prend en compte la mission de soin et d'éducation de l'enfant au cours des premières années de sa vie, en reconnaissant au salarié-parent le droit de rompre son contrat de travail sans respecter de préavis, de le suspendre ou de réduire son temps de travail afin de pouvoir s'y consacrer pleinement.

Cette variété dans les mesures et le fait que le Code du travail comprenne une section spécifiquement consacrée aux fonctions parentales témoignent indéniablement de l'attention particulière qui leur est portée par le législateur. L'impression est encore confortée par la présence d'autres dispositions isolées s'adressant au salarié-parent.

\* C'est tout d'abord le cas de l'article L 223-5 qui accorde aux femmes et apprenties âgées de moins de vingt et un ans ayant un « *enfant à charge* » un congé annuel supplémentaire de deux jours par enfant.

\* Quant à l'article L 227-1 sur le compte épargne-temps, s'il n'utilise pas la notion d'enfant à charge, mais celle d' « *enfant âgé de moins de seize ans* », c'est toujours pour procurer au salarié-parent un avantage, en l'occurrence, la possibilité d'utiliser ses droits à congé dans un délai de dix ans au lieu de cinq, s'il n'a pas cette qualité.

\* Enfin, on ne peut manquer de constater que parmi les événements familiaux qui, selon l'article L 226-1, donnent droit à une autorisation exceptionnelle d'absence sans réduction corrélative de la rémunération, plusieurs intéressent encore une fois le salarié dans ses relations avec ses enfants. C'est ainsi, par exemple, qu'en cas de naissance ou d'adoption, il est accordé au salarié qui n'a pas bénéficié du congé de maternité ou du congé d'adoption<sup>24</sup>, trois jours d'absence rémunérés, afin de favoriser l'accueil dans le foyer de l'enfant nouveau né ou placé en vue de son adoption<sup>25</sup> ; ou encore qu'en cas de mariage de son enfant, le salarié est autorisé à s'absenter pendant une journée et ce, afin de lui permettre de s'associer à un événement qui se veut marquant dans la vie de ce dernier<sup>26</sup>.

Il n'est donc guère contestable que le législateur du travail a la volonté de favoriser la présence des salariés-parents aux cotés de leurs enfants dans les étapes importantes de leur existence. Mais celle-ci se retrouve également très présente chez les partenaires sociaux qui prévoient d'autres types de mesures que celles édictées par la loi ou apportent des améliorations ou adaptations aux dispositifs légaux.

---

<sup>22</sup> Voir *infra*, nos développements, p. 55.

<sup>23</sup> C. trav. art. L 122-28 à L 122-28-7.

<sup>24</sup> En pratique, dans l'hypothèse d'une filiation biologique, ce congé bénéficiera exclusivement au père et viendra s'ajouter au congé de paternité. En revanche, dans l'hypothèse d'une filiation adoptive, le bénéficiaire pourra être le père ou la mère puisque le congé d'adoption est susceptible de profiter à l'un comme à l'autre des parents. Voir *infra* nos développements, p. 51.

<sup>25</sup> Cette finalité assignée au congé explique que dans l'hypothèse d'une adoption, le congé ne doit pas être pris à l'époque de l'adoption proprement dite, mais au moment de l'arrivée de l'enfant au foyer. Cette règle fait d'ailleurs l'objet d'une application stricte par les tribunaux qui refusent tout report du congé au moment de l'adoption, les textes ne prévoyant aucune dérogation (Cass. soc. 17 mai 1982, Bull. civ., V, n° 319, p. 236).

<sup>26</sup> Car il ne saurait être question de favoriser l'exercice d'une fonction parentale. La présence des parents lors de la cérémonie de mariage de leur enfant n'est pas requise même lorsque ce dernier est mineur, situation dans laquelle leur consentement (ou celui de l'un des deux) est une condition de validité du mariage. Voir C. civ. art. 148.

\* Ainsi, par exemple, les congés pour rentrée scolaire accordés par un bon nombre de conventions collectives<sup>27</sup> ou les congés liés à une cérémonie religieuse concernant l'enfant<sup>28</sup> témoignent de la faculté d'innovation de la négociation.

\* Il en va de même du droit à un aménagement individuel des horaires reconnu par un accord d'entreprise conclu en août 2000 en Moselle, aux salariés parents d'un enfant de moins de 7 ans pour tenir compte des difficultés d'organisation personnelle avant la scolarisation des enfants.

\* Le domaine de la maladie ou de l'accident de l'enfant permet également d'illustrer les apports conventionnels. A l'heure actuelle, de nombreuses<sup>29</sup> conventions collectives apportent des améliorations techniques au congé légal en prévoyant par exemple une durée d'absence autorisée plus longue<sup>30</sup> ou encore une rémunération de la période considérée<sup>31</sup>. Mais il nous faut cependant préciser qu'en la matière, c'est la négociation collective qui a précédé l'action législative. Ce n'est en effet qu'en 1994<sup>32</sup> que le législateur a accordé à tous les salariés un droit à congé non rémunéré en cas de maladie ou d'accident d'un enfant alors que ce droit était déjà reconnu à de nombreux salariés dans des dispositions conventionnelles. Nous nous trouvons ici en présence d'une bonne illustration de la tendance qui peut être observée chez les négociateurs à précéder, influencer, voire prendre le pas sur l'action législative<sup>33</sup>.

## **B) Un constat révélateur de la place privilégiée occupée par la petite enfance**

La prise en charge et l'accompagnement de l'enfant au cours des toutes premières années de sa vie occupent une place privilégiée dans la législation du travail. C'est le constat qui s'impose tant au regard du nombre important de dispositifs s'adressant au salarié dans ses rapports avec son enfant en bas âge (1°) qu'au regard du nombre limité de mesures destinées à permettre une présence familiale auprès d'un enfant de plus de trois ans (2°). Fortement souhaitable, une évolution dans un proche avenir n'est cependant pas à exclure.

---

<sup>27</sup> Voir entre autres exemples : CCN Ameublement (négoce) qui accorde une autorisation d'absence de deux heures pour les salariés dont l'enfant entre en maternelle, au cours préparatoire ou au collège ; CCN Assistance qui octroie aux salariés ayant un an d'ancienneté un congé d'une journée à l'occasion de la rentrée scolaire d'un enfant de moins de sept ans ou d'un enfant handicapé ; CCN Assurances (sociétés) qui comprend les mêmes dispositions que celles précitées sans toutefois viser les enfants handicapés...

<sup>28</sup> Voir pour des illustrations : CCN Alimentation (entrepôts) qui accorde aux salariés ayant un an d'ancienneté un congé d'une journée non rémunéré pour le baptême ou la communion d'un enfant ; CCN Banques qui octroie aux titulaires une autorisation d'absence pour ces mêmes événements d'une journée sans réduction de salaire...

<sup>29</sup> Il a été constaté que sur 320 conventions collectives, 140 prévoient des clauses sur les congés pour enfants malades et 57 octroyaient une rémunération de ces congés. La négociation d'entreprise offre également d'intéressants exemples d'améliorations mises en place par les partenaires sociaux.

<sup>30</sup> Voir par exemple : CCN Abattoirs, Ateliers de découpe et Centres de conditionnement de volaille qui accorde jusqu'à dix jours pour les enfants de moins de quatorze ans ; CCN Analyses médicales qui octroie jusqu'à un mois d'absence autorisée ; CCN Animation socioculturelle qui prévoit un délai de douze jours. Voir encore un accord d'entreprise conclu en 1999 en Moselle qui accorde une autorisation d'absence de six jours par an.

<sup>31</sup> La CCN Abattoirs, Ateliers de découpe et Centres de conditionnement de volaille accorde par exemple une prise en charge à 50% pour les personnes seules chefs de famille. Un accord d'entreprise conclu dans les Vosges en mars 1997 rémunère quant à lui deux jours d'absence par an auxquels s'ajoute un troisième pour les mères de famille qui ont trois enfants ou plus. Encore plus favorables, deux accords d'entreprise conclus dans ce même département en mars et avril 1998 accordent un maximum de six jours ouvrés de congés rémunérés par année civile.

<sup>32</sup> Loi n° 94-629 du 25 juillet 1994.

<sup>33</sup> Voir M. Despax, « De l'accord à la loi », Dr. soc. 1987, p. 187.

## 1°) Le constat de l'intérêt pour la petite enfance

Celui-ci nous semble s'imposer car pas moins de trois dispositifs légaux différents s'adressent au salarié dans ses rapports avec son enfant au cours des premières années de son existence.

\* C'est tout d'abord le cas de l'article L 122-28 du Code du travail qui ouvre au salarié-parent une faculté de résiliation de son contrat de travail sans respect du délai-congé. Ce dispositif, aussi appelé de façon discutable « *congé postnatal* »<sup>34</sup>, vise incontestablement la petite enfance puisque la faculté de résiliation est susceptible de prendre effet au plus tard « *à l'issue du congé de maternité ou d'adoption prévu à l'article L 122-26 ou, le cas échéant, deux mois après la naissance ou l'arrivée au foyer de l'enfant* ».

\* L'article L 122-28-1 du même Code offre, quant à lui, deux autres options au salarié qui souhaite élever son enfant dans les premiers temps de son existence : un congé parental d'éducation qui repose sur une suspension du contrat de travail et une période d'activité à temps partiel, organisés aux mêmes conditions. Le lien avec la petite enfance est ici aussi évident dans la mesure où la durée de ces dispositifs s'inscrit en principe dans la limite des trois ans de l'enfant<sup>35</sup>.

Par ces trois dispositifs, le législateur a donc entendu permettre une présence familiale auprès de l'enfant en bas âge. Cette orientation prise à la fin des années 1970<sup>36</sup> appelle cependant une précision quant à ses justifications. Elle s'expliquait sans nul doute par la volonté de répondre aux souhaits de certains salariés-parents de se consacrer eux mêmes au maternage et à l'éducation de leur progéniture dans les premières années de son existence<sup>37</sup>. Mais là n'était certainement pas la seule explication de l'intérêt manifesté par le législateur pour la petite enfance. Une seconde résidait dans le souhait, certes moins avoué<sup>38</sup>, de remédier à l'insuffisance d'équipements sociaux, de crèches et de lieux d'accueil pouvant assurer cette prise en charge nécessaire du petit enfant<sup>39</sup>.

## 2°) Le constat d'un certain désintérêt pour l'enfance et l'adolescence

Si le législateur s'est attaché à permettre la prise en charge et l'accompagnement de l'enfant en bas âge, il n'a en revanche édicté que très peu de mesures de nature à favoriser une présence familiale auprès de l'enfant une fois celui-ci en âge d'être scolarisé. Certes, les articles L 122-28-8 et L 122-28-9 envisagent bien la prise en charge d'un enfant dont l'état de santé est déficient sans se limiter à la petite enfance puisque la première disposition se réfère à « *un enfant de moins de seize ans dont le salarié assume la charge* » et que la seconde vise « *un enfant à charge* » sans précision d'âge<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> L'appellation « *congé* » est en effet tout à fait impropre dans la mesure où il s'agit d'une résiliation du contrat de travail assortie d'une priorité de réembauche. Voir C. Neirinck, « Suspension du contrat, Régime particulier : congé parental d'éducation », J.-Cl. trav., fasc. 28-16, 1994, n° 2.

<sup>35</sup> En cas d'adoption d'un enfant, l'échéance est différente. Si l'enfant adopté a moins de trois ans, les mesures prennent fin au plus tard à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de son arrivée au foyer (al. 2). S'il s'agit d'un enfant de plus de trois ans, le salarié a le choix de la durée du congé ou de la période d'activité à temps partiel dans la limite d'une année au plus (al. 3). De même, en cas de maladie, d'accident ou de handicap grave de l'enfant, le congé ou la période d'activité à temps partiel peut être prolongé pour une année supplémentaire (al. 4).

<sup>36</sup> C'est la loi n° 77-766 du 12 juillet 1977 qui a institué le congé postnatal et le congé parental d'éducation.

<sup>37</sup> Les travaux menés dans le domaine de la psychanalyse qui ont souligné l'importance capitale de la petite enfance dans le développement de l'être humain, ont rendu les parents davantage attentifs à la qualité des soins et de l'éducation donnés à l'enfant dans les premières années de son existence.

<sup>38</sup> C. Ahumada, « Les congés légaux pour élever un enfant », RPDS 1990, n° 547, p. 347.

<sup>39</sup> En 1989, la carence d'équipements de garde était reconnue par 81 % des femmes actives. Voir sur ce point, M.-T. Join-Lambert, A. Bolot-Gittler, C. Daniel, D. Lenoir, D. Méda, *Politiques sociales*, Presses de sciences po et Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 567.

<sup>40</sup> L'âge limite des enfants ouvrant droit à cette possibilité est fixé par référence à l'article L 512-3 du Code de la sécurité sociale. Sont visés : tout enfant âgé de moins de seize ans, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire ; jusqu'à l'âge de dix huit ans, les enfants à charge dont la rémunération mensuelle n'excède pas 55 % du SMIC calculé sur la base de 169 heures ; jusqu'à l'âge de vingt ans, dans les limites de rémunération édictées ci-dessus, les enfants en apprentissage, en stage de formation professionnelle ou poursuivant des études ou encore les enfants qui, par suite d'une maladie chronique ou d'une infirmité, sont dans l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle ou ceux ouvrant droit à l'allocation d'éducation spéciale.

Mais ce n'est qu'une hypothèse particulière, celle de la maladie de l'enfant, qui a été ici envisagée. Il est question de soin et non d'éducation.

On pourrait également objecter que le congé parental d'éducation et la période d'activité à temps partiel peuvent concerner l'éducation d'un enfant de plus de trois ans et même d'un adolescent. En effet, dans l'hypothèse d'une adoption, des règles spécifiques ont été prévues. Ainsi, le salarié adoptant est susceptible de bénéficier d'un congé parental ou d'une période d'activité à temps partiel d'une durée maximale d'un an en cas d'arrivée au foyer d'un enfant de plus de trois ans et de moins de seize ans<sup>41</sup>. Cependant, ces dispositions s'expliquent surtout par la volonté de favoriser l'adoption de grands enfants<sup>42</sup> et non par le souci d'assurer l'accompagnement de l'enfance et de l'adolescence.

Une évolution de ce constat semble toutefois en voie de se réaliser. Comment ne pas évoquer ici l'article L 212-4-7 du Code du travail, issu de la loi du 19 janvier 2000<sup>43</sup> relative à la réduction négociée du temps de travail, dont le caractère novateur nous semble devoir être souligné ? Cette disposition qui s'inspire du droit néerlandais offre la possibilité au salarié de réduire son temps de travail « *en raison des besoins de [sa] vie familiale* » par l'octroi d'une ou plusieurs semaines d'arrêt d'au moins une semaine. Cette modalité, proche du travail à temps scolaire mis en place par certaines normes conventionnelles, est une annualisation du temps de travail sans accord collectif par simple avenant au contrat, sans modulation du temps de travail. Pendant les périodes de travail, le salarié travaille à temps complet. Le choix est certes ciblé - il doit être motivé par des raisons familiales - mais la formulation permettra d'englober tout ce qui relève de l'accompagnement de l'enfance et de l'adolescence. Restera toutefois à déterminer le régime applicable à cette mesure et notamment si l'employeur peut s'y opposer<sup>44</sup>.

Mais l'évolution pourra également être l'œuvre des partenaires sociaux dans le cadre des négociations sur la réduction du temps de travail actuellement en cours dans la perspective du passage à la nouvelle durée légale du travail de 35 heures. La dynamique de négociation enclenchée par la loi du 13 juin 1998<sup>45</sup> peut en effet être l'occasion de mettre en place des pratiques d'organisation du travail favorisant le temps familial, au rang desquelles figure en premier lieu la mobilisation d'un compte épargne-temps<sup>46</sup> qui permet au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré qui peuvent ensuite servir à libérer du temps pouvant être consacré à l'accompagnement des enfants ou des adolescents. L'enjeu d'une utilisation familiale du compte épargne-temps apparaît très clairement à la lecture de l'article L 227-1 C. trav., remanié par la loi du 19 janvier 2000<sup>47</sup>, qui élargit les possibilités de capitalisation de l'épargne temps pour les parents d'enfants de moins de 16 ans<sup>48</sup>. Le compte épargne-temps pourrait ainsi permettre de repousser les limites du

---

<sup>41</sup> Le salarié adoptant un enfant de moins de trois ans peut quant à lui bénéficier de ces mesures jusqu'au troisième anniversaire de son arrivée au foyer. Les trois ans de l'enfant ne constituent donc pas un limite.

<sup>42</sup> La loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, à l'origine de ces dispositions, visait également à harmoniser les dispositions du Code du travail avec celles du Code de la sécurité sociale qui étendent le bénéfice de l'allocation parentale d'éducation aux enfants de plus de trois ans.

<sup>43</sup> Loi n° 2000-37 dite Aubry II.

<sup>44</sup> L'article L 212-4-7 reste muet sur ce point. Certes, le texte énonce que les salariés « *peuvent* » et non « *doivent* » bénéficier d'une réduction du temps de travail, mais l'argument est de faible portée. C'est une possibilité offerte au salarié qui ne trouvera tout son sens que s'il est maître de la décision. On peut néanmoins se demander si ne seront pas transposées les hypothèses de refus de l'article L 212-4-9 qui organise un droit individuel au temps partiel, à savoir : l'absence d'emploi disponible ou les conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise. La balle est dans le camp du juge, à qui il appartiendra en cas de litige d'apporter les précisions nécessaires.

<sup>45</sup> Loi n° 98-461 d'orientation et d'incitation relative à la réduction de temps de travail.

<sup>46</sup> C'est la loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 qui a permis la création par convention ou accord collectif d'un compte épargne-temps. Voir C. trav. art. L 227-1.

<sup>47</sup> Loi n° 2000-37 relative à la réduction négociée du temps de travail.

<sup>48</sup> P.-L. Rémy, « Réduction du temps de travail et vie familiale », Dr. soc. 1999, p. 1013.

congé parental d'éducation en ouvrant aux parents une possibilité de congé, à temps plein ou à temps partiel, au delà des trois ans de l'enfant. Reste alors à déterminer si les partenaires sociaux se sont saisis de l'enjeu et de quelle manière ils l'ont fait. C'est une des interrogations à laquelle nous tenterons de répondre dans le cadre du travail mené sur l'implicite.

En définitive, les résultats de l'étude quantitative à laquelle nous venons de nous livrer témoignent incontestablement du nombre important de mesures destinées à permettre au salarié de mieux concilier son activité professionnelle et ses engagements parentaux. Cependant, il ne saurait être question de conclure à une reconnaissance dans l'entreprise de la qualité de parent sans une étude qualitative des dispositions visées. Une telle conclusion suppose en effet que soit démontré au préalable que la qualité de parent ne porte pas ombrage à celle de salarié. Le temps soustrait au travail salarié pour être consacré aux fonctions parentales doit être véritablement conçu comme un « *moment normal* » de la carrière du travailleur et ne pas entraîner de rupture dans sa biographie professionnelle. Le principe de continuité dont l'importance a été vivement soulignée dans le rapport réalisé pour la Commission européenne sous la direction du Professeur Supiot<sup>49</sup>, doit trouver ici à s'appliquer.

## **§2 : L'importance qualitative des dispositions s'adressant au salarié-parent : la mise en œuvre de l'exigence de continuité**

Afin de donner au salarié la possibilité de se consacrer aux fonctions et tâches qui lui incombent en tant que parent, le droit légal et conventionnel du travail a cherché à lui procurer le temps nécessaire à leur accomplissement. Prenant la forme de droits à congés<sup>50</sup> ou absences, qui permettent de rendre au salarié la liberté de son temps sans remettre en cause la pérennité du lien contractuel<sup>51</sup>, des dispositifs de plus en plus nombreux ont vu le jour.

Mais le temps ainsi soustrait au travail salarié pour être consacré aux missions d'éducation ou de soin de l'enfant ne peut être conçu comme une rupture dans la biographie professionnelle du travailleur. Il se doit, au regard de l'importance de la fonction parentale, d'être considéré, dans la mesure du possible, comme un « *moment normal* » de sa carrière. Cette nécessité d'une continuité est d'ailleurs énoncée clairement par la directive n° 96/34/CE donnant force juridique à l'accord européen sur le congé parental<sup>52</sup>.

Il s'agit donc de faire en sorte que le salarié qui entend à un moment donné de son existence privilégier sa qualité de parent ne soit pas pénalisé par rapport à son activité professionnelle. Notre législation s'y est employée, aidée en cela par la jurisprudence et les partenaires sociaux. A travers l'étude du dispositif qui suscite le plus de discussions, à savoir le congé parental d'éducation, nous verrons que des garanties d'une continuité ont été accordées au salarié tant pendant (A) qu'à l'issue du congé (B), même si des insuffisances pourront être mises en évidence, notamment par une comparaison de la protection accordée à la fonction parentale par rapport à celle mise en place pour la fonction maternelle.

---

<sup>49</sup> A. Supiot (dir.), *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999, p. 132.

<sup>50</sup> A temps complet ou à temps partiel.

<sup>51</sup> A. Supiot (dir.), *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 120.

<sup>52</sup> Directive n° 96/34/CE du 3 juin 1996, préc. Voir la clause 2 de l'accord, § 4 et s.

## A) Les manifestations de la continuité pendant le congé parental d'éducation

Faire en sorte que la qualité de parent ne fasse pas ombrage à la qualité de salarié suppose, en premier lieu, que le travailleur puisse exercer son droit à congé ou absence sans encourir le risque de perdre son emploi. Une protection contre un licenciement en raison de la demande ou de la prise de congé s'avère donc nécessaire (1°).

En second lieu, se pose la question de la rémunération pendant le congé car si l'on considère que le temps soustrait au temps de travail pour être consacré aux fonctions parentales est un « *moment normal* » dans la carrière du salarié, une certaine continuité dans ce domaine doit pouvoir être assurée (2°).

### 1°) La nécessité d'une protection contre le licenciement

Afin d'assurer que le salarié-parent puisse exercer son droit à congé ou absence, il est indispensable de faire en sorte que la demande ou la prise de congé reste sans incidence sur son emploi. Cet impératif est très nettement affirmé par la directive européenne sur le congé parental qui demande aux Etats membres et/ou partenaires sociaux de prendre « *les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre le licenciement en raison de la demande ou de la prise de congé* »<sup>53</sup>. Il trouve également un écho dans notre droit interne. La protection du salarié en congé parental contre le licenciement n'est toutefois pas inscrite dans la loi. L'étude des articles L 122-28-1 à L 122-28-7 du Code du travail révèle en effet que la question du droit pour l'employeur de rompre le contrat suspendu n'est à aucun moment abordée.

C'est alors vers la jurisprudence qu'il faut se tourner pour trouver la trace d'une protection. Se livrant à une interprétation des textes précités, celle-ci affirme en effet avec constance « *qu'il n'est pas interdit à l'employeur de prononcer la résiliation du contrat de travail pour un motif indépendant du congé parental, même pendant la période de suspension* »<sup>54</sup> ou encore « *que l'employeur peut prononcer la résiliation du contrat de travail d'un salarié en congé parental d'éducation pendant la suspension de son contrat de travail à condition que ce soit pour un motif indépendant du congé parental* »<sup>55</sup>. Ainsi, bien que le licenciement du salarié en congé parental ne fasse l'objet d'aucune disposition spécifique, la Haute juridiction assure sa protection en considérant que si la suspension ne met pas le salarié à l'abri d'un licenciement, la reconnaissance du droit de licencier ne peut en aucun cas conduire à la négation du droit au congé parental<sup>56</sup>. Aussi, pose-t-elle le critère *d'un motif indépendant du congé parental d'éducation*.

Mais il nous faut ici préciser qu'aucun régime de faveur n'est accordé au salarié-parent. Le salarié en congé parental d'éducation ne peut se prévaloir d'aucune garantie supérieure à celles auxquelles il peut prétendre dans le cadre d'une exécution normale du contrat<sup>57</sup>. Sa situation n'est nullement comparable à celle de la femme en congé de maternité qui ne peut être licenciée que sur justification d'une faute grave ou de l'impossibilité où se trouve l'employeur, pour un motif étranger à la cause de suspension, de maintenir ledit contrat<sup>58</sup>. La fonction parentale apparaît ainsi moins protégée que la fonction maternelle puisque, pour le salarié en congé parental, ce sera la

<sup>53</sup> Voir le § 4 de la clause 2 de l'accord.

<sup>54</sup> Cass. soc. 18 octobre 1989, Bull. civ., V, n° 602, p. 364.

<sup>55</sup> Cass. soc. 12 février 1997, Bull. civ., V, n° 59, p. 40 ; Dr. soc. 1997, p. 423, observations G. Couturier.

<sup>56</sup> D. Corrigan-Carsin, « A propos du congé parental d'éducation : portée de la suspension légale du contrat de travail », Dr. soc. 1993, p. 729.

<sup>57</sup> Voir pour des exemples de licenciements prononcés au cours d'un congé parental d'éducation dont la légitimité fut reconnue, A. Gardin, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, Thèse Nancy 2, 2000, n° 424 s.

<sup>58</sup> C. trav. art. L 122-25-2. Voir sur cette protection de la salariée qui devient mère, A. Gardin, op. cit., n° 215 s.

référence à la notion de cause réelle et sérieuse qui permettra de justifier la rupture du contrat au cours de la période de suspension, dans les termes et selon la procédure de droit commun.

Ce constat est encore conforté lorsque l'on s'intéresse la sanction applicable en cas de méconnaissance des principes posés, sanction dont dépend très largement l'efficacité de la protection posée. Au regard des textes en vigueur, deux types de sanctions ont vocation à s'appliquer.

Il est tout d'abord prévu à l'article R 152-3 du Code du travail une sanction pénale en cas, notamment, de contravention par l'employeur aux dispositions sur le congé parental<sup>59</sup>. La présence d'une sanction de cette nature va incontestablement dans le sens de l'efficacité. En effet, la sanction pénale poursuit toujours un objectif clair : réparer le trouble social. Elle a une fonction punitive mais aussi dissuasive qui permet de prévenir les agissements délictueux et d'éviter leur renouvellement lorsqu'ils ont été commis<sup>60</sup>. En mobilisant une sanction pénale dans le domaine du congé parental d'éducation, le législateur cherche donc à modifier certains comportements et à aller au delà de la simple proclamation d'un droit.

Le dispositif de sanction comporte par ailleurs une sanction civile. Aux termes de l'article L 122-30 alinéa 1 du Code du travail, l'inobservation par l'employeur des règles sur le congé parental peut encore donner lieu « à l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire, en sus de l'indemnité de licenciement ». Cependant, le salarié qui aura été licencié pour un motif dépendant de son congé parental ne pourra pas se prévaloir de la sanction de la nullité édictée par l'alinéa 2 qui ne concerne que la résiliation du contrat de travail d'une salariée en état de grossesse ou en couches. Le salarié en congé parental bénéficie donc d'un traitement nettement moins favorable. En effet, les conséquences de la nullité sont bien différentes de celles d'un licenciement irrégulier. La salariée en état de grossesse ou en couches, dont le licenciement sera déclaré nul, aura droit au versement de tous les salaires qui auraient été versés du jour où elle a dû cesser son travail du fait du licenciement jusqu'au jour où cesse la période de protection<sup>61</sup> et ce même si elle a travaillé, après son licenciement, au service d'un autre employeur. Elle pourra en outre solliciter sa réintégration<sup>62</sup> ou, à défaut d'une telle prétention, demander des dommages et intérêts réparant le préjudice subi du fait de la rupture dont le montant ne peut être inférieur aux salaires des six derniers mois<sup>63</sup>.

En revanche, le salarié en congé parental, licencié pour un motif dépendant du congé, ne pourra prétendre, sur le terrain du licenciement irrégulier, qu'à la réparation du préjudice réellement subi. La protection des fonctions parentales apparaît ainsi bien inférieure à la protection de la fonction maternelle. Reste que l'existence de l'article L 122-30 n'exclut nullement la mise en œuvre des sanctions de l'article L 122-14-4 concernant le licenciement sans cause réelle et sérieuse qui prévoit que le salarié qui travaille depuis plus de deux ans dans une entreprise occupant au moins onze salariés a droit, quel que soit le préjudice subi à une indemnité qui ne peut être inférieure aux six derniers mois de salaires. Une application cumulative des deux dispositions sera même possible<sup>64</sup>,

---

<sup>59</sup> « Sans préjudice de l'application de l'article L 122-30 (alinéa 1<sup>er</sup>), est passible des peines d'amende prévues pour les contraventions de la 5<sup>ème</sup> classe, en première infraction et en récidive, l'employeur qui contrevient aux dispositions des articles L 122-25 à L122-28-4 et aux dispositions des articles R 122-9 à R 122-11 ».

<sup>60</sup> P. Guerder, « La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail », Dr. soc. 1995, p. 447.

<sup>61</sup> Quatre semaines à l'issue du congé de maternité.

<sup>62</sup> Ce droit lui a pendant longtemps été refusé par la Cour de cassation qui vient tout récemment d'abandonner cette position critiquable. Voir Cass. soc. 9 octobre 2001, D. 2002, jp, p. 1234, note N. Damas.

<sup>63</sup> Cette solution a également été posée par l'arrêt du 9 octobre 2001 (précité). Elle n'est pas spécifique à la nullité du licenciement de la salariée enceinte ou qui vient d'accoucher et se retrouve pour tous les cas de nullité du licenciement.

<sup>64</sup> Voir pour des exemples mais concernant des salariés licenciés à l'issue du congé parental en violation de l'article L 122-28-3 : C. app. Douai 30 juin 1994, SA Bonduelle c/ Mme Joly, CERIT ; C. app. Douai 15 mai 1992, Sté Nouvelles Frontières c/ Mme Jolly, CERIT ; C. app. Toulouse 13 mars 1992, Sté Dinalor c/ Mme Ortega, CERIT

l'article L 122-14-4 sanctionnant l'absence de cause réelle et sérieuse et l'article L 122-30, le préjudice supplémentaire en relation de causalité avec le comportement de l'employeur qui a méconnu l'obligation qui lui est faite de ne pas licencier en raison de la demande ou de la prise de congé.

## 2°) La rémunération du congé parental : la nécessité d'une continuité

Au regard de l'importance des fonctions parentales, il apparaît souhaitable que le temps soustrait au temps de travail pour être consacré aux missions d'éducation et de soin de l'enfant soit conçu comme un « *moment normal* » de la carrière du salarié. Cela suppose une continuité de la rémunération pendant les congés parentaux<sup>65</sup>.

A l'heure actuelle, il nous semble pourtant que l'on peut affirmer que la rémunération du congé parental d'éducation n'a pas été prévue par le législateur. En effet, si le salarié en congé parental est bien susceptible de bénéficier d'une *allocation parentale d'éducation* versée par la Caisse d'allocations familiales et régie par le droit de la sécurité sociale<sup>66</sup>, celle-ci est toutefois traitée à partir de conditions très différentes, de sorte qu'elle ne peut, à notre sens, être assimilée à une rémunération du congé parental<sup>67</sup>. Une comparaison des deux dispositifs permettra de comprendre l'étendue de leur indépendance. Nous nous en tiendrons cependant à deux différences particulièrement marquantes.

\* La première concerne le champ d'application. Alors que le congé parental d'éducation vise toute naissance ou adoption quel que soit son rang, l'allocation parentale d'éducation n'existe qu'à partir du deuxième enfant à charge<sup>68</sup>. Tous les salariés en congé parental ne pourront donc pas y prétendre.

\* En second lieu, si le congé et l'allocation sont tous deux liés à une référence professionnelle, leurs conditions d'attribution sont radicalement différentes : le congé parental s'adresse à tout salarié ayant au moins un an d'ancienneté ; l'allocation peut, quant à elle, être allouée à toute personne ayant exercé une activité professionnelle<sup>69</sup>, salariée ou non, pendant au moins deux ans dans les cinq dernières années, s'il s'agit du deuxième enfant, ou dans les dix dernières années, à partir du troisième<sup>70</sup>. Ainsi, l'allocation parentale d'éducation peut être versée à des femmes ou à des hommes ayant cessé de travailler bien avant la naissance de l'enfant ou à ceux qui vont mettre un terme à leur activité professionnelle à cette occasion. Elle ne s'adresse pas seulement au salarié qui suspend pour un temps son contrat de travail. Il nous semble d'ailleurs qu'inscrire l'allocation parentale d'éducation au rang des mesures visant à permettre la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale n'est pas des plus adéquats<sup>71</sup> alors que pour le congé parental, cette inscription est incontestable.

---

<sup>65</sup> A. Supiot (dir.), *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 132.

<sup>66</sup> C. séc. soc. art L 532-1 à L 532-5 et R 532-1 à R 532-6.

<sup>67</sup> En ce sens, L. Hantrais, M.-T. Letablier, *La relation famille-emploi, Une comparaison des modes d'ajustement en Europe*, Centre d'études de l'emploi, Dossier 6, 1995, p. 37. Ces auteurs parlent de « *mesures distinctes* ».

<sup>68</sup> Voir C. séc. soc. art. L 532-1 et R 532-1. Le deuxième enfant à charge ne s'entend pas systématiquement de l'enfant de rang deux. Il s'agit du deuxième enfant à la charge de la famille au sens des prestations familiales.

<sup>69</sup> L'exercice d'une activité professionnelle antérieure est une condition d'attribution de l'allocation, mais il peut être tenu compte de certaines situations assimilées à de l'activité : chômage indemnisé, stages de formation rémunérés... Voir C. séc. soc. art. R532-3.

<sup>70</sup> C. séc. soc. art. R 532-2.

<sup>71</sup> En ce sens : J. Fagnani, « L'allocation parentale d'éducation : effets pervers et ambiguïtés d'une prestation », *Dr. soc.* 1995, p. 295. Voir également S. Foulon, « Allocation parentale d'éducation : le revers de la médaille », *Problèmes économiques* n° 2.624, 7 juillet 1999, p. 22 ; J. Fagnani, « La politique d'accueil de la petite enfance en France : ombres et lumières », *Travail, genre et sociétés* 6/2001, p. 117.

