

RAPPORT DE RECHERCHE

Concilier travail et famille en France : approches socio-juridiques

MARIE-THÉRÈSE L'ETABLIER MARIE-THÉRÈSE LANQUETIN

juin 2005

22

Concilier travail et famille en France : approches socio- juridiques

MARIE THERESE LETABLIER

Centre d'études de l'emploi

MARIE THERESE LANQUETIN

IRERP, Paris 10 - Nanterre

ISSN 1629-5684
ISBN 2-11-094592-3

Concilier travail et famille en France : approches socio-juridiques¹

Marie-Thérèse Letablier, Marie-Thérèse Lanquetin

RESUMÉ

Concilier une activité professionnelle avec une vie familiale est devenu un enjeu majeur pour les parents, comme pour les politiques, dans tous les pays occidentaux, en lien avec l'entrée massive des femmes sur le marché du travail et avec l'affaiblissement du modèle familial de monsieur Gagnepain. La progression des familles avec deux parents en activité professionnelle d'une part, et des familles monoparentales d'autre part, pose en termes nouveaux la question de l'articulation entre travail et vie familiale. Le droit s'adapte progressivement à ces changements sans toutefois remettre en question fondamentalement les principes sur lesquels il a été construit, au risque de tensions très fortes, d'incohérences, voire de conflits. L'objet de ce texte, issu d'un rapport de recherche commandé par l'Association des femmes de l'Europe méridionale (Afem) pour la Commission européenne, dans le cadre d'un programme Equal, est de dresser un état des lieux des aspects socio-juridiques de la « conciliation » en France, afin de les comparer aux autres pays de l'Europe méridionale.

Mais ce terme de « conciliation » est connoté très péjorativement en raison de son acception centrée exclusivement sur une conciliation « pour les femmes ». Il doit pourtant faire l'objet d'une analyse renouvelée compte tenu de

l'évolution du droit international des droits de l'Homme proprement dit mais aussi du droit communautaire dans la mise en œuvre de l'égalité entre les femmes et les hommes.

Le droit « au respect de la vie familiale » et plus largement les droits fondamentaux de la personne sont en la matière centraux sauf à se cantonner dans des affirmations purement incantatoires.

Peut-on dès lors énoncer des droits « à concilier » ? Comment leur donner un contenu ? Nous développons notre raisonnement à partir de ce que l'on pourrait appeler des « *rights to care* » dans leur double dimension d'octroi de droits individuels à recevoir des soins d'une part, et d'en donner d'autre part.

La première partie de ce travail est consacrée aux droits sociaux liés à la charge d'enfants, qu'il s'agisse de droits à prestations pour la garde des enfants ou de droits liés à la présence de charges familiales dans le système fiscal ou dans le système de retraites. Il s'agit d'un côté d'accroître la disponibilité des parents pour l'activité professionnelle en leur permettant de déléguer une partie des responsabilités parentales, et de l'autre de reconnaître le poids de ces responsabilités dans l'incomplétude des carrières professionnelles.

Mais pour l'heure, il ne s'agit pas comme dans les pays scandinaves de reconnaître aux enfants des droits individuels à un mode d'accueil. La deuxième partie est consacrée à la dimension temporelle de la conciliation : durée du travail, aménagement du temps de travail, horaires de travail, synchronisation des temps, partage des temps entre parents. Nous interrogeons la manière dont les exigences de la vie familiale sont prises en compte dans le droit du travail, d'abord du point de vue des droits à congés (maternité, paternité, parentaux, etc.), puis du point de vue du temps de travail et de ses modes de régulation (durée légale, temps partiel, horaires individualisés, compte-épargne-temps, etc.). Il s'agit dans cette partie, d'interroger la notion de droit pour les salariés à une vie familiale normale qui pourrait permettre d'adapter le droit du travail aux transformations internes du salariat ainsi qu'aux nouvelles normes de vie familiale dues notamment au fait que les parents sont engagés tous deux dans l'activité professionnelle.

Toutefois, la confrontation des droits et des pratiques montre le poids des modèles familiaux traditionnels et la difficulté à progresser vers des formes plus égalitaires de conciliation.

¹ À paraître dans : AFEM (ed.), *Concilier travail et famille : droit et pratiques*, Ant. N. Sakkoulas, Athènes, et Bruylant, Bruxelles, 2005.

Nos remerciements à l'Association des femmes de l'Europe méridionale (AFEM) qui a commandé cette recherche et à ceux et celles qui ont lu et discuté des premières versions de ce travail, notamment lors du colloque qui s'est tenu à Ferrare en février 2004. Nos remerciements aussi aux expertes grecques (Loukia Moussourou et Panayota Petroglou), italiennes (Alisa Del Re et Gisella De Simone), portugaises (Maria do Rosario palma Ramalho et Héloïsa Pérista) ainsi qu'aux coordinatrices de cette recherche, Annick Masselot et Loukia Moussourou.

Sommaire

Introduction.....	7
Chapitre 1. Le contexte	9
1. Les engagements internationaux	9
2. La référence formelle aux règles du droit international des droits de l'Homme	11
3. L'ambivalence des politiques publiques	12
Chapitre 2. La charge d'enfants : les services d'accueil et les « avantages familiaux ».....	13
1. Les aides aux familles	14
1.1. Le système français d'aide à la garde des enfants et aux soins des personnes dépendantes répond-il à cette exigence ?.....	14
1.2. Quels sont ces droits ? Les aides des pouvoirs publics.....	15
1.3. Comment sont gardés les enfants ?	16
1.4. L'impact de ces droits.....	17
1.5. L'accès aux droits.....	17
2. La prise en compte des charges familiales dans le système fiscal.....	18
3. La prise en compte des charges familiales en matière de sécurité sociale	19
4. Sortir du « maternalisme »	22
Chapitre 3. Temps professionnel, temps familial : la concordance des temps.	25
1. Les droits à congé pour raisons familiales	27
1.1. Le congé de maternité.....	28
1.2. La question de la réintégration.....	29
1.3. Le congé de paternité	29
1.4. Le congé parental d'éducation	30
1.5. Autres congés pour raisons familiales	32
2. Le temps de travail et ses modes de régulation	32
2.1. La durée légale: les 35 heures et les lois Aubry.....	33
2.2. Le travail à temps partiel	34
2.3. Le travail à temps plein et la répartition du temps de travail.....	35
2.4. Le travail de nuit	36
2.5. Les horaires individualisés et le compte épargne temps	37
2.6. La prévisibilité : les règles concernant les délais de prévenance	37
3. Le temps de travail et les droits fondamentaux	38
1.1. Les obligations familiales impérieuses	38
1.2. L'article L.120-2 du Code du travail	38
1.3. Le risque de discrimination indirecte.....	39
4. Des droits à enrichir	39
Conclusion	41

INTRODUCTION

Concilier un travail professionnel avec une vie de famille est devenu un impératif majeur dans tous les pays de l'UE et un enjeu de politiques publiques dans un contexte de progression de l'activité professionnelle des femmes et de large diffusion du modèle familial à deux actifs.

Tous les pays de l'Union européenne sont confrontés à la même évolution concernant les structures familiales et les manières de vivre en famille. Partout, le modèle de famille de monsieur Gagnepain régresse laissant place à un modèle de famille où les deux conjoints sont engagés dans la vie professionnelle. Toutefois, cette tendance générale n'a pas la même ampleur dans tous les pays et les changements ne s'opèrent pas au même rythme. Les pays de l'Europe du Nord sont allés plus loin que les pays de l'Europe du Sud dans le processus de transformation des structures familiales, ainsi que dans le processus de « défamilialisation » des activités de soins aux enfants et aux personnes dépendantes. Le mariage n'y représente plus l'institution fondatrice de la famille, la cohabitation conjugale y est nettement plus développée qu'au sud, les couples s'y séparent et s'y recomposent plus fréquemment et les naissances hors mariage y sont plus nombreuses, au point de concerner une naissance sur deux en Suède. La taille moyenne des familles est aussi plus réduite dans les pays d'Europe du Nord que dans les pays de l'Europe méridionale, moins en raison de la baisse de la fécondité qu'en raison de la propension des familles à se limiter au couple conjugal et à ses jeunes enfants, alors que la famille étendue aux jeunes adultes et aux proches âgés prévaut encore en Europe du sud. Enfin, les pays de l'Europe du Nord se différencient des pays de l'Europe méridionale par le niveau élevé d'activité professionnelle des femmes et par leur maintien dans l'activité lorsqu'elles ont des enfants.

La France occupe une place particulière dans la configuration méridionale du fait de ses caractéristiques démographiques et du rôle que jouent les politiques dites « de conciliation »². Les transformations des structures familiales y sont plus profondes que dans les autres pays du Sud : affaiblissement du rôle du mariage, importance du divorce et des séparations conjugales, nombre élevé de naissances hors mariage, taille plus réduite des familles, mais aussi fécondité plus élevée et taux d'activité féminine également plus élevé que dans les autres pays. La question de la « conciliation » entre travail et vie familiale y est posée depuis les années soixante-dix et plusieurs domaines de l'action publique sont concernés : la politique familiale et la politique d'accueil des enfants, la politique de l'emploi et celle du temps de travail et des temps sociaux, la politique d'égalité entre hommes et femmes.

