



14/01/2021 | SOCIAL | Exécution du contrat de travail

Tribune - Parent et salarié : focus sur les apports de 2020

Protection de l'emploi, égalité de rémunération, congés, etc. Avocat associé chez BG2V Avocats, Marie Content passe en revue l'actualité législative et jurisprudentielle relative à la protection du parent salarié.



- Marie CONTENT, Avocat associé, cabinet BG2V

1. Il est sans doute trop tôt pour dire si le confinement et la crise sanitaire que nous avons connus en 2020 auront un impact favorable sur le nombre de naissances ou si au contraire ils auront convaincu certains salariés, confinés et en télétravail avec leurs enfants en bas âge, de renoncer à leur projet.

Il n'en demeure pas moins que pendant cette période, le législateur d'une part et les juridictions d'autre part ont complété et précisé les normes en vigueur relatives à la protection des salariés à l'occasion de la naissance de leurs enfants.

Les employeurs devront donc composer en 2021 avec de nouvelles obligations et tenir compte des précisions apportées par les juges quant à cette protection.

Protection des mères salariées

2. Le Code du travail n'envisage que très peu le « *parent salarié* ». Historiquement, ce sont les femmes que le législateur a entendu protéger. Avec l'évolution des mentalités quant au rôle du père, l'essor du droit européen et sous l'angle du principe d'égalité, les hommes ont progressivement acquis des droits en leur qualité de père. Il en résulte que les droits sont accordés soit à la mère, soit au père distinctivement, soit à tout salarié de manière générale.

Etat des lieux

3. Une salariée peut prendre un **congé de maternité** d'une **durée** minimale de 16 semaines (C. trav. art. L 1225-17). Le droit français est ainsi en conformité avec la réglementation européenne qui impose une durée minimale de 14 semaines. S'il avait été envisagé en 2010 au niveau européen d'étendre cette disposition à 20 semaines indemnisées, cette mesure a été refusée. Les pays européens craignaient les effets néfastes d'un tel éloignement des femmes du monde du travail et avançaient qu'une répartition plus équitable des congés entre le père et la mère serait à privilégier.

Une salariée en état de grossesse médicalement constaté bénéficie **d'une protection contre le licenciement** jusqu'à l'expiration d'une période de 10 semaines après la fin de son congé maternité. Cette protection est absolue pendant son congé maternité et relative pendant le reste de la période. Elle ne peut alors faire l'objet d'un licenciement que s'il est justifié par une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou l'impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement (C. trav. art. L 1225-4)

A son retour, la salariée doit retrouver le poste et les conditions de travail dont elle bénéficiait avant son congé maternité ainsi que son salaire, augmenté des éventuelles majorations dont les autres salariés ont pu bénéficier pendant son absence (C. trav. art. L 1225-26).

C'est dans ce cadre que plusieurs précisions ont été apportées cette année par la jurisprudence.

Sur la notion d'actes préparatoires au licenciement

4. L'article L 1225-4 du Code du travail, interprété à la lumière de l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992, interdit à un employeur non seulement de notifier un licenciement, quel qu'en soit le motif, pendant le congé de maternité, mais également de prendre des mesures préparatoires au licenciement pendant cette période (CJCE 11-10-2007 Aff. 460/06 : RJS 2/08 n° 239).

5. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger que ne constituaient pas des mesures préparatoires justifiant l'annulation du licenciement :

- les **propositions de postes** faites à une salariée en raison d'une réorganisation de l'entreprise (Cass. Soc. 10-2-2016 n°14-17.576 F-D : RJS 4/16 n° 238) ;

- les **propositions de reclassement** préalables à un licenciement économique (Cass. soc. 14-9-2016 n° 15-15.943 FS-PB : RJS 11/16 n° 685).

À l'inverse, elle a jugé qu'était nul le licenciement prononcé après le congé maternité mais **annoncé** pendant celui-ci (Cass. soc. 1-2-2017 n° 15-26.250 F-D : RJS 4/17 n° 253) ou se traduisant par le **remplacement définitif** de la salariée à son poste pendant son absence (Cass. soc. 15-9-2010 n° 08-43.299 FS-PBR : RJS 11/10 n° 841).

Aux termes d'un arrêt rendu le 6 novembre 2019, la Cour de cassation a jugé que la **collecte** par l'employeur, pendant le congé maternité de la salariée, d'**attestations** invoquant l'insuffisance professionnelle motivant la rupture de son contrat de travail notifié après l'expiration de la période de protection, n'est pas une mesure préparatoire au licenciement (Cass. soc. 6-11-2019 n° 18-20.909 F-D : RJS 1/20 n° 9).

6. La logique qui pourrait se dégager de cette **construction jurisprudentielle** est que constitue un acte préparatoire prohibé le fait attestant que la décision de licencier la salariée a été effectivement prise par l'employeur pendant le congé maternité.