Ces deux illustrations suffisent donc à se persuader qu'il existe d'un côté, un congé parental d'éducation et de l'autre, une allocation du même nom. Les deux dispositifs ne se répondent pas et sont distincts. Il y a là une différence importante avec le congé de maternité dont le financement est assuré en presque totalité par la collectivité au travers des indemnités journalières servies par la sécurité sociale.

Par ailleurs, nous ne pouvons manquer de relever l'écart qui existe entre la France et d'autres pays européens. Ainsi, l'Allemagne n'opère-t-elle pas la même distinction entre le congé et l'allocation. C'est un tout attribué à l'un des parents pour une durée de 18 mois à partir de l'expiration du congé de maternité. Le congé est indemnisé en fonction du revenu habituel<sup>72</sup>. De la même manière, le système français diffère du système suédois. Dès 1974, ce pays, particulièrement en avance en matière de politique de conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, mais également d'égalité hommes-femmes, a mis en place un congé parental rémunéré<sup>73</sup>. D'une durée maximum de seize mois<sup>74</sup>, ce congé est couvert par une allocation liée aux revenus payés à concurrence de 80 % de ces revenus<sup>75</sup>. Sur ces seize mois, deux ne peuvent être pris que par la mère et deux autres par le père<sup>76</sup>. Ce modèle suédois est très souvent cité en exemple par ceux et celles qui souhaiteraient une évolution de notre dispositif<sup>77</sup>. Il présente à notre sens deux avantages. D'une part, la durée du congé plus limitée évite un éloignement prolongé du marché du travail. D'autre part, les conditions liées au montant élevé de la prestation et la reconnaissance de périodes non transférables réservées à chacun des parents rendent le système plus accessible aux mères et aux pères<sup>78</sup>.

Mais si le législateur n'a pas jusqu'à présent prévu de véritable rémunération du congé parental d'éducation, il a tout de même pris des mesures afin d'inciter l'employeur et même le salarié à prendre en charge cette rémunération. C'est ainsi que la prise en charge par l'employeur a pu être encouragée par des exonérations fiscales<sup>79</sup> et que plusieurs accords d'entreprise ont mis en place une aide financière aux congés longs<sup>80</sup>.

Quant au salarié, titulaire d'un compte épargne temps, l'article L 227-1, alinéa 9 lui offre la possibilité de mobiliser les droits à congés rémunérés accumulés pour assurer l'indemnisation de son congé.

Ainsi, la perte de rémunération subie par le salarié en congé parental pourra parfois être compensée, partiellement ou en totalité, par une allocation patronale instituée conventionnellement ou par le fonctionnement d'un compte épargne-temps.

---

<sup>72</sup> L. Hantrais, M.-T. Letablier, *La relation famille-emploi, Une comparaison des modes d'ajustement en Europe*, op. cit., p. 38.

<sup>73</sup> U. Björnberg, « Définir et concilier la famille et l'emploi en Suède », in *La relation famille-emploi, Une comparaison des modes d'ajustement en Europe*, op. cit., p. 82 et s. ; N. Morel, « Politique sociale et égalité entre les sexes en Suède », *Recherches et prévisions* n° 64, 2001, p. 65 et s.

<sup>74</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

<sup>75</sup> Initialement, le taux était de 90%.

<sup>76</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002, le « mois du papa » et « le mois de la maman » ont été doublés.

<sup>77</sup> Voir par exemple les propositions pour mieux concilier vie professionnelle et vie familiale faites dans le rapport du conseil d'analyse économique, *Egalité entre hommes et femmes : aspects économiques*, n° 15, La Documentation française, 1999. Ce dernier préconise l'expérimentation d'un congé parental rémunéré d'une durée de six mois à un an à l'image des pays de l'Europe du Nord.

<sup>78</sup> Nous reviendrons sur ce point dans le Chapitre 2 consacré à l'interchangeabilité des rôles masculin et féminin, p. 46.

<sup>79</sup> Il avait été décidé par la loi du 25 juillet 1994 qu'afin d'encourager un relais conventionnel, l'allocation patronale versée au salarié pendant la durée de son congé parental ou de sa période d'activité à temps partiel, en application d'une convention ou d'un accord collectif de travail, devait être exonérée de toutes les cotisations salariales et patronales d'origine légale ou conventionnelle imposées par la loi, lorsqu'elle compensait tout ou partie de la perte ou de la diminution de la rémunération. Cette exonération des cotisations sociales était subordonnée à deux conditions : compensation par une ou plusieurs embauches dans les 30 jours de la prise du congé du volume des heures de travail prévues initialement au contrat des salariés avant la prise de ce congé ou l'exercice de l'activité à temps partiel ; diminution de la rémunération au plus égale à la réduction de la durée du travail du salarié concerné. Elle s'appliquait pour les allocations versées du 1<sup>er</sup> octobre 1994 au 31 décembre 1999.

<sup>80</sup> Un accord conclu en 1997 en Lorraine a ainsi accordé aux salariés bénéficiant d'un congé long (CPE, congé sabbatique, CIF) une aide financière de 24 000 frs lissée sur l'année et versée chaque mois pendant la première année.

Il résulte de cette première approche de la continuité au cours du congé parental d'éducation que si des garanties ont bien été accordées au salarié, elles révèlent encore des insuffisances. La question de la rémunération du congé mérite tout particulièrement d'être repensée. Les comparaisons opérées avec la fonction maternelle, nous ont également permis de mettre en relief le degré inférieur de protection dont bénéficie la fonction parentale. Cet écart tend cependant à s'amenuiser lorsque l'on s'intéresse aux garanties de la continuité à l'issue du congé, même si des différences subsistent.

## **B) Les manifestations de la continuité à l'issue du congé parental d'éducation**

A l'issue du congé parental, le travailleur doit retrouver son poste de travail ou, en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat ou à sa relation de travail. Telles sont les indications données par la directive n° 96/34/CE concernant l'accord cadre sur le congé parental<sup>81</sup>. C'est bien dans le sens de cette continuité qu'a œuvré le législateur français qui a reconnu au salarié le droit à un réemploi immédiat à l'issue du congé (1°).

Mais ce dernier lui a également accordé une autre garantie au travers de l'article L 122-28-6 du Code du travail qui prévoit que : « *la durée du congé parental d'éducation (...) est prise en compte pour moitié dans la détermination des avantages liés à l'ancienneté* » et que « *le salarié conserve, en outre, le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début de ce congé* ». Par cette disposition, le législateur tente d'atténuer les effets de l'absence du salarié sur son ancienneté, caractéristique personnelle qui a beaucoup d'incidences sur ses droits et conditions de travail (2°)

### **1°) Des garanties de retour à l'emploi**

Affirmer que le congé parental a été conçu comme un « *moment normal* » de la carrière du salarié suppose que soit démontré qu'à l'issue du congé, la situation du salarié qui aura bénéficié de la mesure demeure en tout point comparable à celle qui était la sienne avant le congé. Une telle affirmation nous semble pouvoir être formulée au regard des garanties importantes de retour à l'emploi qui lui ont été accordées par le législateur mais également au regard de la rigueur dont fait preuve le juge dans leur mise en œuvre.

C'est ainsi que lui ont été reconnus à la fois un droit à une reprise d'activité immédiate (a) et un droit au maintien des conditions anciennes (b) qui permettent de le replacer sans délai dans sa situation antérieure.

Par ailleurs, parce que la reprise de l'emploi après une longue période d'absence peut parfois s'avérer délicate une garantie complémentaire lui a encore été accordée en matière de formation professionnelle (c), contribuant incontestablement à faire en sorte que le temps parental demeure sans conséquence dommageable sur sa vie professionnelle.

#### **a) Le droit au réemploi<sup>82</sup> immédiat**

L'exigence de continuité ne sera satisfaite que si à l'issue de son congé, le salarié peut retrouver sans délai sa situation antérieure. Aucune formalité, aucun différé dans la reprise d'activité ne doivent en conséquence lui être imposés. C'est bien en ce sens que se prononce la jurisprudence lorsqu'elle met en œuvre la garantie légale de réemploi.

---

<sup>81</sup> Voir la clause 2 de l'accord, § 5.

<sup>82</sup> On ne saurait parler juridiquement de *réintégration* puisque le contrat n'a pas été rompu mais seulement suspendu. Pourtant le terme est d'usage courant en jurisprudence. Voir par exemple : Cass. soc. 7 avril 1993, Mme Pezet c/ Sté Spie Trindel, CERIT ; C. app. Douai 15 mai 1992, SA Nouvelles Frontières c/ Mme Jolly, CERIT ; C. app. Bourges 24 novembre 1989, SA Ets Deletang c/ Mme Doradoux, CERIT.

L'impératif d'un réemploi sans formalité a en effet été très clairement énoncé par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 juin 1992<sup>83</sup> où elle a jugé qu'un salarié en congé parental « *qui n'entendait ni prolonger son congé (...) ni demander sa transformation (...) en activité à mi-temps, n'était dès lors pas tenu d'accomplir la formalité de prévenance de l'employeur prévue au dernier alinéa de l'article L 122-28-1 du Code du travail* ». L'employeur, qui ne peut assortir le congé de conditions non légalement prévues<sup>84</sup>, est considéré comme suffisamment informé de la date d'expiration de la période de suspension par la demande formulée par le salarié qui désire prendre ou prolonger un congé parental<sup>85</sup>. Il devait s'attendre à une reprise du travail au jour fixé. Il en découle qu'il ne peut considérer l'absence du salarié à la date considérée ni comme une rupture de plein droit l'autorisant à prendre acte de la rupture, ni comme une démission qui ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté du salarié<sup>86</sup>. En revanche, il lui appartient éventuellement de prononcer un licenciement après s'être assuré des raisons de l'absence du salarié<sup>87</sup>.

La situation est toutefois quelque peu différente lorsque le salarié demande, comme l'article L 122-28-2 du Code du travail l'y autorise, un retour anticipé par rapport à la date initialement signifiée à l'employeur, en raison du décès de son enfant ou d'une diminution importante des ressources du ménage. En pareille hypothèse, le salarié est tenu d'adresser « *une demande motivée à l'employeur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un mois au moins avant la date à laquelle il entend bénéficier* » de la faculté qui lui est offerte<sup>88</sup>. Une telle obligation se comprend aisément dans la mesure où l'employeur ne pouvait normalement s'attendre à une reprise du travail anticipée du salarié et qu'un laps de temps peut, en conséquence, s'avérer nécessaire pour que soient créées les conditions de son retour dans l'entreprise.

En revanche, dans le cadre du déroulement normal du congé parental, aucun report différé d'activité ne peut être imposé au salarié. Toute initiative de l'employeur en ce sens est condamnable. C'est ce qui ressort d'un arrêt rendu par la Haute juridiction le 7 octobre 1992<sup>89</sup> dans les circonstances suivantes : une employée avait bénéficié d'un congé parental d'éducation dont le terme était fixé au 31 mars 1987 ; le 27 février, l'employeur lui notifia cependant qu'en raison d'importantes diminutions d'effectifs, il était dans l'impossibilité de la réemployer « *dans l'immédiat* » ; le 11 juin, il lui proposa finalement un poste qu'elle refusa. L'employeur soutenait dans cette affaire qu'il n'avait, à aucun moment, eu l'intention de mettre un terme au contrat et que son intention résultait clairement du maintien de la salariée dans les effectifs de l'entreprise et de la proposition de réemploi qu'il avait formulé. Ses arguments furent balayés par la Cour de cassation qui approuva l'arrêt de la Cour de Nancy : « *ayant constaté que l'employeur n'avait pas satisfait à l'obligation qui lui était faite par l'article L 122-28-3 du Code du travail de permettre au salarié en congé parental d'éducation de reprendre son activité initiale ou d'occuper un emploi similaire dans le délai maximum d'un mois à compter de la demande qu'il en a faite, [la Cour d'appel] a, sans*

<sup>83</sup> Cass. soc. 2 juin 1992, RJS 7/92, n° 880, p. 486.

<sup>84</sup> Voir C. app. Nîmes 18 septembre 1992, SA Caf° casino c/ Mme Jullian, CERIT qui énonce cette interdiction.

<sup>85</sup> Il est en effet imposé au salarié d'aviser l'employeur « *par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du point de départ et de la durée de la période pendant laquelle il entend bénéficier* » du congé (C. trav. art. L 122-28-1 al. 5). De même, le salarié qui souhaite prolonger son congé parental doit avertir l'employeur de cette prolongation dans les mêmes formes (C. trav. art. L 122-28-1 al. 7).

<sup>86</sup> C. app. Montpellier 16 septembre 1993, Syndicat régional de l'hospitalisation privée c/ Mme Vongsouthi, CERIT ; C. app. Dijon 29 juin 1993, Mme Caspard c/ Crédit Mutuel de Bourgogne Champagne, CERIT ; C. app. Montpellier 14 mai 1992, SARL Savab Auto concessionnaire c/ Mme Favre-Trosson, CERIT.

<sup>87</sup> Voir pour des exemples où le licenciement prononcé a été considéré comme reposant sur une cause réelle et sérieuse : C. app. Poitiers 15 juin 1994, SA Ets Bremand c/ Mme Liard, CERIT ; C. app. Dijon 3 avril 1991, SA Disport c/ Mme Olivier, CERIT.

<sup>88</sup> C. trav. art. L 122-28-2.

<sup>89</sup> Cass. soc. 7 octobre 1992, Bull. civ., V, n° 505, p. 320.

*encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision* ». La salariée devait retrouver son emploi à l'issue du congé parental sans possibilité de discontinuité.

Mais cette décision suscite cependant quelques réserves. Reprenant les termes de l'arrêt d'appel, elle laisse en effet à penser qu'il incombe au salarié de présenter une demande de reprise d'activité qui ouvre à l'employeur un délai d'un mois pour le rétablir dans son précédent emploi ou dans un emploi similaire. En réalité une telle démarche ne s'impose, nous l'avons vu, que dans l'hypothèse d'une reprise d'activité anticipée. Rien de tel n'est envisagé à l'article L 122-28-3 dans le cadre du déroulement normal du congé parental. Le salarié n'a pas à présenter de demande, pas plus que l'employeur ne dispose du délai d'un mois pour le rétablir dans son emploi antérieur ou un emploi similaire.

#### b) Le droit à un emploi identique ou similaire

A l'issue du congé, le salarié doit retrouver sa situation antérieure. Tout doit se passer comme s'il n'avait jamais été absent puisque le congé s'assimile à un « *moment normal* » de sa carrière.

L'article L 122-28-3 du Code du travail prévoit précisément que : « *à l'issue du congé parental d'éducation (...), le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* ». Incontestablement, il s'agit là d'une mise en œuvre du principe de continuité puisque la disposition énonce le droit pour le salarié en congé parental de conserver sa place dans l'entreprise.

La formule adoptée suscite néanmoins une interrogation en ce qu'elle paraît ouvrir une alternative à l'employeur entre une réintégration dans le « *précédent emploi* » ou dans un « *emploi similaire* ». La réponse a son importance car il y a là une échelle dégressive dans le droit de revendiquer un emploi dans l'entreprise. Permettre à l'employeur d'offrir au salarié un emploi similaire, même comportant les mêmes avantages, c'est déjà réduire son droit à conserver sa place dans l'entreprise<sup>90</sup>.

A l'appui d'une reconnaissance de l'alternative, il fut soutenu que l'absence dans le texte des expressions « *à défaut de* » ou « *en cas d'impossibilité* » pouvait signifier que devait être écartée l'idée selon laquelle la fourniture d'un emploi similaire ne serait qu'une tolérance à l'égard de l'employeur dont la première obligation est de reprendre le salarié dans son emploi antérieur<sup>91</sup>. Celui-ci pourrait en conséquence apprécier, en vertu de son pouvoir de direction et en fonction des intérêts de l'entreprise, s'il convient de restituer au salarié son emploi d'origine ou un emploi similaire. Cela relèverait de son libre choix.

Cette position fut cependant très nettement rejetée par la Cour de cassation qui censura une Cour d'appel ayant estimé que la loi n'obligeait pas l'employeur à reprendre le salarié, à l'issue de son congé parental, uniquement dans son précédent emploi, mais lui permettait de proposer aussi un emploi similaire en application de son pouvoir d'organisation<sup>92</sup>. Pour la Haute juridiction, « *en statuant ainsi, alors que [la salariée] soutenait que son précédent emploi, occupé par une stagiaire intérimaire, était disponible, la Cour [n'avait] pas donné de base légale à sa décision* »<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> J. Savatier, « La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche », Dr. soc. 1999, p. 146.

<sup>91</sup> En ce sens, D. Corrigan-Carsin, « A propos du congé parental d'éducation : portée de la suspension légale du contrat de travail », op. cit., p. 734.

<sup>92</sup> C. app. Douai 17 novembre 1989, Mme Duret c/ SA Samu Auchan, CERIT.

<sup>93</sup> Cass. soc. 27 octobre 1993, Bull. civ., V, n° 253, p. 172.

Il résulte donc de cette décision que l'employeur ne peut refuser de reprendre le salarié à son retour de congé parental dans son précédent emploi si celui-ci est disponible. On retrouve ici l'idée d'une subsidiarité clairement énoncée<sup>94</sup> dans l'accord cadre sur le congé parental repris par la directive européenne<sup>95</sup>. Le réemploi doit se faire par priorité dans l'emploi antérieur et ce n'est qu'en cas d'impossibilité qu'il pourra s'effectuer dans un emploi similaire.

Lorsqu'il s'agira d'apprécier le caractère « *similaire* » de l'emploi proposé, les juges vont s'attacher à déterminer si la nouvelle affectation n'entraîne qu'un changement des conditions de travail ou si elle modifie un élément du contrat<sup>96</sup>. On retrouve ici la distinction et les règles applicables pour tout salarié qui voit sa situation changer en cours d'exécution de son contrat. La notion d'emploi similaire ne sera caractérisée que dans l'hypothèse d'un simple changement des conditions de travail que l'employeur peut décider en vertu de son pouvoir de direction. En revanche, s'il est question d'une modification d'un élément du contrat, la qualification d'emploi similaire sera écartée et la proposition de l'employeur sera regardée comme non conforme aux exigences de l'article L 122-28-3 du Code du travail.

Des garanties ont donc été accordées au salarié pour qu'à l'issue de son congé il puisse retrouver sa situation antérieure. Certes, l'employeur se voit autorisé à proposer un emploi similaire, ce qui réduit certainement le droit de la salariée à conserver sa place dans l'entreprise. Mais en pareille hypothèse, qui ne sera que subsidiaire puisqu'elle suppose l'indisponibilité de l'emploi précédent, il n'y aura pas de modification des éléments du contrat et l'on peut donc admettre qu'elle ne contredit pas l'exigence de continuité.

Cette exigence apparaît encore satisfaite au regard du droit reconnu au salarié de retour de congé parental à une action de formation professionnelle destinée à permettre la reprise de l'emploi dans les meilleures conditions.

### c) Le droit à une action de formation professionnelle

Afin de permettre au salarié d'éviter la cassure que peut représenter l'absence du monde du travail durant les quelques mois ou années de son congé et ainsi faciliter son retour dans l'entreprise, il lui est encore reconnu, à l'article L 122-28-7 du Code du travail, un droit à une action de formation professionnelle. Celle-ci peut revêtir différentes formes et intervenir à différents moments.

C'est ainsi que le salarié en congé parental se voit tout d'abord accorder le droit de suivre, à son initiative, une action de formation professionnelle continue pendant le congé<sup>97</sup>. Celle-ci n'est certes pas rémunérée, mais ouvre droit à la protection prévue en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle pour les stagiaires de la formation professionnelle<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Il y est prévu que « à l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, *en cas d'impossibilité*, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat ou à sa relation de travail ».

<sup>95</sup> Directive n° 96/34/CE du 3 juin 1996, préc. Voir la clause 2 de l'accord, §5.

<sup>96</sup> Suivant la distinction adoptée par la Chambre sociale dans deux arrêts des 24 et 25 juin 1992 (Bull. civ., V., n° 413 et 419, p. 256 et 260) et affinée par les arrêts rendus le 10 juillet 1996 (Bull. civ., V, n° 278, p. 196). Sous l'ancienne distinction de modification substantielle ou non substantielle, l'emploi similaire était celui qui n'avait pas été substantiellement modifié. Voir pour des exemples : Cass. soc. 10 juin 1992, Cah. prud'h. 1993, n° 2, p. 31 ; Cass. soc. 1<sup>er</sup> avril 1992, RJS 5/92, n° 627, p. 350 ; C. app. Besançon 11 octobre 1994, SA E.T. International c/ Mme Demesy, CERIT ; C. app. Metz 30 mai 1995, Mme Galland c/ SA Match Est, CERIT ; C. app. Nancy 30 octobre 1995, Mme Antoine c/ SA Saint Diedis, CERIT. Voir pour des exemples appliquant la nouvelle distinction : C. app. Toulouse 11 décembre 1998, Mme Galiano c/ Entreprise Arnet et autre, CERIT ; C. app. Poitiers 21 septembre 1999, Mme Poisbleau c/ Association familles rurales, CERIT.

<sup>97</sup> Les types d'action de formation sont mentionnés à l'article L 900-2 du Code du travail.

<sup>98</sup> C. trav. art. L 122-28-7 al. 3.

Il peut également bénéficier, pendant<sup>99</sup> ou à l'issue du congé<sup>100</sup>, d'actions de formation organisées cette fois par l'entreprise, « *notamment en cas de changement de techniques ou de méthodes de travail* ». Il nous faut ici signaler que ce droit s'inscrit indiscutablement dans une obligation plus générale selon laquelle l'employeur « *tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* »<sup>101</sup>.

Enfin, le salarié peut, de plein droit, effectuer un bilan de compétences<sup>102</sup>. Incontestablement, il s'agit là de mesures visant à éviter que le temps consacré aux fonctions familiales soit ressenti comme une rupture dans la biographie professionnelle du salarié. Faciliter le retour à l'emploi est un impératif si l'on veut faire en sorte que le congé parental soit un « *moment normal* » dans la carrière du salarié. Le principe de continuité trouve ici une de ses manifestations les plus significatives.

## 2°) Des garanties liées à l'ancienneté

Caractéristique personnelle du salarié ayant une incidence importante sur ses droits et conditions de travail<sup>103</sup>, l'ancienneté risque d'être affectée par le congé parental, du moins lorsqu'elle est fondée sur l'idée de services continus, c'est à dire de travail effectif<sup>104</sup>. En effet, selon cette conception qui a un domaine d'application très important<sup>105</sup>, le travailleur n'acquiert de droit à l'ancienneté que dans la mesure où il respecte scrupuleusement le déroulement normal du contrat et en limite la suspension aux seules causes périodiques qui sont parties intégrantes de la convention<sup>106</sup>. Dès lors, le congé parental n'étant pas une cause de suspension périodique, il empêche l'ancienneté de courir.

Cette conception constitue incontestablement un obstacle au principe de continuité qui veut que le temps familial soit conçu comme un « *moment normal* » de la carrière du salarié. Aussi, le législateur est-il intervenu pour atténuer les effets de l'absence du salarié en congé parental sur son ancienneté de travail effectif. Il est ainsi prévu à l'article L 122-28-6 du Code du travail, selon une formule inverse à celle de l'article L 122-10, que « *la durée du congé parental d'éducation (...) [est prise] en compte pour moitié dans la détermination des avantages liés à l'ancienneté* ». Et la même solution a été retenue par la loi du 23 décembre 2000 pour le congé de présence parentale<sup>107</sup>. Il en résulte que l'ancienneté continue de s'accumuler malgré l'absence de travail effectif du salarié. En effet, même s'il fut précisé que ce texte n'avait pas pour effet d'assimiler la période d'absence à une période de travail effectif en matière de congés payés<sup>108</sup>, on peut penser que l'objet de ce texte est précisément de protéger cette accumulation. Une autre interprétation enlèverait toute son utilité à

<sup>99</sup> C. trav. art. L 122-28-7 al. 2. Dans ce cas, le congé parental prend fin.

<sup>100</sup> C. trav. art. L 122-28-7 al. 1.

<sup>101</sup> Cass. soc. 25 février 1992, Bull. civ., V, n° 122, p. 74. Voir P. Etiennot, *La formation professionnelle dans le contrat de travail*, Thèse, Nancy II, 1994, p. 366.

<sup>102</sup> C. trav. art. L 122-28-7 al. 4.

<sup>103</sup> G. Vallée, « La notion d'ancienneté en droit du travail français », Dr. soc. 1992, p. 871.

<sup>104</sup> La notion d'ancienneté repose tantôt sur l'idée d'appartenance à l'entreprise, tantôt sur celle de services continus. Le premier cas de figure suscite guère de difficulté. Ne dépendant pas de la prestation matérielle de travail, mais relevant uniquement de la durée passée du contrat, l'ancienneté fondée sur l'appartenance à l'entreprise restera insensible au congé parental.

<sup>105</sup> L'ancienneté de services continus a en effet une grande assise. Créée par la jurisprudence, elle fait aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance législative par l'article L 122-10 et son champ d'application a été étendu par voie d'interprétation à des conditions d'ancienneté légales ou conventionnelles qui ne sont pas visées par l'article L 122-10. Elle est retenue notamment en matière de délai-congé, d'ouverture du droit à l'indemnité de licenciement, de détermination du montant de cette indemnité ou encore pour le versement des indemnités complémentaires.

<sup>106</sup> J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail*, Bibliothèque du Droit du travail et de la Sécurité sociale, Tome 6, Sirey, 1980, p. 258.

<sup>107</sup> Qui a complété l'article L 122-28-6 du Code du travail.

<sup>108</sup> Rép. min. n° 70884, JOAN Q 29 juillet 1985, p. 3536.

l'article L 122-28-6 puisque l'ancienneté fondée sur l'appartenance à l'entreprise n'a elle nullement besoin de ce genre de disposition pour continuer de s'accumuler.

L'intervention du législateur a donc permis une mise en œuvre du principe de continuité. Celle-ci n'est cependant pas totale puisque la durée du congé parental n'est prise en compte que pour moitié. Lors de l'adoption de cette disposition, les arguments avancés à l'appui d'une prise en compte partielle étaient surtout des arguments d'équité. Il n'apparaissait pas « *juste* » qu'un salarié qui n'avait pas travaillé pendant une période ait autant de droits que celui qui avait exercé une activité pendant la même période<sup>109</sup>. Mais au regard de l'importance de la fonction parentale, de tels arguments emportent-ils la conviction ? A notre sens, le droit devrait aujourd'hui s'engager dans la voie d'une assimilation complète des périodes de suspension à des périodes de travail effectif, à l'instar de ce qui a été fait pour la fonction maternelle<sup>110</sup>. Reste que jusqu'à présent, les tentatives en ce sens n'ont pas été suivies d'effet. La dernière en date remonte aux discussions relatives à la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. En effet, lors de son examen en première lecture par l'Assemblée nationale, la proposition de loi comprenait une disposition visant à instituer une prise en compte intégrale de l'ancienneté pour le congé parental d'éducation<sup>111</sup>. Suivant l'avis du gouvernement, cet article a été supprimé au motif que si une telle disposition mérite d'être étudiée avec la plus grande attention dans le cadre de la nécessaire modernisation de la politique familiale, elle n'a guère sa place au sein d'un texte relatif à l'égalité professionnelle.

En définitive, il apparaît évident, au regard des développements qui précèdent, que la législation du travail accorde une place importante au salarié-parent, de sorte que l'on peut parler d'une véritable reconnaissance des fonctions parentales dans l'entreprise. Les dispositifs prenant en compte ces fonctions ont été placés sous le signe de la diversité et d'une certaine cohérence. Le principe de continuité, dont la mise en œuvre est indispensable si l'on veut faire du temps parental un « *moment normal* » dans la carrière du salarié, trouve des manifestations significatives que ce soit pendant le congé ou à l'issue de ce dernier. Certes, toutes les difficultés n'ont pas été réglées. La question de la continuité de la rémunération fournit sur ce point une bonne illustration. Mais le principe progresse et la situation pourrait bien évoluer.

Une évolution semble également en cours concernant la prise en compte du salarié dans ses rapports avec les autres composantes de sa famille. Ayant pendant longtemps fait l'objet que d'une attention limitée, ils tendent à l'heure actuelle à gagner droit de cité en droit du travail.

## **SECTION 2 : UNE PRISE EN COMPTE LIMITEE DES AUTRES RELATIONS FAMILIALES DU SALARIE : LA PERSPECTIVE D'UNE EVOLUTION**

Si les relations parent-enfant trouvent un reflet important dans les normes légales et conventionnelles du travail, celles-ci ne tiraient - du moins jusqu'à une période récente - qu'exceptionnellement des conséquences de l'appartenance du salarié à un couple (§1) ou à un cercle familial étendu au delà de son foyer (§2). Plusieurs signes d'une évolution dans le sens d'une plus grande reconnaissance peuvent cependant être relevés .

### **§1 : Une certaine indifférence à l'égard du couple...**

<sup>109</sup> JOAN CR, 25 novembre 1983, p. 5674 ; JO Sénat CR, 13 décembre 1983, p. 4096.

<sup>110</sup> C. trav. art. L 122-26-2.

<sup>111</sup> Article 9. Cet article ne figurait initialement pas dans la proposition de loi déposée par Mme Génisson et le groupe socialiste. Il a été introduit sur proposition du rapporteur dans les conclusions de la commission des Affaires culturelles.

Forme la plus fréquente, la plus « naturelle » de cellule familiale<sup>112</sup>, le couple est également le cadre le plus répandu de vie en commun. Pourtant, l'étude des normes légales et conventionnelles du travail démontre que jusqu'à une période récente, peu nombreuses étaient les dispositions qui s'adressaient au salarié dans ses relations avec son conjoint et lui ouvraient la possibilité de concilier son activité professionnelle avec ses engagements conjugaux (A).

Mais le couple, en tant que cellule familiale, recouvre une réalité sociologique qui déborde le cadre du mariage et s'exprime dans le concubinage. Or, en ce domaine également, force était de constater qu'aucune disposition du Code du travail ne visait le salarié dans ses relations avec son concubin et que les dispositions conventionnelles qui prenaient en compte cette dimension faisaient véritablement figure d'exception. Deux interventions législatives viennent remettre en cause ce constat et permettent d'affirmer que l'on s'achemine à l'heure actuelle vers une assimilation du salarié concubin au salarié conjoint, même si elle n'est pas encore totale (B).

### A) Le salarié conjoint

A l'heure actuelle, progresse très fortement l'idée que doit être reconnue au salarié la possibilité de se soustraire à l'exécution de son contrat pour se consacrer à ses engagements familiaux<sup>113</sup>. La loi, les conventions et accords collectifs lui ouvrent de plus en plus d'options destinées à lui permettre de concilier sa vie professionnelle et sa vie familiale. Cependant, tous les engagements familiaux ne sont pas logés à la même enseigne et les engagements conjugaux ont pendant longtemps fait figure de « parents pauvres ».

Certes, il serait erroné d'affirmer que les relations du salarié avec son conjoint n'ont jamais attiré l'attention du législateur et des partenaires sociaux. Plusieurs dispositions déjà anciennes du Code du travail, quelques accords et conventions collectifs visent expressément le conjoint du salarié.

\* C'est le cas par exemple de l'article L 223-7 qui prévoit, dans son alinéa 3, que pour fixer l'ordre des départs en congés payés, l'employeur a l'obligation de tenir compte des possibilités de congé du conjoint et de leur durée. L'alinéa 4 dispose pour sa part qu'un congé simultané est de droit pour des conjoints travaillant dans la même entreprise. Les périodes de congés payés constituent généralement un temps privilégié pour l'exercice en famille d'activités. C'est l'occasion pour ses diverses composantes de se retrouver et d'être ensemble. Dès lors, favoriser la prise de congés en commun par les conjoints, en mettant à la charge de l'employeur une obligation de tenir compte de leur situation permet incontestablement de faciliter la vie du couple<sup>114</sup>.

\* L'article L 226-1 du Code du travail institue, pour sa part, un congé de quatre jours rémunérés à l'occasion du mariage du salarié. Il ouvre donc bien une option au salarié destinée à lui procurer une certaine disponibilité pour qu'il puisse se consacrer à un événement de sa vie de couple qui marquera son engagement conjugal. Le salarié sera libre ensuite de décider de lever ou non l'option qui lui est offerte. Il disposera également d'une certaine liberté dans l'exercice de son droit à congé. Certes, cet exercice est enfermé dans la limite des quatre jours accordés et de l'événement qui fait naître le droit. Mais la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure<sup>115</sup>, a admis que les jours d'autorisation d'absence ne devaient pas être nécessairement pris pour l'événement les justifiant mais dans « une période raisonnable » autour de cet événement<sup>116</sup>. A condition d'être « raisonnable », le salarié pourra donc prendre son congé en fonction de ses besoins réels.

<sup>112</sup> C'est à dire une cellule ayant vocation à constituer un cadre d'éducation des enfants et une source de prospérité.

<sup>113</sup> A. Supiot (dir.), *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 121.

<sup>114</sup> Mais il nous faut ici préciser que cette obligation n'est que peu contraignante lorsqu'elle concerne des conjoints travaillant dans des entreprises différentes. Ainsi, a-t-il été jugé qu'elle n'imposait pas à l'employeur de chacun des deux époux de calquer la date des congés sur celle de son conjoint si l'activité de l'entreprise ne pouvait s'en accommoder (Cass. soc. 19 juin 1997, RJS 8-9/97, n° 987, p. 615 ; à rapprocher de Cass. soc. 1<sup>er</sup> juillet 1998, RJS 8-9/98, n° 1001, p. 636).

<sup>115</sup> Cass. soc. 19 mars 1997, Bull. civ., V, n° 118, p. 84.

<sup>116</sup> Cass. soc. 16 décembre 1998, Bull. civ., V, n° 569, p.464 ; JCP, éd. G, II, 10034, note D. Corrigan-Carsin.

\* Enfin, il n'est pas rare de trouver institué conventionnellement un congé conjoint malade, même si comparé au congé enfant malade, il demeure en retrait des préoccupations des partenaires sociaux<sup>117</sup>.