En matière de politique de conciliation, la France se rapproche davantage des pays de l'Europe du Nord que de ses voisins de l'Europe du Sud, notamment en ce qui concerne l'accueil des jeunes enfants, même si le système français est moins développé que celui des pays scandinaves. Mais la France se différencie des pays nordiques par les objectifs assignés à la politique d'aide aux familles, moins axée sur les droits individuels et moins préoccupée de l'égalité entre hommes et femmes.

Les mesures prises à la fin des années 70 et au cours des années 80 lorsque les mères ont massivement intégré le salariat, visaient avant tout les femmes et leur maintien dans le marché du travail. Il s'agissait de promouvoir l'émancipation des femmes en leur permettant de se maintenir dans l'emploi après la naissance des enfants. Mais il s'agissait aussi de ne pas entraver leur liberté « de

² En 2002, le taux d'activité des femmes âgées de 16 à 59 ans était de 77 %. Parmi ces 77 %, 48 % travaillaient à temps complet, 21 % travaillaient à temps partiel, 8 % étaient inscrites au chômage et recherchaient un emploi. Le taux d'activité des femmes vivant en couple et ayant un seul enfant de moins de trois ans excédait 81 %. Ce taux descendait à 56 % pour les mères de deux enfants dont le dernier avait moins de trois ans, et à 36 % pour les mères de trois enfants dont le dernier avait moins de trois ans. Les taux d'activité sont plus élevés lorsqu'il n'y a pas d'enfant de moins de trois ans. Il est respectivement de 82 % pour les mères d'un enfant, de 83 % pour les mères de deux enfants et de 68 % pour les mères de trois enfants. Les mères qui ne vivent pas en couple ont des taux d'activité plus élevés : supérieurs à 86 % pour les mères d'un ou deux enfants âgés de plus de trois ans, et de 72 % pour les mères de trois enfants de plus de trois ans (Insee, 2004, *Regards sur la parité*, édition 2004).

choix » de travailler ou d'avoir d'autres enfants. La rhétorique politique du « libre choix » s'est estompée à la fin des années 90 lorsque les politiques familiales ont mis l'accent sur les responsabilités parentales et que la problématique de l'articulation des temps sociaux est devenue un objet d'attention pour les politiques.

Cependant, les pouvoirs publics en France avaient de longue date adopté des mesures pour protéger la vie familiale des salariés, essentiellement la maternité et les mères, ceci dans une double perspective démographique (augmenter la natalité et diminuer la mortalité infantile) et solidaire (soutenir et aider les familles nombreuses). Ces droits s'inscrivaient dans une conception traditionnelle de la famille, chacun des deux parents ayant des rôles bien délimités et complémentaires. Deux corpus de droits relatifs à la conciliation peuvent alors être distingués : d'une part, les droits sociaux issus des politiques familiales qui concernent la garde des enfants ou la charge d'enfants et d'autre part les droits issus du droit du travail qui concernent la gestion des temps et leur articulation.

Mais ces changements s'inscrivent désormais dans un contexte international et notamment européen, qui promeut l'égalité entre hommes et femmes. Selon la Commission européenne, cette égalité devra être recherchée par une augmentation des taux d'emploi des femmes et par une meilleure prise en charge de la garde des enfants. Ces changements s'inscrivent dans une conception nouvelle des relations de la vie professionnelle et de la vie familiale en lien avec les droits fondamentaux de la personne. Cette problématique des droits fondamentaux et de la nécessaire protection, non seulement de la vie privée, mais de la vie familiale des salariés s'inscrit également dans le droit de l'entreprise³. La situation actuelle est cependant marquée d'ambivalence : les politiques publiques envoient, en effet, des injonctions contradictoires aux femmes alors même que les États adoptent des engagements internationaux plus respectueux des droits fondamentaux reconnus en ce domaine.

³ Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. L'alinéa 1 dispose : Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Cf.infra.

Chapitre 1

LE CONTEXTE

1. LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

Les pouvoirs publics sont, avec les familles, les premiers responsables vis-à-vis des enfants, de leur développement et de leur bien-être⁴. La France a pris à cet égard des engagements internationaux que les politiques publiques intègrent seulement pour partie. Alors que l'accent a été mis d'abord sur la famille⁵ et une conciliation « pour les femmes » entre la vie familiale et la vie professionnelle, les textes les plus récents, mettent l'accent sur conception plus égalitaire de la conciliation.

Au plan universel, la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes⁶ de 1979 (ratifiée par la France en 1984)⁷ est explicite sur cette question. Son Préambule met l'accent sur le principe d'égalité entre hommes et femmes et invite les États parties à des politiques actives en matière de conciliation. Quant aux dispositions elles-mêmes elles invitent les États à adopter des dispositifs pertinents⁸.

De même la Convention n° 156 de l'OIT concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales⁹ rompt avec l'approche antérieure laquelle s'adressait d'abord aux mères.

Outre le préambule de la Convention qui fait observer à l'instar du 14 § du préambule de la Convention de l'ONU sur l'élimination... que les États parties sont conscients que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si l'on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme », l'article 3 de la Convention dispose : « En vue d'instaurer l'égalité effective de chances et de traitement pour les travailleurs des

⁴ En France, les entreprises et la société civile bénéficient d'une légitimité moins grande que l'État pour intervenir sur cette question quand bien même ils restent des partenaires de premier ordre.

⁵ Le préambule de la Constitution de 1946 affirme par exemple que la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. L'article 10 du Pacte de l'ONU relatif aux droits économiques et sociaux porte sur la famille, sa protection et son assistance, sur la protection de la mère pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants et sur le niveau de vie nécessaire à la famille.

⁶ Faite à New York le 1 mars 1980, ratifiée par la France à l'issue de la loi n°83.561 du 1^{er} juillet 1983, publiée au Journal officiel par le décret n°83.193 du 12 mars 1984. Elle est entrée en vigueur à l'égard de la France le 13 janvier 1984.

⁷ Le préambule de la Convention précise : « ayant à l'esprit l'importance de la contribution des femmes au bien-être de la famille et au progrès de la société, qui jusqu'à présent n'a pas été pleinement reconnue, de l'importance sociale de la maternité et du rôle des parents dans la famille et dans l'éducation des enfants, et conscients du fait que le rôle de la femme dans la procréation ne doit pas être une cause de discrimination et que l'éducation des enfants exige le partage de responsabilité entre les hommes, les femmes et la société dans son ensemble ;

Conscients que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme ; »

⁸ Ainsi, à l'article 5 b, la Convention dispose : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire connaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ».

Et dans la IIIème partie de la Convention, l'article 11 dispose à propos de l'emploi, qu'il convient « d'encourager la fourniture de services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants ».

⁹ Entrée en vigueur 11 août 1983. Ratifiée par la France le 16 mars 1989.

deux sexes, chaque membre doit, parmi les objectifs de politique nationale, viser à permettre aux personnes ayant des responsabilités qui occupent ou désirent occuper un emploi d'exercer leur droit de l'occuper ou de l'obtenir sans faire l'objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales »¹⁰.

Au plan **européen**, la même évolution s'est produite. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme assure à l'article 8 le respect de la vie privée et de la vie familiale¹¹. Cette dernière notion est une notion cadre appelée à devenir de plus en plus substantielle. La Charte sociale européenne modifiée en 1996 précise également à l'article 27 le droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement¹².

Mais c'est surtout **le droit communautaire** qui a le plus cherché à mettre en oeuvre la conciliation tant par des recommandations, des résolutions que par des directives. La Cour de justice enfin, a surtout affirmé que « la politique communautaire dans ce domaine consiste à encourager et si possible adapter les conditions du travail aux charges de famille. La protection de la femme dans la vie familiale ainsi que dans le déroulement de son activité professionnelle est, tout comme celle de l'homme, un principe qui est largement considéré dans les ordres juridiques des États membres comme étant *le corollaire naturel de l'égalité entre hommes et femmes et reconnu par le droit communautaire* »¹³. « *Le corollaire* » c'est-à-dire « *une proposition dérivant immédiatement d'une autre* »¹⁴ : le principe d'égalité entre hommes et femmes.

La jurisprudence de la CJCE sur la libre circulation des travailleurs migrants¹⁵ veille également au respect de la vie familiale de ces travailleurs notamment au travers d'une prise en compte du regroupement familial.

Enfin, les Déclarations des droits tant dans la Charte des droits fondamentaux¹⁶ que la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 19 décembre 1989 fixent les grands principes sur

¹⁰ Les droits sont ensuite déclinés :

- à l'article 4 : droit au libre choix de leur emploi et les conditions d'emploi et la sécurité sociale.
- à l'article 5 : dans l'aménagement des collectivités, locales ou régionales, dans le développement ou la promotion de services communautaires, publics ou privés, tels que les services et installations de soins aux enfants et d'aide à la famille.
- à l'article 6 en ce qui concerne l'information et une éducation dans le public pour une meilleure compréhension du principe d'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs des 2 sexes, ayant des responsabilités familiales ainsi qu'un courant d'opinion favorable à la solution de ces problèmes.
- à l'article 7, Dans le domaine de la formation et de l'orientation professionnelles.
- et à l'article 8 : les responsabilités familiales ne peuvent, en tant que telles constituer un motif valable pour mettre fin à la relation de travail.