Sur le maintien du salaire pendant le congé maternité

7. La Cour de cassation a eu l'occasion de compléter en 2020 sa jurisprudence sur l'éligibilité d'une salariée en congé maternité au versement d'éléments variables de rémunération avec deux approches qui peuvent sembler contradictoires.

8. Saisie sous l'angle de la **discrimination**, la Cour de cassation a jugé aux termes d'un arrêt du 18 mars 2020 qu'une salariée ne peut revendiquer le maintien, pendant son congé de maternité et son congé parental, d'un **bonus discrétionnaire** déterminé chaque année par la direction de la société en fonction des résultats de ladite société, du groupe à laquelle la société appartient et de la contribution personnelle de la salariée à la bonne marche de la société (Cass. soc. 18-3-2020 n° 18-20.614 F-D).

Cet arrêt confirme la position adoptée par la Cour de cassation en 2018. Elle avait alors jugé qu'une salariée n'est pas victime de discrimination si du seul fait de son congé maternité, elle n'a pas perçu une **prime**, dès lors que celle-ci est expressément subordonnée à la participation effective à une activité de l'entreprise et répond à des critères d'attribution **objectifs**, mesurables et licites (Cass. soc. 19-9-2018 n° 17-11.618 FS-PB : RJS 11/18 n° 673).

La Haute Juridiction conclut donc à l'absence de discrimination quand le critère du versement des éléments variables est la contribution personnelle ou la participation effective de la salariée et ce, même si elle en a été empêchée par son congé maternité.

9. En revanche, sous l'angle des **modalités de calcul du maintien de salaire** à la charge de l'employeur pendant le congé maternité, des demandes similaires ont reçu un accueil favorable.

Les indemnités journalières versées par la sécurité sociale aux salariées en congé maternité sont fréquemment complétées par un maintien de salaire mis à la charge des employeurs par les **conventions collectives** dont ils relèvent.

Dans un cas d'espèce soumis à la Cour de cassation le 25 novembre 2020, la convention collective Syntec était applicable. Or, elle prévoit le « *maintien intégral des appointements mensuels* » en cas de congé maternité. L'employeur n'avait

maintenu que la rémunération mensuelle fixe de la salariée. Cette dernière s'estimait en droit de prétendre au maintien de la part variable de sa rémunération, c'est-à-dire sa prime liée à l'atteinte d'objectifs annuels.

La Cour de cassation lui a donné gain de cause, estimant que par « *maintien intégral des appointements mensuels* » il fallait entendre non seulement la rémunération fixe mais également la rémunération variable (Cass. soc. 25-11-2020 n° 19-12.665 F-PB : RJS 2/21 n° 85).

Cet arrêt s'inscrit dans la lignée d'une précédente décision du 5 juin 2019 aux termes de laquelle le terme « *salaires pleins* » de la convention collective des sociétés financières, a été analysé comme visant à la fois la part fixe et la part variable du salaire (Cass. soc. 5-6-2019 n° 18-12.862 FS-PB : RJS 8-9/19 n° 494).

10. Si désormais le **fondement** sur lequel formuler une demande de rappel de salaire variable afférent à une période de congé maternité semble plus évident, c'est loin d'être le cas s'agissant du mode de calcul de ce salaire variable, particulièrement lorsqu'il dépend de l'atteinte d'objectifs nécessairement impactés par l'absence de la salariée.

Sur les congés supplémentaires réservés aux mères

11. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a apporté un nouvel éclairage sur les congés supplémentaires réservés aux mères par une **convention collective** (CJUE 18-11-2020 aff. 463/19 : RJS 2/21 n°124)

En l'espèce, un employé de la CPAM souhaitait bénéficier d'un congé supplémentaire prévu par la convention collective nationale du personnel des organismes de sécurité sociale. L'article 46 de ladite convention précise en effet que « *l'employée qui élève elle-même son enfant a droit successivement :*

- à un congé de trois mois à demi-traitement ou à un congé d'un mois et demi plein traitement ;
- à un congé sans solde d'un an ».

Ce congé supplémentaire a été refusé à un salarié de sexe masculin au motif que la convention **ne visait que « l'employée »**. Pour le salarié, il s'agissait d'une discrimination directe en raison de son sexe.

La CJUE n'a pas eu la même analyse. Dans son arrêt, la Cour rappelle, tout d'abord, que la directive « principe d'égalité entre hommes et femmes » interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail (Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5-7-2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail : JO 2006, L 204, p. 23).

La Cour précise cependant que, après l'expiration du congé légal de maternité, un État membre peut réserver à la mère de l'enfant un congé supplémentaire lorsque ce dernier vise celle-ci, non pas en sa qualité de parent, mais au regard tant des **conséquences de la grossesse** que de sa **condition de maternité**. En effet, un tel congé supplémentaire peut être destiné à assurer la protection de la condition biologique de la femme ainsi que des rapports particuliers qu'elle entretient avec son enfant au cours de la période postérieure à l'accouchement.