Reste que ces dispositions fragmentaires visent des hypothèses tout à fait particulières et ne permettent pas, à notre sens, de parler de véritable prise en compte par le droit du travail des engagements conjugaux du salarié.

Tout autre est l'analyse qui peut être faite depuis l'adoption de l'article L 212-4-7 du Code du travail dans le cadre de la seconde loi relative à la réduction négociée du temps de travail<sup>118</sup>. Aux termes de cette disposition déjà évoquée<sup>119</sup>, « *les salariés qui en font la demande peuvent bénéficier d'une réduction de la durée du travail sous forme d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine en raison des besoins de leur vie familiale* ». Cette formulation générale permettra incontestablement de viser les besoins de la vie du couple, tel le traitement médical du conjoint et, en cela, elle constitue le premier véritable reflet en droit du travail de l'assistance que se doivent les conjoints<sup>120</sup>. Il y a là une avancée intéressante dans le sens d'une plus grande prise en considération des engagements conjugaux qui présente, en outre, l'avantage de rejoindre les préoccupations du droit communautaire<sup>121</sup>. On notera simplement que cette prise en compte s'opère en dehors de toute référence à un statut familial précis, la disposition en cause pouvant dès lors être mobilisée pour l'ensemble des engagements familiaux.

## B) Vers une assimilation du salarié concubin

Jusqu'à une époque récente, lorsqu'elles s'intéressaient au couple, les normes légales et conventionnelles du travail utilisaient le terme de « *conjoint* », renvoyant ainsi exclusivement au lien d'alliance issu du mariage<sup>122</sup>. Cette terminologie ne laisse en effet aucune place au concubinage puisque, selon la définition classiquement donnée, elle vise « *chacun des époux considéré par rapport à l'autre* »<sup>123</sup>.

Toutefois, la tendance est, à l'heure actuelle, à l'assimilation du salarié concubin au salarié conjoint. Deux interventions législatives séparées de quelques mois ont en effet permis au salarié concubin de faire son entrée dans le Code du travail.

C'est la loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs qui constitue la première étape sur la voie de la prise en compte du salarié concubin, au travers de la notion de *personne partageant le domicile*. En effet, dans le cadre de cette loi a été reconnu au

---

<sup>117</sup> Sur 261 conventions collectives étudiées, seules 32 accordent au salarié un congé « *conjoint malade* ». Voir par exemple : CCN Parfumerie Esthétique, CCN Notariat, CCN Métreurs Vérificateurs, CCN Entreprises de la publicité ; CCN Pompes funèbres ; CCN Personnel des banques... Les durées prévues sont très variables : de trois mois à une journée. Parfois, c'est uniquement l'hypothèse d'une hospitalisation qui est visée (ex : CCN Organismes mutualistes). Certaines dispositions conditionnent l'octroi du congé à la gravité de la maladie (ex : CCN Industrie du pétrole, CCN Mode et Chapellerie, CCN Sociétés d'autoroute). Au niveau de l'entreprise, certains accords prévoient également un tel congé. Un accord conclu en décembre 1999 en Moselle accorde ainsi six jours d'absence non rémunérés par an en cas de maladie grave du conjoint.

<sup>118</sup> Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000.

<sup>119</sup> Voir *supra* nos développements, p. 18.

<sup>120</sup> L'article 212 du Code civil édicte en effet à la charge des époux un devoir réciproque d'assistance qui consiste pour chacun à apporter à l'autre l'appui de son affection et de son dévouement dans les difficultés de la vie, en particulier la maladie.

<sup>121</sup> La directive n° 96/34/CE du 3 juin 1996 sur le congé parental a reconnu à tout salarié le droit de s'absenter de son travail « *pour cause de force majeure liée à des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident rendant indispensable [sa] présence immédiate* ».

<sup>122</sup> Sur 261 textes conventionnels étudiés, seuls 3 accordent au salarié un congé en cas de maladie du concubin. Voir CCN Animation socioculturelle ; CCN Vétérinaires ; CCN Etablissements sanitaires et sociaux (hospitalisation privée à but lucratif UHP).

<sup>123</sup> Le Petit Larousse, Dictionnaire encyclopédique, 1993.

salarié un nouveau « *droit de tirage social* »<sup>124</sup> : le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie<sup>125</sup>. D'une durée de trois mois, ce congé non rémunéré est susceptible de bénéficier à « *tout salarié dont (...) une personne partageant son domicile fait l'objet de soins palliatifs* ».

Incontestablement, la législation du travail prend ici en compte, pour la première fois, le phénomène social de plus en plus répandu qu'est le concubinage. Ce terme qui vient de recevoir une définition dans le Code civil<sup>126</sup>, implique en effet une communauté de vie qui suppose quant à elle une communauté de toit et donc très logiquement un partage du domicile.

Mais une étape encore plus significative a été franchie avec la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité qui a étendu aux « *partenaires liés par un pacte civil de solidarité* » les dispositions des articles L 223-7, L 226-1 alinéa 4 et L 784-1 du Code du travail. Désormais, les concubins qui auront passé un tel contrat<sup>127</sup> pourront bénéficier d'un congé simultané lorsqu'ils travaillent dans la même entreprise, voir leur situation de couple prise en compte pour déterminer l'ordre des départs en congés payés ou encore, en cas de décès de l'un d'entre eux, prétendre au bénéfice de l'autorisation d'absence de deux jours prévue pour le décès du conjoint. C'est ainsi l'ensemble des dispositions du Code du travail visant le « *conjoint* »<sup>128</sup> qui sont étendues aux « *partenaires d'un pacte civil de solidarité* », c'est à dire aux concubins liés par un tel contrat. Assurément, il y a là un signe fort d'une assimilation, même si elle n'est pas totale dans la mesure où tous les concubins ne seront pas forcément partenaires d'un pacte civil de solidarité.

Le droit du travail s'est donc engagé dans une voie nouvelle, celle de la prise en compte du salarié concubin. Cette voie était depuis longtemps celle d'un droit qui lui est proche, celui de la sécurité sociale. La lecture des textes en ce domaine révèle en effet que le concubinage y est très largement pris en considération au travers de la notion de *personne à charge*<sup>129</sup> qui lui a permis d'accéder au rang d'une véritable situation de droit<sup>130</sup>. C'est ainsi qu'en matière d'assurance maladie et maternité, l'article 13 de la loi n° 78-2 du 2 janvier 1978 a assimilé, pour les prestations en nature, le concubin au conjoint<sup>131</sup>. De la même manière, s'agissant de l'assurance décès qui garantit aux ayants droit de l'assuré le paiement d'un capital, il est admis que le concubin fasse partie de ces ayants droit<sup>132</sup>. Nous pourrions encore multiplier les exemples en explorant le domaine des prestations familiales<sup>133</sup>, mais tel n'est pas l'objet de notre propos. Au travers de ces quelques illustrations, nous avons pu facilement nous faire une idée de la logique d'assimilation poursuivie par la réglementation de la sécurité sociale. Concernant cette dernière, il a été souligné à plusieurs reprises<sup>134</sup>, qu'il paraissait tout à fait normal « *qu'un droit qui [avait] pour vocation de protéger les*

<sup>124</sup> Selon la terminologie du Rapport pour la Commission européenne sous la direction de Alain Supiot, *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 90.

<sup>125</sup> Les articles L 225-15 à L 225-19 sont ainsi introduits dans le Code du travail.

<sup>126</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. Voir C. civ. art. 515-8 : « *Le concubinage est une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

<sup>127</sup> Selon le nouvel article 515-1 du Code civil « *un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

<sup>128</sup> Signalons toutefois que les quatre jours de congé accordés en cas de mariage ne sont pas étendus à la signature d'un PACS.

<sup>129</sup> Voir J. Rubellin-Devichi, « La condition juridique de la famille de fait en France », JCP 1986, éd. G, I, 3241, n° 15 ; J.-F. Lusseau, « Vie maritale et droit de la Sécurité sociale », D. soc. 1980, p. 213 ; Voir également pour une étude complète : A.-M. Gilles, *Le couple en droit social*, coll. Droit Civil, série Etudes et Recherches, Economica, 1997 qui relève toutefois la supériorité du mariage en protection sociale (spéc. p. 177 et s.).

<sup>130</sup> J.-F. Lusseau, « Vie maritale et droit de la Sécurité sociale », op. cit., p. 205.

<sup>131</sup> Il est en effet prévu à l'article L 161-14 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale que : « *la personne qui vit maritalement avec un assuré social, et qui se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a, à condition d'en apporter la preuve, la qualité d'ayant droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité* ».

<sup>132</sup> Voir C. séc. soc. art L 361-4.

<sup>133</sup> Voir J.-F. Lusseau, « Vie maritale et droit de la Sécurité sociale », op. cit., p. 211 et s.

<sup>134</sup> Voir G. Vachet, « Concubinages et vie maritale dans le droit de la sécurité sociale », in *Les concubinages*, CNRS, 1986, p. 185 et s.

*individus et de satisfaire leurs besoins ne tiennent pas compte de leur situation matrimoniale* ». Or, au regard des finalités du droit du travail, le raisonnement pouvait-il être différent<sup>135</sup> ?

## **§2 : ...Et à l'égard du cercle familial étendu au delà du foyer**

L'idée que le salarié puisse se soustraire, en certaines occasions, à l'exécution de son contrat pour se consacrer à ses engagements familiaux a conduit le législateur et les partenaires sociaux à lui ouvrir de plus en plus d'options destinées à lui permettre de concilier sa vie professionnelle et sa vie familiale. Pourtant, très peu d'entre elles concernent ses engagements à l'égard d'un cercle familial étendu au delà de son foyer (A), même si une intervention récente du législateur nous conduit à nuancer ce propos (B).

### **A) Les congés pour événements familiaux : une prise en compte limitée du cercle familial étendu au delà du foyer**

Pendant longtemps, c'est exclusivement au travers des « *congés pour événements familiaux* » que le législateur et les partenaires sociaux se sont adressés au salarié dans ses rapports avec son cercle familial élargi.

Les congés *légaux* pour événements familiaux figurent à l'article L 226-1 du Code du travail et à l'article 4 de la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978<sup>136</sup>. Ces dispositions visent un certain nombre de situations ouvrant droit pour le salarié à une autorisation d'absence d'une journée, au rang desquelles figurent le décès du père ou de la mère, d'un frère ou d'une sœur, du beau-père ou de la belle-mère. Elles marquent donc bien une prise en considération d'un cercle familial élargi puisqu'elles s'adressent au salarié dans ses rapports avec ses ascendants, ses collatéraux ou ses alliés. Mais une question se pose alors concernant le choix des membres qui le composent : comment celui-ci s'est-il opéré ?

Sans doute existe-t-il un certain lien avec les règles civilistes et le cercle de solidarité familiale qu'elles définissent. Le droit civil institue en effet à la charge des enfants une obligation alimentaire à l'égard de leurs père et mère placés dans le besoin<sup>137</sup> et cette obligation existe également dans les rapports des gendres et brus avec leur beau-père et belle mère<sup>138</sup>. Ce lien avec les règles civilistes apparaît d'ailleurs clairement dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 14 mars 1985<sup>139</sup>, précisant la qualité de « *beau-père et de belle-mère* » visé par l'article L 226-1 du Code du travail. Dans cette affaire, un salarié souhaitait bénéficier des dispositions légales et conventionnelles concernant le décès du beau-père, à l'occasion du décès du deuxième mari de sa mère. A l'appui de sa demande, il soutenait fort justement<sup>140</sup> que la désignation de « *beau-père* » s'appliquait indifféremment au père de sa femme et au deuxième mari de sa mère. Pourtant la Cour de cassation balaya cet argument, estimant que seuls étaient visés les parents du conjoint du salarié. Pour la Haute juridiction, le deuxième mari de sa mère n'avait envers lui aucun lien de parenté.

<sup>135</sup> Voir T. Gagniane, R. Méhul, A. Plantin, *Mariage et concubinage*, Mémoire, Centre national d'études supérieures de sécurité sociale, 1996, spéc. p. 106 qui préconisaient l'application des dispositions législatives et conventionnelles du travail aux conjoints mais aussi aux concubins justifiant de leur état.

<sup>136</sup> Cette loi a repris les dispositions de l'accord interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation.

<sup>137</sup> Aux termes de l'article 205, « *les enfants doivent des aliments à leurs père et mère (...) qui sont dans le besoin* ».

<sup>138</sup> Selon l'article 206, « *les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère (...)* ».

<sup>139</sup> Cass. soc. 14 mars 1985, Lescot c/ Sté Tericia, Liaisons sociales n° 5695 du 16 septembre 1985, p. 13.

<sup>140</sup> Selon la définition donnée par le Petit Larousse (dictionnaire encyclopédique, 1993), le *beau-père* désigne le père du conjoint et le second mari par rapport aux enfants issus du premier mariage.

Cette interprétation pour le moins restrictive s'explique indéniablement par l'application des règles civilistes. En effet, l'article 206 du Code civil relatif aux obligations qui naissent du mariage utilise les termes de « *beau-père et belle-mère* » en relation avec ceux de « *gendres et belles-filles* ». Le terme de « *gendre* », à distinguer du terme de « *beau-fils* », exclut alors l'application de la disposition entre l'enfant et le second conjoint de ses père ou mère divorcés ou veufs et c'est bien en ce sens que se prononcent les tribunaux civils<sup>141</sup>. Aucune place n'est ainsi faite à la famille «recomposée»<sup>142</sup>.

Reste que s'il est possible de trouver, sur certains points, un rapport entre l'article L 226-1 du Code du travail et les règles civilistes relatives au cercle de solidarité familiale, sur d'autres, en revanche, ce rapport n'existe pas. Ainsi, le lien qui unit le salarié à ses frères et sœurs est pris en compte par la législation du travail, alors que la législation civile ne consacre pour sa part aucune obligation entre collatéraux, y compris entre frères et sœurs.

Le cercle familial élargi pris en compte par le législateur du travail comprend donc les père et mère, les frères et sœurs et les beaux-parents. Les *partenaires sociaux* ont pour leur part une vision encore plus large du cercle familial puisqu'ils y incluent d'autres membres de la famille. Des droits à congés sont en effet fréquemment accordés conventionnellement<sup>143</sup> pour le décès des grands-parents<sup>144</sup>, des beaux-frères et belles-sœurs<sup>145</sup>, des gendres et brus<sup>146</sup>. D'autres dispositions un peu moins répandues s'intéressent même aux rapports du salarié avec ses oncles et tantes<sup>147</sup>, ses nièces et neveux<sup>148</sup>, ses arrière grands-parents<sup>149</sup>, ses grands-parents par alliance<sup>150</sup> ou encore son tuteur légal<sup>151</sup>.

Mais qu'ils soient d'origine légale ou conventionnelle, les congés pour événements familiaux ont été pendant longtemps l'unique trace d'une prise en compte du cercle familial du salarié étendu au delà de son foyer. Depuis la loi du 19 juin 1999 qui a créé le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie, une nouvelle étape a été franchie.

---

<sup>141</sup> C. app. Paris 19 mai 1992, D. 1993, somm., p. 47, observations F. Granet-Lambrechts ; p. 127, observations E. Blary-Clément.

<sup>142</sup> Ce terme désigne la famille composée d'un couple marié ou non, dont l'un des conjoints a un ou plusieurs enfants nés d'une union précédente qui vivent avec lui. La famille recomposée peut comprendre les enfants de la nouvelle union et ceux de l'union précédente des deux conjoints. Au recensement de 1990, 5,6 % des enfants vivaient dans une famille recomposée.

<sup>143</sup> Ces droits à congés particuliers ont pu être relevés dans des conventions collectives nationales mais aussi dans plusieurs accords d'entreprise conclus sur la Région Lorraine.

<sup>144</sup> Par exemple : CCN Personnel des banques ; CCN Conserveries ; CCN Sociétés d'autoroutes ; CCN Crédit agricole ; CCN Entreprises membres du réseau du crédit immobilier ; CCN Entreprises de la publicité ; CCN Pompes funèbres ; CCN Vins et spiritueux ; CCN Etablissements médico-sociaux (FFESCP) ; CCN Peintres en lettre ; CCN parfumerie Esthétique ; CCN Métreurs vérificateurs ; CCN Industrie du pétrole ; CCN Plasturgie ; CCN Transport aérien (personnel au sol)...

<sup>145</sup> Entre autres exemples : CCN Pompes funèbres ; CCN Vins et spiritueux ; CCN Personnel des banques ; CCN Négoce et distribution de combustibles ; CCN Conserveries ; CCN Sociétés d'autoroutes ; CCN Personnel des sociétés coopératives d'HLM ; CCN Etablissements médicaux pour enfants et adolescents ; CCN Parfumerie Esthétique ; CCN Notariat ; CCN Industrie de l'habillement ; CCN Métreurs vérificateurs...

<sup>146</sup> Par exemple : CCN Hospitalisation privée à but lucratif (FIEHP) ; CCN Hospitalisation privée à but non lucratif (FEHAP) ; CCN Etablissements privés de suite et réadaptation (SNERP) ; CCN Etablissements médicaux pour enfants et adolescents ; CCN Habillement et articles textiles (commerce de détail) ; CCN Presse hebdomadaire régionale ; CCN Industrie du pétrole ; CCN Entrepôts d'alimentation ; CCN Personnel des centres équestres...

<sup>147</sup> CCN Personnel des banques ; CCN pompes funèbres ; CCN Animation socioculturelle ; CCN Agences télégraphiques internationales ; CCN Personnel des sociétés anonymes et fondations HLM ; CCN Négoce des matériaux de construction...

<sup>148</sup> CCN Personnel des banques.

<sup>149</sup> CCN Familles rurales ; CCN Téléphériques et engins de remontées mécaniques.

<sup>150</sup> CCN Bijouterie ; CCN Céramiques de France ; CCN Commerce à prédominance alimentaire.

<sup>151</sup> CCN Caoutchouc ; CCN Commerce de détail de chaussures ; CCN Grands magasins ; CCN Magasins populaires.

## **B) Le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie et le compte épargne temps : vers une prise en compte plus importante du cercle familial élargi**

Depuis les lois du 9 juin 1999<sup>152</sup> et du 19 janvier 2000<sup>153</sup>, la liste des dispositions qui portent en elles la trace d'une prise en compte d'un cercle familial élargi doit être complétée. Comme nous l'avons vu précédemment, le premier de ces textes a donné naissance à un nouveau congé, le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie, susceptible de bénéficier à tout salarié dont un proche fait l'objet de soins palliatifs.

Or, parmi ces proches expressément visés par le nouvel article L 225-15 du Code du travail figurent en première place les ascendants. Quant au second, il a inscrit dans une disposition relative au compte épargne temps - l'article L 227-1<sup>154</sup> - le fait que le salarié ait un « parent dépendant ou âgé de plus de soixante quinze ans », pour lui procurer un avantage dans l'utilisation de ce compte<sup>155</sup>.

Incontestablement, ces textes constituent une avancée. En effet, il est aujourd'hui admis que les engagements familiaux ne concernent pas seulement la prise en charge et l'accompagnement des enfants, mais également l'aide aux ascendants en difficulté. Cette position se retrouve d'ailleurs en droit communautaire<sup>156</sup>, comme en droit international<sup>157</sup>. Dans les deux cas, cela suppose du temps et une certaine disponibilité pas toujours conciliable avec l'exercice d'une activité professionnelle.

Or, si le Code du travail contenait bien un certain nombre de dispositifs destinés à permettre au salarié d'assumer ses engagements parentaux, il restait jusqu'à présent muet sur l'accompagnement des ascendants.

La recherche dans les normes légales et conventionnelles du travail des dispositions qui s'adressent au salarié dans ses rapports avec les autres composantes de la famille permet de conforter encore davantage le constat de la place privilégiée occupée par le salarié-parent. Les dispositifs qui lui permettent d'exercer ses fonctions auprès de ses enfants sont, nous l'avons vu, marqués par la spécificité (le salarié est saisi en sa qualité de parent), la diversité et une certaine cohérence.

En revanche, le salarié-conjoint (ou concubin), le salarié-enfant est rarement saisi en cette qualité particulière, le législateur et les partenaires sociaux optant davantage pour une prise en considération sans référence à un statut familial précis.

---

<sup>152</sup> Loi n° 99-477, visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs.

<sup>153</sup> Loi n° 2000-37 relative à la réduction négociée du temps de travail.

<sup>154</sup> Cf. alinéa 2.

<sup>155</sup> Dans de telles hypothèses, la période dans laquelle le salarié doit utiliser ses droits à congés est portée de 5 à 10 ans.

<sup>156</sup> La directive n° 96/34/CE concernant l'accord cadre sur le congé parental (préc.) prévoit que le droit doit être reconnu à tout salarié de s'absenter de son travail pour cause de force majeure liée à « *des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident* », sans opérer de distinction entre les responsabilités des parents à l'égard de leurs enfants, celles des membres du couple à l'égard l'un de l'autre ou celles s'exerçant à l'égard des ascendants.

<sup>157</sup> La convention OIT n° 156 concernant « *l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales* » qui fut adoptée le 23 juin 1981 vise en effet au titre des responsabilités familiales des travailleurs, les responsabilités « *à l'égard de leurs enfants à charge* » (art. 1<sup>er</sup> al. 1), mais également « *à l'égard d'autres membres de leur famille directe qui ont manifestement besoin de leurs soins ou de leur soutien* » (art. 1<sup>er</sup> al. 2).

La prise en compte s'opère en outre de manière ponctuelle et réduite, même si des évolutions ont pu être relevées sur la période récente. Dès lors, il nous semble possible d'avancer qu'à l'heure actuelle, la dimension familiale de la vie des salariés dont le droit du travail s'est saisi est avant tout une dimension parentale.

Mais la façon dont le droit du travail saisit l'interférence de la vie de famille sur la vie professionnelle révèle encore que ce dernier a progressivement rejeté toute définition a priori de la distribution des rôles familiaux entre l'homme et la femme.

## CHAPITRE 2 : LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE L'INTERCHANGEABILITE DES ROLES FAMILIAUX MASCULIN ET FEMININ

Dans la représentation la plus traditionnelle du ménage<sup>158</sup>, les rôles joués par chacune de ses composantes obéissent à une division fort simple : l'homme apporte son salaire, la femme, son activité domestique et éducative<sup>159</sup>. Dans une telle répartition des rôles, la situation familiale du salarié importe peu au droit du travail puisque sa situation de créancier de salaire coïncide précisément avec sa fonction nourricière au sein de la famille<sup>160</sup>. Quant à la femme, tant qu'elle reste au foyer, son activité non rémunérée n'est pas saisie par le droit du travail<sup>161</sup>.

Mais cette représentation des rôles au sein du couple se trouve remise en question depuis longtemps dans les faits, et plus récemment dans les esprits, par l'activité salariée de la femme<sup>162</sup>. Celle-ci quittant le cadre du foyer pour rejoindre le rang des travailleurs, l'interférence de la vie familiale et de la vie professionnelle devient une réalité qui ne peut manquer de se manifester juridiquement. C'est ainsi que la législation du travail et les dispositions conventionnelles se sont progressivement saisies de la dimension familiale de la vie des salariés. Des dispositions ouvrant au salarié des options lui permettant de concilier sa vie professionnelle et ses engagements familiaux ont vu le jour, sans cesse plus nombreuses.

Or l'étude de ces dispositions et de leur évolution révèle que si la représentation la plus traditionnelle des rôles ménagers de l'homme et de la femme a bien influencé la façon dont le droit du travail s'est saisi de l'interférence de la vie de famille sur la vie professionnelle, les textes les plus récents ont au contraire adopté en ce domaine une certaine neutralité qui rejoint les représentations plus contemporaines du ménage<sup>163</sup>. Progressivement, le droit du travail s'est détaché de toute définition a priori de la distribution des rôles familiaux entre homme et femme<sup>164</sup> en s'attachant à préserver la vie de famille des deux sexes. Mais ce faisant, il a également permis au principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi<sup>165</sup> de gagner quelque consistance

<sup>158</sup> Entendu comme « l'homme et la femme vivant ensemble et formant la base de la famille », selon la définition donnée par Le petit Larousse, Dictionnaire encyclopédique, 1993.

<sup>159</sup> Sur cette répartition traditionnelle des rôles et ses manifestations juridiques, voir O. Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes*, Seuil, 1978, p. 45 et s. Pour une approche sociologique de la division du travail ménager : J.-P. Kaufmann, *Sociologie du couple*, PUF, 1993 ; pour une approche historique : Y. Knibiehler, « Implicites de la mère au foyer », in M. Chauvière, M. Sassier, B. Bouquet, R. Allard, B. Ribes (dir.), *Les implicites de la politique familiale*, éd. Dunod, 2000, p. 236.

<sup>160</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 386.

<sup>161</sup> Voir R. Nerson, « Le travail ménager de la femme mariée », in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, 1974, p. 409 et s.

<sup>162</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 386. En 1997, les femmes constituaient environ 44,5 % de la population active et en 1996, leur taux d'activité entre 25 et 49 ans s'élevait à 79,2 % (statistiques citées dans le rapport du Conseil supérieur des revenus et des coûts, *Durées du travail et emplois*, La documentation française, 1998, p. 42 et 70). Par ailleurs, un sondage effectué auprès des adultes de 25 à 34 ans à l'occasion de la préparation de la quatrième Conférence mondiale des femmes tenue à Pékin en septembre 1995, a indiqué que pour les jeunes générations, l'activité professionnelle des femmes était une évidence considérée comme indispensable pour 80 % des femmes et des hommes interrogés. Voir également pour des données statistiques sur la Lorraine : *Femmes actives en Lorraine*, OREFQ, mai 2001.

Voir C. Aubin, H. Gisserot, *Les femmes en France 1985-1995*, La documentation française, 1995.

<sup>163</sup> F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, coll. Connaissance du droit, Droit privé, Dalloz, 1999, p. 72.

<sup>164</sup> Ce phénomène se retrouve également en droit civil. Ainsi, la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 a abrogé les alinéas 2 et 3 de l'article 214 du Code civil qui faisaient peser la contribution aux charges du mariage « à titre principal » sur l'homme, tandis que la femme pouvait contribuer à ces charges par son activité au foyer. Aujourd'hui, la contribution des époux aux charges du mariage se fait à proportion de leurs facultés respectives. Voir sur le caractère asexué des textes en droit de la famille, F. Monéger, « Un droit asexué », in M. Chauvière, M. Sassier, B. Bouquet, R. Allard, B. Ribes (dir.), *Les implicites de la politique familiale*, éd. Dunod, 2000, p. 261.

<sup>165</sup> Le principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi s'exprime dans un ensemble disparate de dispositions nationales, communautaires ou internationales. Dans l'ordre juridique interne, il a valeur constitutionnelle puisque dans son préambule, la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, proclame : « la loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme ». Il a été mis en œuvre en matière de rémunération par la loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 et en matière d'embauche, de promotion et de formation professionnelle par la loi n° 83-635 du 13

pratique. En effet, comme le soulignait Monsieur Supiot<sup>166</sup>, il ne fait nul doute qu'une identification de la femme et de la famille « porte en germe une discrimination préjudiciable aux travailleurs des deux sexes. Préjudiciable à la femme dans la mesure où la valorisation et la protection de ses fonctions familiales ont pour corollaire une dévalorisation et une marginalisation de sa situation professionnelle. Préjudiciable à l'homme pour la raison exactement inverse : la meilleure situation dont il peut jouir sur le marché du travail correspond pour partie à la négation de ses fonctions familiales par le droit du travail. Face à une identification de la femme et de la famille, le principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi risque de faire figure de vœu pieux ».

Le principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi imposait donc que soit effacée du droit du travail toute trace d'une définition a priori de la distribution des rôles ménagers féminin et masculin et que soit au contraire consacrée l'interchangeabilité de ces rôles. Ce résultat est aujourd'hui en passe d'être obtenu. Le droit du travail dans ses sources légales mais aussi conventionnelles fait preuve d'une certaine neutralité, aussi bien en ce qui concerne le temps pris par les tâches domestiques et éducatives (Section 1) qu'en ce qui concerne l'argent retiré de l'activité salariée (Section 2).

## SECTION 1 : L'INTERCHANGEABILITE DE L'ACTIVITE DOMESTIQUE ET EDUCATIVE

Dans la perspective la plus traditionnelle, les tâches domestiques et éducatives incombent à la femme, ce qui implique qu'elle doit disposer du temps nécessaire à leur exécution. Elle seule serait, en conséquence, concernée par l'interférence du temps consacré à la vie familiale sur le temps disponible pour la vie professionnelle. Si cette conception a pendant longtemps imprégné de nombreuses dispositions, elle est aujourd'hui condamnée par le législateur et les partenaires sociaux qui s'attachent à consacrer l'interchangeabilité de l'activité domestique et éducative en reconnaissant aux salariés des deux sexes des options leur permettant de se soustraire pendant un temps à l'exécution de leur contrat afin de pouvoir s'adonner à ces activités (§1).

Mais derrière les principes affichés, c'est bien souvent la femme qui paraît demeurer la seule concernée par l'incidence des travaux ménagers et éducatifs sur le travail. Force est en effet de constater que si les règles de droit sont formellement « asexuées »<sup>167</sup>, leur application ne l'est pas, ce qui nous amènera à nous demander si elles ne doivent pas être “repensées” (§2).

### **§1 : L'interchangeabilité consacrée formellement : l'adoption de règles asexuées**

De nombreuses dispositions légales et conventionnelles saisissent l'interférence du temps consacré aux tâches domestiques et éducatives sur le temps disponible pour la vie professionnelle. Leur étude

---

juillet 1983. Dans l'ordre juridique communautaire, il est énoncé dans les dispositions du Traité de l'Union européenne (nouvel art. 141) et par le droit communautaire dérivé (Directive n° 75/117/CEE du 10 février 1975 relative à l'application du principe de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; directive n° 76/207/CEE du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail ; directive n° 86/378/CE du 24 juillet 1986 relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes de sécurité sociale ; directive UE 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail). Par ailleurs, il est proclamé par plusieurs normes internationales ratifiées par la France (Conventions OIT n° 100 de 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et féminine pour un travail de valeur égale, n° 111 de 1958 sur la discrimination en matière d'emploi et de formation, n° 156 de 1981 sur l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales). Voir R. Saada, « La non discrimination homme/femme », Dr. ouvrier 2001, p. 207.

<sup>166</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 398.

<sup>167</sup> Pour reprendre l'expression utilisée par Madame Rossi. Voir D. Rossi, « Emploi des femmes et mixité », Dr. soc. 1987, p. 162.

montre qu'elles ont progressivement adopté une certaine neutralité à cet égard, révélée par l'emploi du terme « *salarié* », sans distinction selon que le travailleur est de l'un ou de l'autre sexe<sup>168</sup> (A). Tout récemment, ce sont les dernières traces de la conception la plus traditionnelle des rôles féminin et masculin qui ont été effacées avec l'abolition de l'interdiction du travail de nuit des femmes et la mise en place d'un congé de paternité (B).

### A) L'abandon progressif des références à la division traditionnelle des rôles dans le ménage

Affirmer que le droit du travail consacre formellement l'interchangeabilité de l'activité domestique et éducative suppose que soit démontré que les options que ce dernier ouvre au salarié, pour qu'il puisse se soustraire à l'exécution de son contrat pour s'y adonner librement, s'appliquent indifféremment à l'un et à l'autre sexe. L'homme et la femme doivent bénéficier des mêmes droits à congés ou absences. Doivent être bannies toute idée de droit réservé à la femme, mais également toute conception de droit transférable de la femme à l'homme qui implique une attribution prioritaire à l'un des deux sexes. La directive européenne concernant l'accord cadre sur le congé parental adoptée le 3 juin 1996 a énoncé très clairement cet impératif lorsqu'elle a prévu que le droit au congé parental devait être reconnu à tout travailleur, homme ou femme, de manière non transférable<sup>169</sup>.

Et c'est bien un droit identique au congé parental d'éducation qui est aujourd'hui reconnu à l'homme et à la femme par le législateur français. En effet, aux termes de l'article L 122-28-1 du Code du travail « *tout salarié qui justifie d'une ancienneté minimale d'une année a le droit soit de bénéficier d'un congé parental d'éducation, soit de réduire sa durée de travail (...)* ». Tout personne relevant du Code du travail peut donc en bénéficier sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le père et la mère. Celle-ci ne se voit accorder aucune priorité<sup>170</sup>. Ainsi, se trouve écartée l'idée selon laquelle c'est à la femme qu'incombe en principe les soins à donner aux jeunes enfants et que le rôle du père en ce domaine ne peut qu'être subsidiaire. La division traditionnelle des rôles masculin et féminin est dès lors battue en brèche.

Pourtant, celle-ci avait imprégné très fortement le texte initial ayant institué le congé parental d'éducation et en ce sens, on peut parler d'un abandon de la référence par le législateur. La loi du 12 juillet 1977<sup>171</sup> avait en effet prévu que le père ne pouvait bénéficier du congé que si la mère y renonçait, cette renonciation devant même faire l'objet d'une notification écrite à l'employeur de son conjoint. Plutôt qu'une interchangeabilité des rôles, c'était alors une délégation par la femme de son rôle éducatif que prévoyait l'article L 122-28-1, dans sa version initiale. Dans l'esprit du législateur, celle-ci ne devait jouer que dans des cas très exceptionnels<sup>172</sup>. Se trouvait ainsi consacrée l'idée selon laquelle c'était normalement la vie professionnelle de la femme et non celle de l'homme qui devait se trouver affectée par le temps nécessaire à l'éducation des enfants<sup>173</sup>. Le droit reproduisait alors la division traditionnelle des rôles entre père et mère, sans toutefois l'imposer<sup>174</sup>.

<sup>168</sup> F. Monéger, op. cit., p. 261.

<sup>169</sup> Directive n° 96/34/CE du 3 juin 1996, préc. Voir la clause 2 de l'accord, § 1 et 2.

<sup>170</sup> Ainsi a-t-il été jugé que la possibilité pour le père d'obtenir un congé parental n'était pas subordonnée à l'exercice par la mère d'une activité salariée. Voir Cass. soc. 5 mai 1988, Bull. civ., V, n° 277, p. 183.