¹¹ Après avoir reconnu à l'article 8 alinéa 1 le droit au respect de la vie familiale : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance », l'alinéa 2 précise les cas dans lesquelles des restrictions peuvent être apportées à ce droit : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹² « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité des chances et de traitement entre les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales et entre ces travailleurs et les autres travailleurs, les Parties s'engagent à prendre des mesures appropriées...»

¹³ CJCE 17 juin 1998 Aff.C-243/95 Kathleen Hill.

¹⁴ Ou « la conséquence directe d'une théorie déjà démontrée » au sens du dictionnaire Robert.

¹⁵ Pour rendre effective la libre circulation des travailleurs communautaires dans le cadre de l'Union européenne, ceux-ci ne doivent pas être discriminés en matière de recherche d'emploi, dans leur rémunération ou leurs conditions de travail ou en matière de protection sociale. Des règlements communautaires ont été adoptés à cette fin. Mais la CJCE par son interprétation a permis en s'appuyant sur la notion de discrimination indirecte, d'avantage social ou de citoyenneté européenne de donner plus d'efficacité et d'effectivité à la « conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle ». Cf. CJCE 3 juin 1999 Aff.211-97, Paula Gomez Rivero Rec. I, 3219. ; CJCE 10 octobre 1996, Ingrid Hoever, Iris Zachow. ; CJCE 12 mai 1998 Aff.C-85/96 Maria Martinez Sala, Rec. 269. ; CJCE 30 avril 1996, Aff.308/93 J.M. Cabanis Issarte, Rec. 2122. ; CJCE 23 novembre 2000 Aff. C.135/99, Ursula Elsen. De manière plus générale, LANQUETIN et alii., Individualisation et familialisation des droits en matière de protection sociale et droits fondamentaux. Dossiers d'études CNAF Octobre 2003.

¹⁶ Nice, décembre 2000.

lesquels se fonde le modèle européen de droit du travail et plus généralement, de la place du travail dans la société. Cependant le débat à ce sujet n'est pas terminé. En effet, le projet de Constitution européenne a annexé la Charte des droits fondamentaux au futur traité constitutif. Mais la discussion porte notamment sur la teneur de l'article 33 qui est en retrait par rapport au droit en vigueur et à la jurisprudence communautaires¹⁷.

2. LA RÉFÉRENCE FORMELLE AUX RÈGLES DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

La référence formelle aux règles du droit international des droits de l'Homme doit avoir une réelle portée. Un concours de « règles/normes »¹⁸ met l'accent, avec des formulations voisines, sur le principe d'égalité entre hommes et femmes, et pour les plus récents sur l'égalité de chances et de traitement entre hommes et femmes. Ces règles mettent également l'accent sur la nécessaire protection des droits et libertés fondamentales. Il s'agit de véritables normes qui doivent produire du sens et permettre des évolutions nationales, ce qui se vérifie avec la formulation de l'article L.120-2 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Une évolution majeure du droit français se traduit en effet par la soumission de dispositions nationales à des normes d'un niveau supérieur, comme la Constitution ou d'autres conventions ou traités du droit international des droits de l'Homme affirmant des droits fondamentaux soit lorsqu'une disposition n'est pas encore entrée en application soit pour renforcer son énoncé et sa portée¹⁹.

Les dispositions adoptées par l'Union européenne sont d'origine et de portée diverses (recommandations, résolutions, directives). Mais lorsque la CJCE affirme que la conciliation est le « corollaire » de l'égalité de traitement, les dispositifs nationaux se doivent d'évoluer.

Il y a plus. Même lorsque l'obligation s'adresse aux États Parties, et crée ainsi un effet vertical, la question de l'effet direct horizontal peut trouver une réponse dans la jurisprudence lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux²⁰. Ainsi lorsqu'un salarié refuse un déménagement familial alors qu'une clause de mobilité contractuelle s'imposait à lui, le juge fait application de l'article 8 de la Convention européenne pour justifier le respect du domicile familial même dans les rapports entre particuliers. De même la convention européenne trouve à s'appliquer en matière de protection sociale et de droits dérivés là où la directive communautaire 79/7 est plus restrictive.

Il se dégage de cet ensemble de dispositions que des obligations reposent tant sur les États parties que sur les employeurs. Or il existe des tensions dans les politiques publiques entre les obligations des États et les mesures finalement adoptées ou maintenues. Il existe également dans les entreprises, des difficultés liées à la difficile conciliation entre le pouvoir de direction de l'employeur et le « droit au respect de la vie familiale » du salarié placé dans une situation de « subordination juridique » en raison de son contrat de travail.²¹

¹⁷ L'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 précise que la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social. « Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant ».

¹⁸ Antoine JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social* 1982.

¹⁹ un exemple en matière de discrimination dans l'emploi en raison de l'origine Cass. Soc. 1992, Boufagher.

²⁰ Arrêt Defrenne II 1976.

²¹ Article L.120-2 du Code du travail préc. dont les premières applications ont lieu en jurisprudence. Cf. infra : la notion de « raisons familiales impérieuses » que le (la) salarié(e) est en droit d'invoquer.

3. L'AMBIVALENCE DES POLITIQUES PUBLIQUES

La distance entre les termes mêmes des droits reconnus et les mesures adoptées se double d'injonctions contradictoires à l'égard des femmes. La thématique du « libre choix » des femmes entre activité professionnelle et vie familiale vient brouiller le paysage. En réalité, il n'y a pas « libre choix », ni pour les mères, ni pour les pères, cette thématique masquant une conception sexuée.

Le thème de la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle s'inscrit pourtant dans une perspective de présence forte des femmes sur le marché du travail, ainsi que dans une perspective d'égalité entre les hommes et les femmes. Mais une certaine ambivalence demeure quant à la conception implicite de la conciliation des politiques : une conciliation qui repose sur les femmes étant donné la manière dont s'organise la vie familiale. La perspective est appelée à changer, non pas que les femmes entendent désérer la vie familiale pour se réfugier dans la vie professionnelle, mais parce que les femmes comme les hommes ont besoin d'autonomie et de droits économiques et sociaux, pour être pleinement citoyennes. Par conséquent, une politique de conciliation devrait non seulement favoriser l'entrée et le maintien des femmes sur le marché du travail, mais aussi contribuer à un partage plus égalitaire des responsabilités parentales et domestiques.

La jurisprudence communautaire sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, ainsi que sur « l'articulation de la vie professionnelle et familiale » qui doit être pensée en étroite corrélation, fournit un cadre à une relecture des dispositifs nationaux. L'affirmation du « droit au respect de la vie familiale » par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme est un autre appui solide pour cette relecture, d'autant que ce droit a des échos en droit interne tant dans le Préambule de la Constitution de 1946, dans le Code du travail (article L.120-2) que dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation et du Conseil d'État²².

²² Le Conseil constitutionnel s'appuyant quant à lui sur le Préambule de la Constitution de 1946 : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à son développement », principe valant consécration et garantie d'un droit de « mener une vie familiale normale » (voir : A. JEAMMAUD et M. LE FRIAND, 1999, «L'incertain droit à l'emploi », *Travail, genre et Sociétés* n° 2, 29-45).

Chapitre 2

LA CHARGE D'ENFANTS : LES SERVICES D'ACCUEIL ET LES « AVANTAGES FAMILIAUX »

La charge des enfants n'est pas en France une question strictement privée laissée à la seule responsabilité des familles. C'est une question qui concerne aussi les pouvoirs publics, l'État central et les collectivités locales, et dans une moindre mesure, les entreprises et la société civile.

Les aides publiques à la garde des enfants recouvrent à la fois des aides en nature sous forme de services collectifs et des prestations en espèces sous forme d'allocations directes versées aux familles. Elles concernent également des déductions fiscales et des réductions de cotisations sociales dues par les familles qui emploient une personne pour garder leurs enfants. Ces prestations englobent également les « avantages familiaux » perçus par les familles en raison de dispositions « familialistes » du droit fiscal ou de mesures dites compensatoires accordées jusqu'à une date récente aux mères en matière de retraite.

