

**MESURES VISANT À PROMOUVOIR LA PROTECTION DES TRAVAILLEUSES
ENCEINTES ; CONGÉ DE MATERNITÉ ; CONGÉ DE PATERNITÉ**

CONFÉRENCE DE L'ERA SUR LA LÉGISLATION

EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

3 et 4 novembre 2014

Marguerite Bolger L.LB, M.Litt., BL.

Introduction

Dans le passé, la discrimination fondée sur la grossesse posait des problèmes de concept dans le cadre de la législation relative à la discrimination fondée sur le sexe, et justifiait parfois une approche dénuée de toute logique qui consistait à comparer une femme enceinte à un homme souffrant d'une maladie hypothétique afin d'établir si une femme traitée moins favorablement en raison de sa grossesse était de fait victime d'une discrimination interdite fondée sur le sexe. La législation a considérablement évolué depuis et reconnaît désormais le droit de la travailleuse enceinte à un poste de travail sans discrimination fondée sur la grossesse comme droit autonome, de même que le droit à un congé de maternité et à un congé parental, assortis d'une protection de la travailleuse au moment de son retour au travail à la fin de son congé. Toutefois, la protection accordée aux parents n'est cependant pas illimitée. Alors que la législation communautaire a souscrit avec enthousiasme au principe selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse constitue une discrimination directe interdite fondée sur le sexe, elle a fait preuve de moins d'audace en ce qui concerne les implications logiques de ce concept, en particulier lorsqu'il s'agit de protéger les travailleurs en congé de leur poste de travail en conséquence directe de leur statut de parents.

J'examinerai dans cet exposé la protection accordée aux travailleuses enceintes au titre de la directive relative à l'égalité de traitement et à celle relative à la grossesse. J'examinerai également la nouvelle directive relative au congé parental et la manière dont la Cour de

justice de l'Union européenne a examiné les concepts de grossesse, de congé de maternité et de congé parental.

1. La directive relative à l'égalité de traitement et la grossesse

1.1 Discrimination fondée sur la grossesse en tant que discrimination directe interdite

Dans l'arrêt *Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassen*¹, la Cour de justice des Communautés européennes a établi le principe que la discrimination fondée sur la grossesse constitue une discrimination directe interdite fondée sur le sexe et représente par conséquent une violation des dispositions de la directive relative à l'égalité de traitement. La Cour a fait valoir:

« Il convient d'observer qu'un refus d'engagement pour cause de grossesse ne peut être opposé qu'aux femmes et constitue dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe. Or, un refus d'engagement dû aux conséquences financières d'une absence pour cause de grossesse doit être regardé comme fondé essentiellement sur le fait de la grossesse. Une telle discrimination ne saurait être justifiée par des motifs tirés du préjudice financier subi par l'employeur en cas d'engagement d'une femme enceinte, pendant la durée de son congé de maternité ».

Cet arrêt a été et reste d'une importance primordiale dans la mesure où il interdit la discrimination fondée sur la grossesse sur le lieu de travail et ses implications restent fréquemment invoquées devant les tribunaux, la discrimination fondée sur la grossesse demeurant un vrai problème dans la vie quotidienne des travailleuses.

¹ Affaire C-77/88 [1990] Rec. I-3941.

Le jour même où la Cour de justice des Communautés européennes rendait son arrêt dans l'affaire *Dekker*,² elle fixait, dans son arrêt *Hertz contre Aldi*³, certaines limites à la portée du concept de discrimination fondée sur la grossesse en tant que discrimination directe contraire aux dispositions de la directive relative à l'égalité de traitement. La Cour a limité la durée de la protection accordée en cas de grossesse et/ou de maladie liée à la grossesse à la durée légale du congé de maternité.

Ce faisant, la Cour a opté pour un critère substantiel en ce qui concerne la grossesse en tant que telle et pour un critère comparatif en ce qui concerne les conséquences de cette dernière en terme d'absence du lieu de travail⁴.

Depuis cette date, la Cour a accordé de façon constante un haut niveau de protection aux travailleuses enceintes; elle est même allée jusqu'à estimer que la protection prévue par la législation européenne ne saurait dépendre de la question de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à sa maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise où elle est employée⁵. La Cour a confirmé que cette protection accordée aux travailleuses enceintes s'appliquait aussi bien aux travailleuses ayant un contrat de travail à durée déterminée qu'à celles bénéficiant d'un contrat de travail de durée indéterminée⁶. Dans l'affaire *Brown contre Rentokil*⁷, l'employeur avait coutume de licencier tout salarié après vingt-six semaines de congé maladie, mais la Cour a estimé que l'employeur n'était pas autorisé à calculer ces vingt-six semaines avant la fin du congé de maternité de la travailleuse, lorsque la maladie était liée à la grossesse.

² Affaire C-77/88 [1990] Rec. I-3941. Voir aussi Bolger et Kimber, *Sex Discrimination Law* (Round Hall, 2000) pages 296-298, Ellis, 'Discrimination on the Grounds of Pregnancy in EEC Law' (1991) Public Law 159 et Shaw, 'Pregnancy Discrimination in Sex Discrimination' (1991) EL Review 313.

³ Affaire C-179/88 [1990] Rec. I-3979.

⁴ O'Leary S. 'The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union' (1999) ELR 331.

⁵ *Webb contre EMO Air Cargo* [1994] Rec. I-3567.

⁶ *Tele Danmark*[2001] Rec. I-6993; *Melgar* [2001] I-6915.

⁷ Affaire C-394/96 [1998] Rec. I-4185. Voir aussi Boch, 'Official: During Pregnancy, Females are Pregnant' (1998) 23 EL Review 488.