<sup>171</sup> Loi n° 77-766 du 12 juillet 1977, D. 1977, légis., p. 312.

<sup>172</sup> « *Dans certains cas marginaux* », selon l'expression de M. Delhalle, rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale. Voir JOAN CR, 17 juin 1977, p. 3856.

<sup>173</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 388.

<sup>174</sup> Puisqu'il autorisait une autre distribution des rôles dans le couple.

Cette vision est aujourd'hui abandonnée. La loi n° 84-9 du 4 janvier 1984<sup>175</sup> a reconnu à « *tout salarié* », homme ou femme, le droit de prendre un congé parental, à temps partiel ou à temps complet. Il n'est plus question d'un droit qui « *est ouvert à la salariée* » et « *peut être ouvert au père salarié* »<sup>176</sup>. D'une délégation par la femme de ses tâches domestiques et éducatives, on est donc passé à une véritable interchangeabilité des rôles. Pour le législateur, l'éducation des enfants n'est plus seulement l'affaire de la femme. Le rôle éducatif appartient de la même manière aux deux parents qui dès lors se voient reconnaître les mêmes options destinées à préserver ce rôle.

En matière de congé parental d'éducation, l'abandon de la référence à la division traditionnelle des rôles dans le ménage s'est donc traduit par un changement de terminologie qui ne laissait la place à aucune hésitation. Celle-ci est devenue totalement asexuée. La situation est cependant quelque peu différente en matière de congé d'adoption<sup>177</sup>. Une lecture un peu rapide de l'article L 122-26 alinéa 5 du Code du travail pourrait en effet laisser à penser qu'en ce domaine l'interchangeabilité n'a pas été consacrée. En effet, cette disposition énonce que « *la salariée, à qui [un enfant est confié] en vue de son adoption, a le droit de suspendre le contrat de travail (...)* » et que « *lorsque les deux conjoints travaillent, ce droit est ouvert dans les mêmes conditions* » au « *père salarié* » qui bénéficie alors de la même protection. Le droit à congé semble ainsi accordé prioritairement à la salariée puisqu'une distinction a été faite en considération du sexe et que la femme est visée en premier. Une telle interprétation est cependant erronée. La renonciation de la femme n'est pas une condition à la prise du congé par l'homme. Cela apparaît très clairement à la lecture de l'article L 331-7 du Code de la sécurité sociale, auquel renvoie l'article L 122-26 du Code du travail, qui énonce que « *lorsque les deux conjoints assurés sociaux travaillent, (...) l'un des conjoint doit avoir renoncé à son droit* », marquant ainsi que la décision de renonciation se prend à deux. C'est donc ici aussi un droit identique qui est reconnu à la mère et au père adoptif qui décideront ensemble lequel des deux l'exercera.

Ouvrir une option à « *tout salarié* », c'est l'accorder indifféremment à l'homme et à la femme. Or, cette terminologie asexuée est aujourd'hui grandement mobilisée par le législateur dans le domaine de la conciliation de la vie professionnelle et des activités domestiques et éducatives. Un exemple nous a été donné par le congé parental d'éducation. Mais nous aurions pu multiplier les illustrations. Ainsi les droits à congé enfant malade ou de présence parentale, sont également accordés à « *tout salarié* », indépendamment du sexe. De même, la réduction du temps de travail pour les besoins de la vie familiale est une prérogative reconnue au « *salarié* » sans autre considération. Et c'est encore le cas des dispositions conventionnelles qui, lorsqu'elles accordent des droits à congés ou absences originaux visent, en général<sup>178</sup>, le « *salarié* », qu'il soit un homme ou une femme<sup>179</sup>. Dès lors, il nous semble possible d'affirmer que la façon dont le droit du travail saisit, à l'heure actuelle, l'interférence de l'activité domestique et éducative sur la vie professionnelle est marquée par une certaine neutralité à l'égard de la conception la plus traditionnelle des rôles ménagers, et ce d'autant plus que les dernières traces de cette conception viennent d'être tout récemment effacées.

---

<sup>175</sup> Loi n° 84-9 du 4 janvier 1984 portant modification du Code du travail et relative au congé parental d'éducation et au travail à mi-temps pour élever un jeune enfant.

<sup>176</sup> Terminologies adoptées par la loi du 12 juillet 1977.

<sup>177</sup> Destiné à permettre l'accueil dans le foyer de l'enfant adopté ou placé en vue de son adoption, ce congé concerne donc bien les activités domestiques et éducatives.

<sup>178</sup> Même si leur nombre n'est en rien significatif, on relève encore au gré des accords des traces d'une identification de la femme et de la famille. Ainsi, un accord conclu en mars 1997 dans une entreprise vosgienne accorde un jour supplémentaire d'absence rémunérée en cas de maladie de l'enfant aux mères de famille qui ont trois enfants et plus.

<sup>179</sup> Voir par exemple pour le congé particulièrement significatif accordé à l'occasion de la rentrée scolaire de l'enfant : CCN Ameublement (négoce) ; CCN Assistance ; CCN Assurances (sociétés)

## B) Une œuvre en voie d'achèvement par la reconnaissance d'un droit égal à une vie familiale

Le principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi postule pour que soit abandonnée toute identification de la femme et de la famille<sup>180</sup> et que soient reconnus les mêmes droits aux travailleurs des deux sexes. Les dispositions protégeant exclusivement les fonctions familiales des femmes salariées sont ainsi appelées à disparaître. Mais faire disparaître ces dispositions ne doit pas forcément signifier les supprimer car une telle démarche conduirait finalement à étendre à la femme la négation de la vie familiale qui caractérise la situation de l'homme. La solution doit plutôt être recherchée sur le terrain d'une extension des règles protectrices préservant la vie de famille des salariés des deux sexes. Toute personne n'a-t-elle pas « *droit au respect de sa vie privée et familiale* »<sup>181</sup> et « *droit à une vie familiale normale* »<sup>182</sup> ? C'est alors, semble-t-il, par une application identique des règles protectrices à l'un et à l'autre sexe que le droit du travail doit abandonner toute définition des rôles respectifs de l'homme et de la femme dans la famille<sup>183</sup>.

Et c'est bien en ce sens que s'est orienté le législateur en réformant tout récemment le régime juridique applicable au travail de nuit. L'histoire mérite d'être retracée dans la mesure où l'interdiction du travail de nuit des femmes qui vient d'être abrogée constitue un des meilleurs exemples de disposition imprégnée de la division traditionnelle des rôles se heurtant au principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi.

Datant de la fin du siècle dernier<sup>184</sup>, cette interdiction, contenue dans l'article L 213-1 du Code du travail, visait à assurer la protection physique de la femme, mais également à lui ménager une vie familiale normale, manifestement incompatible avec sa présence à l'usine la nuit<sup>185</sup>. En effet, comme il a pu être souligné, un travail de nuit obligerait la femme à régler le problème de la garde de ses enfants, à modifier l'heure des repas, les modalités des courses et du ménage et donc l'empêcherait d'avoir une organisation conforme aux attentes de la famille<sup>186</sup>. Incontestablement, au travers de ces propos, on voyait apparaître l'idée d'une protection de l'organisation familiale en fonction du rôle traditionnel attribué à la femme dans la vie de famille. C'est à elle seule qu'incombait l'activité domestique et éducative, du moins tant qu'elle n'occupait pas un poste élevé dans la hiérarchie, car dans ce cas, une exception était prévue et le travail de nuit redevenait possible<sup>187</sup>. Ainsi, si la femme accédait à des fonctions de responsabilité dans l'entreprise, elle se détachait du rôle qui lui est en principe imparti. Une corrélation était ainsi posée entre la protection du rôle ménager de la femme et sa position basse dans la vie professionnelle, l'accès de la femme à des fonctions importantes dans son travail conduisant à un certain refoulement de ses fonctions familiales par la législation du travail<sup>188</sup>.

---

<sup>180</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 398.

<sup>181</sup> C'est ce que proclame l'article 8-I de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>182</sup> Selon l'article 10 du préambule de la Constitution de 1946, « *la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». C'est en s'appuyant sur cette disposition que le Conseil d'Etat, dans un arrêt de 8 décembre 1978 (Dr. soc. 1979, p. 57 conclusions P. Dondoux), puis le Conseil constitutionnel, dans une décision en date du 13 août 1993 (JO du 18 août 1993), ont reconnu le droit de mener une vie familiale normale.

<sup>183</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 399.

<sup>184</sup> Loi du 2 novembre 1892.

<sup>185</sup> J. Savatier, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », Dr. soc. 1990, p. 467.

<sup>186</sup> Observations de E. Sullerot lors de la présentation de son rapport sur les « *Problèmes posés par le travail et l'emploi des femmes* » devant le Conseil Economique et Social (JO CES, 26 novembre 1975, p. 588).

<sup>187</sup> C. trav. art. L 213-1, al. 2, l'interdiction du travail de nuit n'était pas applicable « *aux femmes qui occupent des postes de direction ou de caractère technique impliquant une responsabilité* ».

<sup>188</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 389.

L'article L 213-1 présentait donc pour la femme le risque de conforter les inégalités existantes à l'intérieur de la cellule familiale<sup>189</sup> et dans l'emploi. C'était de surcroît un mode discriminatoire de préservation du temps de famille puisqu'il ne s'intéressait nullement aux perturbations que le travail de nuit entraînait chez l'homme<sup>190</sup>. La question du travail de nuit devait dès lors être reprise dans toute son ampleur.

Ce fut l'objet de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes qui fit suite à un feuilleton judiciaire ayant duré plus de 10 ans, dont les institutions communautaires furent les principaux acteurs. Le point de départ de cette "saga" remonte à l'arrêt Stœckel du 25 juillet 1991<sup>191</sup>, qui jugea l'article L 213-1 contraire au droit communautaire. Dans cette décision, la Cour de justice des Communautés européennes avait estimé que l'article 5 de la directive n° 76/207/CEE du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre homme et femme, était suffisamment précis pour créer à la charge des Etats membres l'obligation de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes, même si cette obligation comportait des dérogations<sup>192</sup>, puisqu'il n'existait aucune interdiction du travail de nuit des hommes. Une mise en conformité de la législation française était dès lors nécessaire. Pourtant aucune mesure ne fut prise<sup>193</sup>, tant et si bien que ce manquement fut condamné une seconde fois par la Cour de justice, près de six ans plus tard<sup>194</sup>. A cette occasion, la Cour rappela de manière très ferme que l'incompatibilité d'une législation nationale avec les dispositions communautaires, même directement applicables, ne pouvait être définitivement éliminée qu'au moyen de dispositions internes à caractère contraignant ayant la même valeur juridique que celles qui devaient être modifiées. Ni une réponse ministérielle venue préciser le sens de la jurisprudence communautaire à l'égard de l'article L 213-1<sup>195</sup>, ni l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet de l'article 5 de la directive en laissant inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale<sup>196</sup>, ne pouvait avoir pour conséquence de modifier un texte de loi. Une troisième saisine de la Cour de justice tendant à une condamnation de la France, cette fois sous astreinte de 142 425 euros par jour, eut raison de ses dernières résistances. Initialement prévue dans le projet de loi de modernisation sociale, la mise en conformité fut introduite par le gouvernement, par amendement à la proposition de loi sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes alors en cours de discussion, qui trouva son aboutissement un peu moins de six mois avant le terme de l'échéance fixée à la France<sup>197</sup>. Une nouvelle réglementation du travail de nuit, visant cette fois les travailleurs des deux sexes, allait voir le jour.

Celle-ci repose sur un principe fort simple<sup>198</sup> : le travail de nuit doit rester exceptionnel et être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité

<sup>189</sup> A. Supiot, « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stœckel) », Dr. soc. 1992, p. 385.

<sup>190</sup> A. Supiot, *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 133.

<sup>191</sup> CJCE 25 juillet 1991, aff. C-345/89, Dr. soc. 1992, p. 174, observations M.-A. Moreau.

<sup>192</sup> La règle de l'article L 213-1 comporte des dérogations accordées par l'autorité administrative, soit à l'occasion de l'extension d'un accord collectif prévoyant cette possibilité (al. 3), soit pour les besoins de la défense nationale (art. L 213-3).

<sup>193</sup> La France a toutefois dénoncé le 26 février 1992 la convention OIT n° 89 du 9 juillet 1948 interdisant le travail de nuit des femmes qu'elle avait en son temps ratifiée. (sur le conflit entre la norme communautaire et la norme de l'OIT, voir C. Pettiti, note sous CJCE 2 août 1993, aff. C-158/91, D. 1993, jp, p. 578). Cette dénonciation n'a cependant connu aucune suite, si bien que la Commission des Communautés européennes invita, après plusieurs mises en demeure, le Gouvernement français, par un avis du 8 décembre 1994, à prendre dans un délai de deux mois, les mesures nécessaires compatibles avec l'article 5 de la directive. La situation demeura toutefois inchangée.

<sup>194</sup> CJCE 13 mars 1997, aff. C-197/96, JCP 1997, éd. G, II, 22939, note J.-L. Clergerie.

<sup>195</sup> JOAN Q, 13 décembre 1993, p. 4517.

<sup>196</sup> CJCE 2 août 1993, préc.

<sup>197</sup> La procédure visant à la condamnation de la France sous astreinte avait été suspendue jusqu'au 30 novembre 2001.

<sup>198</sup> Pour une présentation complète de la nouvelle réglementation, voir F. Taquet, « La loi relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 » JCP 2001, éd. G., p. 1145 ; A. Teissier, « Le nouveau régime du travail de nuit », JCP 2002, éd. E, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 2, p. 1.

sociale<sup>199</sup>. Il fait en outre l'objet de contreparties<sup>200</sup> et s'accompagne de dispositions protectrices pour l'ensemble des salariés, la seule différence significative concernant les femmes enceintes ou ayant accouché qui dispose d'un droit plus large à une affectation sur un poste de jour<sup>201</sup>. Notons que parmi ces dispositions protectrices, il en est deux qui visent tout particulièrement la question de l'articulation entre vie professionnelle et vie familiale. C'est ainsi que l'article L 213-4-2 reconnaît au travailleur de nuit le droit de demander son affectation sur un poste de jour en cas d'incompatibilité « avec des obligations familiales impérieuses » et que l'article L 213-4-3 reconnaît au travailleur de jour le droit de refuser son affectation sur un poste de nuit pour les mêmes raisons<sup>202</sup>. Par ces dispositions, le Code du travail reconnaît un droit égal à une vie familiale aux travailleurs des deux sexes. Ce faisant, il fait produire à ce « droit à une vie familiale normale » auquel le Conseil d'Etat a reconnu la valeur d'un principe général du droit<sup>203</sup> et que consacre aussi la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les virtualités qui sont les siennes<sup>204</sup>. Associé au principe d'égalité, celui-ci impliquait nécessairement une réglementation du travail de nuit pour les deux sexes<sup>205</sup>.

Avec la suppression de l'interdiction de travail de nuit des femmes disparaît l'une des dernières dispositions du Code du travail qui assimilait femme et famille. Mais la création encore plus récente<sup>206</sup> du congé de paternité concourt également à ce mouvement, en ce qu'elle consacre l'abandon de la référence à la division traditionnelle des rôles entre père et mère qui figurait dans le congé de maternité. En effet, depuis plus de vingt-cinq ans, la femme salariée bénéficie d'un congé autour de son accouchement<sup>207</sup>. Celui-ci se décompose en deux phases : une période prénatale, destinée à permettre à la femme enceinte de se reposer en perspective de la délivrance, et une période postnatale poursuivant un double objectif, le rétablissement de la femme en couches et l'accueil de l'enfant dans le foyer. En effet, c'est à la fois des considérations sanitaires et le bien être de l'enfant qui justifient le congé postnatal.

Cette dualité ressort nettement d'un examen des articles L 122-26 et L 224-1 du Code du travail. Le premier édicte un droit pour la salariée à un congé postnatal d'en principe dix semaines. Le second pose une interdiction absolue d'emploi faite à l'employeur pour une durée qui n'est elle que de six semaines. Cette différence dans la durée s'explique par le fait que l'article L 224-1 répond exclusivement à des considérations sanitaires. Six semaines sont nécessaires pour effacer les conséquences de l'accouchement sur la santé de la femme. Les semaines restantes sont donc destinées à permettre à la femme d'accueillir le nouveau né, de veiller à ses besoins, éventuellement

---

<sup>199</sup> C. trav. art. L 213-1 modifié.

<sup>200</sup> C. trav. art. L 213-4 modifié.

<sup>201</sup> C. trav. art. L 122-25-1-1 nouveau. Une priorité d'emploi sur un poste de jour est également accordée à l'ensemble des travailleurs de nuit (art. L 213-4-1 nouveau).

<sup>202</sup> La notion d' « obligations familiales impérieuses » a fait son apparition dans le Code du travail à la suite de la loi Aubry II du 19 janvier 2000 qui a reconnu au salarié à temps partiel le droit de refuser une modification de ses horaires incompatibles avec de telles obligations (art. L 212-4-3, al. 6 C. trav.). Selon la circulaire d'application du 3 mars 2000, présenterait, notamment, ce caractère impérieux, la nécessité d'assurer l'assistance à un membre de la famille malade ou dépendant ou encore celle d'assurer la garde d'enfants pour un parent isolé. Quoi qu'il en soit, il appartiendra aux juges du fond de préciser cette notion. Voir pour une première application de cette disposition : Cass. soc. 9 mai 2001, JSL n° 82, 26 juin 2001, p. 11 qui reproche aux juges du fond de n'avoir par recherché si le refus d'une mère de famille de travailler le soir (18h30 ou 19h-22h) au lieu du matin (10h30-12h30) s'expliquait par des obligations familiales impérieuses.

<sup>203</sup> CE 8 décembre 1978, préc.

<sup>204</sup> A Supiot, « Principe d'égalité et limite du droit du travail (...) », op. cit., p. 385.

<sup>205</sup> A. Supiot (dir.), *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 133. En ce sens également : J.-P. Lhernould, « Un employeur peut-il s'opposer à la demande d'une de ses salariées de travailler la nuit ? », Dr. soc. 1999, p. 132 ; F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 65.

<sup>206</sup> Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002. Pour une présentation complète du dispositif, voir « Congé de paternité », TSA 5 avril 2002, n° 873, p. 9.

<sup>207</sup> C. trav. art. L 122-26.

de l'allaiter<sup>208</sup> et de revoir l'organisation familiale bouleversée par l'arrivée de ce nouvel élément. Réserve faite de l'allaitement qui affecte le corps de la salariée et qui traduit les rapports particuliers existants entre la femme et l'enfant<sup>209</sup>, ces tâches relèvent de l'activité domestique et éducative.

Et le père dans tout cela ? Jusqu'à présent, hormis l'hypothèse particulière du décès de la mère<sup>210</sup>, il ne pouvait se prévaloir que des dispositions de l'article L 226-1 qui lui accordent trois jours d'absence pour chaque naissance survenue à son foyer. Subsistait donc bien une référence à la division traditionnelle des rôles entre père et mère. Avec la création du congé de paternité progresse l'idée d'un partage égal de la responsabilité parentale. La fonction d'accueil du nouveau né n'est plus seulement réservée à la femme. Le père pourra également s'y consacrer pendant une période de deux semaines<sup>211</sup> à prendre dans un délai de quatre mois suivant la naissance.

Ainsi, les dernières traces de la division traditionnelle des rôles masculin et féminin dans le ménage ont disparu de notre Code du travail. Les textes légaux et conventionnels, saisissant l'interférence de l'activité domestique et éducative sur la vie professionnelle, ont adopté une certaine neutralité à cet égard. Reste que derrière la neutralité affichée, la femme reste bien souvent la seule concernée par l'activité domestique et éducative et son interférence sur le travail. Les règles sont asexuées mais leur application ne l'est pas<sup>212</sup>.

## **§2 : L'application sexuée de règles asexuées**

Que l'on se situe dans l'ordre juridique interne<sup>213</sup> ou dans l'ordre juridique communautaire<sup>214</sup>, la règle est clairement posée : tout salarié, homme ou femme, a le droit de bénéficier d'un congé parental d'éducation. Cette disposition asexuée consacre formellement l'interchangeabilité de l'activité éducative. Et pourtant, en dépit de la neutralité apparente du dispositif, la presque totalité des bénéficiaires du congé parental sont des femmes. La proportion se situerait à l'heure actuelle autour de 98 %<sup>215</sup>. Dans la pratique, l'activité domestique et éducative relève encore prioritairement de la femme.

---

<sup>208</sup> Selon un gynécologue obstétricien, de moins en moins de femmes actives souhaitent allaiter leur enfant et lorsqu'elles émettent ce souhait, la période d'allaitement est généralement de moins de six semaines.

<sup>209</sup> Il est à noter que le Code du travail organise par ailleurs l'allaitement par les femmes salariées. L'article L 224-2 leur donne le droit de disposer d'une heure par jour, durant les heures du travail, pour allaiter leur enfant pendant un an à compter de la naissance. Une heure, ce serait peu s'il fallait rentrer au domicile à cette fin. Mais précisément cela n'est pas nécessaire puisque l'article L 224-3 prévoit que « *la mère peut toujours allaiter son enfant dans l'établissement* ». Et la réglementation impose de mettre à sa disposition un certain local dont le type varie selon la taille de l'entreprise : local où l'enfant est simplement allaité (art. R 224-2) ou même chambre d'allaitement que les chefs d'entreprise occupant plus de 100 femmes de plus de 15 ans peuvent être mis en demeure d'installer. Pas moins de 20 articles du Code du travail (R 224-4 à R 224-23) réglementent avec une incroyable minutie (surface, aération, volume, tons des enduits et de la peinture, entretien, propreté du personnel...) ces chambres d'allaitement qui sont de véritables crèches dans l'entreprise financées par l'employeur. Un auteur (L. Leveneur, « Vie privée et familiale et vie professionnelle » in B. Teyssié (dir.), *La personne en droit du travail*, coll. Droit privé, Editions Panthéon Assas, 1999, p. 51) a pu parler à leur propos de « *solution de rêve à la question très pratique de la garde des enfants en bas âge* » tout en soulignant « *que sa mise en œuvre est conditionnée à l'allaitement et qu'aujourd'hui celui-ci ne semble guère durer en pratique au delà du congé de maternité* ». Voilà qui explique pourquoi ces chambres d'allaitement n'ont actuellement d'existence que... dans le Code du travail.

<sup>210</sup> C. trav. art. L 122-26-1.

<sup>211</sup> Aux termes de l'article L 122-25-4, la durée du congé de paternité est de 11 ou 18 jours calendaires (en cas de naissances multiples) qui s'ajoutent aux 3 jours ouvrés du congé de naissance (L 226-1) mais peuvent être pris séparément.

<sup>212</sup> F. Dekeuwer-Défossez (*L'égalité des sexes*, op. cit., p. 73) parle de « *sexisme des demandes* ».

<sup>213</sup> C. trav. art. L 122-28-1.

<sup>214</sup> Directive n° 94/34/CE du 3 juin 1996, préc. Voir la clause 2 de l'accord, § 1 et 2.

<sup>215</sup> Ce chiffre a été avancé par J. Fagnani, « Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de « conciliation » travail/famille : bref bilan critique », Annexe 5 au rapport à la ministre de L'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la justice fait par I. Théry, *Couple, filiation, et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998, p. 356. En 1992, la proportion était de 99 %. Voir également E. Renaudat, « Les salariés en congé parental », Recherches et prévisions, n° 32, 1993.

Les explications de ce phénomène sont multiples. Il y a bien sûr, la volonté de rester en conformité avec les normes dominantes qui veulent que ce soit principalement la mère qui assume les tâches éducatives<sup>216</sup>. Mais le « choix » peut également se faire pour des raisons purement financières. Nous avons vu précédemment que le congé parental n'était pas rémunéré<sup>217</sup>. La prise du congé aura donc pour conséquence une diminution des ressources de la famille. Dès lors, la permutation des rôles supposera que la femme occupe un emploi plus rémunérateur et plus intéressant que l'homme, ce qui n'est assurément pas le cas le plus fréquent. En effet, même à supposer que les deux parents accomplissent le même travail, la rémunération féminine sera souvent inférieure à la rémunération masculine. Malgré la reconnaissance il y a plus de vingt cinq ans du principe d'égalité des salaires entre hommes et femmes pour un même travail<sup>218</sup>, force est de constater que la discrimination salariale et rétributive en raison du sexe persiste. Les chiffres avancés en ce domaine sont éloquents<sup>219</sup>.

L'interchangeabilité des rôles est donc juridiquement reconnue mais elle n'est pas réelle. Les normes asexuées font l'objet d'une application sexuée. Ce constat conduit naturellement à une interrogation : ne faut-il pas « repenser » la règle de droit ?

Dans l'affirmative, c'est, semble-t-il, la voie de l'incitation des pères à une participation plus active à l'éducation du jeune enfant qui devrait être explorée<sup>220</sup>. La directive 96/34 sur le congé parental préconise d'ailleurs une telle action. Dans ses considérations générales, l'accord cadre estime en effet que « *les hommes devraient être encouragés à assumer une part égale des responsabilités familiales* »<sup>221</sup>.

Certains pays européens se sont déjà engagés dans cette voie. Le dispositif suédois est souvent cité en exemple. Dans ce pays, a été mis en place un système de partage de la totalité du congé entre une part familiale et une part individuelle, perdue dans le cas où elle n'est pas prise par le père<sup>222</sup>. Celui-ci semble avoir donné des résultats<sup>223</sup>.

Le Luxembourg a pour sa part poussé encore plus loin la logique individuelle. En effet, la loi du 12 février 1999 a reconnu à chaque parent un droit individuel à un congé parental de six mois. Les deux congés s'articulent de la façon suivante. A la fin du congé de maternité, l'un des deux parents doit obligatoirement prendre son congé parental. S'il n'est pris ni par la mère, ni par le père, il est définitivement perdu. Les parents ne disposent alors plus que d'un seul congé à prendre par l'un des

---

<sup>216</sup> J. Fagnani, « L'allocation parentale d'éducation : effets pervers et ambiguïtés d'une prestation », Dr. soc. 1995, p. 291. L'auteur cite les résultats d'une enquête menée par le CREDOC en 1994 qui ont montré que parmi les français qui pensaient que lorsqu'il y avait de jeunes enfants, un des deux parents devait un temps s'arrêter de travailler ou réduire son temps de travail, 61 % des femmes actives estimaient que c'était plutôt à la mère de s'y plier. Voir également, G. Neyrand, « Savoires et normes sociales en matière de petite enfance », Recherches et prévisions, n° 57-58, 1999, p. 3 et s.

<sup>217</sup> Voir *supra*, p. 24.

<sup>218</sup> Art. L 140-2 C. trav., issu de la loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972.

Ce principe sera développé dans la suite de notre étude puisqu'il concourt à l'interchangeabilité de la fonction nourricière dans le ménage. Voir *infra*, p. 60.

<sup>219</sup> Un rapport d'Eurostat de 1997 montre qu'en France la rémunération moyenne féminine par heure ordinaire de travail se situerait à 73 % de l'équivalent masculin. Ce chiffre s'accroîtrait encore lorsque l'on atteindrait les rétributions correspondant à des qualifications plus élevées. En moyenne, les différences de rétribution entre hommes et femmes possédant un niveau d'éducation comparable et occupant un même poste de travail dans le même secteur d'activité seraient de l'ordre de 23 %. Voir A. Supiot (dir.), *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 251, qui cite les chiffres avancés par Eurostat.

<sup>220</sup> En ce sens F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 73. Voir également D. Méda, « Les femmes peuvent-elles changer la place du travail dans la vie ? », Dr. soc. 2000, p. 467.

<sup>221</sup> Directive n° 96/34/CE du 3 juin 1996, préc. Voir le considérant 8) de l'accord cadre.

<sup>222</sup> Voir *supra* pour une présentation du dispositif, p. 25.

<sup>223</sup> Madame Bjönberg (« Définir et concilier la famille et l'emploi en Suède », in *La relation famille-emploi, Une comparaison des modes d'ajustement en Europe*, op. cit., p. 82 et s.) cite les résultats d'une étude menée en Suède sur le partage du congé parental qui montre que de plus en plus de pères optent pour cette mesure ; Voir également N. Morel, « Politique sociale et égalité entre les sexes en Suède », op. cit., p. 71.

deux, avant le cinquième anniversaire de l'enfant. Voilà un dispositif qui devrait fortement inciter les pères à user du droit qui leur est reconnu et à assurer une part plus égale de responsabilités familiales !

En théorie ouvert indifféremment aux deux parents, le droit au congé parental n'est en pratique actionné que par la mère et ce constat peut, semble-t-il être étendu au domaine du congé pour enfant malade, bien que nous ne soyons en possession d'aucun indicateur chiffré. C'est également la femme qui envisagera plus facilement une réduction de son temps de travail pour des raisons liées à l'organisation familiale. Dès lors, si l'interchangeabilité de l'activité domestique et éducative a bien été reconnue juridiquement, il lui reste encore à devenir une réalité.

Mais ce vœu peut également être formulé concernant l'interchangeabilité de la fonction nourricière, c'est à dire de la fonction qui consiste à procurer à la famille les moyens de sa subsistance<sup>224</sup>.

## SECTION 2 : L'INTERCHANGEABILITE DE LA FONCTION NOURRICIERE

Considérer qu'il incombe à la femme d'accomplir les tâches domestiques et éducatives conduit nécessairement à assimiler l'argent qu'elle peut apporter au foyer à une source subsidiaire de revenus pour le ménage. La charge financière pèse normalement sur l'homme. Cette conception qui offre assurément une justification idéologique à la discrimination salariale et rétributive en raison du sexe<sup>225</sup> est condamnée très fermement par un ensemble de normes nationales, communautaires ou internationales qui imposent l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes. Ce faisant, toute définition a priori de la répartition des rôles entre les deux sexes que ce soit du point de vue du travail accompli, ou du point de vue de la participation financière aux charges du ménage, se trouve abandonnée (§1).

Mais se pose alors la question de l'effectivité du principe, à une heure où les inégalités sont encore vivement dénoncées<sup>226</sup>. Celle-ci dépendra très largement de la fermeté des tribunaux dans la mise en application de la règle légale. Or, fort heureusement, la tendance semble aujourd'hui plutôt au progrès (§2).

### **§1 : Le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes : l'abandon de toute définition a priori de la répartition des rôles**

Le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes s'exprime avec force dans un ensemble disparate de normes internationales, communautaires et nationales.

On le trouve tout d'abord énoncé au niveau international par la convention n° 100<sup>227</sup> de l'organisation internationale du travail qui a été ratifiée par la France. Celle-ci impose l'égalité des rémunérations entre mains d'œuvre masculines et féminines « pour un travail de valeur égale »<sup>228</sup>.

Il est également très présent dans l'ordre juridique communautaire où il trouve sa source dans l'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 141 depuis le Traité

<sup>224</sup> Les deux aspects étant liés puisque nous avons vu que le fait que la discrimination salariale et rétributive persiste contribue à « sexuer » le congé parental d'éducation.

<sup>225</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », op. cit., p. 393.

<sup>226</sup> Voir par exemple : R. Silvera, N. Sonac, D. Anxo, M. Johansson, *Les discriminations salariales entre hommes et femmes : le salaires des femmes toutes choses inégales*, La documentation française, 1996.

Selon la sociologue Margareth Maruani (Le Monde du 28 mars 2000), l'écart de salaire étant en moyenne, en 1998, de 24 % entre les deux sexes, contre 36 % en 1950, « il nous faudrait, à ce rythme, plus d'un siècle pour parvenir à l'égalité ». Elle ajoute : « les inégalités ne sont pas plus fortes, mais elles sont plus injustes et plus injustifiables tant le poids des femmes est désormais important dans l'activité économique ».

<sup>227</sup> Convention OIT n° 100 de 1951.

<sup>228</sup> Art. 2 § 1 de la convention

d'Amsterdam. D'applicabilité directe<sup>229</sup>, cette disposition énonce en effet que « *chaque Etat membre assure (...) l'application du principe de l'égalité des rémunérations (...) pour un même travail* » mais aussi « *pour un travail de même valeur* »<sup>230</sup>. Elle trouve par ailleurs un prolongement immédiat dans la directive n° 75/117/CEE, relative à l'application du principe de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, qui prévoit, pour sa part, que toute discrimination fondée sur le sexe doit être éliminée « *pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale* »<sup>231</sup>.

Comme nous pouvons le constater, c'est la même exigence qui est inscrite dans la convention OIT et dans la directive européenne : l'égalité régit les emplois mixtes, mais également les travaux de même valeur<sup>232</sup>.

Celle-ci se retrouve également formulée dans notre ordre juridique interne où l'égalité des sexes, qui est un principe constitutionnel<sup>233</sup>, a été mis en œuvre en matière de rémunération par la loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972<sup>234</sup>. Aux termes de l'article L 140-2 du Code du travail, il est en effet prévu que « *tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes* ».

Ce principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, énoncé avec force à tous les niveaux, marque incontestablement l'abandon de toute définition a priori de la répartition des rôles ménagers.

Cela est vrai en ce qui concerne la participation financière aux charges du ménage. Celles-ci peuvent être assumées indifféremment par l'homme et par la femme puisqu'ils peuvent prétendre à la même rémunération<sup>235</sup>. Le fait que le salaire puisse être égal n'entraîne aucune assignation prioritaire.

Mais cela est également vrai du point de vue du travail accompli. Le travail peut être égal. L'homme et la femme peuvent tenir le même emploi, exercer les mêmes tâches, les mêmes responsabilités. Ils peuvent avoir les mêmes connaissances professionnelles, réaliser des études identiques, être titulaires des mêmes titres et diplômes. Il ne saurait dès lors être question d'emploi typiquement féminin ou masculin.

L'interchangeabilité de la fonction nourricière a ainsi trouvé une consécration au niveau international, communautaire et national. Mais ce principe, aussi fort soit-il, ne saurait masquer la réalité. Comme nous avons déjà pu le souligner, les discriminations salariales et rétributives n'ont pas, à l'heure actuelle, cessé d'exister<sup>236</sup>. Pour un travail égal, le salaire n'est pas toujours égal. Le principe souffre encore d'ineffectivité. Pour y remédier, il est nécessaire que les tribunaux fassent

---

<sup>229</sup> Voir CJCE 25 mai 1971, aff. C-80/70, Defrenne, Rec., p. I-445 ; CJCE 8 avril 1976, aff. C-43/75, Defrenne, Rec., p. I-455.