Les services d'accueil se sont considérablement développés depuis les années soixante-dix au moment où les mères se sont portées massivement sur le marché du travail et ont poursuivi leur carrière professionnelle sans interruption. Depuis ces années, le budget consacré au développement des services d'accueil n'a cessé de croître, à un rythme plus ou moins soutenu selon les gouvernements au pouvoir. L'action des gouvernements qui se sont succédé depuis le milieu des années soixante dix a été impulsée et soutenue par la plupart des partenaires sociaux, et notamment par les deux grandes centrales syndicales françaises au nom du soutien à l'activité professionnelle des femmes et de leur émancipation, et par le mouvement des femmes, en particulier par le « féminisme d'État »²³. Jusqu'à la fin des années 1990, cet objectif de conciliation a ciblé les mères avant de cibler les parents sous le gouvernement socialiste. La politique familiale n'a pas opéré sur un terrain totalement vierge en ce qui concerne les services d'accueil des enfants : des crèches ou des garderies existaient déjà dans les plus grandes agglomérations urbaines et les écoles maternelles étaient nombreuses bien qu'inégalement réparties sur le territoire français. Les activités périscolaires étaient aussi déjà bien organisées, en particulier sous l'égide des comités d'entreprise, des municipalités, ou de certaines associations familiales ou certaines ONG. L'idéologie de la « mère au foyer » qui avait prévalu dans la société française de l'après-guerre s'est étiolée progressivement laissant la place aux valeurs d'émancipation portées par le Mouvement social en général et le Mouvement des femmes en particulier. Par ailleurs, il n'y a pas eu comme en Allemagne ou aux Pays-Bas, de repli sur les valeurs de la maternité et de l'éducation « privée » des jeunes enfants. Au contraire, la socialisation précoce des jeunes enfants a été prônée comme moyen d'atténuer les différences culturelles et sociales entre les enfants. L'action de l'État en faveur de l'enfance a toujours été sollicitée et soutenue, et elle le reste comme le montrent les enquêtes réalisées sur ces questions²⁴.

²³ Le Comité du travail féminin, comité interministériel paritaire qui s'est réuni tout au long de la décennie soixante-dix a incarné en partie ce féminisme d'État, voir : Martine LEVY, 1988, *Le féminisme d'État en France 1965-1985 : vingt ans de prise en charge institutionnelle de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*. Thèse de doctorat, 2 vol.

²⁴ Voir : M-T. LETABLIER, S. PENNEC et O. BÜTTNER, 2003, *Opinions, attitudes et aspirations des familles vis-à-vis de la politique familiale en France*, Paris, rapport de recherche CEE n°9.

1. LES AIDES AUX FAMILLES

Aborder la question de la garde des enfants implique une double perspective : celle du droit à être gardé et à accéder à un mode d'accueil, et celle du droit à garder, à donner des soins. Dans le premier cas, il s'agit de garantir l'accès à des services ou à des prestations, dans l'autre, il s'agit de permettre aux adultes (parents ou descendants) de s'occuper de leurs enfants ou de leurs proches en situation de dépendance, sans pour cela être pénalisés dans leur carrière professionnelle et dans leurs propres droits sociaux. Dans les deux cas, le titulaire n'est pas le même : dans le premier cas, le titulaire est l'enfant alors que dans le second, c'est le parent qui prend en charge.

Cette problématique définit une autre façon de fonder des droits alors que le plus souvent ce rôle, de garder et de donner des soins, reposait essentiellement sur la mère. Si celle-ci doit pouvoir aussi exercer son droit à une activité professionnelle, une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie familiale implique d'en rechercher la traduction juridique. Le droit communautaire exprime cette exigence en affirmant que « l'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle est un corollaire de l'égalité de traitement »²⁵. Même si la politique familiale relève de la compétence des États membres et non de la compétence communautaire, les engagements internationaux de la France tels ceux à l'égard de la CEDAW²⁶ imposent une unité de conception de la « conciliation/articulation ». Cette exigence s'inscrit donc dans le champ de la Convention de l'ONU, ainsi que dans celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

1.1. Le système français d'aide à la garde des enfants et aux soins des personnes dépendantes répond-il à cette exigence ?

Le régime de protection sociale français peut être classé parmi les régimes « corporatistes conservateurs » dans la typologie de Esping-Andersen. Ainsi les droits de l'enfant ne sont pas affirmés et garantis comme dans les pays scandinaves où chaque enfant qui n'a pas atteint l'âge de la scolarité obligatoire, a droit à un mode d'accueil.

Dans les faits, ce droit est effectif (sans être formulé explicitement) pour les enfants de 3 à 6 ans qui vont presque tous (98 %) à l'école maternelle, même si l'école maternelle n'est pas considérée comme un mode de garde des enfants mais plutôt comme une forme de scolarisation précoce. Les écoles maternelles dépendent du ministère de l'éducation nationale et non des affaires sociales. Leur fonctionnement est similaire à celui des écoles primaires, avec un encadrement assuré par des enseignants qualifiés, imprégnés de principes pédagogiques d'éducation. Non seulement l'école maternelle s'est généralisée depuis les années 80, mais elle accueille les enfants de plus en plus tôt : 37 % des enfants de 2 à 3 ans y vont régulièrement. L'accueil dans une école maternelle est gratuit pour les parents et n'est pas réservé aux enfants dont les parents ont une activité professionnelle. Toutefois pour les parents qui travaillent, la question de la garde des enfants se pose en fin de journée (l'école se termine à 16h30), le mercredi où les enfants n'ont pas classe, ainsi que pendant les vacances scolaires, de la même manière que pour les enfants de moins de trois ans.

Les politiques ont mis en place un système d'aide aux familles pour garder ou faire garder leurs enfants, sous forme de services, notamment de services collectifs (crèches, garderies...), d'allocations destinées à compenser les coûts de la garde par une personne rémunérée ou bien la perte de salaire lorsque l'un des parents s'arrête de travailler ou réduit son activité pour s'occuper d'un enfant en bas âge, de déductions fiscales et de réductions de cotisations sociales pour les parents qui ont recours à une personne rémunérée.

²⁵ préc.

²⁶ préc.

Bien qu'en France, l'aide aux familles ait privilégié la garde des enfants plutôt que les soins aux personnes âgées dépendantes pour des raisons liées à l'importance de la démographie et à la protection des enfants, les familles ont néanmoins acquis des droits en matière de prise en charge des adultes handicapés et des personnes âgées dépendantes. Mais, ces domaines d'intervention publique ne relèvent pas de la même branche de la sécurité sociale et ne sont donc pas traités sous le même angle, c'est-à-dire celui de l'aide à la conciliation entre une activité professionnelle et la prise en charge des enfants et des proches qui ne sont pas autonomes pour les actes de la vie courante.

Les familles ont donc des droits à bénéficier de prestations pour les aider à combiner l'engagement dans une vie professionnelle et l'engagement familial. Quels sont ces droits ? Comment sont-ils utilisés ? Quels effets ont-ils sur l'articulation entre travail et vie familiale, en termes de coûts pour les parents comme en termes de partage du travail et des responsabilités familiales ?

1.2. Quels sont ces droits ? Les aides des pouvoirs publics

1.2.1. Concernant la garde des enfants

Depuis le 1^{er} janvier 2004, les aides allouées aux familles pour la garde des enfants ont été regroupées en une prestation unique d'accueil du jeune enfant (PAJE). En plaçant l'enfant au centre du système, ce regroupement donne une plus grande visibilité à l'action publique dans ce domaine, tout en maintenant la diversité des prestations et des modes de garde. C'est la présence d'un enfant qui ouvre des droits aux parents, quel que soit le mode de garde adopté, par l'un des parents ou par une personne rémunérée. La PAJE se décompose en plusieurs allocations : une prime de naissance ou d'adoption forfaitaire d'un montant de 800 euros versée à tous les parents, une allocation de base de 160 euros par mois pour chaque enfant de moins de trois ans, complétée par une allocation de « libre choix du mode de garde ». Cette allocation permet d'alléger le coût de la garde par une personne rémunérée, à son domicile ou au domicile des parents²⁷, ou bien de compenser en partie la perte de salaire du parent qui interrompt ou réduit son activité pour s'occuper de son enfant. La réforme des prestations d'accueil a permis de relever le montant des allocations versées aux familles qui ont recours à une personne rémunérée, en sorte d'ouvrir ce mode de garde à un nombre plus grand de familles, conformément aux orientations de la politique familiale qui encouragent son développement au détriment des modes d'accueil dans des structures collectives. En privilégiant le soutien aux modes de garde individuels et privés, les pouvoirs publics répondent aux injonctions de la politique de l'emploi visant à développer les services aux personnes. Cette réforme a également étendu les droits des parents à garder eux-mêmes leur enfant, en octroyant le complément « libre choix » dès le premier enfant pour une durée de six mois. En même temps, les conditions d'activité antérieures ont été resserrées.

De la sorte, les pouvoirs publics soutiennent tous les modes d'accueil : l'accueil en structures collectives par des subventions accordées aux collectivités pour la création et le fonctionnement de ces structures, l'accueil par une personne rémunérée, soit par une assistante maternelle agréée ou par une personne gardant l'enfant au domicile des parents, ou encore la garde parentale. Le résultat de cette politique, c'est un système fragmenté juxtaposant garde individuelle privée et garde collective, qui va de pair avec une segmentation des métiers d'accueil des jeunes enfants, entre professionnels des structures d'accueil collectif, assistantes maternelles et employées de maison.

Cette situation découle de la multiplicité des enjeux attachés à la politique d'accueil des enfants, des enjeux qui ont évolué au fil du temps. Alors que les crèches et les écoles maternelles existent en

²⁷ L'allocation de garde par une personne rémunérée varie selon le revenu des parents de 151 euros à 354 euros par mois pour un enfant de moins de trois ans et de 75 euros à 177 euros par mois pour un enfant âgé de 3 à 6 ans (garde complémentaire à l'école maternelle). L'allocation de garde par l'un des parents s'élève à 340 euros par mois pour une garde à temps plein et à 219 euros pour une garde à temps partiel (données 2004). Cette allocation de garde par l'un des parents est soumise à des conditions d'activité professionnelle antérieures à la naissance de l'enfant, ce qui compense partiellement la perte de revenu du ménage.