La position de plus en plus libérale de la Cour de justice en ce qui concerne le traitement des travailleuses enceintes apparaît dans des affaires telles que l'affaire *CNAVTS contre Thibault*⁸. La Cour a estimé qu'exclure une salariée du droit de faire l'objet d'une notation annuelle la discriminait en sa seule qualité de travailleur puisque, si elle n'avait pas été enceinte et si elle n'avait pas pris le congé de maternité auquel elle avait droit, cette salariée aurait été notée pour l'année en question et, par voie de conséquence, aurait pu profiter d'une promotion professionnelle. De même, dans l'affaire *Lewan contre Lothar Denda*⁹, la Cour a estimé que l'article 141 interdit à un employeur de prendre en compte la période du congé de maternité pour, lors de l'octroi d'une prime de Noël, réduire proportionnellement la prestation.¹⁰

L'arrêt *Busch contre Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*¹¹ illustre parfaitement bien jusqu'où la Cour est allée dans la protection des travailleuses contre la discrimination fondée sur la grossesse. Mme Busch avait pris un congé parental pour éducation qui devait durer trois ans après la naissance de son premier enfant en juin 2000. En octobre 2000, elle est à nouveau tombée enceinte et en janvier 2001 elle a demandé d'écourter son congé parental pour éducation et de reprendre totalement son activité en avril 2001, date à laquelle elle était enceinte de sept mois. La nature de son travail lui interdisait de travailler à ce stade de sa grossesse. Son employeur a voulu contester le consentement qu'il avait donné à sa réintégration, pour dol et erreur sur une qualité essentielle. La Cour de justice a estimé que ce dernier n'était pas autorisé à agir de la sorte, dans la mesure où la prise en considération de son état de grossesse pour refuser sa réintégration dans son emploi avant la fin de son congé parental pour éducation constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. La Cour a estimé que Mme Busch n'était pas tenue d'informer son employeur qu'elle était enceinte, dès lors que l'employeur ne peut prendre en considération son état de grossesse pour l'autoriser ou non à reprendre son activité. Cette discrimination ne saurait se justifier ni par les conséquences financières qui pourraient découler pour l'employeur, ni par l'interdiction légale d'effectuer certaines des prestations de travail. Elle ne se justifie pas non plus par le fait que sa réintégration lui donnerait droit à des allocations de maternité plus élevées que les allocations d'éducation.

⁸ Affaire C-136/95 [1998] Rec. I-2011.

⁹ Affaire C-333/97 [1999] Rec. I-7243.

¹⁰ Voir Bruning et Plontenga, 'Parental Leave and Equal Opportunities' (1999) 9 JESP 195.

¹¹ Affaire C-320/01 [2003] Rec. I-2041.

L'arrêt de la Cour du 26 février 2008 dans l'affaire *Sebia Myar contre Ckereri Und Konditorei Gerhard* [2008] fournit un exemple intéressant de la portée de la protection accordée pour des causes qui ne peuvent concerner que les femmes. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur la légalité du licenciement d'une travailleuse au motif que cette travailleuse avait subi un traitement de fécondation in vitro. Même si la Cour a estimé que la directive relative à la grossesse n'était pas applicable à une travailleuse suivant un tel traitement, elle a statué qu'en vertu des articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, une protection contre le licenciement devait être reconnue à une travailleuse qui se trouve à un stade avancé de traitement de fécondation in vitro. La Cour a relevé que si un travailleur féminin est licencié pour cause d'absence due à une maladie dans les mêmes conditions qu'un travailleur masculin, il n'y a pas de discrimination directe fondée sur le sexe, mais a fait d'autre part observer que :

« [Les interventions] en cause dans l'affaire au principal, à savoir une ponction folliculaire et le transfert dans l'utérus de la femme des ovules issus de cette ponction immédiatement après leur fécondation, ne concernent directement que les femmes. Il s'ensuit que le licenciement d'une travailleuse en raison essentiellement du fait qu'elle se soumet à ce stade important d'un traitement de fécondation in vitro constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. »

Cependant, une approche plus restrictive du contexte plus général de la conception et de la naissance a été adoptée à l'égard d'une mère ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse. Dans l'affaire *Z. contre A Government Department* (affaire C-363/12, arrêt du 18 mars 2014), la Cour n'a pas jugé que le refus d'accorder à la mère commanditaire un congé payé équivalent à un congé de maternité ou à un congé d'adoption pour s'occuper de son enfant constituait une discrimination fondée sur le sexe ou le handicap. La Cour a estimé que le père commanditaire avait été traité de la même manière que la mère commanditaire et qu'aucun traitement particulier n'avait donc été réservé exclusivement à un travailleur de l'un des deux sexes, autrement dit qu'il n'y avait pas eu de discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe. De même, il n'y a pas eu de traitement moins favorable lié à la grossesse, dans la mesure où la mère commanditaire n'a jamais été enceinte, même si elle a allaité cet enfant.

1.2 *Discrimination fondée sur le sexe et rémunération*

Alors que la Cour a choisi une approche ferme et libérale en ce qui concerne la protection des travailleuses enceintes contre les traitements moins favorables sur le lieu de travail, cette protection semble s'estomper une fois que la femme quitte son lieu de travail pour prendre un congé intrinsèquement lié à son état de grossesse, dont la Cour a estimé qu'il s'agissait d'une condition qui ne concerne que les femmes. Il semble que la femme a droit à l'égalité de rémunération tant qu'elle se trouve sur le lieu de travail, mais que cela n'est plus le cas lorsqu'elle a quitté son lieu de travail. L'approche de la Cour a été décrite comme

« *Suivant un cours sinueux entre protection de l'emploi des femmes pendant toute la durée de la grossesse et reconnaissance que les femmes en congé de maternité ne sont pas dans la même situation que celles qui travaillent.* »¹²

Dans son arrêt *Gillespie contre The Northern Health and Social Services Board*¹³, la Cour a estimé qu'une salariée en congé de maternité n'avait pas droit à l'intégralité de sa rémunération au motif qu'une femme en congé de maternité se trouve dans une « *situation spécifique* » qui n'est pas assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui occupe effectivement son poste de travail.

Lorsqu'une femme se trouve en congé de maladie de longue durée en raison d'une maladie liée à la grossesse, la Cour, bien qu'ayant reconnu qu'une telle maladie est différente d'autres états pathologiques, a refusé jusqu'à ce jour d'intervenir pour accorder à cette femme une protection autre que celle contre le licenciement pendant la durée du congé légal de maternité. Dans l'affaire *McKenna contre North Western Health Board*,¹⁴ la Cour devait se prononcer sur le cas d'une femme en congé de maladie prolongé pendant toute la durée de sa grossesse, congé dû à une maladie liée à la grossesse. Cette femme avait épuisé durant sa

¹² Costello C. et Davies F. 'The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality Since 2000' (2006) 43 CMLR 1567 at 1569.

¹³ Affaire C-342/93 [1996] Rec. I-475.