<sup>230</sup> En effet et sans que cela découle de l'intégration de l'Accord sur la politique sociale suite au Traité d'Amsterdam, le principe selon lequel l'égalité des rémunérations s'applique pour un même travail mais aussi pour un travail de valeur égale est consacré par le nouvel article 141 du Traité instituant la Communauté européenne (point 1).

<sup>231</sup> Directive n° 75/117/CEE du 10 février 1975. Voir art. 1.

<sup>232</sup> P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 1998, n° 189.

<sup>233</sup> Dans son préambule, la Constitution du 27 octobre 1946 proclame : « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ».

<sup>234</sup> La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est en outre une application de la règle plus générale « *à travail égal, salaire égal* ». Voir sur ce point A. Lyon-Caen, « De l'égalité de traitement en matière salariale », *Dr. soc.* 1996, p. 1013 ; F. Dienes, « De l'évolution de la règle de l'égalité des rémunérations », *Semaine sociale Lamy*, n° 994 et 995, 11 et 18 septembre 2000, p. 7 et s.

<sup>235</sup> Cette conception se retrouve également consacrée par le droit civil depuis la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 ayant abrogé les alinéas 2 et 3 de l'article 214 du Code civil qui faisaient peser la contribution financière aux charges du mariage à titre principal sur l'homme.

<sup>236</sup> Elles contribuent, nous l'avons vu, à expliquer pourquoi l'interchangeabilité de la fonction domestique et éducative n'est toujours à l'heure actuelle que formelle.

preuve d'une plus grande fermeté dans sa mise en œuvre. Le manque d'enthousiasme qu'a montré la jurisprudence dans les années passées<sup>237</sup> doit laisser la place à davantage de rigueur. Des signes positifs sont actuellement perceptibles. Ils restent toutefois à confirmer.

## **§2 : La mise en œuvre du principe : des progrès pour une plus grande effectivité**

Il est vrai que la situation paraissait, encore il y a peu, particulièrement bloquée. Après une période de mise en œuvre judiciaire du principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes au cours de laquelle les tribunaux concluaient le plus souvent à l'absence de discrimination<sup>238</sup>, le contentieux s'était raréfié<sup>239</sup>. Une à deux affaires seulement arrivaient devant la Cour de cassation<sup>240</sup>. Seule la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes donnait quelques espoirs<sup>241</sup>. Son mode de raisonnement paraissait mieux à même de saisir les discriminations et beaucoup souhaitaient que le juge français se l'appropriât<sup>242</sup>.

Ce vœu semble aujourd'hui en passe de se réaliser. Les arrêts les plus récents, rendus en matière d'égalité de rémunération, paraissent en effet privilégier une nouvelle approche fortement inspirée de celle de la Cour de justice des communautés européennes. L'évolution que traduit cette jurisprudence est d'importance, tant par la méthode de traitement des discriminations adoptée par le juge national (A) que par son appréhension de la notion de travail égal (B).

### **A) Vers une nouvelle démarche probatoire**

Comme le faisait remarquer très justement un auteur<sup>243</sup>, « l'efficacité d'une législation anti-discriminatoire dépend étroitement de la performance du système probatoire mis en place. La preuve de la discrimination doit pouvoir être rapportée, à défaut la règle de non discrimination est niée. Le système probatoire doit donc assurer l'application de la règle ». Conscient de cette nécessité, le juge communautaire a construit de manière pragmatique une méthode pour mieux appréhender les discriminations. Elaborée dans les célèbres arrêts Jenkins<sup>244</sup> et Bilka<sup>245</sup>, celle-ci trouve une formulation particulièrement nette avec l'arrêt Danfoss<sup>246</sup> dans lequel la Cour juge que « lorsqu'une entreprise pratique un système de rémunération caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit par rapport à un nombre relativement important de salariés que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celles des travailleurs

<sup>237</sup> Selon la formule utilisée par J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, précis Dalloz, 20<sup>ème</sup> éd., 2000, n° 1022.

<sup>238</sup> Voir par exemple : Cass. soc. 21 juillet 1976, Bull. civ., V, n° 458, p. 377 ; Cass. soc. 24 novembre 1976, Dr. soc. 1978, p. 132, observations J. Savatier ; Cass. soc. 16 mars 1989, Bull. civ., V, n° 222, p. 130 ; C. app. Paris 29 mars 1994, RJS 8-9/94, n° 1103, p. 635. Voir pour des arrêts ayant reconnu l'existence de discriminations salariales imposées aux femmes : Cass. crim. 22 juin 1977, Dr. soc. 1977, p. 132, observations J. Savatier ; Cass. soc. 7 octobre 1982, Bull. civ., V, n° 537, p. 395 ; Cass. soc. 19 février 1992, Bull. civ., V, n° 98, p. 60.

<sup>239</sup> C. De Marguerie, « Les juges français et la discrimination sexuelle », Dr. soc. 1983, p. 119.

<sup>240</sup> M.-T. Lanquetin, « Egalité de traitement et discrimination entre les hommes et les femmes », Action juridique, n° 125, juillet 1997, p. 10.

<sup>241</sup> P. Battistini, « L'égalité des rémunérations au regard de la jurisprudence de la CJCE », RRJ 2001-1, p. 301.

<sup>242</sup> Il est souvent reproché au juge français de rester à l'écart du travail du juge communautaire. Voir J. Boulouis, « La fonction normative de la jurisprudence », Dr. soc. 1989, p. 524 ; P. Martin, « Droit social et discriminations sexuelles : à propos des discriminations générées par la loi », Dr. soc. 1996, p. 562 ; M.-A. Moreau, « La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins », Dr. soc. 1989, p. 541.

<sup>243</sup> M. Miné, « Le nouveau regard des juges français sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes », Dr. ouvrier 1998, p. 3.

Voir sur l'importance de la preuve en droit du travail : F. Favennec-Hey, « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », Dr. soc. 1985, p. 287 ; M. Henry, « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », Dr. ouvrier 1997, p. 401.

<sup>244</sup> CJCE 31 mars 1981, aff. C-96/80, Rec. p. I-911.

<sup>245</sup> qui demeure l'arrêt de principe. Voir CJCE 13 mai 1986, aff. C-170/84, Rec. p. I-1607.

<sup>246</sup> CJCE 17 octobre 1989, aff. C-109/88, Rec. p. I-3199.

*masculin* ». Le processus probatoire se décompose ainsi en deux étapes. La première qui repose sur le demandeur, consiste à évaluer l'effet d'une mesure ou à constater une situation<sup>247</sup>. A cette fin, la prétendue victime d'une discrimination va être replacée dans son groupe d'appartenance et c'est à l'aide d'une comparaison groupe par groupe que va s'analyser le phénomène discriminatoire. La constatation d'un effet statistique<sup>248</sup> important à l'égard du groupe de l'intéressé(e) emportera présomption de pratique contraire au principe d'égalité proclamé par le droit communautaire<sup>249</sup>. C'est alors que commencera la seconde étape du processus, la justification objective du fait de discrimination, qui relèvera cette fois du défendeur. Celui-ci devra établir que l'objectif qu'il poursuit est légitime et que les moyens mis en œuvre ne vont pas au delà du nécessaire<sup>250</sup>.

Cette démarche probatoire, dégagée par la jurisprudence communautaire et aujourd'hui reprise dans une directive européenne<sup>251</sup>, permet assurément de donner au principe d'égalité une plus grande effectivité, tant par le passage de l'individuel au collectif qu'elle réalise, que par la scission de la charge de la preuve qu'elle entraîne.

En effet, force est tout d'abord de constater que la comparaison de la situation individuelle d'une salariée avec celle d'un salarié n'est généralement pas efficace. Il suffit pour s'en persuader de se reporter aux quelques arrêts de la Cour de cassation rendus en matière d'égalité des rémunérations masculine et féminine qui ont, pour la plupart d'entre eux, conclu à l'absence de discrimination. Un arrêt en date du 16 mars 1989<sup>252</sup> est sur ce point particulièrement révélateur. En l'espèce, la chambre sociale a approuvé les juges du fond d'avoir relevé que « *l'examen des salaires pratiqués dans l'entreprise ne faisait pas apparaître à l'égard de Mme X de distorsion particulière et que son salaire, supérieur à celui de la convention collective, avait normalement évolué* ». Elle a également donné raison à la Cour d'appel d'avoir estimé que « *la différence existant avec le salaire de M. Z retenu par Mme X pour calculer son rappel, s'expliquait par des travaux supplémentaires effectués par celui-ci* ». Le point de départ du raisonnement du juge étant la liberté de l'employeur dans la fixation des salaires<sup>253</sup>, les décisions admettant l'existence d'une discrimination ne pouvaient être, avec une telle démarche individuelle, que fort peu nombreuses. La discrimination restait le plus souvent cachée.

Par ailleurs, avec le passage de la charge de la preuve du demandeur au défendeur qui, soulignons-le, ne contredit nullement la règle voulant que la preuve d'un fait incombe à celui qui l'invoque<sup>254</sup>, la prétendue victime d'une discrimination jouit incontestablement d'un allègement de la charge qui lui revient. Il ne lui appartient pas d'établir de façon certaine et vérifiée l'existence d'une différence

---

<sup>247</sup> M.-T. Lanquetin, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », Dr. soc. 1995, p. 436.

<sup>248</sup> Sur la méthode statistique, voir Y. Leroy, « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes », Dr. ouvrier 2001, p. 229.

<sup>249</sup> P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., n° 181.

<sup>250</sup> M.-T. Lanquetin, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », op. cit., p. 438.

<sup>251</sup> La Commission a voulu, dès 1988, introduire le mécanisme probatoire élaboré par la Cour de justice dans une directive l'imposant aux Etats membres. Mais la proposition de directive relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de traitement entre les hommes et les femmes, présentée le 24 mai 1988, ne fut pas adoptée. La Commission a alors relancé son initiative sur le fondement de l'article 2, §2 de l'accord sur la politique sociale, en utilisant la procédure de coopération parlementaire. La directive n° 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe a cette fois pu voir le jour, le 15 décembre 1997. Ses dispositions traduisent l'orientation générale de la proposition de 1988 mais ont été réduites aux exigences minimales. Voir sur cette directive P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., n° 182.

<sup>252</sup> Cass. soc. 16 mars 1989, préc.

<sup>253</sup> Voir Cass. soc. 10 décembre 1987, Dr. soc. 1990, p. 106 qui a affirmé que le salarié qui s'estimait discriminé devait rapporter la preuve de cette discrimination, « *l'employeur pouvant déterminer librement des rémunérations différentes pour tenir compte des compétences et capacités respectives de chacun des salariés* ».

<sup>254</sup> La preuve du fait discriminatoire incombe au demandeur, celle de sa justification au défendeur. Comme le souligne P. Rodière (*Droit social de l'Union européenne*, op. cit. n° 181), on retrouve ici la maxime *actor incumbit probatio* et celle qui la complète, *reus in excipiendo fit actor*. C'est le droit commun des preuves.

de traitement entre hommes et femmes<sup>255</sup>. Il suffit qu'il en fournisse un indice sérieux ou encore qu'il mette en lumière une probabilité<sup>256</sup>. Dès lors qu'il l'a fait, il appartient au défendeur de combattre la présomption de discrimination qui pèse sur lui et, si un doute demeure, il profite au demandeur. Il nous faut ici souligner que certains des éléments de ce régime forgé par la Cour de justice se retrouve en droit français. Un régime de preuve spécial a en effet été adopté depuis 1983<sup>257</sup> pour les litiges relatifs à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. L'article L 140-8 du Code du travail énonce ainsi que « *l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée* ». Il fait par ailleurs profiter le salarié du doute qui subsiste<sup>258</sup>.

Mais la démarche individuelle habituellement observée chez le juge français restait un obstacle important à l'effectivité du principe d'égalité des rémunérations masculine et féminine. Depuis un arrêt du 12 février 1997, celui-ci semble cependant en passe d'être levé<sup>259</sup>. Dans cette décision, la chambre sociale de la Cour de cassation a en effet approuvé la mise en œuvre par les juges du fond de la démarche collective initiée par le juge communautaire. Les faits étaient les suivants : deux salariées, manutentionnaires dans une société de culture et de ramassage de champignons, percevaient un salaire horaire inférieur à celui d'un autre manutentionnaire classé au même coefficient de la même catégorie de la convention collective ; s'estimant victimes d'une discrimination salariale, elles avaient saisi le juge prud'homal d'une demande de rappel de salaires ; pour l'employeur, cette différence était légitimée par le fait que les femmes se bornaient à trier les champignons tandis que les hommes effectuaient un travail de force consistant à charger ou à décharger les camions ou à porter des charges lourdes.

Afin d'examiner leur situation, la Cour d'appel de Riom replaça les deux salariées dans leur groupe d'appartenance où les femmes étaient majoritaires : les manutentionnaires chargés du tri. La comparaison s'effectua avec le groupe composé d'hommes : les manutentionnaires affectés au chargement. Pour la Cour, il apparaissait alors que « *les hommes occupant le même emploi de manutentionnaire que les femmes étaient systématiquement payés davantage* ». Le fait discriminatoire ayant été établi, il appartenait alors à l'employeur de fournir les éléments objectifs de nature à le justifier, ce qu'en l'espèce, il n'avait pas fait.

C'est donc bien un changement d'échelle, de l'individuel au collectif, qui est ici révélé par la démarche suivie par la Cour d'appel et approuvée par la Cour de cassation<sup>260</sup>. Par ce raisonnement nouveau, le juge français se rapproche incontestablement du travail rigoureux du juge communautaire. Il y a tout lieu de s'en réjouir. Mais l'arrêt du 12 février 1997 ne traduit pas seulement une évolution dans la méthode de traitement des discriminations. Son apport se situe également au niveau de la notion de travail de valeur égale.

---

<sup>255</sup> P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit. n° 181.

<sup>256</sup> CJCE 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Rec. p. I-5548.

<sup>257</sup> Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983.

<sup>258</sup> Sur la genèse de cet article, voir M.-T. Lanquetin, « De l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, à propos d'un projet de loi », *Dr. soc.* 1983, p. 242.

<sup>259</sup> Cass. soc. 12 février 1997, *Bull. civ.*, V, n° 58, p. 38.

<sup>260</sup> M.-T. Lanquetin, observations sous Cass. soc. 12 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 527. Voir pour une illustration récente : Cass. soc. 13 février 2002, arrêt n° 660, *Lamyline*.

## B) La notion de travail de valeur égale

En présence d'une inégalité de rémunération, il appartient donc à l'employeur d'apporter une justification objective à la différence constatée. Il se doit d'établir l'inégalité de valeur du travail accompli. En effet, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes ne s'impose à l'employeur que lorsque ceux-ci exercent le même travail ou un travail de valeur égale. Une différence dans la valeur du travail peut donc justifier une différence de rémunération.

La notion de travail égal a reçu une définition à l'article L 140-2, alinéa 3 du Code du travail. Aux termes de cette disposition, « *sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charges physiques ou nerveuses* »<sup>261</sup>. Est ainsi énoncée une série de critères d'évaluation qui peuvent permettre de justifier une différence de rémunération. La convention OIT et la directive européenne n'ont, pour leur part, énoncé aucun critère précis se limitant à des généralités : la convention OIT parle d' « *évaluation objective des emplois sur la base des travaux qu'ils comportent* » ; la directive exige des critères communs aux travailleurs masculins et féminins. Il n'en demeure pas moins que la Cour de justice des communautés européennes est appelée très régulièrement à se prononcer sur l'utilisation de différents critères tendant à justifier des différences de rémunération entre des emplois comparables, apportant à ces occasions d'intéressantes précisions.

Traditionnellement, dans l'hypothèse où les salariés avaient le même classement dans le système de classification applicable, la jurisprudence de la Cour de cassation demandait aux juges du fond de rechercher « *si dans cette catégorie, certains emplois ne présentaient pas des caractéristiques ou des difficultés particulières susceptibles d'entraîner en dehors de toute considération liée au sexe une rémunération supérieure au minimum garanti par la convention collective* »<sup>262</sup>. Le critère de la force physique ou de la pénibilité du travail était alors souvent mis en avant. Ce dernier était habituellement utilisé comme un critère neutre, en présumant que le norme masculine de la force physique constituait la référence, la norme objective<sup>263</sup>. Aussi, dès lors qu'il était invoqué par l'employeur, la jurisprudence ne reconnaissait que très rarement<sup>264</sup> la valeur égale du travail des femmes à celui des hommes. Un arrêt rendu par la chambre sociale sous l'empire de la loi du 22 décembre 1972 est sur ce point significatif : « *si d'autres salariés appelés à manipuler régulièrement des poids lourds recevaient un salaire supérieur, cette différence n'était pas fondée sur le sexe mais tenait au fait que le travail était beaucoup plus pénible et n'avait rien de commun avec celui de [la salariée] monteuse en accessoire qui travaillait assise* »<sup>265</sup>.

Mais l'arrêt précité du 12 février 1997<sup>266</sup> pourrait bien marquer une certaine évolution quant à la place réservée au critère de la force physique dans les systèmes de classification professionnelle. Dans cette affaire, l'employeur avançait comme justification à la différence de rémunération constatée, l'inégalité de valeur du travail accompli, du fait que les manutentionnaires hommes, qui

<sup>261</sup> C. trav art. L 140-2 al. 3.

<sup>262</sup> Cass. soc. 24 novembre 1976, Bull. civ., V, n° 619, p. 503.

<sup>263</sup> M.-T. Lanquetin, observations sous Cass. soc. 12 février 1997, op. cit., p. 527.

<sup>264</sup> Voir cependant Cass. crim. 6 novembre 1990, Cah. soc. barreau Paris 1991, n° 27, p. 46. En l'espèce, l'employeur avait prétendu que la disparité de rémunération constatée s'expliquait notamment par le caractère plus pénible du travail des ouvriers masculins qui manipulaient des objets lourds. Pour rejeter cet argument, la Cour d'appel avait énoncé que la fatigue nerveuse subie par les ouvrières équivalait aux contraintes physiques imposées aux hommes.

<sup>265</sup> Cass. soc. 18 mars 1981, Bull. civ., V, n° 229, p. 172.

<sup>266</sup> Cass. soc. 12 février 1997, préc.

exécutaient des travaux de chargement et de déchargement, portaient des charges lourdes, effectuant ainsi un travail beaucoup plus pénible que celui des manutentionnaires femmes, consistant exclusivement à trier des champignons. Ces arguments furent cependant balayés par la Cour d'appel de Riom qui indiqua notamment : « *il n'est pas justifié que la seule différence de force physique légitime l'exclusion des femmes de tels travaux , (...) ces dernières, ainsi qu'il résulte des attestations produites, exercent elles-mêmes une activité physiquement pénible de ramassage, port et tri de champignons (...)* ». Dès lors, la société n'apportait pas la preuve que le travail des femmes n'était pas de valeur égale à celui des hommes. Saisie d'un pourvoi contre cette décision, la Cour de cassation qui, rappelons-le, ne réexamine pas la valeur et la portée des éléments de preuve qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, approuva la juridiction d'appel. Pour la Cour, « *cette différence [de rémunération] n'était justifiée par aucun élément objectif en ce qui concerne la valeur du travail effectué et le caractère pénible des tâches accomplies par les uns et par les autres* ». Le raisonnement suivi par la Cour d'appel fut ainsi validé.

Ce raisonnement est incontestablement d'inspiration communautaire. La décision rendue par la Cour d'appel, concernant le critère de la force physique et de la pénibilité du travail, peut en effet être rapprochée d'un arrêt, rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 1<sup>er</sup> juillet 1986<sup>267</sup>, qui donne d'intéressantes indications sur les conditions de prise en compte de ce critère. Dans cette affaire, la Cour n'élimine pas totalement la référence au critère de la force physique. Elle estime qu'il faut considérer d'abord la nature objective du travail à accomplir<sup>268</sup>. Les critères ne doivent pas être différents selon que le travail est exécuté par un homme ou par une femme. Il ne faut pas non plus que le travail soit organisé de telle façon qu'il aboutisse en une discrimination générale des travailleurs d'un sexe par rapport à ceux de l'autre. La réponse de la Cour insiste également sur la prise en considération d'autres critères<sup>269</sup>, de telle sorte que celui de la force physique ou de la pénibilité du travail soit pondéré, et que le système dans son ensemble parvienne à exclure toute discrimination fondée sur le sexe<sup>270</sup>. Enfin, il est précisé que les critères utilisés doivent être ceux pour lesquels les travailleurs de chaque sexe sont susceptibles de présenter des aptitudes particulières<sup>271</sup>.

Ces raisonnements se trouvent donc appliqués de façon novatrice et pertinente par la Cour d'appel de Riom, et la Cour de cassation a eu le grand mérite de valider cette démarche. Sans vouloir nier le critère de la force physique, d'autres critères sont à prendre en considération et, en tout état de cause, il est possible de considérer la pénibilité de travail de différentes façons<sup>272</sup>. Une étape importante a ainsi été franchie pour reconnaître une valeur égale à des emplois différents, même s'ils restaient relativement proches et imbriqués dans l'organisation du travail<sup>273</sup>. La prochaine sera

---

<sup>267</sup> CJCE 1<sup>er</sup> juillet 1986, aff. C-237/85, Rec. p. I-2101.

<sup>268</sup> « *La directive 75/117 du Conseil du 10 février 1975 (...) ne s'oppose pas à ce qu'un système de classification professionnelle utilise, pour déterminer le niveau de rémunération, le critère de l'effort ou de la fatigue musculaire ou celui du degré de pénibilité physique du travail si, compte tenu de la nature des tâches, le travail exige effectivement un certain développement de force physique (...)* ».

<sup>269</sup> L'utilisation par un système de classification professionnelle du critère de l'effort ou de la fatigue musculaire ou celui du degré de pénibilité physique du travail est autorisé « *à condition que, par la prise en considération d'autres critères, il parvienne à exclure, dans son ensemble, toute discrimination fondée sur le sexe* ».

<sup>270</sup> Car « *le fait de se baser sur des valeurs correspondant aux performances moyennes des travailleurs d'un seul sexe, pour déterminer dans quelle mesure un travail exige un effort ou occasionne une fatigue ou est physiquement pénible, constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe interdite par la directive* ».

<sup>271</sup> « (...) *pour qu'un système de classification professionnelle ne soit pas discriminatoire dans son ensemble, il doit prendre en considération, dans la mesure où la nature des tâches à accomplir dans l'entreprise le permet, des critères pour lesquels les travailleurs de chaque sexe sont susceptibles de présenter des aptitudes particulières* ».

<sup>272</sup> M.-T. Lanquetin, « *Egalité de traitement et discrimination entre les hommes et les femmes* », Action juridique, n° 125, juillet 1997, p. 12.

<sup>273</sup> M. Miné, « *Le nouveau regard des juges français sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes* », op. cit., p. 5.

sans doute d'évaluer des emplois très différents et de reconnaître une valeur égale entre certains emplois occupés par des femmes et d'autres occupés par des hommes<sup>274</sup>.

Le principe d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes marque donc l'abandon de toute définition a priori de la répartition des rôles dans le ménage. Pour le législateur du travail, la fonction nourricière peut se décliner indifféremment au féminin et au masculin. Mais l'effectivité du principe dépend très largement de la fermeté mise dans son application. A l'heure actuelle, il paraît possible d'affirmer que la tendance est plutôt au progrès. Comme nous l'avons vu, la jurisprudence semble avoir adopté une démarche probatoire novatrice par le passage de l'individuel au collectif qu'elle réalise. Son appréhension de la notion de travail de valeur égale gagne également en pertinence. Avec ces évolutions sur des points aussi essentiels, la discrimination salariale et rétributive devrait pouvoir être plus facilement mise en lumière. Le principe gagnerait en effectivité. De formelle, l'interchangeabilité de la fonction nourricière pourrait alors devenir réelle.

**Conclusion** : L'idée de « temps familial choisi » a connu ces dernières années un essor considérable en droit du travail. La loi, les conventions et accords collectifs ouvrent de plus en plus au salarié la possibilité de concilier son activité professionnelle avec ses activités familiales, en lui reconnaissant un pouvoir plus grand sur la détermination de la durée de son travail et sur son aménagement qui lui permettent de passer d'une situation de travail salarié à une situation de travail dans la sphère familiale<sup>275</sup>. L'étude de ces dispositions nous a cependant révélé que ce sont surtout les engagements parentaux du salarié qui conduisent à lui reconnaître ce pouvoir d'initiative. Le salarié-parent occupe en effet une place privilégiée en droit du travail tant au regard de la diversité des options qui lui sont offertes, qu'au regard de leur qualité, puisque le temps parental est généralement conçu comme un « *moment normal* » de la carrière du salarié. Ainsi, après la reconnaissance dans l'entreprise de la fonction maternelle, il semble bien que l'on se soit acheminé vers celle de la fonction parentale. Une évolution semble toutefois se profiler vers davantage de prise en compte des autres fonctions familiales du salarié. Le salarié-conjoint ou concubin, le salarié-descendant tend à trouver une place dans la législation du travail et la négociation collective, parfois dans des mesures s'adressant au salarié en cette qualité, mais le plus souvent, au travers de dispositions se référant aux « obligations familiales » ou aux « besoins de la vie familiale » sans autre précision.

Mais de la façon dont le droit du travail saisit l'interférence de la vie de famille du salarié sur sa vie de travail, il a encore été possible de tirer un second enseignement : celui de l'abandon par le droit du travail de toute définition a priori de la distribution des rôles familiaux entre l'homme et la femme. Les options permettant de concilier vie de famille et vie professionnelle sont ouvertes indifféremment aux salariés des deux sexes, sans qu'aucune exclusivité, ni priorité ne soit établie. Le principe de non discrimination sexuelle en matière d'emploi a ainsi gagné en consistance. Reste qu'un grand pas doit encore être franchi : celui qui permettra à l'interchangeabilité des rôles qui a été reconnue de devenir réelle.

---

<sup>274</sup> Mais des stéréotypes sont de nature à gêner un travail objectif de comparaison. Le travail du juge communautaire pourra cependant éclairer la démarche. Ainsi, dans l'arrêt Enderby, la Cour de justice a-t-elle procédé à une comparaison entre des emplois d'orthophonistes, majoritairement occupés par des femmes, et des emplois de pharmaciens, majoritairement occupés par des hommes, les premiers étant moins rémunérés que les seconds. Voir CJCE 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Rec. p. I-5548.

<sup>275</sup> A. Supiot (dir), *Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 90.

## II - LA PRISE EN COMPTE IMPLICITE DE LA VIE DE FAMILLE DANS LES NORMES LEGALES ET CONVENTIONNELLES DU TRAVAIL : « LE TEMPS AU CHOIX DU SALARIE »

Le droit du travail a cherché ces dernières années à procurer au salarié un pouvoir de détermination plus grand sur son temps de travail, afin qu'il puisse se consacrer à ses activités familiales. L'idée de « *temps choisi* » a ainsi trouvé une concrétisation juridique, mais le choix était ciblé, de sorte qu'il nous a semblé possible de parler, à son propos, de « *temps familial choisi* ».

Mais l'idée de « *temps choisi* »<sup>276</sup> connaît également une résonance en droit du travail au delà de la seule dimension familiale. Un pouvoir de détermination sur son temps de travail est parfois reconnu au salarié, sans que celui-ci soit orienté sur les besoins de sa vie familiale. C'est le choix du temps en général et pas seulement le choix du temps familial qui est autorisé. Il nous a semblé important d'inclure cette dimension dans notre étude, dans la mesure où le propre du « *général* » est de permettre le « *particulier* ». En consacrant une organisation du temps de travail compatible avec des impératifs personnels<sup>277</sup>, le droit du travail organise forcément la compatibilité avec les impératifs familiaux. La prise en compte de la vie de famille apparaît alors implicite.

Il y a donc lieu de rechercher, au delà des mesures ciblées, tous les éléments de concrétisation de l'idée de « *temps choisi* » en droit légal et conventionnel du travail. A première vue, cette recherche, sur le terrain du droit légiféré, pourrait paraître facilitée par l'existence au sein du Code du travail d'une section entière consacrée au « *Travail à temps choisi* »<sup>278</sup>. Issue de l'ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982, elle englobe actuellement le droit du travail à temps partiel, les horaires individualisés ou encore l'aménagement d'horaires pour la pratique du sport. Peut-on affirmer pour autant que toutes les dispositions de cette section participent de la concrétisation juridique de l'idée de « *temps choisi* » ? Si l'on veut bien admettre que cette expression signifie la possibilité pour le salarié de choisir son temps, une réponse négative s'impose<sup>279</sup>. De nombreuses études tendent à démontrer qu'en matière de travail à temps partiel ou de travail intermittent, si choix il y a, c'est surtout celui de l'employeur<sup>280</sup>.

Un travail de tri et d'identification des différentes manifestations légales du « *temps choisi* » s'avère donc nécessaire car, sans nier la prise en compte par le droit de l'idée de « *temps choisi* », l'observateur a le sentiment d'un certain patchwork auquel les deux lois de réduction du temps de travail du 13 juin 1998<sup>281</sup> et du 19 janvier 2000<sup>282</sup> viennent ajouter des éléments supplémentaires.

<sup>276</sup> Sur le « *concept* » de temps choisi, voir notamment : P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation du salarié-individu*, Thèse, Nancy 2, 2001, n° 341 et s ; F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2000, p. 295 et s. ; M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique de temps choisi », *Dr. soc.* 2001, p. 728 ; J. Barthélémy, G. Cette, « Le développement du temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2002, p. 135.

<sup>277</sup> Comme le soulignait C. Sachs-Durand (« La réduction du temps de travail et les droits fondamentaux du salarié », in F. Meyer, E. Triby (dir.), *Temps de travail, temps de vie*, PU Strasbourg, 2000, p. 107), les problèmes posés par le temps personnel non familial ne sont pas distincts de ceux du temps familial.

<sup>278</sup> Art. L 212-4-1 à L 212-4-16 C. trav.

<sup>279</sup> Comme le soulignait P. Adam (op. cit., n° 342), toutes ces dispositions législatives « *sont loin de trouver leur siège dans la section éponyme du Code du travail* ».

<sup>280</sup> Voir notamment : G. Cette, *Le travail à temps partiel en France*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, n° 19, La documentation Française, 1999. On note cependant depuis 1998 et la mise en place des 35 heures, un recul du temps partiel subi. Voir V. Ulrich, « Le temps partiel subi diminue depuis 1998 », *Premières Informations et Premières Synthèses, DARES*, n° 42.2, octobre 2001 ; J. Bué, « Temps partiel des femmes : entre choix et contraintes », *Premières Informations et Premières Synthèses, DARES*, n° 08.2, février 2002.

<sup>281</sup> Loi n° 98-461 dite Aubry I.

Ce travail doit également être mené sur le terrain conventionnel où l'idée de « *temps choisi* » apparaît également présente. En affirmant « *le droit de tout salarié à demander un aménagement de son temps de travail et l'engagement de l'entreprise d'y répondre* », l'accord national interprofessionnel sur l'emploi du 31 octobre 1995 témoigne de ce constat. Elle nourrit également quelques accords de branche<sup>283</sup> et certains accords d'entreprise qui, dans leurs préambules, affichent le vœu d'une « *organisation des horaires aménageant des temps libres pour les aspirations personnelles* », d'un accord « *adapté aux souhaits des salariés quant à leurs conditions de travail et à leur équilibre de vie* », « *favorisant l'essor de projets personnels* » ou encore « *permettant aux salariés de mieux concilier vie personnelle et vie professionnelle* ». Reste alors à déterminer la concrétisation de ces « bons vœux », si concrétisation il y a.

Pour mesurer la consistance de l'idée de « *temps choisi* » en droit du travail, il nous paraît essentiel de partir de deux éléments primordiaux de la vie de famille : la disponibilité et la prévisibilité.

La *disponibilité* dépendra principalement du pouvoir de détermination reconnu au salarié dans l'organisation de son temps de travail, dans ses aspects *durée* comme *répartition*, pour le présent ou pour l'avenir. Sont alors visées toutes les dispositions qui permettent une individualisation des temps et la constitution de droits de créance<sup>284</sup> (Chapitre 1).

La *prévisibilité* est, quant à elle, nécessaire pour permettre à chacun de réaliser ses propres arbitrages, de dessiner ses propres équilibres<sup>285</sup>, de développer son projet de vie<sup>286</sup>. La sécurité du temps est un impératif pour sa liberté (Chapitre 2). Doivent alors être recherchés tous les instruments de prévisibilité qui peuvent être de deux ordres : des garanties formelles et procédurales et l'encadrement des changements à l'initiative de l'employeur.

## CHAPITRE 1 : LES INSTRUMENTS DE DISPONIBILITE : LA LIBERTE DU TEMPS

Le « temps choisi » évoque l'idée d'une véritable autogestion du temps, d'une maîtrise par chaque salarié de son temps de travail. Il traduit le désir des salariés de pouvoir opérer des choix individuels en matière de temps de travail<sup>287</sup>.

Or c'est bien à l'émergence progressive dans notre système juridique d'un nouvel espace de liberté individuelle que nous assistons aujourd'hui. Est offert à chaque salarié la possibilité d'opérer de tels choix pour le présent (Section 1) ou la perspective de pouvoir le faire dans l'avenir (section 2), à travers la reconnaissance, d'une part, de droits individuels à déterminer la durée de son temps de travail et son aménagement et, d'autre part, de droits de créance.

### SECTION 1 : LA LIBERTE DU TEMPS POUR LE PRESENT

Comme nous allons pouvoir le constater, certaines évolutions récentes du droit du travail tendent indéniablement à donner au salarié un véritable pouvoir sur la détermination de la durée de son

---

<sup>282</sup> Loi n° 2000-37 dite Aubry II.

<sup>283</sup> En particulier Travail temporaire, Site de loisirs et attraction, Alimentation-Commerce à prédominance alimentaire.