France depuis le XIX^e siècle, les principes d'une politique d'aide aux familles pour la garde des enfants ont été posés en 1945 lorsque la politique familiale s'est institutionnalisée. C'est à ce moment que le système de protection maternelle et infantile s'est mis en place, que le fonctionnement des crèches a été réglementé et que le système de formation des professionnels de la petite enfance a été instauré. Mais c'est à partir de la fin des années 70 et dans les années 80 que le système actuel de prestations s'est mis en place, dans un contexte de développement accéléré de l'activité professionnelle des mères. L'objectif des pouvoirs publics était alors partagé entre aider les mères à rester sur le marché du travail dans une logique d'émancipation, ou les encourager à revenir au foyer pour élever leurs enfants. Le système actuel est le fruit de cette double logique d'émancipation par le travail et d'engagement dans la maternité. Ce n'est qu'à la fin des années 90 avec la Gauche au pouvoir que la figure parentale a émergé dans l'action publique, et en particulier la figure du père, lorsque le congé de paternité a été étendu à quatorze jours en 2002. Ce congé vise explicitement à encourager la « parité » dans la famille et à inciter les pères à s'occuper de leurs enfants dès leur plus jeune âge.

1.2.2. En cas de maladie grave, de handicap et de personnes dépendantes

Outre ces prestations qui concernent directement la garde des enfants, il existe aussi des prestations destinées à aider les familles lorsqu'un enfant est atteint d'une maladie grave ou lorsque la famille a la charge d'une personne adulte handicapée ou d'une personne âgée dépendante. Ces prestations peuvent être vues comme la reconnaissance d'un droit à « prendre soin ». Ainsi, l'allocation de présence parentale (APP) créée en 2001 permet aux parents d'un enfant gravement malade ou handicapé de réduire ou suspendre leur activité professionnelle pour rester auprès de lui. Cette prestation n'est pas soumise à conditions de ressources. De même les familles ont droit à une aide pour soigner une personne adulte ou âgée dépendante (APA- allocation perte d'autonomie). Cette aide remplace depuis 2002 la prestation solidarité dépendance (PSD) qui avait été instituée cinq ans auparavant à titre expérimental. L'APA est une prestation universelle versée à toute personne âgée d'au moins 60 ans résidant en France et en perte d'autonomie, qu'elle soit maintenue à domicile ou hébergée en établissement spécialisé. La prestation respecte le libre choix du lieu de vie de la personne tout en permettant au membre de sa famille qui s'en occupe d'être « rémunéré » pour l'aide qu'il lui apporte²⁸. Le montant de l'allocation dépend du degré de dépendance et des ressources de la personne dépendante. Elle n'est pas soumise à l'imposition sur le revenu et ne fait pas l'objet d'une récupération sur succession. Elle est destinée à couvrir une part des dépenses occasionnées par la dépendance, y compris la rémunération d'un proche à l'exception du conjoint. Cette prestation peut être considérée comme un instrument qui facilite la conciliation entre travail et vie familiale dans la mesure où elle permet d'acheter des services, mais elle est aussi une reconnaissance d'un droit à s'occuper de ses proches.

1.3. Comment sont gardés les enfants ?

Pour les pouvoirs publics, la diversité des prestations répond à la diversité des préférences des parents en matière de modes de garde. De fait, alors que les enfants de 3 à 6 ans vont tous à l'école maternelle, les enfants plus jeunes sont gardés de manière très diversifiée : par l'un des parents (46 %), par une assistante maternelle agréée (20 %), par une employée de maison déclarée (1,5 %), dans une structure collective (11 %) ou par un autre moyen (13,5 %- une personne rémunérée non déclarée, un membre de la famille, une voisine...). Un certain nombre fréquente déjà l'école maternelle (11 %). Les enfants pré scolarisés sont gardés en dehors des heures scolaires (8 :30 – 16 :30), le mercredi ou pendant les vacances, soit par une assistante maternelle agréée (12 %) par une em-

²⁸ Fin 2002, 800 000 personnes avaient fait valoir leur droit à cette prestation : 58 % étaient hébergées en établissement spécialisé et 42 % étaient à domicile.

ployée de maison déclarée (2 %) ou vont à la garderie ou au centre de loisirs (13 %) ou encore sont gardés par un parent ou un proche.

Une part croissante du budget de la politique familiale est consacrée à subventionner la garde des enfants²⁹. Près de la moitié de ces dépenses subventionne la garde par l'un des parents (la mère dans 98 % des cas,) qui interrompt ou réduit son activité pour s'occuper d'un enfant de moins de trois ans. Une partie un peu moins élevée subventionne la garde par une assistante maternelle agréée. Les structures collectives ne viennent qu'en troisième position dans la hiérarchie des dépenses publiques allouées à la garde des enfants, ce qui indique que la priorité est mise sur les modes de garde individuels, au détriment des structures collectives qui pourtant emportent la préférence des parents.

1.4. L'impact de ces droits

La politique d'aide aux familles pour l'accueil de leurs enfants peut sembler plutôt généreuse si on la compare aux pays voisins. Cette politique a sans aucun doute un effet sur l'emploi des mères qui, pour une grande partie d'entre elles, poursuit son activité professionnelle même en présence d'enfants en bas âge. Elle a sans doute aussi un effet sur le maintien relatif de la fécondité : le taux de fécondité en France reste le plus élevé d'Europe avec l'Irlande. Cette politique a également un effet redistributif entre les familles ainsi qu'un impact sur l'inclusion sociale des enfants. Mais, du point de vue de la conciliation entre travail et vie familiale, elle produit aussi des inégalités : inégalités territoriales, inégalités dans l'accès aux modes de garde, inégalités entre hommes et femmes et inégalités entre femmes elles-mêmes.

1.5. L'accès aux droits

Les politiques d'accueil des jeunes enfants sont montées en puissance dans les années 80 de façon empirique et éclatée avec des objectifs ambigus, voire contradictoires. La réforme de ces prestations qui aboutit à la PAJE crée une sorte de « panier de droits » qui permet d'attacher à la prestation un ensemble d'allocations. Elle introduit de l'homogénéité et de la cohérence dans un système complexe, en structurant l'ensemble des aides autour d'une prestation unique centrée sur l'enfant et les besoins et préférences des parents. Elle ne définit pas pour autant un droit de chaque enfant à un mode de garde. Elle ne garantit pas l'accès, mais reste dans une logique de « libre choix » des parents qui sont supposés arbitrer en fonction de leurs préférences entre un mode de garde individuel privé ou un mode garde collectif public, entre la garde par un membre de la famille ou par une personne rémunérée.

Le système reste marqué par des inégalités territoriales d'offre d'accueil, qui découlent de l'inégale répartition des structures sur le territoire ; les structures collectives sont plus nombreuses en Région parisienne et dans les grandes agglomérations que dans les zones rurales ou semi urbaines. La garde par une assistante maternelle est plus répandue dans l'ouest de la France tandis que les solidarités familiales sont davantage mises à contribution dans le nord et l'Est.

Le système est caractérisé également par une forte segmentation sociale des modes de garde, non seulement en fonction de leur localisation, mais aussi en fonction de leur coût pour les parents³⁰. Le

²⁹ En 2004, les allocations d'accueil représentent environ 16 % du total des prestations familiales, soit 5,3 millions d'euros sur un total de 33,5 millions. En plus de ces allocations, la politique familiale subventionne les modes d'accueil collectif : la prestation de service versée par les caisses locales d'allocations familiales aux communes ou associations gestionnaires de structures couvre 32 % en moyenne de leur coût de fonctionnement (les communes financent 35 %, les parents financent 27 % et les 6 % restant sont financés par d'autres institutions).

³⁰ Le coût d'une employée à domicile est de 1671 euros environ mais elle peut garder plusieurs enfants. De fait ce mode de garde concerne principalement des familles avec plusieurs enfants en bas âge. Le coût pour les parents d'une assistante maternelle varie selon le marché local du travail, entre 710 et 900 euros par mois. Quant à la crèche collective, le barème national est fixé en fonction du revenu des parents : 12 % du revenu pour un enfant, et 10 % pour deux enfants.

recours à une personne employée au domicile est de fait réservé aux parents ayant les revenus les plus élevés. Les déductions fiscales dont ils bénéficient avantagent ces ménages par rapport à ceux qui recourent à un autre mode de garde. La crèche est accessible aux revenus les plus modestes et aux revenus moyens. Les tarifs des crèches sont fixés en fonction du revenu des parents: pour les plus bas revenus (c'est-à-dire au niveau du salaire minimum) la crèche coûte 98 euros par mois, alors qu'une assistante maternelle coûterait 260 euros par mois à la même famille. Les parents avec des revenus moyens optent de préférence pour une assistante maternelle. Ce sont les parents avec les plus faibles revenus qui cessent ou réduisent leur activité professionnelle pour prendre l'allocation parentale d'éducation (APE) lorsqu'ils y ont droit. Les autres s'arrangent avec les grands parents ou avec le voisinage, ou encore entre conjoints.