¹⁴ Affaire C-191/03 [2005] IRLR 895.

grossesse son droit à percevoir l'intégralité de sa rémunération et percevait une rémunération à hauteur de 50% du montant de celle-ci, conformément au régime de congé de maladie de son employeur. Elle considérait que cette rémunération à hauteur de 50% constituait un traitement moins favorable et, par conséquent, une violation de son droit à l'égalité de rémunération. Elle prétendait d'autre part que la prise en considération de sa maladie liée à la grossesse pour le calcul de ses droits futurs à congé de maladie, dans la mesure où elle pouvait bénéficier d'un congé de maladie d'une durée maximale d'un an pour une période de quatre ans, constituait un traitement moins favorable fondé sur la grossesse et était par conséquent interdite.

Bien que la Cour ait reconnu la spécificité de l'état de grossesse, elle a estimé que l'interdiction faite à l'employeur de licencier une travailleuse enceinte souffrant d'une maladie liée à la grossesse suffisait pour prendre en compte cette spécificité. Telle est la règle même si, comme l'a fait remarquer l'avocat général, l'application du régime de congé de maladie constitue un traitement moins favorable qui ne peut concerner que les femmes, puisqu'elles seules peuvent être amenées à ne pas pouvoir exercer leur activité professionnelle en raison d'une maladie liée à la grossesse.

La Cour persiste dans l'approche conservatrice définie dans l'affaire *Gillespie* en ce qui concerne la rémunération pendant les périodes d'absence liées à la grossesse. L'argumentation fondée sur des considérations d'ordre économique utilisée dans l'affaire *Gillespie* s'applique également à la rémunération pendant le congé de maladie au cours de la grossesse, bien que le congé de maladie soit la conséquence directe de la grossesse. La Cour a statué:

« Si une règle prévoyant, dans certaine limites, une réduction des prestations versées à un travailleur féminin au cours de son congé de maternité n'est pas constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe, une règle prévoyant, dans les mêmes limites, une réduction des prestations versées à ce travailleur féminin absent pendant sa grossesse en raison d'une maladie liée à celle-ci ne saurait davantage être considérée comme constitutive d'une telle discrimination ».

Dans l'arrêt *Alabaster contre Woolwich plc, Secretary for State for Social Security*¹⁵, la Cour semble adopter une approche quelque peu plus progressiste en matière de rémunération pendant le congé de maternité. La Cour a estimé qu'une augmentation de salaire accordée pendant le congé de maternité devait être intégrée dans le calcul des prestations légales de maternité qui sont fonction du niveau de salaire précédent le début du congé de maternité. La Cour a statué:

« Exclure le travailleur féminin d'une telle augmentation pendant son congé de maternité aurait un caractère discriminatoire, puisque, si elle n'avait pas été enceinte, la femme aurait perçu le salaire augmenté ».

Deux arrêts récents de la Cour concernant la rémunération et les primes auxquelles ont droit les travailleuses enceintes lorsqu'elles ne sont pas en mesure d'effectuer les tâches habituelles correspondant à leur emploi et qui, pour cette raison, sont affectées à d'autres tâches ou dispensées de travailler, vont dans le même sens que l'arrêt *McKenna*. Le premier de ces arrêts, l'arrêt *Parviainen*,¹⁶ concernait une hôtesse de l'air enceinte, employée en tant que chef de cabine, qui s'est vue affectée, en raison de sa grossesse, à d'autres tâches qui ne lui donnaient pas droit aux primes supplémentaires représentant environ 40% de son salaire. La Cour a estimé que les employeurs ne sont pas tenus de maintenir des primes qui dépendent de l'exercice de fonctions spécifiques pendant la durée de l'affectation provisoire due à la grossesse.¹⁷ Pour ce faire, la Cour se fonde sur l'article 11, paragraphe 4, de la directive relative à la grossesse qui dispose:

« Les États membres ont la faculté de soumettre le droit à la rémunération ou à la prestation...à la condition que la travailleuse enceinte remplisse les conditions d'ouverture du droit à ces avantages prévues par les législations nationales »

La Cour a toutefois estimé qu'une travailleuse enceinte dispensée de travailler ou affectée à un autre poste en raison de sa grossesse a droit, outre au maintien de son salaire de base, aux

¹⁵ Affaire C-147/02 [2004] Rec. I-3101.

¹⁶ C-471/08, arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 1er juillet 2010 [2011] 1 CMLR 175. Voir également 'Pregnant workers cannot claim allowances for tasks not performed' [2010] 274 EU Focus 17-18.

¹⁷ Au point 61.

éléments de rémunération qui se rattachent à son statut professionnel, telles que les primes calculées en fonction de l'ancienneté ou des qualifications professionnelles. Une telle travailleuse ne peut pas toucher une rémunération inférieure à celle des autres travailleurs affectés aux mêmes postes et a droit aux primes compensatoires supplémentaires, à condition de remplir les conditions d'ouverture de ce droit.

L'affaire *Gassmayr*,¹⁸ porte sur la rémunération versée à une employée pendant sa grossesse et son congé de maternité après qu'elle ait été mise en congé sur avis médical. Mme Gassmayr était un jeune médecin percevant une indemnité pour astreinte sur le lieu de travail en plus de sa rémunération de base, ce qui n'a plus été le cas après le début de son congé de maternité obligatoire pour des raisons de santé et de sécurité. La Cour a jugé que l'article 11, points 1 à 3, était suffisamment précis pour avoir un effet direct.¹⁹ L'article, paragraphe 1, dispose que, en ce qui concerne les travailleuses enceintes visées à l'article 5 (travailleuses enceintes dont les conditions de travail ont été provisoirement aménagées, qui ont été affectées provisoirement à un autre poste ou qui, en dernier ressort, ont été dispensées de travail) le maintien d'une rémunération doit être assuré conformément aux législations et/ou pratiques nationales. L'article 11, paragraphe 2, prévoit le maintien des droits liés au contrat de travail et le maintien d'une rémunération adéquate des travailleuses en congé de maternité. L'article 11, paragraphe 3, dispose que, en ce qui concerne les travailleuses en congé de maternité visées par l'article 8, la prestation visée à l'article 11, paragraphe 2, sous b, est jugée adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son ébat de santé. Dans son arrêt *Parviainen*, arrêt antérieur, la Cour avait estimé que l'article 5, paragraphe 3, de la directive relative à la grossesse s'appliquait également aux travailleuses dispensées de travail. Après avoir invoqué ses arrêts précédents relatifs à la rémunération pendant le congé de maternité dans les affaires *Boyle*,²⁰ *Gillespie*²¹ et *Alabaster*²² la Cour a conclu, que, lorsqu'une travailleuse était absente de son travail pour raison de congé de maternité, la protection minimale requise par la directive relative à la grossesse ne requérait

¹⁸ C-194/2008, arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 1er juillet 2010 (pas encore publié). Voir également 'Pregnant workers cannot claim allowances for tasks not performed' [2010] 274 EU Focus 17-18.