Elle en conclut que la directive « principe d'égalité entre hommes et femmes » ne s'oppose pas à une convention collective nationale qui réserve aux travailleuses élevant elles-mêmes leur enfant le droit à un congé après l'expiration du congé légal de maternité, à la condition que ce congé supplémentaire vise la protection des travailleurs de sexe féminin au regard tant des conséquences de la grossesse que de leur condition de maternité, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, en prenant en compte, notamment, les conditions d'octroi dudit congé, les modalités et la durée de celui-ci ainsi que le niveau de protection juridique qui y est afférent.

Sur l'installation d'un local d'allaitement

12. Disposition méconnue, l'article L 1225-32 du Code du travail dispose que « *tout employeur employant plus de cent salariées peut être mis en demeure d'installer dans son établissement ou à proximité des locaux dédiés à l'allaitement* ».

C'est cette disposition qui était invoquée dans un arrêt rendu le 25 novembre 2020 par la Cour de cassation.

En l'espèce, un syndicat avait mis en demeure l'employeur de mettre en place ce local et se confrontait au refus de l'entreprise de s'exécuter. La Cour de cassation donne raison à l'employeur et considère que la mise en demeure ne peut émaner que de l'inspection du travail. Pour cela, elle s'est fondée sur l'article R 4721-5 du Code du travail qui vise le local

dédié à l'allaitement parmi les dispositions pouvant donner lieu à une mise en demeure de l'inspecteur du travail et du contrôleur du travail (Cass. soc. 25-11-2020 n° 19-19.996 FS-PB : RJS 2/21 n° 73).

Protection des pères salariés

Le congé paternité

13. Définitivement adoptée le 30 novembre 2020, la loi de financement de sécurité sociale (LFSS) pour 2021 **allonge** le congé de paternité et d'accueil de l'enfant et le rend pour partie obligatoire (Loi 2020-1576 du 14-12-2020 : art. 73 : FRS 24/20 inf. 12 p. 23) . Ces dispositions entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2021.

14. **A compter de** cette date, le congé paternité passera de 11 jours à 25 jours calendaires (C. trav. art. L 1225-35). Compte tenu du congé de naissance de trois jours ouvrables prévu par l'article L3142-4, le père bénéficiera au global des deux congés, d'un droit minimum de 28 jours (35 jours en cas de naissances multiples).

Ainsi, la France respecte largement les règles issues du droit de l'Union européenne, obligeant ses Etats membres à mettre en place un congé paternité de 10 jours minimum avant 2022. Pour autant, la France reste bien loin derrière l'Espagne qui a atteint 12 semaines de congé paternité ou encore la Finlande qui accorde 9 semaines.

15. Plus novateur encore, le congé paternité comportera **une part obligatoire**, couvrant 4 jours de congé de paternité consécutifs adossés au congé de naissance : 3 jours, sauf durée plus élevée fixée par accord collectif (C. trav. art. L 1225-35-1).

L'employeur aura ainsi l'obligation de placer le salarié en congé au moins pour cette durée, même si l'intéressé ne dépose pas de demande ou le fait sans respecter le délai de prévenance. Le congé de naissance commencera à courir, au choix du salarié, le jour de la naissance de l'enfant ou le premier jour ouvrable qui suit.

16. La loi précitée n'a pas modifié l'indemnisation due au titre du congé paternité. Le salarié qui en bénéficie continuera donc à percevoir des indemnités journalières de sécurité sociale, l'employeur n'ayant l'obligation de maintenir le salaire que si un accord ou un usage le prévoit. Peu de conventions collectives prévoient ce maintien ce qui fait une différence notable, et sans doute regrettable, avec le congé maternité.

Les bénéficiaires du congé de naissance

17. Également, la loi du 14 décembre 2020 révisé le champ des bénéficiaires du congé de naissance.

Pour mémoire, le congé de naissance, entièrement rémunéré par l'employeur, est de 3 jours ouvrables, sauf durée supérieure prévue par accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par accord de branche (C. trav. art. L 3142-4).

Dans la version actuelle de l'article L 3142-1 du Code du travail, le salarié a droit à un congé pour « chaque naissance survenue à son foyer ». Ainsi, ce texte empêchait le **père séparé de la mère** de bénéficier de ce congé (puisque la mère ne fait plus partie de son foyer). A partir de juillet 2021, le texte est modifié pour permettre au père d'une part et, le cas échéant, au conjoint ou concubin de la mère ou la personne liée à elle par un pacte civil de solidarité de bénéficier de ce congé. Plusieurs personnes pourront donc avoir le droit à ce congé pour la naissance d'un même enfant.