L'allocation parentale d'éducation continue de susciter de vifs débats car elle contribue à maintenir les inégalités entre hommes et femmes. En effet, 98 % des parents qui interrompent ou réduisent leur activité professionnelle pour prendre une APE sont des femmes. La plupart de ces femmes sont peu qualifiées et ont des trajectoires professionnelles plutôt marquées par la précarité. Seule une partie de ces femmes bénéficie d'un congé parental qui leur garantit le retour à l'emploi. Pour les autres, le retour à l'emploi est souvent problématique, et ce, d'autant plus que l'interruption d'activité est relativement longue (trois ans) en comparaison de ce qu'elle est dans les pays nordiques par exemple (un an environ).

Malgré ces aides publiques à l'accueil des enfants, la conciliation entre travail et vie familiale reste difficile pour de nombreux parents. Trouver un mode de garde « satisfaisant » reste une affaire difficile qui relève souvent du parcours du combattant. De nombreux parents s'inscrivent pour une place en crèche mais peu obtiennent satisfaction et n'ont d'autre recours que l'assistante maternelle. Les structures collectives emportent la préférence des parents en raison de la qualité de l'accueil et de la qualification de l'encadrement, mais la rigidité des horaires pousse une partie d'entre eux à opter pour une solution plus flexible. Par ailleurs, les modes de garde individuels, notamment par des assistantes maternelles, encouragés par le gouvernement actuel pour des raisons qui tiennent à la fois à l'importance de la politique de développement des services au coût moindre pour les pouvoirs publics, et à des raisons idéologiques de préférence pour une forme de garde familiale, soulèvent la question épineuse de la professionnalisation de ce travail.

2. LA PRISE EN COMPTE DES CHARGES FAMILIALES DANS LE SYSTÈME FISCAL

C'est par l'intermédiaire du « **quotient familial** » que les charges de famille sont prises en considération en France pour le calcul du montant de l'impôt. Institué en 1945, le quotient familial n'a pas d'équivalent dans la législation fiscale des pays occidentaux.

Ce procédé original consiste à diviser la totalité du revenu imposable de la famille par un certain nombre de parts représentatif de la situation et des charges de famille du contribuable, à appliquer au résultat un barème progressif de l'impôt et à multiplier la somme ainsi obtenue par le nombre de parts afin de déterminer le montant de l'impôt.

Il s'agit d'abord d'un **quotient conjugal**. Dans ce système, l'imposition conjointe du couple est obligatoire et le quotient bénéficie d'abord aux couples à un seul revenu, cela d'autant plus que les revenus sont élevés³¹. La diminution d'impôt apportée par les enfants à charge est croissante avec le revenu. Ainsi dans un foyer fiscal, chacun des époux bénéficie d'une part de quotient familial et les enfants d'une demie part et à partir du troisième enfant d'une part. L'application du quotient familial atténue la progressivité de l'impôt et opère une réduction sensible de son montant. Avec un ba-

³¹ A l'inverse, les bas revenus sont pénalisés surtout si les revenus du couple sont proches. Célibataires, ils ne sont pas imposables si leurs revenus sont inférieurs, séparément, à 8493 euros (pour les revenus 2003). En couple, mariés ou pacsés, ils seront imposables à compter de 12953 euros. C'est dans cette situation une incitation à rester célibataires !

rème progressif, le jeu du quotient familial entraîne une diminution d'impôt à nombre d'enfant donné, d'autant plus forte que le revenu du contribuable est élevé. Dans un souci de plus grande équité verticale, les effets du quotient familial ont été plafonnés depuis 1981³².

Le système français d'imposition est un système « familialisé » qui peut pénaliser le travail des femmes dans la mesure où les revenus d'activité ont pour effet immédiat d'augmenter l'imposition dans une tranche supérieure à celle qui résulterait de ses seuls revenus. Sa mise en place s'est effectuée alors que dominait le modèle de famille de Mr Gagnepain, Madame s'occupant des enfants. C'est donc un système qui avantage généralement le mari et qui peut dissuader une femme de prendre une activité professionnelle. Les conséquences sur les couples bi actifs seraient à analyser de façon fine au regard de leur niveau d'imposition et au regard de la conséquence sur la seconde activité professionnelle, le plus souvent celle de la femme. De plus, la plupart des prestations liées à la garde d'enfants donnent lieu à des réductions fiscales. En général, les dépenses des ménages pour faire garder leurs enfants sont déductibles des impôts, ce qui contribue à faire baisser le coût de la garde pour les parents³³, mais seuls ceux qui sont imposables en bénéficient.

3. LA PRISE EN COMPTE DES CHARGES FAMILIALES EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ SOCIALE

Aussi bien le système fiscal que le système de sécurité sociale sont des systèmes « familialisés »³⁴. En matière d'assurance-maladie par exemple, l'assuré social assure le bénéfice des prestations en nature pour son conjoint et ses enfants sans cotisation supplémentaire. Ces systèmes sont ainsi, incitatifs à une limitation de l'activité des femmes, au travail au noir ou à une activité conçue comme susceptible de produire un salaire d'appoint.

En effet, la technique des droits dérivés présente selon la Communication de la Commission relative à la modernisation de la protection sociale des effets pervers³⁵ : les droits dérivés instituent une dépendance à l'égard du titulaire des droits, ils dissuadent les femmes de se présenter sur le marché du travail et incitent à travailler dans l'économie informelle, sans couverture sociale propre. Les droits accordés sans contrepartie, reflètent les inégalités du marché du travail dans la mesure où sans cotisation une veuve percevra un pourcentage du précédent alors qu'une femme qui aura travaillé toute sa vie pour une rémunération plus faible percevra une faible pension. Les droits dérivés jouent contre l'égalité entre hommes et femmes.

La récente réforme des retraites en France permet d'illustrer cette question puisque historiquement des avantages familiaux ont été accordés aux mères en vue de les inciter au retour au foyer, puis de reconnaître le travail familial³⁶. Les femmes exerçant une activité professionnelle, la charge d'enfant ne leur permettait pas le plus souvent d'avoir des carrières complètes et donc de percevoir des retraites complètes. Divers dispositifs de retraites favorisaient, en outre, leur retrait précoce de l'activité pour faciliter leur retour au foyer afin de s'occuper des enfants et tenir compte de l'écart d'âge entre conjoints.

³² En 2004, ce plafond est de 2086 Euros par 1/2 part pour les revenus 2003.

³³ Il faudrait ajouter à cela le statut fiscal des assistantes maternelles. A condition d'être agréées et déclarées, celles-ci sont pratiquement dispensées de payer des impôts sur le revenu. L'objectif politique est de limiter le travail non déclaré dans le secteur des services aux personnes .

³⁴ M-T. LANQUETIN, M-T. LETABLIER, 2003, « Individualisation des droits sociaux et droits fondamentaux : une mise en perspective européenne », *Recherches et Prévisions* n° 73.

³⁵ Cf Communication de la Commission « Moderniser et adapter la protection sociale en Europe 12 mars 1997, Com(97) 102 final.

³⁶ Des avantages familiaux divers ont été mis en place au profit des femmes, pour inciter au retour au foyer après la 1^{ère} Guerre Mondiale en 1924 pour les fonctionnaires féminins puis pour compenser la charge d'enfants en 1971 pour le secteur privé.

La loi du 21 août 2003 a réformé le régime de retraite par répartition en France (JO du 22 août). La réforme concerne tant le régime général de sécurité sociale (et régimes assimilés) que le régime des fonctionnaires, mais pas les régimes dits spéciaux. La durée de cotisation de ces deux régimes est unifiée et portée à 40 ans pour les fonctionnaires (la durée avait été modifiée en 1993 pour le secteur privé). Pour inciter les travailleurs à poursuivre leur activité aux âges élevés, un système de décote et de sur côte a été mis en place, la décote pénalisant un faible taux d'activité, la sur côte encourageant la poursuite d'activité. Ces dispositions ont des conséquences ambivalentes, voire défavorables pour les mères. À cette occasion, les avantages familiaux ont fait l'objet de redéfinition tant dans le secteur privé que dans la fonction publique. Ces dispositions ont été adoptées suite à l'arrêt Griesmar de la CJCE et à l'arrêt du Conseil d'État qui a suivi, arrêts concernant pourtant le seul régime des fonctionnaires³⁷.

Dans le secteur privé, le législateur a choisi de maintenir la bonification de deux ans par enfant pour les mères dans le régime général, et cela à la différence du projet de loi du gouvernement. Le maintien de cet avantage a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel par l'opposition parlementaire. La disposition était-elle conforme au principe constitutionnel d'égalité ? L'opposition s'appuyait sur les dispositions du Code civil concernant l'autorité parentale et la notion d'enfant à charge, adoptant le mode de raisonnement du Conseil d'État dans l'affaire Griesmar.

Le Conseil constitutionnel valide la disposition en ces termes :

Considérant que l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents ;

Considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieure de plus du tiers à celles des hommes ; Qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L.351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ».

Bien que le Conseil constitutionnel précise que l'éducation des enfants ne saurait dépendre du sexe des parents, il considère toutefois nécessaire de prendre en compte les inégalités de fait « normalement appelées à disparaître ». Il s'inscrit ainsi dans une logique d'actions positives au sens de l'article 4-I de la Convention de l'ONU et de l'article 141 §. 4 du Traité d'Amsterdam.