¹⁹ Ce résultat a été anticipé par Ellis, *EU Anti Discrimination Law*, (OUP, 2005) page 246.

²⁰ [1998] Rec. I-6401

²¹ Affaire C-342/93[1996] IRLR 214

²² Affaire C-147/02 [2004] Rec. I-3101

pas le paiement de l'intégralité de la rémunération ou de l'indemnité d'astreinte pendant la durée du congé de maternité.

Ces arrêts fournissent des indications utiles aux employeurs dans la mesure où ils leur indiquent que, tout en restant obligés de garantir aux travailleuses enceintes de conditions minimales, ils ne sont pas contraints de continuer à rémunérer ces travailleuses de la même manière qu'ils le faisaient auparavant, dans le cas où ces travailleuses ne sont plus en mesure d'effectuer les mêmes tâches, même si cela est dû à la grossesse, et dans le cas où les travailleuses ont été dispensées de travailler pour des raisons de santé et de sécurité.

1. La directive relative à la grossesse²³

L'adoption de la directive relative à la grossesse marque une étape importante dans la mesure où elle pose le principe du droit autonome des travailleuses enceintes à la protection, sans en faire un élément particulier de la mise en œuvre du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes. Elle garantit le principe de l'égalité de traitement contenu dans la directive relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement par le biais d'une double approche pour atteindre cet objectif, d'un côté par la protection des travailleuses enceintes et de l'autre, par la garantie du principe de l'égalité des chances pour les hommes et les femmes. Elle constitue par là un exemple de l'abandon de la symétrie stricte sur laquelle se base le modèle de mise en œuvre de l'égalité de traitement, puisqu'elle prévoit que soit réservé un traitement spécifique aux femmes, lorsque celui-ci est rendu nécessaire par les besoins particuliers des femmes enceintes et accouchées.

La Commission a introduit la directive relative à la grossesse sur la base de l'article 118A (aujourd'hui 138) concernant la santé et la sécurité au travail, plutôt que sur base de l'article 119 (aujourd'hui 141), base juridique plus volontiers utilisée dans le domaine de l'emploi. Cela s'explique sans doute par la procédure de vote à la majorité ouverte par l'article 118A,

²³ Directive du Conseil 92/85/CEE relative à la grossesse [1992] OJ L348/1. Pour plus de détails sur la directive relative à la grossesse, voir Barnard, *EC Employment Law*, (3rd ed, OUP, 2006) pages 454-459.

évitant ainsi de voir la proposition rejetée en raison de l'absence d'unanimité²⁴. Cet expédient politique a certes permis l'adoption de la directive, le résultat est toutefois le fruit d'un compromis entre les intérêts des milieux d'affaires et le principe de l'égalité²⁵

S'il convient bien-sûr de se féliciter de l'intention de faire respecter les dispositions de la directive relative à la grossesse, il est néanmoins regrettable que la démarche choisie soit principalement orientée sur la protection de la santé des femmes, ce qui atteste du paternalisme qui sous-tend cette législation en matière de mesures de protection, qui ne vise pas essentiellement la protection des droits des femmes et le respect du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de rémunération. De fait, une des rares améliorations du texte définitif de la directive par rapport au projet de texte de la Commission est la suppression de la référence à la situation « *délicate et vulnérable* » des femmes accouchées, libellé indéniablement malheureux et regrettable, mais dans le droit fil de l'esprit paternaliste dans lequel a été rédigée la directive.

2.1 Définir la travailleuse enceinte

La définition de la « travailleuse enceinte » de la directive a été fixée par la Cour de justice comme se rapportant à une « *travailleuse enceinte qui informe l'employeur de son état, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* »²⁶ Dans son récent arrêt *Danosa*²⁷, la Cour a affiné cette définition et a précisé que, même si la travailleuse n'a pas formellement informé son employeur de sa grossesse, lorsque ce dernier prend connaissance de son état, elle bénéficie de la protection garantie par les dispositions de la directive relative à la grossesse. La Cour a d'autre part estimé que la notion de « travailleur » ne saurait recevoir une interprétation variant selon les droits nationaux, mais doit être définie selon des critères

²⁴ En fin de compte, deux États membres se sont abstenus; le Royaume-Uni au motif que la directive allait trop loin, l'Italie au motif qu'elle n'allait pas assez loin!

²⁵ Pour la discussion sur ce point, voir Ellis, "Protection of Pregnancy and Maternity" (1993) 22 *Industrial Law Journal* 63 at p. 67. Voir aussi Mancini et O'Leary, "The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union" (1999) 24 *European Law Review* 331, page 341.

²⁶ Affaire C-116/06 *Kiiski* [2007] Rec. I-7643.

²⁷ Affaire C-232/09 [2011] 2 CMLR 45.

objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées. La Cour a jugé que la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance

« qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle reçoit une rémunération ».

De fait, la demanderesse, membre du conseil exécutif d'une société, a été considérée comme étant une travailleuse au sens de la directive, étant donné qu'elle exerçait ses activités sous la direction et le contrôle d'un autre organe de cette société et que, en contrepartie de ces activités, elle percevait une rémunération.

Étant donné que la directive fait référence à une travailleuse « enceinte », il n'est pas clair si une mère ayant eu recours à la gestation pour autrui bénéficie des mêmes droits. Deux affaires soumises à titre préjudiciel sont actuellement pendantes devant la cour. Elles portent sur la question de savoir si une femme ayant eu enfant par le biais de la gestation pour autrui peut bénéficier de la protection et des avantages définis dans la directive refonte et dans la directive relative à la grossesse.²⁸

2.2 Les mesures de protection

La première série de dispositions de la directive vise la protection des femmes contre les travaux comportant un risque pour la sécurité ou la santé des travailleuses enceintes ou accouchées, la deuxième confère aux femmes le droit à un congé de maternité et de maladie et protège leurs droits en matière d'emploi pendant les périodes concernées. Cette directive ne vise pas une harmonisation totale, elle ne constitue pas une tentative de définir des droits uniformes en matière de maternité dont bénéficieraient toutes les femmes dans tous les États membres. L'article 3, paragraphe 3, dispose de manière explicite que la directive ne peut

²⁸ La première saisine à titre préjudiciel provient de l'Employment Appeals Tribunal du Royaume-Uni dans l'affaire *CD contre ST* (C-167/12), et la seconde de l'Irish Equality Tribunal, *Z*, (C-363/12).

avoir pour effet la régression du niveau de protection des femmes par rapport à la situation existante dans chaque État membre à la date de son adoption, ce qui indique clairement qu'elle entend fixer un niveau de protection minimale que les États membres ne sauraient ignorer.