<sup>284</sup> En ce sens F. Favennec-Héry, op. cit., p. 297.

<sup>285</sup> P. Adam, op. cit., n° 342.

<sup>286</sup> C. Sachs-Durand, op. cit., p. 100.

<sup>287</sup> P. Adam, op. cit., n° 341.

travail<sup>288</sup> (§1), mais aussi son aménagement<sup>289</sup> (§2) qui ne peut qu'être favorable à sa vie personnelle et familiale<sup>290</sup>. Pour autant, il ne faudrait pas se méprendre sur la portée émancipatrice de ces droits individuels. Ils ne sauraient suffire à eux seuls à assurer une liberté réelle à chaque individu<sup>291</sup>. Ainsi, parce que la durée du temps de travail reste encore bien souvent associée au niveau de rémunération<sup>292</sup>, le choix de sa réduction sera sans nul doute tributaire des moyens financiers du salarié, ce qui rend illusoire l'affirmation de l'existence d'un choix pour les salariés aux revenus les plus faibles et aux charges les plus importantes<sup>293</sup>. Si on y ajoute la pesanteur des représentations traditionnelles du rôle social et familial de la femme<sup>294</sup>, le danger existe que ces droits individuels ne puissent s'assimiler à un outil au service du libre épanouissement. Aussi, ce n'est que conscient de ces limites, auxquelles des remèdes sont parfois juridiquement proposés<sup>295</sup>, que nous devons aborder cette partie de l'étude.

## **§1 : Le pouvoir de détermination du salarié sur la durée de son temps de travail**

La liberté pour le salarié de choisir la durée du temps qu'il passe au travail implique deux prérogatives. Elle suppose d'abord que tout salarié puisse, s'il en manifeste le désir, réduire quantitativement<sup>296</sup> la durée de son temps de travail. Doit alors être recherchée la trace d'un véritable droit individuel et général au temps partiel (A). Elle suppose également que le salarié puisse faire le chemin inverse et imposer à l'employeur un retour à temps complet<sup>297</sup>. Il ne peut en effet y avoir de véritable liberté sans réversibilité (B). Bien évidemment de telles prérogatives ne sauraient être absolues et devront être conciliées avec les impératifs de bon fonctionnement de l'entreprise.

### **A. L'existence d'un droit individuel et général au temps partiel**

Jusqu'à une époque récente, rechercher dans le Code du travail la trace d'un droit individuel et général au temps partiel aurait été une opération vaine. Si certaines prérogatives participant à la construction d'un espace de liberté individuelle pouvaient bien être relevées, elles n'en étaient qu'une réalisation parcellaire dans la mesure où le législateur les avait circonscrites dans le temps et ciblées dans leur objet<sup>298</sup>. Pour le reste, le législateur avait bien visé la possibilité de pratiquer des horaires à temps partiel à la demande des salariés et instauré, à cette fin, une priorité d'accès des salariés à temps complet vers un emploi à temps partiel de la même catégorie<sup>299</sup>. Mais même incluse dans une section du Code intitulée « *Travail à temps choisi* », cette priorité ne pouvait

---

<sup>288</sup> C'est à dire le volume d'heures qu'il souhaite consacrer à son activité professionnelle.

<sup>289</sup> C'est à dire la répartition dans un espace temporel défini qu'il s'agisse de la journée, de la semaine, du mois, voire de l'année.

<sup>290</sup> M. Miné, « Le droit de mener une vie familiale normale », in T. Grumbach, L. Pina (dir.), *35 heures. Négocier les conditions de travail*, Les éditions de l'Atelier/Éditions ouvrières, 2000, p. 169.

<sup>291</sup> P. Adam, op. cit., n° 343.

<sup>292</sup> Même si le temps tend aujourd'hui à se diluer dans les notions d'objectif et de résultat. Voir P. Waquet, « Les objectifs », *Dr. soc.* 2001, p. 120.

<sup>293</sup> L'exercice concret de la liberté apparaît alors très fortement lié à l'environnement familial et conjugal du salarié.

<sup>294</sup> Voir A. Bihl, R. Pfeffenkorn, *Hommes/Femmes, L'introuvable égalité*, Les éditions de l'Atelier/Éditions ouvrières, 1996, p. 76. Voir également nos développements *supra*, p. 58.

<sup>295</sup> Ainsi par exemple, l'existence d'un compte épargne temps pourra faciliter le passage au temps partiel, en ce qu'il permettra son financement (voir *infra*, p. 94)

<sup>296</sup> La question de la réduction *qualitative* du temps de travail doit également être posée. Mais la réponse à une telle question doit être recherchée sur le terrain de la répartition et de l'aménagement du temps de travail. Voir nos développements dans le §2 de cette section, p. 79.

<sup>297</sup> P. Adam, op. cit., n° 349.

<sup>298</sup> C'est par exemple le cas de l'article L 122-28-1 sur le congé parental d'éducation à mi-temps ou de l'article L 122-28-9 sur le congé de présence parentale à mi-temps. C'est également celui de l'article L 212-4-7 sur le temps partiel en raison des besoins de la vie familiale.

<sup>299</sup> C. trav. art. L 212-4-5 dans sa version antérieure à la loi du 19 janvier 2000.

s'analyser en un droit individuel au temps partiel<sup>300</sup>. C'est alors vers la négociation collective qu'il fallait se tourner pour trouver des formules reconnaissant au salarié un véritable pouvoir de décision quant à la durée de son temps de travail. Un accord d'entreprise conclu en Moselle en 1997 fournit sur ce point une parfaite illustration dans la mesure où il permettait à tout salarié qui en faisait la demande, de travailler à temps partiel pendant une durée minimale d'un an, sous réserve d'un emploi disponible relevant de la catégorie professionnelle du salarié.

Avec la loi du 19 janvier 2000, c'est dorénavant un droit individuel et général au temps partiel qui se trouve consacré. L'article L 212-4-9 prévoit, certes, un renvoi à la négociation collective<sup>301</sup> pour la détermination des conditions dans lesquelles les salariés peuvent demander à passer à temps partiel, mais le législateur a également mis en place un certain nombre de règles supplétives applicables en l'absence de dispositions conventionnelles. Celles-ci portent sur les trois points que les partenaires sociaux se doivent d'organiser en cas de convention ou d'accord traitant du travail à temps partiel, témoignant du renforcement de la logique de « temps choisi ».

\* En premier lieu, figurent *les modalités* selon lesquelles les salariés à temps complet peuvent occuper un emploi à temps partiel dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise. En l'absence de dispositions conventionnelles, le salarié devra indiquer la durée du travail souhaitée, ainsi que la date envisagée pour sa mise en œuvre. Observons que lorsqu'un texte conventionnel existe, il n'est pas rare de trouver une période minimale de travail à temps partiel<sup>302</sup>, voire une durée impérative<sup>303</sup>.

\* En second lieu, le législateur précise la *procédure* devant être suivie par les salariés pour faire part de leur demande à l'employeur. Outre la forme recommandée avec accusé de réception, il est à noter qu'un délai de prévenance de six mois a été posé, ce qui correspond à un délai souvent observé dans les conventions et accords portés à notre connaissance.

\* Enfin - et c'est sans nul doute le point le plus significatif dans une logique de choix du salarié -, il est prévu qu'en l'absence de disposition conventionnelle<sup>304</sup>, la demande du salarié ne peut être refusée par le chef d'entreprise, dans un délai impératif de 3 mois suivant réception de la demande, que pour deux *motifs* :

- l'absence d'emploi disponible dans la catégorie professionnelle du salarié ou d'emploi équivalent ;
- la démonstration des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise.

On retrouve ici la nécessaire relativité du travail à temps réduit. Si la liberté pour le salarié de choisir son temps implique que le salarié puisse imposer à son employeur une modification de la durée de son travail, cette prérogative ne saurait être absolue et doit être conciliée avec les

---

<sup>300</sup> Un tel constat ne saurait surprendre dans la mesure où, pour l'essentiel, l'évolution législative sur le temps partiel s'est produite dans une logique de politique de l'emploi. Depuis sa reconnaissance juridique au début des années 1980, le temps partiel a surtout été traité comme un outil de cette politique susceptible, par son développement, de créer ou de sauvegarder l'emploi. Voir M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi », Dr. soc. 2001, p. 728. Il semblerait qu'avec la loi du 19 janvier 2000, le temps partiel cesse d'être un instrument de la politique de l'emploi. En témoigne notamment l'abandon de la politique d'incitation par abattement des charges sociales patronales. Voir G. Couturier, « Un nouveau droit du travail à temps partiel », Liaisons sociales/Magazine, avril 2000, p. 62.

<sup>301</sup> Convention ou accord de branche étendu ou convention ou accord d'entreprise.

<sup>302</sup> D'une durée de un an à deux ans dans la plupart des accords portés à notre connaissance. Ce constat réinterroge d'ailleurs la problématique de la réversibilité (voir nos développements p. 78).

<sup>303</sup> Par exemple 26 heures pour un temps complet de 32 heures dans l'entreprise.

<sup>304</sup> Il est également prévu que lorsque les partenaires sociaux concluent un accord sur le temps partiel, ils doivent indiquer le délai laissé au chef d'entreprise pour y apporter une réponse motivée et qu'en particulier, en cas de refus, celui-ci doit expliquer les raisons objectives qui le conduisent à ne pas donner suite à la demande.

impératifs du bon fonctionnement de l'entreprise<sup>305</sup>. Mais dans ce cas, l'employeur ne doit pouvoir s'opposer à la demande du salarié que si l'intérêt de l'entreprise le justifie, à charge pour lui d'en faire la preuve en cas de contestation.

Tout salarié peut donc, s'il en fait la demande, réduire la durée du temps qu'il consacre à sa vie professionnelle et ainsi disposer de davantage de temps pour sa vie personnelle et familiale. Outil de libération du temps, le droit individuel au temps partiel ne pourra cependant permettre une véritable gestion personnelle de son temps par le salarié que si sont créées les conditions d'une réversibilité.

## B. La réversibilité

Une fois son droit individuel au temps partiel mis en œuvre, le salarié peut-il emprunter le chemin inverse et demander un retour au temps complet ? Garantie de la liberté de choisir son temps, une réversibilité doit être organisée.

A l'heure actuelle, la loi reconnaît seulement au bénéficiaire du salarié à temps partiel une priorité sur les emplois à temps plein ressortissant de sa catégorie professionnelle ou sur les emplois équivalents disponibles dans l'entreprise<sup>306</sup>. En vertu de la force obligatoire du contrat<sup>307</sup>, le salarié ne saurait donc imposer à son employeur d'augmenter la durée contractuelle du travail<sup>308</sup>. Pour faciliter la mise en œuvre par le salarié de sa priorité, le législateur a toutefois prévu l'obligation pour l'employeur de porter à la connaissance des salariés concernés la liste des emplois disponibles correspondants. En cas de candidature sur un de ces emplois, l'employeur aura l'obligation d'accéder à la demande du salarié, dès lors que l'emploi sollicité répond aux conditions légales<sup>309</sup>, sous réserve bien sûr, de l'absence d'une pluralité de candidatures<sup>310</sup>.

Dès lors, on ne saurait parler de véritable droit à réversibilité, à l'instar de ce qui est prévu dans certains dispositifs légaux particuliers comme le congé parental d'éducation ou le congé de présence parentale à temps partiel. En effet, dans le cadre de ces deux dispositifs<sup>311</sup>, est organisé un véritable droit à une reprise de son activité initiale en cas de décès de l'enfant ou de diminution importante des ressources du ménage<sup>312</sup>. Il est vrai que l'on se situe ici dans le cadre de dispositifs circonscrits dans le temps, avec une durée maximale fixée à l'avance<sup>313</sup>. Le retour aux conditions antérieures, prévu dès l'origine, est simplement anticipé, ce qui ne paraît pas incompatible avec les impératifs de bon fonctionnement de l'entreprise. On ne s'étonnera pas dès lors de retrouver le même mécanisme dans les dispositions conventionnelles qui consacrent un droit individuel au temps partiel, en l'assortissant d'une période minimale. Deux accords d'entreprise conclus sur la région Lorraine ont ainsi prévu un droit au retour à temps plein dans un délai maximum d'un mois en cas de chômage du conjoint, de divorce ou de rupture de la vie commune, de diminution du revenu familial, de longue maladie ou de décès du conjoint. Il convient également d'observer que ces facultés de réversibilité, qu'elles soient d'origine légale ou conventionnelle, sont toutes ciblées

<sup>305</sup> P. Adam, op. cit., n° 345.

<sup>306</sup> C. trav. art. L 212-4-9, al. 1.

<sup>307</sup> C. civ. art. 1134.

<sup>308</sup> Voir par exemple : C. app. Douai 21 avril 1995, Sauvage c/ Pneu Service France, CERIT ; C. app. Metz 22 septembre 1998, EURL Shopping Chaussures c/ Mme Guerra, CERIT ; C. app. Reims 21 février 1996, Delabie c/ SARL Domino Fashion, CERIT.

<sup>309</sup> Cass. soc. 29 mars 1995, Bull. civ., V, n° 116 ; Cass. soc. 26 octobre 1999, Bull. civ., V, n° 414.

<sup>310</sup> Dans une telle situation, il a été jugé qu'il appartenait à l'employeur de choisir entre les intéressés et qu'en cas de contestation, il devait communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'était appuyé pour arrêter son choix. S'il apparaissait que ce choix avait été motivé par des impératifs d'organisation de l'entreprise, il ne pouvait être contesté. Voir Cass. soc. 7 juillet 1998, Bull. civ., V, n° 373.

<sup>311</sup> Cf. C. trav. art. L 122-28-2 et L 122-28-9, al. 6.

<sup>312</sup> Après respect d'une procédure et d'un délai de prévenance de 1 mois

<sup>313</sup> 3 ans dans le premier cas, 12 mois dans le second.

sur des situations d'urgence qui seules permettent de reléguer au second plan les impératifs de bon fonctionnement de l'entreprise.

En se voyant accorder un certain pouvoir - fut-il limité par un nécessaire compromis avec les intérêts de l'entreprise - sur la durée du temps qu'il passe à son travail, le salarié puisse bénéficier d'une marge de liberté dans sa vie qui ne peut qu'être favorable à sa vie familiale. Mais l'idée d'une maîtrise individuelle du temps implique également que le salarié bénéficie d'une certaine liberté (compatible là encore avec le bon fonctionnement de l'entreprise) en ce qui concerne l'aménagement ou la répartition de son temps de travail. Avec la question des horaires, la problématique du « temps choisi » se dote d'un aspect qualitatif<sup>314</sup>.

## **§2 : Le pouvoir de détermination du salarié sur l'aménagement de son temps de travail**

Comme l'a souligné Monsieur Savatier, c'est « *l'horaire [qui] commande toute l'organisation de la vie du travailleur* »<sup>315</sup>. Or toutes les heures ne se valent pas : le travail du dimanche, les heures tardives, le travail de nuit, le travail éparpillé sur la journée sont déstabilisants. A l'inverse, les horaires individualisés, les congés et jours de repos choisis, les horaires « scolaires » peuvent permettre une véritable maîtrise du temps par le salarié<sup>316</sup>. La question de la répartition ou de l'aménagement du temps de travail est dès lors centrale.

La détermination des horaires relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur<sup>317</sup>. Ce dernier pourra donc librement fixer les horaires applicables dans son entreprise. On semble bien loin ici de l'idée d'une maîtrise individuelle par le salarié en matière d'horaire de travail, même si des limites au pouvoir de détermination de l'employeur sont parfois posées, sur un plan collectif, et qu'elles correspondent sans nul doute aux aspirations de la grande majorité des salariés. Ainsi, par exemple, en matière de temps partiel, peut-on relever à l'article L 212-4-4, alinéa 3 du Code du travail que « *les horaires de travail des salariés à temps partiel ne peuvent comporter, au cours d'une même journée, plus d'une interruption d'activité ou une interruption supérieure à deux heures* ».

Il y a là indéniablement une réponse du législateur aux attentes de bon nombre de salariés à temps partiel qui dénonçaient des horaires « hachés », « éparpillés » sur la journée, qui ne pouvaient que contrarier leur choix individuel d'une réduction quantitative de la durée du temps de travail. Au surplus, il est à noter que si des dérogations sont possibles conventionnellement, elles sont strictement encadrées puisqu'elles ne peuvent résulter que d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu<sup>318</sup>, qu'elles doivent comporter des contreparties spécifiques<sup>319</sup> et être conformes aux exigences propres à l'activité exercée<sup>320</sup>.

<sup>314</sup> F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », Dr. soc. 2000, p. 295.

<sup>315</sup> J. Savatier, obs. sous Cass. soc. 17 octobre 2000, Dr. soc. 2001, p. 91.

<sup>316</sup> F. Favennec-Héry, op. cit., p. 295.

<sup>317</sup> P. Waquet, « Tableau de la jurisprudence de la chambre sociale sur les horaires de travail », SSL n° 1019, 12 mars 2001, p. 6 ; J.-E. Ray, « Changement d'horaire (à propos de quelques arrêts récents) », Dr. soc. 2001, p. 9 ; M. Miné, « L'horaire de travail », Dr. ouvrier 2000, p. 412.

<sup>318</sup> La procédure d'extension pourra conduire à exclure certaines dispositions trop défavorables au salarié. Voir par exemple Accord Manutention ferroviaire et travaux connexes qui autorisait l'employeur à proposer aux salariés 2 coupures dont la durée totale ne pouvait excéder 4 heures ; Accord Fleuristes, ventes et services des animaux familiers qui prévoyait en cas de coupure supérieure à 2 heures, la possibilité de ne pas accorder de contrepartie avec accord express du salarié. Ces 2 dispositions ont été exclues de l'extension.

<sup>319</sup> Ces contreparties sont parfois pécuniaires (ex : Accord de branche Centres d'entraînement de chevaux de course au galop qui alloue par mois au salarié concerné par une coupure de 6 heures une indemnité de sujétion spéciale équivalente à 1 heure de travail ; Accord Hôtellerie de plein air qui assure une contrepartie financière à prévoir par accord d'entreprise ou contrat de travail ou à défaut de 6% du salaire mensuel brut...), parfois un engagement sur la durée minimale de travail journalière ou mensuelle (Accord

Reste que la maîtrise collective est une chose, la maîtrise individuelle en est une autre. Comme l'a remarqué Monsieur Ray, « *la situation personnelle de chaque salarié [peut aboutir] à des choix temporels radicalement différents, sinon opposés* »<sup>321</sup>. Il y a donc lieu de rechercher si, à côté de garanties collectives, n'ont pas été consacrées des prérogatives individuelles tendant à accorder au salarié une certaine liberté de choix quant à la fixation des horaires. Or si pendant longtemps, la pratique des horaires individualisés demeura le seul reflet de l'idée de maîtrise individuelle des horaires dans les normes légales et conventionnelles du travail (A), les lois Aubry I et II<sup>322</sup> offrent aujourd'hui quelques perspectives supplémentaires (B).

## A. Les horaires individualisés

C'est en 1973 que les horaires individualisés firent leur apparition dans la réglementation du travail<sup>323</sup>. Légalisant une pratique importée d'Allemagne<sup>324</sup>, le législateur autorisa les employeurs à déroger à la règle de l'horaire collectif de travail et à pratiquer des horaires individualisés, sous réserve de l'accord des institutions représentatives du personnel et de l'information préalable de l'administration du travail<sup>325</sup>. Parfois, cette pratique fait l'objet de dispositions conventionnelles et l'intitulé des accords renseigne alors sur la place donnée à l'idée de maîtrise individuelle des horaires. Ainsi peut-on lire, au gré des accords d'entreprise consultés, qu'il y est question d'une « adaptation des horaires de travail journaliers aux besoins de la vie privée » ou encore d'un « équilibre avec la vie personnelle des salariés ».

La mise en place d'horaires individualisés permet donc d'asseoir la liberté de choix du salarié, en ce qu'elle conduit à lui permettre de décider librement de son heure d'entrée et de son heure de sortie de l'entreprise. Chaque salarié se voit ainsi reconnaître la possibilité de calquer son temps de travail sur ses propres rythmes, personnels et familiaux<sup>326</sup>. Certains sont du matin, d'autres du soir. Les uns ont des contraintes liées à la garde des enfants, qui vont les amener à choisir des horaires compatibles avec les heures d'ouverture des crèches et des écoles<sup>327</sup> ; les autres en sont détachés et préféreront s'accorder un temps de pause plus long à la mi-journée. L'entreprise a, quant à elle, tout

---

Confiserie - Chocolaterie - Biscuiterie qui assure au salarié en cas de coupure supérieure à 2 heures au moins 3 heures de travail continu ; Accord Enseignement privé sous contrat qui garantit une durée minimale journalière de 3 heures et mensuelles de 67 heures ; Accord Fleuristes, ventes et services des animaux familiers qui garantit un travail continu d'au moins 3 heures après la coupure ou verse une indemnité correspondante...).

<sup>320</sup> Voir par exemple Accord de branche Alimentation (entrepôts) - Commerce à prédominance alimentaire qui prévoit la possibilité d'une coupure de 4 heures maximum en cas de fermeture de l'entreprise à mi-journée ; Accord de branche Centres d'entraînement de chevaux de course au galop qui prévoit qu'en raison de l'organisation des courses, la durée de la coupure peut être portée de 2 à 6 heures pour les cavaliers qui montent à l'entraînement le matin et ne reviennent qu'en fin d'après-midi pour assurer l'écurie du soir ; Accord Confiserie - Chocolaterie - Biscuiterie qui prévoit qu'une coupure supérieure à 2 heures peut être imposée en cas de fermeture du magasin une partie de la journée ; Accord Enseignement privé sous contrat qui prévoit que dans les unités économiques et pédagogiques inférieures à 150 élèves et pour certaines activités de surveillance ou de ménage, il peut être prévu une coupure d'une durée supérieure à 2 heures ou 2 coupures, chacune d'une durée inférieure à 3 heures...

<sup>321</sup> J.-E. Ray, op. cit., p. 2, note 2.

<sup>322</sup> Loi n° 98-461 du 13 juin 1998. Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000.

<sup>323</sup> La codification date quant à elle de 1974 (décret n° 74-808 du 19 septembre 1974). Voir C. trav. art. L 212-4-1.

<sup>324</sup> S. Folgringer-Foucault, *L'aménagement du temps de travail : contribution aux rapports entre l'individuel et le collectif*, Thèse, Paris X-Nanterre, 1990, Tome 1, p. 170.

<sup>325</sup> Dans les entreprises ne disposant pas d'une représentation du personnel, la pratique est autorisée par l'administration du travail après accord du personnel.

<sup>326</sup> P. Adam, op. cit., n° 356.

<sup>327</sup> L'entrée dans l'entreprise sera généralement un peu retardée, le temps de pause à la mi-journée réduit au strict minimum, pour pouvoir avancer l'heure de sortie et récupérer les enfants à l'école ou à la crèche avant la fermeture de ces établissements.

intérêt à ce que le temps de travail du salarié corresponde au temps où il est le plus efficace<sup>328</sup>. Détaché des angoisses du retard, des craintes liées à son organisation personnelle et familiale, aux difficultés inhérentes aux « temps de la ville »<sup>329</sup>, le salarié ne peut que se montrer plus performant.

L'importance de la liberté reconnue au salarié varie toutefois en fonction de l'étendue respective des plages libres et des plages fixes et du temps de pause minimum imposé à la mi-journée<sup>330</sup>. Dans les accords consultés, les plages mobiles ont généralement une durée d'une à une heure trente minutes le matin et de une à trois heures l'après-midi. Parfois, une plage mobile plus longue l'après-midi est prévue le vendredi. Les temps de pause obligatoires s'étendent, quant à eux, de trente à quarante cinq minutes. Quoi qu'il en soit, la liberté reconnue au salarié peut encore se trouver accrue par la possibilité de report d'heures, qui laisse au salarié la faculté de travailler moins certaines semaines et davantage d'autres semaines<sup>331</sup>. En l'absence de dispositions conventionnelles, ce report est toutefois limité à 3 heures par semaine avec un cumul de reports ne pouvant excéder 10 heures<sup>332</sup>.

Ainsi, les horaires individualisés participent dans une certaine mesure à une libération du temps. Mais il faut bien admettre que si la loi autorise l'employeur à mettre en place de tels horaires, elle ne reconnaît aux salariés aucun droit individuel à en bénéficier. Tout juste leur reconnaît-elle un pouvoir d'initiative collectif en liant la pratique des horaires individualisées aux « demandes de certains travailleurs »<sup>333</sup>. Ainsi, non seulement la décision finale de mettre en place de tels horaires reste une prérogative discrétionnaire de l'employeur, mais un seul salarié ne semble pas pouvoir en prendre l'initiative. On peut toutefois penser, à l'instar de Monsieur Adam<sup>334</sup>, qu'il n'est pas nécessaire que la demande émane de la majorité du personnel

## **B. Les perspectives supplémentaires offertes par la réduction du temps de travail**

La nouvelle réglementation issue des lois Aubry I et II offre désormais quelques « poches de libertés »<sup>335</sup> supplémentaires pour le salarié, s'agissant des jours de repos. Mais, comme nous allons le voir, la prise en compte de la volonté du salarié reste limitée, en ce qu'elle apparaît étroitement circonscrite.

On trouve la première prérogative individuelle reconnue au salarié à l'article L 212-9, II du Code du travail qui prévoit que lorsque *la réduction du temps de travail s'opère sous la forme de jours ou de demi-journées de repos sur l'année*, la norme conventionnelle, nécessaire à la mise en place de ce mode de réduction du temps de travail, doit déterminer les modalités de prises des journées et des demi-journées de repos, « pour partie au choix du salarié et pour partie au choix de l'employeur ». Or, il a été jugé par la Cour d'appel de Paris que cette faculté offerte au salarié de choisir une partie des jours de repos constituait une disposition impérative de la loi et que devait, en conséquence, être annulée la clause prévoyant que le choix des jours de repos était, pour une partie, subordonné aux

---

<sup>328</sup> Du côté des entreprises, on voit dans les horaires individualisés, un instrument de motivation, de responsabilisation des travailleurs, mais aussi un moyen efficace de lutter contre l'absentéisme. Voir J. Pélessier, « Les horaires individualisés », Dr. soc. 1981, p. 554.

<sup>329</sup> Comme le soulignait, le rapport Supiot (*Au delà de l'emploi*, op. cit., p. 134), « le problème de la concordance des temps concerne les modes de fonctionnement des services publics et privés, des commerces et de toutes les formes de la vie politique, syndicale et associative ».

<sup>330</sup> Rappelons qu'aux termes de l'article L 220-2 C. trav., aucun temps de travail quotidien ne peut atteindre 6 heures sans un temps de pause de 20 minutes.

<sup>331</sup> C. trav. art. L 212-4-1, al. 3.

<sup>332</sup> C. trav. art. D 212-4-1.

<sup>333</sup> C. trav. art. L 212-4-1, al. 1.

<sup>334</sup> P. Adam, op. cit., n° 302.

<sup>335</sup> Selon l'expression de P. Adam, op. cit., n° 357.

nécessités du service et que l'autre partie devait être prise sur les jours fériés ne coïncidant pas avec les jours de repos hebdomadaires<sup>336</sup>. Le salarié doit donc avoir la possibilité de déterminer librement une partie des jours de repos consécutifs à la réduction de son temps de travail et cet impératif doit guider les partenaires sociaux dans leurs négociations. Mais est-ce toujours le cas ?

Les accords de branche et d'entreprise consultés nous enseignent d'abord que « la partie au choix du salarié » ne correspond pas forcément à la moitié des jours de repos octroyés. Si une *répartition* égalitaire se retrouve dans le plus grand nombre d'accords, une proportion inférieure pour le salarié a été adoptée dans plusieurs branches professionnelles<sup>337</sup> ; d'autres, beaucoup plus rares, privilégient une proportion plus grande pour le salarié<sup>338</sup>.

Ce sont ensuite les *modalités* de prise de ces congés qui sont précisées, avec le plus souvent un délai de prévenance imposé au salarié qui varie de 7 jours à 2 mois et qui peut être réduit en cas de « circonstances exceptionnelles ». Parfois est demandé au salarié de tenir compte de l'organisation de l'entreprise et de la nécessité d'assurer la continuité du service<sup>339</sup>. D'autres accords imposent au salarié d'opérer son choix en dehors des périodes de pointes d'activité ou de suractivité<sup>340</sup>. On peut raisonnablement douter du caractère licite de la première des dispositions précitées. Comme indiqué précédemment, une clause similaire, subordonnant la prise des jours « aux nécessités du service », a été déclarée contraire aux dispositions impératives de la loi, au motif qu'elle posait une condition relevant de l'appréciation exclusive de l'employeur et qu'en raison de son imprécision, elle était manifestement incompatible avec l'exercice de la faculté de choix ouverte au salarié<sup>341</sup>. Quant à la seconde, on ne peut que constater qu'elle emprunte au vocabulaire du régime de la modulation, entraînant de ce fait une confusion entre modulation<sup>342</sup> et annualisation, les entreprises cumulant les intérêts propres à chacune de ces formes d'organisation du temps de travail<sup>343</sup>.

Enfin, il est à noter que la tendance à rattacher la prise des jours de repos, même au choix du salarié, aux besoins de l'entreprise est renforcée par une disposition fréquente, en vertu de laquelle les jours de repos non utilisés sont perdus pour le salarié lorsque la période de référence est terminée. Cette disposition qui tend à assimiler les jours de repos aux congés payés représente une violation manifeste de l'article L 212-9, II. En effet, si la réduction du temps de travail est réalisée par l'attribution de jours de repos sur l'année, toute heure accomplie sur cette période au delà de 1600 heures est une heure supplémentaire. L'article L 212-9, II, tel qu'il est rédigé, ne laisse place à aucune doute : « lorsque la durée du travail constatée excède trente-cinq heures en moyenne sur l'année, et, *en tout état de cause*, une durée annuelle de 1600 heures, les heures effectuées au delà de cette durée *sont des heures supplémentaires* (...) ». Le salarié aura alors droit aux majorations de salaires et éventuellement aux repos compensateurs légaux.

---

<sup>336</sup> C. app. Paris, 16 mai 2000, Dictionnaire permanent conventions collectives, Bulletin 165, 1<sup>er</sup> mars 2001, p. 28. L'annulation des clauses litigieuses a conduit à l'annulation de l'accord de branche Personnel des Banques.

<sup>337</sup> Par exemple : Alimentation (entrepôts) - Commerce à prédominance alimentaire (30%) ; Ameublement (fabrication) (1/3) ; Avocat (personnel salarié) (1/4) ; Chaussure et articles chaussants (industrie) (30%) ; Confiserie, chocolaterie, biscuiterie, alimentation fine et négociants, distributeurs de levure (commerce de gros) (30%) ; Habillement (industrie) (30%) ; Notariat (1/3)...

<sup>338</sup> Animation socioculturelle (totalité dans la formule 36 h avec 5 jours ouvrés de repos).

<sup>339</sup> Analyse médicales (laboratoires extra-hospitaliers).

<sup>340</sup> Par exemple Hôtellerie de plein air ; Assurances : cabinets de courtage d'assurances et/ou de réassurances (période fixée à 16 semaines).

<sup>341</sup> C. app. Paris, 16 mai 2000, précit.

<sup>342</sup> Répondant à une forte demande des entreprises, l'article L 212-8 autorise la mise en place par la négociation collective d'une modulation des horaires de travail annuelle ou infra-annuelle, afin de tenir compte des variations de l'activité de l'entreprise. L'accord doit prévoir un programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés et organiser, le cas échéant, l'activité des salariés selon des calendriers individualisés.

<sup>343</sup> Voir pour le même constat dans des accords d'entreprise signés en Aquitaine, I. Daugareilh, P. Iriart, V. Lacoste, « Le contenu des accords d'entreprise sur les 35 heures (observations à partir d'une analyse de 300 accords signés en Aquitaine », Dr. ouvrier 2001, p. 286.

Ainsi, l'étude des textes conventionnels nous révèlent que le repos « au choix du salarié » est parfois un mécanisme très surveillé, peu respectueux de l'exercice de leur droit par les salarié et, à l'occasion, des dispositions impératives de la loi. Si le degré d'incitation (voire de contrainte) varie, le constat ne peut que conduire à limiter la contribution à l'idée de « temps choisi ».

La même conclusion peut par ailleurs être dégagée de l'observation du dispositif légal applicable lorsque *la réduction du temps de travail s'opère sous la forme de journées ou de demi-journées de repos sur le mois*. Dans une telle hypothèse, qui ne nécessite pas la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif, c'est l'employeur qui décidera unilatéralement du calendrier pour la prise de l'ensemble des journées ou demi-journées<sup>344</sup>. La seule exigence réside dans l'établissement « préalable » de ce calendrier, concession pour le moins réduite à l'idée de « temps choisi ».

Enfin, le régime *du repos compensateur obligatoire en cas d'heures supplémentaires* apparaît également marqué par quelques prérogatives reconnues au salarié. Il est d'abord prévu qu'une fois le droit au repos ouvert, celui-ci peut être pris, « à la convenance du salarié »<sup>345</sup>, par journée entière ou par demi-journée. C'est ainsi le choix de la « formule » de son repos qui est offert au salarié. Mais la marge de liberté laissée au salarié peut également s'étendre, sous certaines limites<sup>346</sup>, à la fixation des dates de prise de repos. Il est en effet prévu qu'à défaut d'accord conclu entre des organisations syndicales d'employeurs et de salariés les plus représentatives au plan national, le salarié doit présenter sa demande de prise de repos à l'employeur qui ne peut refuser la date proposée par le salarié qu'en raison d'impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise<sup>347</sup>. Le choix de la date est donc possible, même s'il n'est que relatif pour tenir compte des intérêts de l'entreprise.