Pour la première fois en matière d'égalité entre hommes et femmes, le Conseil constitutionnel reconnaît la constitutionnalité d'une telle disposition³⁸. Ce sont les inégalités de fait dont les femmes sont victimes qui justifient de retenir une telle disposition conforme à l'intérêt général : leurs carrières sont plus courtes, les interruptions plus fréquentes, les pensions sont nettement inférieures.

Tout en stigmatisant la rupture d'égalité si elle devait rester en vigueur de façon illimitée, le Conseil s'abstient de prononcer la censure, « le traitement privilégié étant justifié par de puissants motifs « d'intérêt général ».

Mais la disparition des inégalités est-elle programmée ? La question reste, en effet, de savoir si les dispositions législatives peuvent permettre de voir disparaître des inégalités de grande ampleur.

Le premier rapport du Conseil d'orientation des retraites donne quelques éléments sur la situation des femmes à l'égard de leur retraite. Elles ont, en effet, une espérance de vie plus grande et une vie

³⁷ Voir : LANQUETIN Marie-Thérèse (2003), « Les retraites des femmes : quelle égalité », *Droit social* novembre p. 960.

³⁸ LANQUETIN Marie-Thérèse, 2003, préc.

à la retraite plus longue que celles des hommes, mais en même temps, elles sont, dans une proportion très forte, titulaires de faibles retraites car leurs carrières sont plus courtes. Les femmes se caractérisent également par des trajectoires de fin de carrière différentes, des âges de liquidation plus tardifs, une forte fréquence de travail à temps partiel, en particulier contraint. Et elles ont un risque beaucoup plus fort de terminer leur carrière par une période d'inactivité ou d'invalidité que les hommes, surtout lorsqu'elles ont un emploi à temps partiel. Elles ont ainsi des durées de cotisations plus courtes 122 trimestres contre 168 trimestres pour les hommes.

Pour les femmes salariées du secteur privé qui ont eu des carrières courtes du fait des interruptions d'activité professionnelle et qui donc ont peu cotisé, l'écart moyen entre hommes et femmes concernant les pensions de droit direct est de 63 %. Les femmes les plus âgées (85 ans et plus) perçoivent les retraites les plus faibles : elles perçoivent des pensions de droit direct inférieures de 22 % au montant moyen versé à l'ensemble des femmes. Un certain nombre ne perçoivent que le minimum vieillesse (on estime à 760 000 le nombre de bénéficiaires du minimum vieillesse dont 70 % de femmes, soit environ 540 000).

Dans le régime de retraite des fonctionnaires, le dispositif existant, c'est-à-dire une bonification d'un an par enfant, est maintenu par la loi nouvelle pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004, mais il est assorti de conditions rigoureuses³⁹. La bonification d'un an est supprimée pour les enfants nés après le 1^{er} janvier 2004 ; elle est limitée à six mois correspondant à la fonction biologique. Un système de majoration de durée d'assurance est prévu pour le père comme pour la mère. Cette majoration de durée d'assurance peut atteindre trois ans par enfant mais sous **condition d'arrêt ou de limitation de la durée d'activité**, à savoir « *d'un temps partiel de droit, d'un congé parental, d'un congé de présence parentale, d'une disponibilité pour éléver un enfant de moins de 8 ans* ».

Le nouveau dispositif place théoriquement sur un pied d'égalité hommes et femmes. Ce choix est celui d'une égalité formelle qui ne peut masquer un impact différencié selon le sexe. En effet, il est plus que probable que l'interruption d'activité concerne majoritairement les femmes dans le futur comme elle les a concernées dans le passé. Ce choix a été présenté comme s'imposant en application de la jurisprudence de la CJCE dans l'affaire Griesmar. Tel n'est pourtant pas le cas.

La conception française de la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle transparaît à différents moments des débats parlementaires et se distingue fortement de la conception communautaire. La conception française répartit dans le temps, la vie professionnelle et la vie familiale des femmes, alors que pour le droit communautaire « l'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle est un corollaire de l'égalité de traitement » entre hommes et femmes. En réalité, la mère éducatrice apparaît encore comme une évidence dans les projets gouvernementaux. Et subsiste encore l'idée que l'un des parents, la mère, quitte momentanément son emploi pour s'occuper des enfants.

Le principe d'égalité entre femmes et hommes n'a pas été au fondement du modèle français de protection sociale et de politique familiale. Ce modèle est historiquement daté et doit maintenant intégrer le principe d'égalité entre hommes et femmes. Or la France reste ambivalente sur ces questions ce qui est manifeste sur la question des avantages familiaux dans les régimes de retraite et plus généralement en matière de politique familiale.

Le montant des avantages familiaux s'élève à 13 milliards d'euros. Ces avantages ont été mis en place par étapes successives sans véritable réflexion d'ensemble, répondant principalement à des objectifs natalistes. Mais, il reste que la France est engagée dans la construction européenne, et la

³⁹ À la condition d'avoir eu les enfants en étant fonctionnaire et d'un arrêt d'activité. La signification de cette disposition est de limiter l'application de l'avantage aux pères. Depuis l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire Griesmar, leurs demandes en justice ont en effet été nombreuses. Désormais il faudra justifier par exemple d'un congé parental, alors que pour les mères un congé maternité pourrait suffire.

méthode ouverte de coordination des régimes de retraite impulsée par l'Union européenne insiste sur la nécessité de respecter parmi les principes d'action, l'égalité entre hommes et femmes.

Si l'écart est donc encore important entre l'approche communautaire et l'approche française, la décision du Conseil constitutionnel du 14 août 2003 autorisant des actions positives en faveur des femmes ouvre néanmoins de nouvelles perspectives à l'action législative pour l'égalité des chances et de traitement entre hommes et femmes.

4. SORTIR DU « MATERNALISME »

Tant la question de la garde des enfants et de leur accueil que celle des avantages familiaux font l'objet de débats. Les changements observés au cours des trente dernières années ont été considérables, tant en ce qui concerne la pré scolarisation des enfants qu'en ce qui concerne leur accueil. L'école maternelle s'est généralisée et les modes de garde se sont développés et diversifiés. Les aides publiques se sont multipliées. Une attention croissante a été portée à la qualité des modes d'accueil et à leur fonction socio-éducative. Et pourtant, ces modes d'accueil sont encore insuffisants pour couvrir les besoins en augmentation constante du fait du maintien de la natalité et de l'augmentation de l'activité professionnelle des mères. La sédimentation des mesures qui se sont empilées au fil des années a rendu le système complexe et quelque peu opaque. La nécessité de le simplifier et de le redéfinir par rapport à des objectifs clairs a justifié la réforme amorcée en 2003. Cette réforme réinstaure la notion de choix pour les parents alors même que l'activité professionnelle des mères doit être encouragée. En permettant aux parents de percevoir une allocation parentale de garde d'enfant dès le premier enfant, la réforme qualifie la responsabilité parentale, maternelle dans les faits, au lieu de promouvoir la responsabilité collective vis à vis des enfants. Elle remet la charge de la conciliation en partie sur la famille, du moins pour les familles les plus modestes puisque ce sont celles-ci qui ont intérêt financièrement à suspendre leur activité professionnelle pour prendre un congé⁴⁰.

La réforme du système de prestations d'accueil des jeunes enfants n'emporte pas l'adhésion des principales associations familiales car elle n'encouragerait pas suffisamment la garde familiale en maintenant, voire en renforçant, les critères d'activité professionnelle antérieure pour bénéficier du complément de « libre choix d'activité » (ex APE). Le complément de cessation d'activité ne va pas dans le sens souhaité des familialistes favorables à une véritable rémunération du travail parental ou plus exactement du travail maternel (« un salaire maternel ») plutôt qu'à une allocation pensée comme une compensation de la baisse de revenu de la famille.

Si la réforme ne permet pas de dire adieu au « maternalisme », elle n'encourage pas ouvertement son retour. Cependant, les femmes qui ont des trajectoires professionnelles précaires risquent de se retrouver dans le piège des trappes à inactivité. Une autre analyse en termes de droits fondamentaux devrait permettre de ne pas opposer ainsi les femmes entre elles et, en ce sens, la réforme actuelle n'est pas aboutie.

Les mêmes difficultés se retrouvent au sujet des avantages familiaux dans les systèmes de retraite. Ces avantages instaurés dans un contexte de soutien à la maternité, ont été en quelque sorte « requalifiés » pour être ouverts indifféremment aux deux parents qui ont interrompu ou réduit leur carrière pour élever des enfants, opérant ainsi une sorte de « rattrapage » pour le parent qui s'est investi dans les activités parentales au détriment de son activité professionnelle, réduisant de la sorte ses droits à retraite. Cependant, les décrets d'application de la loi nouvelle excluent nombre de femmes du bénéfice des avantages familiaux. La réforme n'a pas été pensée avec la lucidité néces-

⁴⁰ Voir à ce propos H. PERIVIER, 2003, « Emploi des mères et garde des jeunes enfants : l'impossible réforme ? », *Droit social* n° 10.

saire sur l'effet des mesures prises qui se révèlent discriminatoires.⁴¹ De manière plus générale, si le maintien d'une bonification de deux ans pour les mères au moment de la retraite se justifie compte tenu de la faiblesse des retraites dans le régime général et du caractère discontinu de l'activité des mères, il n'en reste pas moins qu'une mesure dite « d'action positive » ne correspond pas totalement ici à sa définition. Les pères en effet ne prendront un congé parental qu'à faible dose et les mères seront emprisonnées dans un rôle maternel, ce qui ne correspond pas à l'objectif visé.