Les mesures de protection figurent aux articles 3 à 7 de la directive. L'article 3 demande à la Commission d'établir des lignes directrices concernant les procédés industriels considérés comme comportant un risque pour la sécurité ou la santé des travailleuses enceintes, tandis que l'article 4 fait obligation aux employeurs d'évaluer le risque d'exposition des femmes à ces dangers. En conséquence des résultats de l'évaluation, les employeurs sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour que, par un aménagement provisoire des conditions de travail, l'exposition de la travailleuse au risque soit évitée, ou de dispenser la travailleuse de l'obligation de travailler pendant la période de danger²⁹. En vertu des dispositions de l'article 7, les États membres prennent les dispositions nécessaires pour que les travailleuses ne soient pas tenues d'accomplir un travail de nuit pendant leur grossesse et au cours d'une période définie consécutive à l'accouchement. Une travailleuse enceinte ou allaitante³⁰ a le droit à un aménagement de ses conditions de travail afin que celles-ci ne représentent pas de risque pour la travailleuse enceinte et, dans le cas où cela s'avère impossible, elle a droit à un congé supplémentaire.³¹

2.3 Le licenciement lié à la grossesse: l'article 10

L'article 10 dispose que les travailleuses enceintes ne peuvent pas être licenciées pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité, sauf dans des cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou les pratiques nationales. Lorsqu'une travailleuse est licenciée pendant la période visée, l'employeur doit donner des « motifs justifiés » de licenciement par écrit et les États membres doivent prendre les mesures

²⁹ Article 5.

³⁰ La protection ne s'applique aux mères allaitantes que pour une période limitée.

³¹ Article 11.

nécessaires pour protéger les travailleuses contre les conséquences d'un licenciement. Dans l'affaire *Jiménez Melgar contre Ayuntamiento De Los Barrios*³² la Cour a confirmé que l'article 10 avait un effet direct et pouvait être opposé devant les juridictions des États membres.

Dans l'affaire *Nadeen Paquay contre Soci V'Architectes Hoet + Minne SPRL* [2007] Rec. I-6, la Cour a précisé récemment dans quelle mesure un employeur était autorisé à licencier une travailleuse à la fin de son congé de maternité. Conformément à la législation nationale applicable en l'espèce, la requérante était protégée contre le licenciement pendant la période allant du début de sa grossesse à la fin de son congé de maternité arrivant à terme le 31 janvier 1996. Elle a été licenciée par lettre du 21 février 1996, soit au moment où la période de protection était terminée, avec un préavis de 6 mois prenant cours le 1er mars 1996. L'employeur a mis fin à l'exécution du contrat le 15 avril 1996, moyennant le paiement d'une indemnité correspondant au solde du préavis. La juridiction nationale de renvoi a relevé que la décision de licencier la requérante avait été prise avant la fin de la période de protection contre le licenciement. L'employeur a tenté de donner comme justification un manque de résultats que la juridiction de renvoi a estimé non établi. C'est pourquoi la question posée à la Cour était de savoir si l'article 10 de la directive relative à la grossesse doit être interprété comme faisant seulement interdiction de notifier une décision de licenciement fondée sur la fait de la grossesse et/ou l'accouchement pendant la période de protection, ou également de prendre la décision de licencier et de préparer le remplacement définitif de la travailleuse avant l'échéance de la période de protection.

La Cour a statué que l'article 10

« doit être interprété en ce sens qu'il interdit non seulement de notifier une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d'un enfant pendant la période de protection visée au paragraphe 1 de cet article, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l'échéance de cette période. »

³² Affaire C-438/99 [2001]Rec.I-6915. Voir aussi EU Focus, 'Case Note: Non-Renewal of Fixed Term Contract because of Pregnancy may be Direct Discrimination' (2001) EU Focus 14.

Une question qui ne manquera pas de se poser après cet arrêt est celle de savoir si la Cour suivra la même approche dans le cas où un employeur déciderait de mettre un terme au contrat de travail d'un travailleur féminin pour raison de licenciement et non pour des raisons de résultats comme dans l'affaire *Paquay*. En particulier lorsque le licenciement intervient dans le cadre d'un licenciement collectif, l'employeur doit effectuer toute une série de démarches avant de pouvoir procéder de façon légale au licenciement. Il ne fait aucun doute qu'un travailleur féminin ne peut pas être renvoyé ni pour raison de licenciement ni pour toute autre raison pendant son congé de maternité. Toutefois se pose la question de savoir à partir de quel moment l'employeur peut entamer le processus de consultation et les autres démarches susceptibles d'entraîner en fin de compte la décision de mettre un terme au contrat de travail de la travailleuse enceinte pour raison de licenciement collectif. Dans le contexte économique actuel, les questions concernant les licenciements sont de plus en plus fréquentes et il sera intéressant de voir si le droit traite de manière différente les démarches préliminaires à un licenciement, lorsque ces démarches consistent à engager une consultation portant sur le licenciement envisagé, ou lorsque les démarches visent à remplacer un travailleur concerné par un licenciement comme dans l'affaire *Paquay*.