En définitive, il apparaît bien que certaines évolutions du droit légiféré du temps de travail, se sont inscrites dans une dynamique de maîtrise individuelle par le salarié de ses horaires de travail. Certes, les ressources juridiques offertes pour permettre à chacun de développer son projet de vie personnelle et familiale peuvent apparaître encore limitées. On notera tout particulièrement qu'aucune obligation de tenir compte du choix du salarié n'est imposée en cas de réduction du temps de travail par périodes de repos sur le mois ou encore dans le cadre d'un accord de modulation comportant des calendriers individualisés, dont les dangers en terme de flexibilité sont souvent soulignés<sup>348</sup>. Reste que l'idée de « temps choisi » progresse et avec elle, l'espace ouvert par le droit à la vie personnelle et familiale du salarié.

En revanche, sur le terrain du droit négocié, on ne peut que regretter le peu « d'œuvre créatrice » dont font preuve les partenaires sociaux lorsqu'ils sont amenés à compléter le schéma proposé par le législateur. Plus regrettable encore est la tendance, observée en matière de réduction du temps de travail par périodes de repos sur l'année, de privilégier la gestion de l'entreprise, en subordonnant la liberté de choix du salarié aux contraintes économiques. Le temps libre est-il vraiment libre s'il est déterminé par l'activité de l'entreprise ?

---

<sup>344</sup> C. trav. art. L 212-9 I.

<sup>345</sup> C. trav. art. L 212-5-1, al. 4.

<sup>346</sup> En principe, le repos doit être pris dans un délai maximal de deux mois suivant l'ouverture du droit et ne peut être accolé au congé payé annuel (C. trav. art. D 212-6). Le délai de 2 mois est suspendu pendant la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 août.

<sup>347</sup> C. trav. art. D 212-7. Il est à noter que lorsque plusieurs demandes ne peuvent être satisfaites simultanément en raison de tels impératifs, l'article D 212-8 fixe un ordre de priorité faisant apparaître au deuxième rang la situation de famille.

<sup>348</sup> V. I. Daugareilh, P. Iriart, V. Lacoste, op. cit., p. 285.

Quoi qu'il en soit, le droit du travail n'a pas seulement cherché à permettre une libération individuelle du temps pour le présent. Il s'est également préoccupé de l'avenir.

## SECTION 2 : LA LIBERTE DU TEMPS POUR L'AVENIR

Sachant que « choisir son temps, c'est l'épargner »<sup>349</sup>, il est une autre manière pour le salarié de reconquérir son temps, d'en reprendre le contrôle. Il s'agit pour lui de pouvoir capitaliser du temps, afin de pouvoir l'utiliser au moment qui lui convient le mieux, pour un motif inhérent à sa vie personnelle ou familiale<sup>350</sup>.

C'est avec la loi du 25 juillet 1994<sup>351</sup>, instaurant le mécanisme du compte épargne temps, que cette idée de capitalisation individuelle a trouvé sa première expression significative<sup>352</sup> dans notre droit du travail. Sans créer de droit individuel du salarié à capitaliser son temps, elle a mis à la disposition des partenaires sociaux un nouvel outil de gestion pluriannuelle et individualisée du temps devant permettre de fabriquer du temps pour soi ou pour sa famille<sup>353</sup>. Comme l'a souligné Madame Dedessus-Le-Moustier<sup>354</sup>, avec le compte épargne temps, « les salariés devraient disposer de la possibilité de maîtriser individuellement leur emploi du temps en adaptant leur rythme de travail, et ainsi de mieux concilier leur vie professionnelle et leur vie extra-professionnelle ». Il a également pu être relevé que « ce qui oriente fondamentalement la décision d'ouvrir un compte, c'est (...) qu'il s'agit d'une décision individuelle qui redonne à l'individu de l'autonomie (...) »<sup>355</sup>.

Il convient donc de s'intéresser à ce mécanisme particulier, présenté comme un mode de libération du temps pour l'avenir, afin de déterminer s'il présente toutes les garanties pour atteindre cet objectif. Or si l'acquisition d'un droit de créance se trouve bien organisée, surtout depuis les lois du 19 janvier 2000 et du 19 février 2001<sup>356</sup> qui ont notamment élargi les sources d'alimentation de la créance (§1), son régime peut, sur certains aspects, faire douter de son inscription au rang des manifestations du « *temps choisi* » (§2).

### **§1 : L'acquisition d'un droit de créance**

Deux éléments méritent tout particulièrement notre attention : les conditions de mise en place du compte épargne temps (A) et les conditions de son utilisation (B). Si le premier conduit nécessairement au constat que la loi n'a pas créé de véritable droit individuel à capitaliser son temps, le second permet néanmoins d'affirmer qu'elle a indéniablement le souci de favoriser une épargne de son temps par le salarié.

<sup>349</sup> F. Bacon, *Essais de politique et de morale*, cité par F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2000, p. 300.

<sup>350</sup> P. Adam, *op. cit.*, n° 305

<sup>351</sup> Loi n° 94-640 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise.

<sup>352</sup> Depuis le milieu des années 1980, le salarié s'était toutefois vu reconnaître la possibilité de reporter sa cinquième semaine de congés payés pendant 6 ans en vue de financer un congé de création d'entreprise ou un congé sabbatique (C. trav. art. L 122-32-5).

<sup>353</sup> Sur les enjeux d'une utilisation familiale du compte épargne temps, voir *supra* nos développements dans le Titre 1 de ce rapport, p. 18 et s., p. 26.

<sup>354</sup> N. Dedessus-Le-Moustier, « Les fonctions du compte épargne temps », *Dr. soc.* 1998, p. 547.

<sup>355</sup> G. de Terssac, A. Flautre, C. Thebaut, « Le compte épargne temps (CET) : mise en œuvre et utilisation », *RFAS* juillet-septembre 1998, p. 43.

<sup>356</sup> Loi n° 2001-152 sur l'épargne salariale.

## A. Les conditions de mise en place du compte épargne temps

Le compte épargne temps présente un caractère volontaire à double titre. Sa mise en place relève tout d'abord d'une *décision des partenaires sociaux*. Aux termes de l'article L 227-1, alinéa 1 du Code du travail, le compte épargne temps ne peut être créé que par une convention ou un accord collectif de branche étendu, un accord d'entreprise ou d'établissement. Le législateur s'est ainsi contenté de mettre à la disposition de la négociation collective un instrument de capitalisation du temps. Ainsi, si un droit individuel à capitaliser son temps est reconnu au salarié, il ne pourra être que d'origine conventionnelle. Mais encore faut-il que les partenaires sociaux se saisissent de la faculté qui leur est offerte. Or force est de constater que jusqu'à présent, le compte épargne temps n'a pas fait recette et ce, malgré l'impulsion voulue par le législateur dans le cadre des lois de réduction du temps de travail. En effet, si un grand nombre d'accords de branche y font référence, ils renvoient pour la plupart à une négociation au niveau de l'entreprise<sup>357</sup>. Une étude du Ministère de l'emploi et de la solidarité (DARES) révèle pour sa part que début 2000, seulement 14% des accords de réduction du temps de travail conclus à ce niveau prévoyaient un compte épargne temps. En Lorraine, un constat similaire peut être dressé. Si en 1997 et 1998, seuls quelques rares accords ont mobilisé le mécanisme, les négociations dans le cadre la réduction du temps de travail n'ont pas provoqué de véritable élan vers la capitalisation du temps.

Une fois mis en place, l'usage du compte épargne de temps dépend de la *seule volonté du salarié* et ne peut être imposé par l'employeur. Comme l'indique expressément l'article 227-1, alinéa 2, le compte épargne temps est à destination du « *salarié qui le désire* ». Conventionnellement reconnu, le droit d'épargner son temps implique également le droit de ne pas l'épargner. Le dispositif bénéficiera, en outre, à tous les salariés de l'entreprise liée par l'accord qu'il soit titulaire d'un contrat à durée indéterminée ou déterminée<sup>358</sup>. Toutefois la condition d'ancienneté qui peut être prévue par l'accord<sup>359</sup> mettant en place le compte épargne temps pourra conduire en pratique à exclure les salariés relevant de cette dernière catégorie. Remarquons sur ce point, que dans la grande majorité des accords consultés, une condition d'ancienneté est prévue et qu'elle est fixée à une année<sup>360</sup>.

La loi n'a donc pas créé de droit individuel à capitaliser son temps au bénéfice du salarié. Un tel droit ne pourra exister qu'avec un relais conventionnel. Elle a en revanche cherché à favoriser très nettement l'épargne du temps en ouvrant et en diversifiant au maximum les sources d'alimentation du compte.

---

<sup>357</sup> Il y est prévu que la mise en œuvre d'un compte épargne temps est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise négocié avec les délégués syndicaux et qu'en l'absence d'accord ou de délégués syndicaux, le compte épargne temps peut être mis en place après consultation des institutions représentatives du personnel. En l'absence de telles institutions, une information du personnel suffit.

<sup>358</sup> La loi vise « *le salarié* » sans autre précision et l'article L 122-3-3 prévoit que les dispositions légales et conventionnelles applicables aux salariés sous contrat à durée indéterminée s'appliquent également aux salariés sous contrat à durée déterminée. Il est toutefois à noter que certains des accords d'entreprise portés à notre connaissance réservent expressément le bénéfice du compte épargne temps aux salariés sous contrat à durée indéterminée.

<sup>359</sup> C. trav. art. L 217-1, al. 11 : « *La convention ou l'accord collectif détermine notamment la durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise* ».

<sup>360</sup> Certains accords, plus rares, prévoient une ancienneté plus réduite (3 ou 6 mois), voire aucune condition d'ancienneté ; d'autres la portent à deux ans.

## B. Les conditions d'alimentation du compte épargne temps

Le Code du travail énumère les différents éléments qui peuvent servir à alimenter le compte épargne temps. L'apport peut se faire en temps mais également en argent par la conversion de primes ou de salaires en temps. Ainsi, Le célèbre adage de Benjamin Franklin « *le temps, c'est de l'argent* », pourrait bien se transformer, dans le cadre du compte épargne temps, en une formule inverse : « *l'argent, c'est du temps* ».

Au rang des *apports en temps*, figurent en premier lieu le report des congés payés annuels dans la limite de 10 jours par an<sup>361</sup>, ainsi que les heures de repos acquises au titre de la bonification pour les quatre premières heures supplémentaires<sup>362</sup>, ou encore le repos compensateur qui peut remplacer tout ou partie des heures supplémentaires<sup>363</sup>. On y trouve également, et c'est le principal ajout de la loi du 19 janvier 2000, « *une partie des jours de repos issus d'une réduction collective de la durée du travail utilisables à l'initiative du salarié* ». Est ici principalement<sup>364</sup> visée la partie des jours de repos « *au choix du salarié* » en cas de réduction du temps de travail sur l'année. La proportion pouvant être affectée au compte devra être définie par l'accord collectif<sup>365</sup>. A travers l'exigence de proportion, on voit apparaître le souci du législateur de préserver l'effectivité de la réduction du temps de travail. Celui-ci s'exprime également dans les limites maximales de report, toutes sources d'alimentation en temps confondues, fixées à vingt-deux jours par an<sup>366</sup>.

Mais l'alimentation peut également résulter d'une *conversion de certaines sommes en temps*. Sont ici principalement visés, les primes et indemnités conventionnelles<sup>367</sup>, le fruit de l'épargne salariale<sup>368</sup>, une fraction de l'augmentation individuelle de salaire<sup>369</sup>. Toutes ces sources d'alimentation nécessitent un relais conventionnel pour préciser les modalités de conversion et la proportion pouvant être convertie. Il est à noter que rares sont les accords prévoyant la conversion d'indemnités financières. On avance le chiffre, au niveau national, de 20%<sup>370</sup>.

Le législateur a donc cherché, à l'évidence, à favoriser une capitalisation individuelle du temps en mettant à la disposition des partenaires sociaux des sources d'alimentation en temps comme en argent diverses et variées. Les accords portés à notre connaissance révèlent une préférence très nette pour l'alimentation en jours de congés ou en jours de repos issus de la réduction de temps de travail. Mentionnée dans la quasi-totalité des accords, cette forme d'épargne se situe loin devant l'abondement par les contreparties des heures supplémentaires retenu dans moins du tiers des accords. Mais il convient de noter que la capitalisation collective n'est pas totalement exclue avec la

<sup>361</sup> C. trav. art. L 227-1, al. 3. Ce report peut se cumuler avec celui prévu à l'article L 122-32-25. Voir *supra* note 350.

<sup>362</sup> C. trav. art. L 227-1, al. 6.

<sup>363</sup> C. trav. art. L 227-1, al. 6.

<sup>364</sup> Mais selon la circulaire n° 2000-3 du 3 mars 2000 (BO Trav. n° 2000/6), il peut s'agir également des jours de repos accordés aux cadres bénéficiant d'un forfait jours (C. trav. art. L 212-15-3). Dans ce cadre particulier, c'est l'accord collectif qui doit fixer les modalités de prise de congés, la loi n'ayant pas imposé une partie à la convenance du salarié et une partie à la convenance de l'employeur. Or pour la plupart, ils prévoient bien une telle répartition. Il faut dire que le forfait jours est réservé de par la loi à certains cadres dit « *autonome* » par opposition aux cadres « *dirigeants* » (exclus de la réglementation sur la durée du travail) et aux cadres « *intégrés* » (v. sur la distinction P.-H. Antonmattéi, « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! », Dr. soc. 1999, p. 996 ; du même auteur, « Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre ! », Dr. soc. 2000, p. 159). Leur accorder des jours de repos à leur convenance apparaît ainsi comme une contrepartie des contraintes d'objectifs ou de résultats qui leur sont par ailleurs imposées.

<sup>365</sup> Les accords de branche observés sont souvent imprécis sur ce point, se contentant pour la plupart de reprendre la formule légale. Quant aux accords d'entreprise, ils fixent fréquemment la proportion à la moitié des jours de repos.

<sup>366</sup> C. trav. art. L 227-1, al. 7.

<sup>367</sup> C. trav. art L 227-1, al. 4. Treizième mois, prime d'assiduité, prime de congé, prime de fin d'année...

<sup>368</sup> C. trav. art L 227-1, al. 4. Intéressement, participation, plan d'épargne d'entreprise.

<sup>369</sup> C. trav. art L 227-1, al. 5.

<sup>370</sup> Etude DARES précit.

possibilité reconnue aux entreprises soumises à des variations de l'activité caractéristiques de prévoir, par accord collectif, une affectation collective des bonifications, majorations ou repos compensateurs de remplacement afférents aux heures supplémentaires effectuées dans l'entreprise<sup>371</sup>. L'utilisation de ces heures peut également suivre les mêmes règles, permettant ainsi à l'entreprise de faire face à des périodes de baisse d'activité, en lui évitant de recourir éventuellement aux chômage partiel. On se situe ici loin du « *temps choisi* » de sorte qu'il semble possible d'affirmer que si le compte épargne temps demeure un outil de maîtrise individuelle de son temps par le salarié, il ne se limite pas à cela<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> C. trav. art. L 227-1, al. 8.

<sup>372</sup> P. Adam, op. cit., n° 307.

## **§2 : L'utilisation de la créance**

Nous ne saurions affirmer que le compte épargne temps permet au salarié de se "fabriquer" du temps pour sa vie personnelle et familiale<sup>373</sup> sans avoir vérifié au préalable que le temps épargné est susceptible d'une utilisation personnelle et non d'une utilisation guidée par l'entreprise (A) et que la créance constituée porte sur du temps et non sur de l'argent (B)<sup>374</sup>.

### **A. Utilisation personnelle ou utilisation d'entreprise ?**

Comme indiqué précédemment, le compte épargne temps repose en principe sur le volontariat du salarié. Ce caractère personnel se retrouve également très présent dans certains des modes d'utilisation du temps épargné.

Ce sera particulièrement le cas lorsque la créance servira à indemniser tout ou partie des congés sans solde, dont le législateur donne une liste non limitative<sup>375</sup>, en se référant au congé parental d'éducation, au congé sabbatique et au congé de création d'entreprise<sup>376</sup>, ou le passage au temps partiel. Une concordance est ici établie entre les modes d'absence ou de réduction d'activité laissés au choix du salarié et leur possibilité de financement qui témoigne de l'idée d'utilisation personnelle.

Concernant les congés sans solde, il est encore à noter que le compte épargne temps pourra être mobilisé pour rémunérer tout congé mis en place dans l'entreprise par un accord collectif existant ou par celui organisant le compte, avec toutefois une durée minimale de 2 mois pouvant être modifiée conventionnellement. Or, dans la plupart des accords portés à notre connaissance, la mise en place du compte épargne temps s'accompagne bien de la création d'un nouveau congé, baptisé *congé pour convenances personnelles* ou *congé pour projets personnels*. Ce congé, à l'intitulé significatif, est parfois assorti d'une durée maximale qui varie de 6 à 12 mois, la durée minimale étant le plus souvent conforme au schéma du législateur<sup>377</sup>. Les formalités requises pour sa mise en œuvre sont quant à elles fréquemment calquées sur celles du congé sabbatique<sup>378</sup>.

Mais si le caractère personnel du compte épargne temps ressort très clairement des modes d'utilisation prévus par les normes légales et conventionnelles, nous ne pouvons manquer de relever des signes forts tendant à démontrer que c'est surtout une utilisation familiale du temps épargné qui est encouragée. Le fait que le congé parental d'éducation figure expressément au rang des congés pouvant être indemnisés constitue sans nul doute un indice. Mais c'est surtout le délai imposé pour la prise de congé qui permet d'illustrer ce propos. Porté de 5 à 10 ans pour les salariés ayant des enfants ou un parent dépendant ou âgé de plus de 75 ans, il atteste que si choix il y a, c'est le choix familial qui prédomine<sup>379</sup>.

Par ailleurs, force est de constater qu'à coté des modes d'utilisation destinés à permettre des choix personnels, une place est laissée pour des choix d'entreprise ou du moins des choix partagés entre le salarié et la structure qui l'emploie. En effet, aux termes de l'article L 227-1, alinéa 10, le compte épargne temps peut servir à rémunérer le temps de formation hors temps de travail, voire même le

<sup>373</sup> Sur les enjeux du compte épargne temps pour la vie familiale du salarié, voir nos développements dans le titre 1, p. 18 et s. et p. 26.

<sup>374</sup> En ce sens, F. Favennec-Héry, op. cit., p. 300.

<sup>375</sup> Par l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ».

<sup>376</sup> C. trav. art. L 227-1, al. 9.

<sup>377</sup> Quelques accords la portent toutefois à 5 ou 6 mois.

<sup>378</sup> Demande écrite, délai de prévenance de 3 mois. Comp. C. trav. art. L 122-32-19.

<sup>379</sup> F. Favennec-Héry, op. cit., p. 301.

passage progressif à la retraite. On a pu écrire, à propos de cette disposition, qu'elle permettait une participation du salarié aux efforts de l'entreprise et que, notamment, elle pouvait entraîner un transfert de la charge de formation<sup>380</sup>. Ce qui est certain, c'est que l'employeur ne peut imposer au salarié une certaine utilisation de ses congés et qu'en cas de formation, même à l'initiative du salarié, il conviendra de s'assurer que la formation prise en charge au titre du compte épargne temps ne relève pas de l'obligation générale de formation de l'employeur<sup>381</sup>.

Enfin, la loi passe radicalement d'une utilisation personnelle à une utilisation collective dans le cadre de l'alinéa 8 précédemment évoqué<sup>382</sup> qui autorise dans les secteurs connaissant des variations d'activités une capitalisation collective pour une utilisation elle-même collective. C'est le choix d'entreprise qui ici se trouve véritablement consacré.

## B. Utilisation en temps ou en argent ?

Nous avons vu que « *l'argent pouvait être du temps* », mais l'inverse est-il possible ? Une réponse positive viendrait contrarier quelque peu la fonction assignée au compte épargne temps qui est certes « *d'épargner* », mais d'épargner du temps.

L'article L 227-1, alinéa 11 laisse le soin aux partenaires sociaux de déterminer « *les conditions de liquidation du compte si le salarié renonce à son congé* ». Si une telle mission leur est confiée, c'est donc bien que la renonciation est autorisée et qu'elle fait, elle aussi, partie des choix ouverts au salarié<sup>383</sup>. Du côté des normes conventionnelles observées, on note que la question de la clôture anticipée du compte épargne temps est fréquemment évoquée et qu'elle est dans tous les cas conditionnée à l'existence d'un motif déterminé dont la liste est précisément arrêtée. Au rang de ces motifs, figure en premier lieu - et l'on ne saurait s'en étonner - le décès du salarié. En pareille situation, il est logique que le temps converti en argent soit versé aux proches du salarié. En revanche, on peut être plus réservé quant aux autres situations visées. Certaines correspondent aux « *difficultés de la vie* » auxquelles le salarié et sa famille peuvent être confrontés. Sont alors visés le décès, la maladie ou l'invalidité du conjoint (et parfois du concubin<sup>384</sup>), le divorce ou la rupture de la vie commune, avec quelquefois une condition supplémentaire liée à la garde des enfants, ou encore la perte de son emploi par le conjoint ou une situation de surendettement du ménage constatée judiciairement.

D'autres sont au contraire liées à des événements familiaux ou personnels ne pouvant s'assimiler à un « *coup dur* » : naissance d'un enfant (en général le troisième), achat ou agrandissement de la résidence principale et même création d'une entreprise par le conjoint. Le point commun à toutes ces situations est sans aucun doute leur traduction en un besoin financier. Si on peut comprendre (et peut être même approuver) la sollicitude dont font preuve les partenaires sociaux en intégrant les circonstances liées à la vie personnelle et familiale les plus difficiles, on ne peut manquer de constater qu'elle conduit tout de même à transformer le compte épargne temps en un instrument d'épargne pur et simple, susceptible d'ailleurs de faire double emploi avec la participation. L'acquisition ou l'agrandissement de la résidence principale est sur ce point particulièrement significatif. Et finalement, l'adage de Benjamin Franklin n'est pas démenti : « *le temps, c'est de l'argent* ».

<sup>380</sup> N. Maggi-Germain, « A propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », Dr. soc. 1999, p. 697.

<sup>381</sup> N. Maggi-Germain, op. cit., p. 697.

<sup>382</sup> Voir *supra* nos développements, p. 93.

<sup>383</sup> F. Favennec-Héry, op. cit., p. 301.

<sup>384</sup> Certains accords parlent même de « *la personne partageant la vie du salarié* ».

En définitive, avec le compte épargne temps, le droit du travail s'est doté d'un nouvel instrument de libération du temps qui présente la particularité de permettre une gestion prévisionnelle de son temps par le salarié (et parfois de gestion prévisionnelle de ses activités par l'entreprise). Selon les cas, il s'agira pour le salarié de se réappropriier le choix du moment et de la durée de ses congés, de l'ampleur de son activité de travail (temps partiel), voire même de son terme (retraite anticipée). Mais sans sécurité peut-il y avoir de véritable liberté ? Le temps n'est vraiment disponible que s'il est prévisible.

## CHAPITRE 2 : LES INSTRUMENTS DE PREVISIBILITE : LA SECURITE DU TEMPS

Comme l'a souligné Jean-Claude Ray, « *régularité et prévisibilité sont les deux mamelles de la vie sociale et familiale* »<sup>385</sup>. La flexibilité du temps de travail est en effet de nature à déposséder le salarié de son temps<sup>386</sup>. Comment le salarié peut-il maîtriser ses temps de vie si la possibilité est donnée à l'employeur de faire varier tant la durée du travail que sa répartition ? Privé de repères, placé dans l'incertitude, il ne peut percevoir son temps global de manière positive et développer de véritables projets. La prévisibilité doit être un instrument au service de la disponibilité.

Or c'est bien en ce sens que ce sont dirigées certaines des évolutions récentes de notre droit du travail. La prévisibilité y a trouvé « *deux modes d'expression* »<sup>387</sup> : des garanties formelles et procédurales (Section 1) et un encadrement des changements, à l'initiative de l'employeur, affectant tant la durée que la répartition initiale du temps de travail (Section 2).

### SECTION 1 : LA SECURITE DU TEMPS PAR LE FORMALISME

Comme il a pu être constaté par un auteur, le droit de la durée du travail n'est pas avare de précisions textuelles<sup>388</sup>. Ce formalisme, particulièrement marqué dans le cadre du contrat de travail à temps partiel, se manifeste tant par des garanties formelles lors de la définition de la durée et de la répartition du temps de travail (§1) que par des garanties procédurales, dès lors que ces éléments sont susceptibles d'être remis en cause (§2). Illustrons ce propos par la présentation des exigences formelles et procédurales les plus significatives.

#### **§1 : Un droit de la durée du travail formel**

Des garanties formelles ont principalement été posées dans le cadre du travail à temps partiel. Il faut dire qu'en ce domaine, l'exigence de prévisibilité a une résonance toute particulière. Comme il a été fort justement noté, « *le temps partiel n'est pas seulement contraint parce qu'il n'a pas été choisi par des personnes souhaitant travailler davantage, il l'est aussi par la flexibilité de son organisation* »<sup>389</sup>. Comment le salarié, qui a précisément choisi le temps partiel pour faciliter la conciliation des différents temps de sa vie, pourrait-il avoir une véritable maîtrise de son temps, si le temps qu'il passe au travail est susceptible de varier au bon vouloir de l'employeur ? On ne s'étonnera donc pas de trouver à l'article L 212-4-3 du Code du travail une réglementation précise et détaillée de la forme du contrat individuel de travail à temps partiel.

---

<sup>385</sup> J.-E. Ray, « Changements d'horaires (à propos de quelques arrêts récents) », Dr. soc. 2001, p. 7.

<sup>386</sup> P. Adam, op. cit., n° 358.

<sup>387</sup> F. Favennec-Héry, op. cit., p. 303.

<sup>388</sup> F. Favennec-Héry, op. cit., p. 303.

<sup>389</sup> M.-L. Morin, « La loi quinquennale, une étape pour le régime juridique du temps de travail », Travail et Emploi n° 73, 1997, p. 221.

C'est d'abord l'exigence d'un écrit qui est posée, que la loi complète par une série de mentions obligatoires, au rang desquelles figurent non seulement la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, mais encore sa répartition entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Cette dernière exigence, qui témoigne bien de ce que la forme du contrat est garante de la prévisibilité, est contrôlée très rigoureusement par la jurisprudence. Un arrêt en date du 12 novembre 1997 est sur ce point particulièrement significatif<sup>390</sup>. Dans cette affaire il fut jugé qu'à défaut d'une telle mention, la salariée avait été mise dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler chaque mois et, en conséquence, dans l'obligation de se tenir à disposition de l'employeur, de sorte qu'elle pouvait prétendre à un rappel de rémunération et à différentes indemnités calculées sur la base d'un temps complet.

La liste des mentions obligatoires a par ailleurs été allongée par la loi du 19 janvier 2000, qui ajoute à l'indication de la répartition de la durée du travail « *les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée de travail sont communiqués par écrit au salarié* ». Il ne fait nul doute que cet ajout a pour finalité de renforcer encore la prévisibilité initiale et que l'on peut compter sur les magistrats pour faire respecter cette mention supplémentaire.

De même, doivent désormais figurer dans le contrat de travail les cas dans lesquels une modification éventuelle de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois pourra avoir lieu, ainsi que la nature de cette modification. Cette dernière exigence, consacrant une solution jurisprudentielle<sup>391</sup>, suppose que soient prévues dès le départ les alternatives qui pourraient se substituer à la répartition initiale. Manifestement une telle contrainte doit permettre au salarié de s'engager en toute connaissance de cause<sup>392</sup>. Pouvant mesurer à l'avance les répercussions potentielles de la mise en œuvre de la clause sur ses autres temps de vie, il se voit offrir ici un nouvel instrument de prévisibilité. Quant à la définition des cas de modification, on peut penser, au regard de la jurisprudence antérieure, qu'une détermination précise sera requise. Les magistrats refusent en effet de donner suite à des stipulations évasives, du type « *lorsque les circonstances le demandent* »<sup>393</sup> ou « *en fonction des nécessités du service* »<sup>394</sup>, en application desquelles l'employeur disposerait d'un pouvoir quasi-discrétionnaire de modifier la répartition de la durée du travail<sup>395</sup>.

Mais les garanties formelles dépassent aujourd'hui le cadre du travail à temps partiel. Certaines dispositions issues de la loi du 19 janvier 2000 concernent des salariés à temps plein et participent également de cet impératif de prévisibilité. On songe ici, par exemple, à l'obligation pour la convention ou l'accord collectif de modulation de prévoir des calendriers pour chacun des services ou ateliers concernés ou pour chaque salarié (en cas de calendriers individualisés), ainsi que les conditions de changements de ces programmes indicatifs<sup>396</sup>. On pense également aux astreintes qui, lorsqu'elles sont mises en place par voie conventionnelle, doivent voir leur mode d'organisation fixé par l'accord<sup>397</sup> et qui, en l'absence d'accord, ne peuvent être organisées par l'employeur qu'après consultation des institutions représentatives du personnel et information de l'inspection du travail.

---

<sup>390</sup> Cass. soc. 12 novembre 1997, Bull. civ., V, n° 362.

<sup>391</sup> Sur cette jurisprudence, voir D. Jourdan, « L'horaire à temps partiel : élément légalement contractuel », TPS 6/1999, p. 6.

<sup>392</sup> M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique de temps choisi ? », Dr. soc. 2001, p. 730.

<sup>393</sup> Cass. soc. 7 juillet 1998, JCP 1998, éd. E, p. 2078, note M. Del Sol.

<sup>394</sup> Cass. soc. 6 avril 1999, RJS 5/99, n° 762.

<sup>395</sup> M. Del Sol, op. cit., p. 731.

<sup>396</sup> C. trav. art. L 212-8.

<sup>397</sup> C. trav. art. L 212-4 bis.

Un formalisme marqué entoure donc la définition du temps de travail et tout ce qui est susceptible de la remettre en cause et ce d'autant plus qu'aux garanties formelles qui viennent d'être présentées, s'ajoutent des garanties procédurales.

## **§2 : Un droit du temps de travail procédural**

Comme nous venons de le voir, la loi favorise la prévisibilité du temps de travail en organisant une information du salarié, par la voie contractuelle ou conventionnelle, sur la définition initiale de la durée et de la répartition de son temps, mais également sur les conditions de son évolution. Consciente du fait que le changement ne peut que perturber la conciliation par le salarié de ses temps de vie, elle double ses exigences formelles de conditions procédurales lors de la mise en œuvre par l'employeur du changement. Ces conditions formelles prennent essentiellement la forme de délais de prévenance qui se retrouvent dans bon nombre de domaines.

C'est tout d'abord le cas du travail à temps partiel pour lequel il est prévu que toute modification de la répartition des horaires (dont le motif et la nature doivent être, rappelons-le, contractuellement prévus) doit être notifiée au salarié 7 jours ouvrés au moins avant la date où elle entrera en vigueur<sup>398</sup>. Ce délai de prévenance peut cependant être réduit dans la limite de 3 jours ouvrés, mais uniquement par convention ou accord de branche étendu et moyennant - la loi l'exige expressément - « *des contreparties apportées au salarié* »<sup>399</sup>. La dérogation est ainsi triplement encadrée : par un délai minimal à respecter, par un niveau de négociation imposé et par une condition mise à la réduction du délai destinée à compenser "l'entorse" à la prévisibilité. On note toutefois que certains accords de branche restent muets sur cette contrepartie, se contentant parfois d'en mentionner le principe sans autre précision<sup>400</sup>.

C'est également un délai de 7 jours ouvrés<sup>401</sup> qui est imposé en cas de changement des horaires dans le cadre de la modulation du temps de travail. Une possibilité de réduction conventionnelle est également prévue mais contrairement à l'hypothèse précédente, aucun niveau de négociation n'a été imposé et aucune limite n'a été fixée. L'article L 212-8 alinéa 7 soumet toutefois cette réduction à deux conditions : d'une part, elle doit être justifiée par « *les caractéristiques particulières de l'activité* » et, d'autre part, « *des contreparties au bénéfice du salarié doivent être prévues* ». Ce sont donc aux partenaires sociaux de la branche ou de l'entreprise qu'il appartiendra de définir l'ampleur de la réduction, sa justification et sa contrepartie. De l'étude des normes conventionnelles, il est possible de tirer plusieurs enseignements. La plupart des accords prévoient un délai réduit à 48 heures ou à 3 jours ouvrés. La justification tient rarement aux caractéristiques de l'activité<sup>402</sup>, mais relève plutôt de circonstances qualifiées « *d'imprévisibles* », de « *particulières* », « *d'exceptionnelles* » ou de « *tout à fait exceptionnelles* ». Parfois, ces circonstances sont davantage précisées : travaux urgents, baisse non prévisible de travail, des commandes ou au contraire, accroissement exceptionnel du travail, commandes nouvelles, force majeure, problème d'approvisionnement... Dans certains accords, deux réductions sont prévues, l'un à 3 ou 4 jours en cas de variation imprévue d'activité et l'autre conduisant à la suppression pure et simple du délai en cas « *de force majeure ou de cas fortuit* »<sup>403</sup>. Quant à la deuxième condition, celle des contreparties, elle est fréquemment oubliée par les négociateurs qui ont pourtant

<sup>398</sup> C. trav. art. L 212-4-3, al. 1.

<sup>399</sup> C. trav. art. L 212-4-4.

<sup>400</sup> Par exemple : Accord de branche Automobile (services).

<sup>401</sup> Parfois porté à 15 jours ou 2 semaines conventionnellement. Par exemple : Accords Notariat Paris et Hauts de Seine, Alimentation (entrepôt), Commerce à prédominance alimentaire.

<sup>402</sup> Voir cependant l'accord de branche Accoupage et sélection de produits avicoles qui se réfèrent aux cycles biologiques en aviculture.

<sup>403</sup> Accord Alimentation (entrepôt), Commerce à prédominance alimentaire ; Accord Bijouterie, joaillerie, orfèvrerie.

l'obligation, imposée par la loi, de négocier sur ce point. Tout juste peut-on en trouver la trace dans quelques rares accords de branche, avec tantôt une contrepartie précise<sup>404</sup>, tantôt une déclaration de principe avec un renvoi à la négociation d'entreprise<sup>405</sup>. Et le constat de carence peut également être établi au niveau de l'entreprise qui, sauf exception remarquable<sup>406</sup>, ne se préoccupe que peu de la compensation de l'imprévisibilité.