18. Cette extension des bénéficiaires est également applicable au congé paternité.

Notons que cette extension ne prend pas en compte la récente **décision du Défenseur des droits** du 9 octobre 2020 (Décision du Défenseur des droits 2020-036 du 9-10-2020).

Cette décision invitait le législateur à réviser l'article L 1225-35 du Code du travail. Dans sa version actuelle, cet article dispose que « *après la naissance de l'enfant (...), le père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficient d'un congé de paternité et d'accueil de l'enfant de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples* ».

Dans le cas d'espèce soumis aux Défenseurs des Droits, deux hommes avaient adopté un enfant aux Etats-Unis et ont souhaité une fois revenus en France, bénéficier d'un congé paternité. La CPAM a autorisé seulement l'un des deux pères à bénéficier dudit congé aux motifs que « *le deuxième bénéficiaire potentiel d'un congé paternité et d'accueil pour un même enfant, après le père, doit être soit le conjoint de la mère, soit la personne liée à elle par un PACS, soit la personne vivant maritalement avec elle* ». Le Défenseur des droits a jugé l'article L1225-35 du Code du travail discriminatoire envers les **couples de même sexe masculins**.

La formulation du nouvel article L 1225-35 du Code du travail n'est pas modifiée s'agissant de la liste des bénéficiaires et reste donc discriminatoire vis-à-vis des couples de même sexe masculins.

Protection des pères contre le licenciement

19. Autre disposition parfois méconnue, l'article L 1225-4-1 du Code du travail prévoit qu'« *aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'un salarié pendant les dix semaines suivant la naissance de son enfant* ».

Les pères bénéficient donc également d'une protection contre le licenciement.

C'est sur le fondement de cette disposition que la Cour de cassation a rendu un arrêt le 30 septembre 2020.

La question qui était posée était de savoir si les pères, à l'instar des mères, étaient protégés contre les **actes préparatoires au licenciement** survenus pendant leur période de protection.

Le fondement de la protection contre les actes préparatoires au licenciement est l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992 laquelle concerne la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

La Cour de cassation en a déduit que la protection contre le licenciement instaurée par l'article L 1225-4-1 du Code du travail ne met pas en œuvre l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992 qui vise, non les pères, mais les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, et ne peut donc pas être étendue aux actes préparatoires au licenciement (Cass. soc. 30-9-2020 n° 19-12.036 FS-PB : RJS 12/20 n° 580).

Des sujets de négociation

20. Certaines entreprises ont instauré de leur propre chef des congés allant au-delà du minimum légal.

Des startups (et notamment Big Mamma, Leetchi et Blablacar) avaient signé, avant-même l'allongement du congé paternité, le « *Parental Act* ». Cette charte vise à rémunérer le deuxième parent, quel que soit son sexe et son statut, à 100% pendant une période d'au moins quatre semaines.

La société Kering fait bénéficier d'un congé de 14 semaines, rémunéré à 100%, tous ses salariés, pères ou co-parents, lors de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

De même, le groupe Netflix a instauré en 2015 une politique de congés à durée indéterminée, pour le père et la mère de l'enfant, dans la limite d'une année.

Des grands groupes comme l'Oréal, Areva et SFR ont signé en 2008 une « *Charte de la Parentalité en Entreprise* », qui les engage à créer des conditions dans lesquelles leurs salariés peuvent concilier la vie professionnelle et la vie familiale.

L'écart entre les avancées évoquées dans le présent article et les mesures déjà mises en place dans certaines entreprises est donc de taille et fait la part belle à la négociation collective.

21. Rappelons que l'article L 2242-1 du Code du travail impose à l'employeur, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, d'engager une **négociation sur la qualité de vie au travail**. A défaut d'accord, cette négociation doit être menée tous les ans.

Les parents salariés ont été particulièrement affectés par la fermeture des écoles et l'exercice dans le même temps de leurs fonctions en télétravail.

Il est tout à fait probable que les demandes formulées par les partenaires sociaux dans le cadre de la négociation sur la qualité de vie au travail en 2021 les visent au premier chef.

Indépendamment de cette obligation de négociation, veiller à la qualité de vie au travail de ses salariés permet à l'employeur de mettre en œuvre son obligation de sécurité.

- **Marie Content** est avocat depuis 2002 et associée du cabinet d'avocats BG2V depuis mai 2020. Elle a travaillé auparavant chez CMS Francis Lefebvre Avocats et PDGB Avocats. Titulaire d'un Master 2 de droit social de l'Université Paris II Panthéon-Assas, Marie consacre son activité exclusivement au droit social (droit du travail et droit de la sécurité sociale) tant en conseil qu'en contentieux. Dans ce cadre, elle conseille les clients du cabinet pour ce qui concerne les relations individuelles et collectives de travail et les représente devant l'ensemble des juridictions.

Site web : bg2v.com