2. Le congé de maternité

Les articles 8, 9 et 11 de la directive relative à la grossesse contiennent des dispositions visant à garantir les droits des travailleuses liés au contrat de travail pendant la grossesse et après l'accouchement et constituent les droits principaux liés à la maternité. Parmi les dispositions les plus importantes, il convient de mentionner l'article 8 qui dispose que les travailleuses ont droit à un congé de maternité d'au moins 14 semaines³³, période pendant laquelle la directive prévoit le bénéfice d'une prestation adéquate au moins équivalente à

³³ L'article 8 dispose que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleuses au sens de l'article 2 bénéficient d'un congé de maternité d'au moins quatorze semaines continues... ». Le Parlement européen souhaitait 16 semaines, dans la mesure où il estimait que 14 semaines ne constituaient pas un progrès dans aucun État membre, à l'exception du Portugal.

celle que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé conformément à la législation nationale.³⁴

Les droits relatifs à la maternité ne s'appliquent pratiquement jamais qu'aux femmes, en dépit du fait qu'une petite partie seulement de ces droits renvoie à des raisons médicales, par exemple les périodes de congé limitées que les femmes doivent obligatoirement prendre avant et après la date de l'accouchement. Dans l'affaire *Hoffman*³⁵, la Cour de justice a statué, à un stade précoce de la mise en place des droits relatifs à la maternité, que la maternité entraine dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 3, de la directive relative à l'égalité de traitement qui autorise les États membres à prendre les mesures sociales nécessaires pour garantir la protection des femmes en ce qui concerne la grossesse et la maternité.³⁶ L'arrêt *Hoffman* ne laisse subsister aucun doute sur l'importance que la Cour attache à la relation particulière d'une mère avec son jeune enfant, relation qu'elle estime digne de protection.

La Cour de justice continue de réserver la protection du congé de maternité aux femmes et avance deux raisons principales pour cette protection liée au congé de maternité. Il s'agit d'abord de protéger l'état biologique de la femme immédiatement après la naissance de son enfant, et ensuite de protéger la relation particulière entre la mère et son nouveau-né.³⁷ C'est la raison pour laquelle le congé de maternité peut être réservé à la femme et refusé au père sans qu'il y ait pour autant violation du principe de l'égalité de traitement défini dans le droit européen.

³⁴ Article 11, paragraphe 2 et 3.

³⁵ *Hoffman contre Barmer Ersatzkasse* (C184/83), [1984] Rec. 3047. Voir l'effet semblable dans l'arrêt antérieur *Commission contre Italie* (C-163-83) [1983] Rec. 3273 dans lequel la CJUE a jugé justifiée une disposition de la législation italienne selon laquelle une femme (mais pas son mari) avait droit à l'équivalent du congé de maternité en cas d'adoption d'un enfant de moins de six ans « par le souci légitime d'assimiler autant que possible les conditions d'entrée de l'enfant dans sa famille adoptive à celle de l'arrivée d'un nouveau-né dans une famille pendant la période initiale particulièrement délicate ».

³⁶ Actuellement article de la directive refonte relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

³⁷ *Mahlburg contre Land Mecklenburg-Vorpommern* (C-207/98) [2000] Rec. I-549.

La Cour de justice a adopté une approche un peu moins restrictive dans l'affaire *Lomers*³⁸ et a estimé que la disposition permettant à la police néerlandaise de mettre à disposition des fonctionnaires féminins des places de garderie subventionnées afin de lutter contre leur sous-représentation était légale à condition que cette même facilité soit accordée aux fonctionnaires masculins assumant seuls la garde de leurs enfants ou dans des circonstances exceptionnelles. Selon une approche similaire, dans l'affaire *Alvarez*³⁹, la Cour de justice a jugé discriminatoire une disposition de la loi espagnole accordant un congé aux mères allaitantes et la même période de congé aux mères non allaitantes afin de s'occuper de leur enfant. Le refus d'accorder ce même congé; à savoir celui dont disposent les mères non allaitantes, aux pères a été jugé comme étant une discrimination interdite fondée sur le sexe. Toutefois, la Cour a confirmé les arguments présentés par le gouvernement irlandais qui estime qu'accorder un congé d'allaitement uniquement aux mères allaitantes et ne pas l'accorder aux mères non allaitantes et aux pères est parfaitement légitime dans la mesure où il s'agit d'encourager quelque chose de réservé aux femmes.

La directive refonte reconnaît la nécessité de protéger la femme au retour du congé de maternité. L'article 15 garantit le droit de la femme, à son retour de congé de maternité ou d'adoption, de retrouver son emploi ou « *un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables* ».

3. Le congé de paternité

Le congé de paternité en tant que tel n'existe pas dans le droit européen, en dépit de la soft law et des aspirations politiques visant à encourager un engagement plus marqué des pères et à les inciter à prendre un congé pour s'occuper de leurs enfants. L'article 16 de la directive refonte demande aux États membres qui reconnaissent le droit au congé de paternité dans leur législation nationale de prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs du licenciement résultant de l'exercice de ces droits et de veiller à ce que, à l'issue de ce congé, les pères aient le droit de retrouver leur emploi. Toutefois, il est précisé que la directive est

³⁸ C-476/99 [2002] Rec. I-2891.

³⁹ (C-104/09) [2010] Rec. I-08661.

sans préjudice de la faculté dont disposent les États membres de reconnaître des droits « distincts » au congé de paternité et/ou d'adoption.

Bien qu'il convienne de se féliciter de la reconnaissance des droits de paternité, le caractère limité de cette reconnaissance à l'article 16 a fait de l'objet de critiques et il lui a été reproché de perpétuer potentiellement la distinction entre congé de maternité et congé de paternité au détriment de l'introduction dans le monde du travail de droits parentaux neutres en termes de sexe.⁴⁰

4. Le congé parental

4.1 Les directives relatives au congé parental

La première directive relative au congé parental⁴¹ était l'accord conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES relatif à la mise en place d'un droit à une période de congé parental non rémunéré pour permettre aux parents de s'occuper de leurs enfants en bas âge et d'un droit à un congé limité pour raisons familiales urgentes (non limité à la relation parent-enfant) connu sous le nom d'absence du travail pour raison de force majeure. Cette directive a connu un sort difficile; après avoir été proposée par la Commission en 1983, elle a été bloquée au Conseil en raison de la règle de l'unanimité alors en vigueur. La directive, finalement adoptée en 1996, avec un délai de mise en œuvre de 2 ans, fixait des exigences à proprement parler minimales qui n'ont eu qu'un impact insignifiant dans de nombreux États membres dans la mesure où ceux-ci s'étaient déjà dotés de dispositions en matière de congé parental.

⁴⁰ A. Numhauser-Henning, "EU Sex Equality Law Post Amsterdam" dans H. Meenan (ed), *Equality Law in an Enlarged European Union; Understanding the Article 13 Directive* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) paragraphes 145-177 à la page 159.

⁴¹ Directive du Conseil concernant l'accord-cadre et le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (Directive 96/42/CE).