Enfin, des délais de prévenance sont également prévus pour la modification des dates fixées pour la prise de repos dans l'hypothèse d'une mensualisation de la réduction de la durée du travail<sup>407</sup>, comme de son annualisation<sup>408</sup>. Dans le premier cas, un délai de 7 jours doit être respecté et ne peut être réduit ; dans le second, le délai est identique mais la réduction redevient possible sans que cette fois la loi n'ait posée de condition. Il est ici à noter que la plupart des accords de branche reprennent pour ce cas de modification, les mêmes délais et justifications (imprécises) que ceux retenus dans le cadre de la modulation.

En définitive, force est de constater que si la préoccupation de créer les conditions d'une certaine prévisibilité des horaires a bien inspiré le législateur, elle apparaît très en repli chez les partenaires sociaux qui mettent fréquemment en place des délais dérogatoires (quand ils ne les suppriment pas purement et simplement), sans les assortir des contreparties que la loi leur donnait pourtant "mandat" de négocier. Voilà qui doit conduire tout observateur de la négociation sur le temps de travail, à bien distinguer, d'une part, ce qu'apporte et impose la loi et, d'autre part, ce qui a été obtenu dans les accords collectifs.

## SECTION 2 : LA SECURITE DU TEMPS PAR L'ENCADREMENT DES CHANGEMENTS

Le changement est l'ennemi de la prévisibilité<sup>409</sup>. Aussi, le législateur a-t-il cherché à ce que les modifications soient annoncées à l'avance, par certaines contraintes formelles et procédurales, afin de permettre au salarié de se réorganiser en conséquence, et ainsi atténuer les perturbations susceptibles de se produire dans sa vie personnelle et familiale.

Mais là ne résident pas les seuls freins au changement. Les modifications seront encore limitées (§1) et pourront même parfois être refusées (§2).

### §1 : Le changement freiné

C'est surtout en matière de temps partiel que l'on trouve les principales limites posées au changement. La première concerne le recours aux heures complémentaires. A l'instar du droit positif relatif aux heures supplémentaires susceptibles d'être accomplis par le salarié à temps complet, il est de jurisprudence constante que l'employeur est seul compétent pour décider s'il y a lieu pour les salariés à temps partiel d'effectuer des heures complémentaires<sup>410</sup>. Ce choix relève de son pouvoir de direction et les heures complémentaires présentent un caractère obligatoire pour le salarié. Cette prérogative patronale est toutefois limitée par certaines garanties légales accordées au

<sup>404</sup> Accord Dentaire : prothésistes et laboratoires de prothèses dentaires : temps de repos de 10 minutes par heure modifiée ou rémunération équivalente ; Accord Import-export (entreprises de commission, de courtage) : au choix de l'employeur en accord avec le salarié une journée en repos supplémentaire ou en rémunération.

<sup>405</sup> Accord confiserie, chocolaterie, biscuiterie, alimentation fine et négociants distributeurs de levure (commerce de gros) qui pose l'exigence d'une contrepartie financière ou en repos « *proportionnelle à la contrainte imposée* », à fixer au niveau de l'entreprise.

<sup>406</sup> Comme cet accord conclu dans la Meuse en 1999 qui accorde comme contrepartie de la modulation et de l'imprévisibilité qu'elle peut entraîner 5 jours de RTT supplémentaires à prendre librement par le salarié.

<sup>407</sup> C. trav. art. L 212-9, I.

<sup>408</sup> C. trav. art. L 212-9 II, al. 2.

<sup>409</sup> F. Favennec-Héry, op. cit., p. 303.

<sup>410</sup> Voir M. Del Sol, op. cit., p. 732.

salarié à temps partiel. Outre l'existence, là encore, d'un délai de prévenance<sup>411</sup> et d'une mention obligatoire dans le contrat de travail<sup>412</sup>, c'est le volume des heures complémentaires pouvant être exigées du salarié qui se trouve encadré. La loi pose en effet une double limite : d'une part, « le nombre d'heures effectuées (...) au cours d'une même semaine (...) ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire (...) de travail prévue au contrat » ; d'autre part, « les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au delà de la durée légale de travail (...) ». Récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser la sanction civile devant s'attacher au non respect de ces règles : « le salarié engagé à temps partiel qui effectue des heures de travail au delà de la limite légale (...) est fondé à réclamer en sus du paiement de ces heures au taux prévu par son contrat de travail, des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par lui du fait de ce dépassement »<sup>413</sup>. En outre, rappelons que la rémunération des heures complémentaires doit comprendre une majoration de 25% dès lors qu'elles excèdent une limite de 10% de la durée initiale. Toutes ces garanties s'analysent en autant de freins au changement du volume d'heures que le salarié à temps partiel consacre à son activité professionnelle.

La seconde limite, déjà évoquée, concerne la répartition de la durée du travail sur la semaine ou sur le mois. Comme nous l'avons vu, le contrat de travail doit obligatoirement faire mention de cette répartition mais également des cas et de la nature de la modification. Une fois ces cas et leur nature contractualisés, ils s'imposent à l'employeur qui ne pourra procéder à aucun changement autre que ceux contractuellement prévus, l'article L 212-4-3 al. 5 du Code du travail énonçant expressément que « lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée de travail alors que le contrat de travail n'a pas prévu les cas et la nature de telles modifications, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement ».

Reste cependant la question du changement des horaires au sein de chaque journée. On sait que renforçant le formalisme du contrat de travail à temps partiel, la loi du 19 janvier 2000 a reconnu au salarié le droit d'obtenir une information préalable écrite sur ses horaires quotidiens de travail. Peut-on y voir une sorte de contractualisation *a posteriori* des horaires quotidiens qui empêcherait alors leur remise en cause unilatérale par l'employeur ? Quelques mois après l'adoption de cette disposition, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer, concernant une employé à temps partiel, que « l'employeur en changeant l'horaire fait usage de son pouvoir de direction »<sup>414</sup>.

Le refus de se voir appliquer le nouvel horaire s'analyse alors en une faute légitimant un licenciement. Mais la Cour de cassation a toutefois posé une réserve : la solution ne vaut qu'en l'état du texte applicable. Or lors des faits, la loi du 19 janvier 2000 n'était pas encore entrée en vigueur. Doit-on en déduire que la solution aurait été différente si l'obligation d'information écrite sur les horaires s'imposait à l'employeur ? Ce qui est certain c'est que si la Cour de cassation était amenée à se prononcer sur des faits similaires aujourd'hui, elle aurait à tenir compte des nouvelles dispositions de l'article L 212-4-3, alinéa 6 qui autorise le salarié à temps partiel à refuser une modification de ses horaires au sein de la journée incompatible avec des obligations familiales impérieuses. Dans l'affaire rapportée, tel était précisément l'un des arguments développés par la salariée qui s'opposait à la suppression de sa pause de midi, qui lui permettait de s'occuper de ses enfants. D'un autre côté, cette disposition semble indiquer qu'en dehors des motifs visés par la

<sup>411</sup> De 3 jours avant la date à laquelle les heures complémentaires sont prévues. C. trav. art. L 212-4-3, al. 4.

<sup>412</sup> C. trav. art. L 212-4-3, al. 2.

<sup>413</sup> Cass. soc. 27 février 2001, avec les observations de B. Gauriau, « La sanctions du dépassement de la limite légale applicable aux heures complémentaires », Dr. soc. 2001, p. 630.

<sup>414</sup> Cass. soc. 17 octobre 2000, Dr. soc. 2001, p. 90, observations J. Savatier ; JCP 2001, éd. E, p. 280, note M. Del Sol.

loi<sup>415</sup>, l'employeur dispose du pouvoir de modifier unilatéralement les horaires, ce qui conduirait à rejeter la thèse de la contractualisation *a posteriori* des horaires. Reste que si une telle thèse venait à trouver un écho positif en jurisprudence, le souci de prévisibilité en sortirait très certainement renforcé<sup>416</sup>.

## **§2 : Le changement refusé**

C'est encore une fois le temps partiel qui constitue le terrain de prédilection pour l'émergence de règles nouvelles, dans le sens d'un renforcement de la prévisibilité, par la reconnaissance de droits au refus du changement au bénéfice du salarié.

Comme nous venons de le voir un certain nombre de limites légales s'appliquent au changement qui ne pourra se produire que dans un cadre déterminé. En dehors de ce cadre, le refus du salarié est légitime et ne pourra s'analyser en une faute, ni constituer un motif de licenciement. La loi nouvelle permet ainsi au salarié de refuser d'effectuer des heures complémentaires non prévues au contrat ou même dans les limites prévues au contrat, lorsque le délai de prévenance n'a pas été respecté<sup>417</sup>. La même faculté lui est encore ouverte lorsque l'employeur entend modifier non plus le volume, mais la répartition de la durée du travail en dehors des conditions prévues au contrat<sup>418</sup>.

Mais la véritable innovation introduite dans le Code du travail par la loi du 19 janvier 2000 réside dans la possibilité offerte au salarié de s'opposer à des changements même prévus au contrat ou relevant du pouvoir de direction de l'employeur. Aux termes de l'article L 212-4-3, al. 6, il est en effet prévu que « *lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définies dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter de changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée. Il en va de même en cas de changement des horaires de travail au sein de chaque journée travaillée qui figure dans le document devant être transmis au salarié (...)* ». Il y a là une véritable entorse à la fois à la force obligatoire du contrat, qui veut que chacune des parties puisse exiger le respect des stipulations contractuelles, et au pouvoir de direction de l'employeur, dont relève en principe le changement des horaires de travail<sup>419</sup>. Comme l'a noté un auteur, le « *temps choisi* » s'oppose ici au temps contractuel<sup>420</sup>.

Ainsi, un véritable droit de résistance a été reconnu au salarié à temps partiel. Ne devrait-il pas être étendu au salarié à temps plein qui voit ses horaires varier ? Rien de semble s'y opposer. Comme l'a remarqué Monsieur Adam, « *on voit mal en effet ce qui pourrait expliquer qu'un salarié embauché pour 34 heures par semaine (c'est à dire à temps partiel) bénéficie d'un droit de refus, alors que celui embauché pour 35 heures (c'est à dire à temps complet) doit se plier - sauf à commettre une faute - aux directives de l'employeur, et cela même si le nouvel horaire perturbe gravement sa vie familiale ou sa vie personnelle. Juridiquement, la dynamique des droits fondamentaux de la personne pousse incontestablement dans le sens de cette extension* »<sup>421</sup>. Il est d'ailleurs à noter que

<sup>415</sup> A coté des obligations familiales impérieuses, on trouve également le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, une période d'activité fixée chez un autre employeur, une activité professionnelle non salariée.

<sup>416</sup> M. Del Sol, op. cit., p. 732.

<sup>417</sup> C. trav. art. L 212-4-3, al. 4.

<sup>418</sup> C. trav. art. L 212-4-3, al. 5.

<sup>419</sup> Cass. soc. 17 octobre 2000, précit.

<sup>420</sup> F. Favennec-Héry, op. cit., p. 298.

<sup>421</sup> P. Adam, op. cit., n° 355.

la récente loi sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes du 9 mai 2001<sup>422</sup> a déjà procédé à une extension du mécanisme sur le terrain du travail de nuit des salariés à temps complet<sup>423</sup>.

**Conclusion** : L'idée de « *temps choisi* » a donc trouvé une consécration juridique en droit du travail au delà de la seule dimension familiale. A côté de mesures ciblées sur l'élément famille, se sont développées toute une série de dispositions tendant à favoriser le choix du temps en général. Mais le temps « *au choix du salarié* » peut permettre le « *temps familial choisi* ». Aussi peut-on affirmer que toutes ces mesures non ciblées participent bien de l'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle.

Sur la question du « *temps choisi* », une distinction doit cependant être opérée entre ce qu'apporte la loi et ce qui a été obtenu dans les conventions et accords collectifs. La négociation sur la réduction du temps de travail, relancée par les lois Aubry, avait en effet été présentée comme une opportunité pour une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale<sup>424</sup>. Elle pouvait être le terrain d'expériences nouvelles attestant de la capacité d'innovation des partenaires sociaux. Or sur ce point particulier, les résultats de notre étude qualitative menée sur le terrain conventionnel apparaissent pour le moins décevants<sup>425</sup>. La plupart des accords d'entreprise se limitent en fait à reprendre les termes de la loi, en les accommodant à la situation concrète de l'entreprise. Il est d'ailleurs significatif de noter que seuls quelques rares accords instaurent une semaine de 32 heures ou de quatre jours de travail et qu'ils relèvent pour la plupart du dispositif mis en place par la loi de Robien. Et que dire de ces accords qui vont jusqu'à omettre certains aspects de la réglementation légale, telles que les contreparties en faveur des salariés ? Identifier la plus value apportée par la négociation collective devient alors une tâche impossible et l'on a le sentiment que les négociateurs ont failli au "mandat" donné par le législateur. Pourtant, la plupart des accords proclamaient dans leur préambule le souci de favoriser les aspirations personnelles des salariés. Déclaration de principe, malheureusement non suivie d'effets dans bon nombre de cas...

---

<sup>422</sup> Loi n° 2001-397.

<sup>423</sup> C. trav. art. L 213-4-2 et L 213-4-3. Voir nos développements p. 53.

<sup>424</sup> P.-L. Rémy, « Réduction du temps de travail et vie familiale », Dr. soc. 1999, p. 1013.

<sup>425</sup> Constat également formulé par une étude menée sur la Région Aquitaine. Voir I. Daugareilh, P. Iriart, V. Lacoste, « Le contenu des accords d'entreprise sur les 35 heures (observations à partir d'une analyse de 300 accords signés en Aquitaine », op. cit., p. 280.

## **PLAN DETAILLE**

### **INTRODUCTION GENERALE**

#### **I - LA PRISE EN COMPTE EXPLICITE DE LA VIE DE FAMILLE DANS LES NORMES LEGALES ET CONVENTIONNELLES DU TRAVAIL : LE TEMPS FAMILIAL CHOISI**

##### **CHAPITRE 1 : LA PRIORITE DONNEE AU SALARIE-PARENT**

###### **SECTION 1 : UNE PRISE EN COMPTE IMPORTANTE DES RELATIONS PARENTS-ENFANTS : LA RECONNAISSANCE DANS L'ENTREPRISE DES FONCTIONS PARENTALES**

**§ 1** : L'importance quantitative des dispositions s'adressant au salarié parent

A) Le constat de l'importance quantitative des dispositions s'adressant au salarié-parent

B) Un constat révélateur de la place privilégiée occupée par la petite enfance

1°) Le constat de l'intérêt pour la petite enfance

2°) Le constat d'un certain désintérêt pour l'enfance et l'adolescence

**§ 2** : L'importance qualitative des dispositions s'adressant au salarié-parent : la mise en œuvre de l'exigence de continuité

A) Les manifestations de la continuité pendant le congé parental d'éducation

1°) La nécessité d'une protection contre le licenciement

2°) La rémunération du congé parental : la nécessité d'une continuité

B) Les manifestations de la continuité à l'issue du congé parental d'éducation

1°) Des garanties de retour à l'emploi

a) Le droit au réemploi immédiat

b) Le droit à un emploi identique ou similaire

c) Le droit à une action de formation professionnelle

2°) Des garanties liées à l'ancienneté

###### **SECTION 2 : UNE PRISE EN COMPTE LIMITEE DES AUTRES RELATIONS FAMILIALES DU SALARIE : LA PERSPECTIVE D'UNE EVOLUTION**

**§ 1** : Une certaine indifférence à l'égard du couple ...

A) Le salarié conjoint

B) Vers une assimilation du salarié concubin

**§ 2** : ... Et à l'égard du cercle familial étendu au delà du foyer

A) Les congés pour événements familiaux : une prise en compte limitée du cercle familial étendu au-delà du foyer

B) Le congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie : une étape vers une prise en compte plus importante du cercle familial élargi

## **CHAPITRE 2 : LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE L'INTERCHANGEABILITE DES ROLES FAMILIAUX MASCULIN ET FEMININ**

### **SECTION 1 : L'INTERCHANGEABILITE DE L'ACTIVITE DOMESTIQUE ET EDUCATIVE**

§ 1 : L'interchangeabilité consacrée formellement : l'adoption de règles asexuées

- A) L'abandon progressif des références à la division traditionnelle des rôles dans le ménage
- B) Une œuvre en voie d'achèvement par la reconnaissance d'un droit égal à une vie familiale

§2 : L'application sexuée de règles asexuées

### **SECTION 2 : L'INTERCHANGEABILITE DE LA FONCTION NOURRICIERE**

§ 1 : Le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes : l'abandon de toute définition a priori de la répartition des rôles

§2 : La mise en œuvre du principe : des progrès pour une plus grande effectivité

- A) Vers une nouvelle démarche probatoire
- B) La notion de travail de valeur égale

## **II - LA PRISE EN COMPTE IMPLICITE DE LA VIE DE FAMILLE DANS LES NORMES LEGALES ET CONVENTIONNELLES DU TRAVAIL : LE TEMPS AU CHOIX DU SALARIE**

### **CHAPITRE 1 : LES INSTRUMENTS DE DISPONIBILITE : LA LIBERTE DU TEMPS**

#### **SECTION 1 : LA LIBERTE DU TEMPS POUR LE PRESENT**

§1 : Le pouvoir de détermination du salarié sur la durée de son temps de travail

- A) L'existence d'un droit individuel et général au temps partiel
- B) La réversibilité

§2 : Le pouvoir de détermination du salarié sur l'aménagement de son temps de travail

- A) Les horaires individualisés
- B) Les perspectives supplémentaires offertes par la réduction du temps de travail

#### **SECTION 2 : LA LIBERTE DU TEMPS POUR L'AVENIR**

§1 : L'acquisition d'un droit de créance

- A) Les conditions de mise en place du compte épargne temps
- B) Les conditions d'alimentation du compte épargne temps

§2 : L'utilisation de la créance

- A) Utilisation personnelle ou utilisation d'entreprise ?
- B) Utilisation en temps ou en argent ?

### **CHAPITRE 2 : LES INSTRUMENTS DE PREVISIBILITE : LA SECURITE DU TEMPS**

#### **SECTION 1 : LA SECURITE DU TEMPS PAR LE FORMALISME**

§1 : Un droit de la durée du travail formel

§2 : Un droit de la durée du travail procédural

## **SECTION 2 : LA SECURITE DU TEMPS PAR L'ENCADREMENT DES CHANGEMENTS**

§1 : Le changement freiné

§2 : Le changement refusé

## LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<b>aff.</b>	Affaire
<b>al.</b>	Alinéa
<b>art.</b>	Article
<b>BO Trav.</b>	Bulletin officiel du ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle
<b>Bull. civ.</b>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<b>Bull. crim.</b>	Bulletin criminel de la Cour de cassation
<b>C. civ.</b>	Code civil
<b>C. pén.</b>	Code pénal
<b>C. trav.</b>	Code du travail
<b>C. séc. soc.</b>	Code de la sécurité sociale
<b>C. app.</b>	Cour d'appel
<b>Cass. crim.</b>	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<b>Cass. soc.</b>	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<b>CCN</b>	Convention collective nationale
<b>CERIT</b>	Centre d'Etude et de Recherche de l'Institut Régional du travail
<b>CJCE</b>	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
<b>coll.</b>	Collection
<b>D.</b>	Recueil Dalloz
<b>dir.</b>	Direction
<b>Dr. ouvrier</b>	Droit ouvrier
<b>Dr. soc.</b>	Droit social
<b>éd.</b>	Edition(s)
<b>fasc.</b>	Fascicule
<b>in</b>	Dans
<b>infra</b>	Ci-dessous
<b>J.-Cl. trav.</b>	Juris-classeur travail
<b>JCP</b>	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
<b>- éd. G, E</b>	édition générale, entreprise
<b>JOCE</b>	Journal officiel des communautés européennes
<b>JSL</b>	Jurisprudence sociale Lamy
<b>n°</b>	Numéro
<b>op. cit.</b>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
<b>p.</b>	Page
<b>préc.</b>	Précité
<b>Rec.</b>	Recueil de la Cour de justice des communautés européennes
<b>RJS</b>	Revue de jurisprudence sociale
<b>RPDS</b>	Revue pratique de droit social
<b>RRJ</b>	Revue de recherche juridique
<b>s.</b>	Et suivants
<b>spéc.</b>	Spécialement
<b>supra</b>	Ci-dessus
<b>TPS</b>	Travail et protection sociale
<b>V.</b>	Voir
<b>Vol.</b>	Volume
<b>§</b>	Paragraphe

## BIBLIOGRAPHIE

### THESES, MEMOIRES, RAPPORTS

#### A

P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation du salarié-individu*, Thèse, Nancy 2, 2001

#### B

J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail*, Bibliothèque du Droit du travail et de la Sécurité sociale, Tome 6, Sirey, 1980

#### C

G. Cette, *Le travail à temps partiel en France*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, n° 19, La documentation Française, 1999

Conseil d'Analyse Economique (CAE), *Egalité entre hommes et femmes : aspects économiques*, n° 15, La Documentation française, 1999

#### E

P. Etiennot, *La formation professionnelle dans le contrat de travail*, Thèse, Nancy II, 1994

#### F

S. Folgringer-Foucault, *L'aménagement du temps de travail : contribution aux rapports entre l'individuel et le collectif*, Thèse, Paris X-Nanterre, 1990, 2 tomes

#### G

T. Gagniane, R. Méhul, A. Plantin, *Mariage et concubinage*, Mémoire, Centre national d'études supérieures de sécurité sociale, 1996

A. Gardin, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, Thèse Nancy 2, 2000

#### O

OREFQ, *Femmes actives en Lorraine*, mai 2001

### OUVRAGES

#### A

C. Aubin, H. Gisserot, *Les femmes en France 1985-1995*, La documentation française, 1995

#### B

A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, Litec, 10<sup>ème</sup> éd., 2001

A. Bihr, R. Pfeffenkorn, *Hommes/Femmes, L'introuvable égalité*, Les éditions de l'Atelier/Éditions ouvrières, 1996, p. 76.

#### C

M. Chauvière, M. Sassier, B. Bouquet, R. Allard, B. Ribes (dir.), *Les implicites de la politique familiale*, éd. Dunod, 2000.

#### D

F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, coll. Connaissance du droit, Droit privé, Dalloz, 1999

M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail sous la direction de G.-H. Camerlinck, Tome 7, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1989

O. Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes*, Seuil, 1978

## G

A.-M. Gilles, *Le couple en droit social*, coll. Droit civil, série Etudes et Recherches, Economica, 1997

T. Grumbach, L. Pina (dir.), *35 heures. Négocier les conditions de travail*, Les éditions de l'Atelier/Éditions ouvrières, 2000

## H

L. Hantrais, M.-T. Letablier, *La relation famille-emploi, Une comparaison des modes d'ajustement en Europe*, Centre d'études de l'emploi, Dossier 6, 1995

## J

M.-T. Join-Lambert, A. Bolot-Gittler, C. Daniel, D. Lenoir, D. Méda, *Politiques sociales*, Presses de sciences po et Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1997

## K

J.-P. Kaufmann, *Sociologie du couple*, PUF, 1993

C. Kerbrat-Orecchioni, *L'implicite*, coll. U linguistique, Armand Colin, 1998

## M

F. Meyer, E. Triby (dir.), *Temps de travail, temps de vie*, PU Strasbourg, 2000

## P

J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, précis Dalloz, 20<sup>ème</sup> éd., 2000

## R

P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 1998

## S

R. Silvera, N. Sonac, D. Anxo, M. Johansson, *Les discriminations salariales entre hommes et femmes : le salaires des femmes toutes choses inégales*, La documentation française, 1996

A. Supiot (dir.), *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999

## T

B. Teyssié (dir.), *La personne en droit du travail*, coll. Droit privé, Editions Panthéon Assas, 1999

I. Théry, *Couple, filiation, et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998

## CHRONIQUES ET ARTICLES

### A

C. Ahumada, « Les congés légaux pour élever un enfant », RPDS 1990, n° 547, p. 347

P.-H. Antonmattéi, « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! », Dr. soc. 1999, p. 996

P.-H. Antonmattéi, « Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre ! », Dr. soc. 2000, p. 159

### B

J. Barthélémy, G. Cette, « Le développement du temps vraiment choisi », Dr. soc. 2002, p. 135

J. Bué, « Temps partiel des femmes : entre choix et contraintes », Premières Informations et Premières Synthèses, DARES, n° 08.2, février 2002

P. Battistini, « L'égalité des rémunérations au regard de la jurisprudence de la CJCE », RRJ 2001-1, p. 301

U. Björnberg, « Définir et concilier la famille et l'emploi en Suède », in L. Hantrais, M.-T. Letablier, *La relation famille-emploi, Une comparaison des modes d'ajustement en Europe*, Centre d'études de l'emploi, Dossier 6, 1995, p. 82

C. Boudineau, « L'enfant et le droit social », *Petites affiches* 1995, n° 53, p. 132

J. Boulouis, « La fonction normative de la jurisprudence », *Dr. soc.* 1989, p. 524

## C

Y. Chalaron, « Conventions et accords collectifs », *J.-Cl. trav.*, fasc. 19-10, 1995, n° 16

D. Corrignan-Carsin, « A propos du congé parental d'éducation : portée de la suspension légale du contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 728

## D

I. Daugareilh, P. Iriart, V. Lacoste, « Le contenu des accords d'entreprise sur les 35 heures (observations à partir d'une analyse de 300 accords signés en Aquitaine », *Dr. ouvrier* 2001, p. 286

N. Dedessus-Le-Moustier, « Les fonctions du compte épargne temps », *Dr. soc.* 1998, p. 547

M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique de temps choisi », *Dr. soc.* 2001, p. 728

M. Despax, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p. 187

F. Diesse, « De l'évolution de la règle de l'égalité des rémunérations », *Semaine sociale Lamy*, n° 994 et 995, 11 et 18 septembre 2000, p. 7

## F

J. Fagnani, « L'allocation parentale d'éducation : effets pervers et ambiguïtés d'une prestation », *Dr. soc.* 1995, p. 287

J. Fagnani, « Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de « conciliation » travail/famille : bref bilan critique », Annexe 5 au rapport à la ministre de L'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la justice fait par I. Théry, *Couple, filiation, et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998, p. 347

J. Fagnani, « La politique d'accueil de la petite enfance en France : ombres et lumières », *Travail, genre et sociétés* 6/2001, p. 117

F. Favennec-Hey, « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Dr. soc.* 1985, p. 172

F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2000, p. 295

S. Foulon, « Allocation parentale d'éducation : le revers de la médaille », *Problèmes économiques* n° 2.624, 7 juillet 1999, p. 22

## G

B. Gauriau, « La sanctions du dépassement de la limite légale applicable aux heures complémentaires », *Dr. soc.* 2001, p. 630.

P. Guerder, « La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.* 1995, p. 447

## H

M. Henry, « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », *Dr. ouvrier* 1997, p. 401

## J

D. Jourdan, « L'horaire à temps partiel : élément légalement contractuel », *TPS* 6/1999, p. 6.

## K

Y. Knibiehler, « Implicites de la mère au foyer », in M. Chauvière, M. Sassier, B. Bouquet, R. Allard, B. Ribes (dir.), *Les implicites de la politique familiale*, éd. Dunod, 2000, p. 236

## L

- M.-T. Lanquetin, « De l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, à propos d'un projet de loi », *Dr. soc.* 1983, p. 238
- M.-T. Lanquetin, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, p. 435
- M.-T. Lanquetin, « Egalité de traitement et discrimination entre les hommes et les femmes », *Action juridique*, n° 125, juillet 1997, p. 10
- Y. Leroy, « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes », *Dr. ouvrier* 2001, p. 229
- P. Lhernould, « Un employeur peut-il s'opposer à la demande d'une de ses salariées de travailler la nuit ? », *Dr. soc.* 1999, p. 128
- M-T. Letablier, « L'égalité entre les sexes, un enjeu européen », Quatre pages, Centre d'Etude de l'Emploi, n° 46, juillet 2001
- L. Leveneur, « Vie privée et familiale et vie professionnelle » in B. Teyssié (dir.), *La personne en droit du travail*, coll. Droit privé, Editions Panthéon Assas, 1999, p. 31
- J.-F. Lusseau, « Vie maritale et droit de la Sécurité sociale », *D. soc.* 1980, p. 203
- A. Lyon-Caen, « De l'égalité de traitement en matière salariale », *Dr. soc.* 1996, p. 1013

## M

- N. Maggi-Germain, « A propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 1999, p. 692
- C. de Marguerye, « Les juges français et la discrimination sexuelle », *Dr. soc.* 1983, p. 119
- P. Martin, « Droit social et discriminations sexuelles : à propos des discriminations générées par la loi », *Dr. soc.* 1996, p. 441
- D. Méda, « Les femmes peuvent-elles changer la place du travail dans la vie ? », *Dr. soc.* 2000, p. 467.
- M. Miné, « Le nouveau regard des juges français sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes », *Dr. ouvrier* 1998, p. 1
- M. Miné, « L'horaire de travail », *Dr. ouvrier* 2000, p. 412
- M. Miné, « Le droit de mener une vie familiale normale », in T. Grumbach, L. Pina (dir.), *35 heures. Négocier les conditions de travail*, Les éditions de l'Atelier/Editions ouvrières, 2000, p. 169.
- F. Monéger, « La politique familiale », *RD sanit. soc.* 1996, p. 765
- F. Monéger, « Un droit asexué », in M. Chauvière, M. Sassier, B. Bouquet, R. Allard, B. Ribes (dir.), *Les implicites de la politique familiale*, éd. Dunod, 2000, p. 255
- M.-A. Moreau, « La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins », *Dr. soc.* 1989, p. 541
- N. Morel, « Politique sociale et égalité entre les sexes en Suède », *Recherches et prévisions* n° 64, 2001, p. 65
- M.-L. Morin, « La loi quinquennale, une étape pour le régime juridique du temps de travail », *Travail et Emploi* n° 73, 1997, p. 221

## N

- C. Neirinck, « Suspension du contrat, Régime particulier : congé parental d'éducation », *J.-Cl. trav.*, fasc. 28-16, 1994
- R. Nerson, « Le travail ménager de la femme mariée », in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, 1974, p. 409
- G. Neyrand, « Savoirs et normes sociales en matière de petite enfance », *Recherches et prévisions*, n° 57-58, 1999, p. 3

**P**

J. Pélissier, « Les horaires individualisés », *Dr. soc.* 1981, p. 554

**R**

J.-E. Ray, « Changement d'horaire (à propos de quelques arrêts récents) », *Dr. soc.* 2001, p. 9

P.-L. Rémy, « Réduction du temps de travail et vie familiale », *Dr. soc.* 1999, p. 1012

E. Renaudat, « Les salariés en congé parental », *Recherches et prévisions*, n° 32, 1993

D. Rossi, « Emploi des femmes et mixité », *Dr. soc.* 1987, p. 155

J. Rubellin-Devichi, « La condition juridique de la famille de fait en France », *JCP* 1986, éd. G, I, 3241

**S**

R. Saada, « La non discrimination homme/femme », *Dr. ouvrier* 2001, p. 207

C. Sachs-Durand, « La réduction du temps de travail et les droits fondamentaux du salarié », in F. Meyer, E. Triby (dir.), *Temps de travail, temps de vie*, PU Strasbourg, 2000, p. 99

J. Savatier, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », *Dr. soc.* 1990, p. 466

J. Savatier, « La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche », *Dr. soc.* 1999, p. 146

A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 25

A. Supiot, « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stœckel) », *Dr. soc.* 1992, p. 382

F. Taquet, « La loi relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 » *JCP* 2001, éd. G., p. 1145

**T**

A. Teissier, « Le nouveau régime du travail de nuit », *JCP* 2002, éd. E, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 2, p. 1

G. de Terssac, A. Flautre, C. Thebaut, « Le compte épargne-temps (CET) : mise en œuvre et utilisation », *RFAS* juillet-septembre 1998, p. 43

**U**

V. Ulrich, « Le temps partiel subi diminue depuis 1998 », *Premières Informations et Premières Synthèses*, DARES, n° 42.2, octobre 2001

**V**

G. Vachet, « Concubinages et vie maritale dans le droit de la sécurité sociale », in *Les concubinages*, CNRS, 1986, p. 185

G. Vallée, « La notion d'ancienneté en droit du travail français », *Dr. soc.* 1992, p. 871

**W**

P. Waquet, « Tableau de la jurisprudence de la chambre sociale sur les horaires de travail », *SSL* n° 1019, 12 mars 2001, p. 6

P. Waquet, « Les objectifs », *Dr. soc.* 2001, p. 120

## NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES

### B

E. Blary-Clément, obs. C. app. Paris 19 mai 1992, D. 1993, somm., p. 127

### C

D. Corrignan-Carsin, note sous Cass. soc. 16 décembre 1998, JCP, éd. G, II, 10034

G. Couturier, obs. sous Cass. soc. 12 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 423

### D

N. Damas, note sous Cass. soc. 9 octobre 2001, D. 2002, jp, p. 1234

M. Del Sol, note sous Cass. soc. 7 juillet 1998, JCP 1998, éd. E, p. 2078

M. Del Sol, note sous Cass. soc. 17 octobre 2000, JCP 2001, éd. E, p. 280

P. Dondoux, conclusions sous Conseil d'Etat, 8 décembre 1978, Dr. soc. 1979, p. 57

### G

F. Granet-Lambrechts, obs. C. app. Paris 19 mai 1992, D. 1993, somm., p. 47

### L

M.-T. Lanquetin, observations sous Cass. soc. 12 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 527

### M

M.-A. Moreau, obs. sous CJCE 25 juillet 1991, Dr. soc. 1992, p. 174

### P

C. Pettiti, note sous CJCE 2 août 1993, D. 1993, jp, p. 578

### S

J. Savatier, obs. sous Cass. soc. 24 novembre 1976, Dr. soc. 1978, p. 132

J. Savatier, obs. sous Cass. crim. 22 juin 1977, Dr. soc. 1977, p. 132

J. Savatier, obs. sous Cass. soc. 17 octobre 2000, Dr. soc. 2001, p. 90.