La directive relative au congé parental a été abrogée au 8 mars 2012 et remplacée par la directive de 2010.⁴²

L'objet et le champ d'application de la nouvelle directive sont définis par la clause 1.1 « *faciliter la conciliation des responsabilités professionnelles et familiales des parents qui travaillent, compte tenu de la diversité de plus en plus grande des structures familiales, dans le respect de la législation, des conventions collectives et/ou de la pratique nationales* », clause qui s'adresse aux États membres requis d'améliorer les dispositions existantes concernant l'éducation des enfants. Le droit au congé parental est passé de 3 à 4 mois par enfant, tout en restant, et cela est crucial, non rémunéré. Ce droit est accordé aux deux parents d'un enfant ou d'un enfant adopté jusqu'à l'âge maximum de 8 ans. La directive fixe le principe général selon lequel le congé représente un droit individuel qui ne devrait pas être transféré d'un parent sur l'autre; pour favoriser l'égalité entre les deux parents en matière de congé parental, au moins un des mois du congé parental ne peut être transféré.

La nouvelle directive dispose qu'il n'existe pas de plafond en matière d'indemnité due en cas de violation du principe de l'égalité de traitement.

Tandis que la directive prévoit une large application du droit au congé parental à tous les travailleurs, y compris les travailleurs à temps partiel, à contrat de durée déterminé et intérimaires (pour prendre en compte la nature de plus en plus atypique de l'emploi), il maintient la possibilité de fixer une période de qualification qui ne peut excéder un an.

Que les travailleurs, au moment du retour au travail, aient le droit de demander l'aménagement de leur horaire et/ou de leur rythme de travail pendant une période déterminée, constitue un nouveau droit important. Il est intéressant de noter que les travailleurs et les employeurs sont encouragés à rester en contact pendant la durée du congé

⁴² Directive du Conseil 2010/18 EU du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé conclu par BUSINESEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE.

parental et à prévoir les mesures de réintégration indiquées au moment du retour au travail. La directive dispose d'autre part que le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, si cela s'avère impossible, un travail équivalent.

La nouvelle directive n'introduit que des modifications mineures en ce qui concerne l'absence du travail pour raisons de force majeure et continue à autoriser les États membres à l'accorder sur une base non rémunérée.

4.2 Le congé parental et la Cour de justice

La directive n'a pas souvent fait l'objet d'un examen juridictionnel.⁴³ Toutefois, la Cour a fourni certaines précisions utiles quant à son champ d'application. C'est ainsi que dans l'affaire *Commission contre Luxembourg*⁴⁴ la Cour a dit pour droit que la durée du congé parental ne pouvait être réduite lorsqu'il est interrompu par une autre période de congé, tel qu'un congé de maternité, dont l'objectif est différent de celui du congé parental. La Cour a indiqué clairement que le congé parental et le congé de maternité sont de nature différente: le congé parental permet à l'un des parents de prendre soin de l'enfant, alors que le congé de maternité s'applique aux femmes uniquement pendant la période qui suit la naissance de l'enfant. L'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁵ dans lequel la Cour a opéré une distinction entre un travailleur en congé parental et un travailleur en congé afin d'effectuer son service militaire, contient moins de précisions utiles. La Cour a estimé que l'intérêt du travailleur et sa famille dans le cas du congé parental était de nature différente que celui de ce que la Cour a appelé l'intérêt de la collectivité nationale dans le cas du service national⁴⁶. Pour cette raison, elle a estimé que les situations n'étaient pas comparables et que la non prise en considération du congé parental pour le calcul de la durée de service aux fins de fixation d'une indemnité de congédiement ne représentait pas

⁴³ Une affaire, récemment renvoyée par la Cour de Lettonie, est actuellement pendante: *Nadežda Riežniece contre Zemkopības ministrija (Republic of Latvia), Lauku atbalsta dienests* (C-7/12). Elle porte sur la question de savoir si la directive relative au congé parental doit être interprétée en ce sens qu'elle interdit à l'employeur de prendre toute mesure (en particulier la notation du travailleur en son absence) qui pourrait avoir pour conséquence qu'une travailleuse en congé parental perde son emploi au moment de son retour au travail.

⁴⁴ (C-519/03), [2005] Rec. I-03067.

⁴⁵ (C-220/02), [2004] Rec. I-5907

⁴⁶ Au point 64

une discrimination indirecte des femmes. L'arrêt a fait l'objet de critiques et il a été reproché à la Cour de ne pas avoir examiné si le refus de prendre en considération la demande elle-même de prise en considération du congé ne constituait pas un désavantage pour les femmes, cas dans lequel la Cour aurait dû vérifier s'il existait une justification objective à cette pratique.⁴⁷ Il serait également possible de reprocher à cet arrêt de ne pas reconnaître les intérêts collectifs de l'État à garantir la prise en charge des enfants et des membres de la famille, plutôt que de considérer cela comme un droit individuel.

Cette même incapacité à interpréter la portée de la protection accordée par la directive en adoptant une approche centrée sur l'enfant se retrouve dans l'arrêt *Chatzi contre Ypourgos Oikonomikon*⁴⁸, dans lequel la Cour a statué que la directive relative au congé parental ne doit pas être interprétée en ce sens qu'elle confère à l'enfant un droit individuel au congé parental et qu'elle ouvre droit à un nombre de congés parentaux égal à celui des enfants nés. La Cour de justice a fait remarquer que le congé parental ne constitue pas un droit individuel de l'enfant (contrairement à ce que prétendait la mère de jumeaux qui réclamait le droit à bénéficier d'un congé parental pour chaque enfant) mais plutôt la possibilité donnée aux parents de prendre soin de leurs enfants de manière adéquate. L'arrêt de la Cour confirme ainsi l'intention générale du législateur lors de l'élaboration de la directive, à savoir privilégier les parents plutôt que les enfants.

Nécessité de protéger les droits d'un travailleur pendant son congé parental

Dans l'affaire *Meerts contre Proost N.*⁴⁹, la Cour de justice n'a pas pris en compte le congé parental pour le calcul de l'indemnité de licenciement, étant entendu que Mme Meerts, employée à temps complet bénéficiait d'un horaire réduit dans le cadre d'un congé parental au cours duquel lui a été signifié son licenciement sans préavis. Conformément à la législation nationale, son indemnité était calculée sur la base de sa rémunération pour un travail à temps partiel, et non sur sa rémunération pour un travail à temps complet. La Cour a estimé que les droits dont bénéficiait la travailleuse au moment où elle a pris son congé

⁴⁷ C. Costello and G. Davies "The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000" (2006) 43 C.M.L.R. 1567, p. 1608.

⁴⁸ (C-149/10), [2010] Rec. I- 08489

⁴⁹ (C 116/08), [2009] Rec. I-10093, [2009] All E.R. (D) 259.

parental ne pouvaient être ni perdus ni réduits à la fin de son congé parental et la Cour a estimé qu'il existait également un droit à préavis.⁵⁰ En d'autres termes, la Cour a indiqué que ces droits et avantages seraient mis en échec, avec pour conséquence de dissuader les travailleurs de prendre un tel congé et d'inciter les employeurs à licencier, parmi les travailleurs, plutôt ceux qui se trouvent en situation de congé parental, ce qui irait à l'encontre de la finalité de l'accord-cadre. La directive exige donc que l'indemnité accordée à un travailleur bénéficiant d'un congé parental à temps partiel ne soit pas calculée sur la base de la rémunération réduite. Ce faisant, la Cour a eu à cœur d'insister sur le fait que le maintien des droits des parents jusqu'à la fin du congé parental constitue « *un principe de droit social communautaire qui revêt une importance particulière et ne saurait donc être interprété de manière restrictive* ». ⁵¹ La nécessité d'éviter qu'un travailleur en congé parental subisse des pertes financières est également perceptible dans l'arrêt *Lyreco c. Rogiers*⁵², qui porte sur le renvoi préjudiciel d'une affaire belge impliquant une employée engagée à temps plein ayant pris un congé parental en réduisant ses prestations de travail pendant une certaine période, durant laquelle l'employeur a mis fin à son contrat sans motif grave ou suffisant. En vertu du droit belge, l'employée avait droit au versement d'une indemnité forfaitaire de protection égale à la rémunération de six mois. La question était alors de savoir si cette indemnité forfaitaire devait être calculée sur la base de la rémunération réduite perçue par l'employée à la date de son licenciement compte tenu du congé parental à temps partiel ou sur la base de sa rémunération de travail à temps plein. La Cour a décidé que le calcul devait être effectué sur la base de la rémunération afférente aux prestations de travail à temps plein.

La Cour a récemment confirmé la protection accordée à une employée durant son congé parental dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Nadežda Riežniece c. Zemkopības ministrija (République de Lettonie) et Lauku atbalsta dienests*⁵³. L'employée avait été évaluée dans le cadre d'un processus de licenciement, alors qu'elle était absente pour raison de congé parental, sur la base des résultats de la dernière évaluation annuelle, alors que ses collègues avaient été évalués sur une période plus récente avec des objectifs différents. La Cour a estimé qu'il n'y avait rien d'illégal dans les évaluations, mais que l'évaluation de l'employée en congé parental devait être réalisée avec des critères identiques à ceux des travailleuses en

⁵⁰ La clause 5.2 de la nouvelle directive relative au congé parental dispose que les droits acquis par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus en l'état jusqu'à la fin du congé parental. Cette disposition se trouve également dans la première directive relative au congé parental.

⁵¹ Au point 42.

⁵² C-588/12

⁵³ C-7/12, Arrêt de la Cour (Quatrième chambre) du 20 juin 2013.

activité. Si l'évaluation désavantage les travailleurs en congé parental, il y a discrimination indirecte. La Cour a également considéré que le congé parental interdisait qu'une travailleuse, ayant été transférée dans un autre poste de travail à l'issue de son congé parental et à la suite de cette évaluation, soit licenciée en raison de la suppression de ce nouveau poste de travail dans la mesure où l'employeur n'était pas dans l'impossibilité de lui faire retrouver son précédent poste de travail ou si le travail qui lui a été attribué n'était pas équivalent ou similaire et conforme à son contrat ou à sa relation de travail, notamment du fait que, au moment du transfert, l'employeur était informé que le nouveau poste de travail était destiné à être supprimé, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier.

Ces arrêts sont les bienvenus, dans la mesure où ils reconnaissent la nécessité de protéger les travailleurs bénéficiant d'un congé parental et où, tout en protégeant le droit au congé parental, ils ne remettent pas en cause les autres droits des travailleurs dans le domaine de l'emploi. La principale lacune de la directive réside dans le fait qu'elle n'introduit pas de droit à un congé parental rémunéré. Certains ont exprimé la crainte que ce soit probablement le partenaire le moins bien payé (généralement les femmes) qui prendra un congé parental non rémunéré, ce qui ne fera que renforcer les idées reçues selon lesquelles ce sont surtout les femmes qui s'occupent de la famille. On a reproché à la directive de ne pas avoir su redéfinir les relations entre les sexes en dépit du droit des pères de partager équitablement le fardeau de la vie familiale.⁵⁴ Au sein de l'UE, malgré l'existence du droit au congé parental, les études semblent indiquer que les pères n'exercent pas ce droit pour un certain nombre de raisons, allant de l'ignorance de ces droits à la conviction que ce sont les femmes qui sont les mieux placées pour prodiguer les soins et assumer les responsabilités parentales, en passant par la crainte qu'un congé parental ait un impact négatif sur leurs perspectives de carrière.⁵⁵

Conclusions

⁵⁴ J. Hunt et C. Wallace "Reconciliation between Working & Family Life in the EU-Reshaping Gendered Structures?" [2004] 26(3) *Journal of Social Welfare and Family Law* 325 pages 333-4

⁵⁵ European Opinion Research Group, *European Attitudes to Parental Leave*, (Bruxelles: European Opinion Research Group, 2004).

Dans le contexte actuel où de nombreux travailleurs sont confrontés à des réductions de prestations et à une remise en question de leurs avantages, les mesures de protection destinées aux parents risquent d'être soumises à des pressions de plus en plus fortes. Tout système juridique soucieux de garantir à la fois l'égalité des chances et l'égalité des rémunérations doit néanmoins assurer la protection des travailleurs concernés, qui ne doivent pas être victimes de leur statut de nouveaux parents. Cette protection doit être garantie tant sur le lieu de travail que pendant toute la durée de leur absence du lieu de travail motivée par la grossesse ou le congé parental.

La législation communautaire a permis de mettre en place jusqu'à ce jour un nombre considérable de mesures de protection, cependant il reste encore beaucoup à faire!