Dans la fonction publique, l'égalité formelle entre les pères et mères fonctionnaires se retournera vraisemblablement contre les mères. Dans tous les cas, ce sont les mères de moindre qualification qui feront les frais d'une telle politique familiale.

Si les parents sont désormais également visés par les dispositifs relatifs à la charge d'enfants, l'égalité formelle qui les sous tend ne peut masquer leur caractère « discriminatoire ». En effet, pères et mères ne sont pas placés dans la même situation au regard de la charge d'enfant.

⁴¹ Ainsi le décret n° 2003-1036 du 30 octobre 2003 qui organise la retraite anticipée pour les salariés ayant commencé à travailler jeunes et qui ont eu de longues carrières, exclut bon nombre de femmes de l'abaissement de l'âge de la retraite en faisant un distinguo entre « années validées » et « années cotisées ». Les femmes qui bénéficient de deux années validées par enfant élevé sont écartées de la mesure.

Chapitre 3

TEMPS PROFESSIONNEL, TEMPS FAMILIAL : LA CONCOR- DANCE DES TEMPS

La question du temps de travail est centrale dans la problématique de l'articulation vie familiale/vie professionnelle. Historiquement, la question a été abordée de façon très contrastée. Parce que les femmes étaient « par nature » dans une situation différente de celle des hommes au travail, des mesures particulières, aux objectifs ambivalents, ont été adoptées, la place des femmes étant d'abord dans la famille. C'est essentiellement à partir de 1892 que le législateur est intervenu, après de longs débats, pour limiter leur travail, voire les exclure du travail ou de certaines formes de travail⁴² et pour limiter leur durée du travail⁴³. Le débat a porté d'abord sur l'amplitude de la journée de travail, pour les enfants (1841), les jeunes (1874), les femmes majeures (1892) avant d'être uniformisée pour l'ensemble des travailleurs car la diversité était impraticable. Le débat a porté ensuite sur la durée hebdomadaire de travail ; il s'est prolongé jusqu'à la fin du XX^e siècle.

Cette logique de « protection » des femmes au travail⁴⁴ n'a pas été totalement réexaminée par le droit du travail et des « dispositions particulières » ont été maintenues par la loi du 13 juillet 1983 dans le secteur privé⁴⁵. Dans la fonction publique d'État, cette même logique s'exprimait encore au travers d'emplois réservés aux hommes ou au travers de recrutements distincts pour les hommes et pour les femmes en raison de la « nature des emplois », et ce jusqu'à la condamnation de la France par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) en juin 1988. Dans le secteur privé, des condamnations ont également été prononcées en septembre 1988 concernant les avantages particuliers réservés aux femmes dans les conventions collectives puis en 1991 lorsque la France a été condamnée pour avoir maintenu une interdiction du travail de nuit pour les femmes.

Depuis la fin du XIX^e siècle, la vie familiale des travailleurs a donc été l'objet d'attention des pouvoirs publics pour des raisons à la fois démographiques et morales Il s'agissait en effet de protéger la maternité en sorte que le travail professionnel n'entrave pas les capacités procréatrices et éducatives des femmes.

Mais dès lors qu'a été affirmé le principe d'égalité entre les hommes et les femmes dans tous les domaines par le Préambule de la Constitution de 1946, des évolutions devaient avoir lieu. Non sans difficultés. Alexia Gardin dans sa thèse sur « La vie familiale du salarié en droit du travail » montre la difficulté de saisir l'attitude du droit du travail à l'égard du salarié qui a une famille⁴⁶ (Gardin, 2000). Elle met en évidence deux grandes tendances, deux corps de règles qui poursuivent des fina-

⁴² Interdiction du travail de nuit des femmes majeures dans l'industrie (1892), interdiction du travail dans les mines minières et carrières pour des raisons aussi bien morales que physiologiques. Cette interdiction liée à la moralité a été maintenue jusqu'en 1975. Il s'agissait également de protéger la maternité en sorte que le travail professionnel n'entrave pas les capacités procréatrices des femmes.

⁴³ Voir à ce propos : M. Guilbert, 1966 *Les femmes et l'organisation syndicale avant 1914*, Eds CNRS, M. Zancarini-Fournel, 1995, « Archéologie de la loi du 2 novembre 1892 », in L. AUSLANDER et M. ZANCHARINI- FOURNEL, *Déférences des sexes et protection sociale*, PUV. Saint-Denis ; M.T.LANQUETIN1998, « L'égalité rprofessionnelle, le droit à l'épreuve des faits » in *Les nouvelles frontières de l'inégalité, Hommes et Femmes sur le marché du travail*, s/dir.M. MARUANI, Ed. La Découverte, Mage, coll. Recherches, et 2003 « Un autre droit pour les femmes ? » in *Le travail du genre* , s/dir. J. LAUFER, C. MARRY, M. MARUANI, Ed.La Découverte, Mage, coll.Recherches.

⁴⁴ Participant de cette logique de « protection », des emplois, dans « certaines catégories d'exploitations, entreprises ou établissements » étaient réservés en 1940, aux pères de famille ayant 3 enfants à charge, au sens de la législation sur les allocations familiales, et aux veuves ayant au moins 2 enfants à charge⁴⁴. Cette mesure est d'ailleurs toujours en vigueur.

⁴⁵ L'article L.123-1 dispose encore : « sous réserve de dispositions particulières du présent code, le principe d'égalité entre hommes et femmes ... »

⁴⁶ A. GARDIN, 2000, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, Thèse de doctorat, Université de Nancy 2.

lités très différentes. D'un côté, le droit du travail s'est doté de règles visant à assurer l'autonomie de la vie familiale par rapport à la vie professionnelle et envisage la famille comme *extérieure* à la relation de travail et ne devant pas interférer sur elle. Le code à ce titre interdit de prendre en considération « la situation de famille » pour arrêter des mesures dans l'emploi et le travail. De l'autre, le droit du travail comporte des règles par lesquelles il fait pénétrer la vie familiale dans la vie professionnelle, reconnaissant de fait les différences entre les deux domaines.

Il s'agit de préciser ici, ce que le droit du travail prend en compte dans la vie familiale et comment s'opère cette conciliation. La « charge de famille » du salarié est appréhendée à partir d'un statut familial précis, celui de parent, de conjoint ou de concubin ou de membre d'un cercle familial étendu, à savoir les « proches parents ». Depuis quelques années, la notion de « charge de famille » a été étendue aux proches requérant des soins⁴⁷ et notamment aux personnes vieillissantes.

Ainsi, tout un corpus de règles prend en compte la vie familiale, les événements qui la parcourent (naissances, mariages, décès...) ainsi que les contraintes qu'elle impose à la vie professionnelle. Cette prise en compte s'effectue dans un contexte juridique entièrement renouvelé depuis une quinzaine d'années, en raison non seulement de l'affirmation du principe d'égalité entre hommes et femmes, mais plus largement en raison de la prise en considération dans les relations de travail des droits fondamentaux de la personne. En effet, dans l'entreprise et malgré la subordination résultant du contrat de travail, le ou la salariée reste titulaire d'un certain nombre de droits. Une dialectique existe donc entre le pouvoir du chef d'entreprise et les droits fondamentaux des travailleurs. C'est la grande différence avec la période antérieure, des limites étant posées au pouvoir de l'employeur ; celui-ci s'exerce de façon moins arbitraire. Le respect de la vie familiale fait partie des droits et libertés fondamentales que le droit doit mettre en œuvre. L'article 120-2 du Code du travail dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».⁴⁸ Cette disposition est remarquable. Elle légitime certes le pouvoir de l'employeur, mais en même temps elle affirme les droits des salariés. Cette problématique est mise en œuvre lorsque la Cour de cassation juge qu'une clause de mobilité avec changement de domicile n'est valable qu'à la condition d'être indispensable pour l'entreprise et proportionnée au but recherché.⁴⁹ Elle s'affirme dans une moindre mesure lorsque le salarié peut faire valoir ses « obligations familiales impérieuses ». Enfin, lorsque des droits sont reconnus, encore faut-il qu'ils soient assortis de garanties. Le rôle du juge est ici déterminant pour que ces droits soient efficaces et effectifs⁵⁰.

L'évolution est nette aussi entre la façon d'aborder la question du temps, au XIX^e siècle et maintenant. Les acteurs du temps de travail se sont diversifiés. Le législateur a joué et continue de jouer un grand rôle, mais nous verrons que s'agissant de la durée du travail, les lois récentes ont renvoyé aux protagonistes sociaux la détermination des rythmes de travail. Cependant la fixation des horaires de travail relève toujours du pouvoir de direction de l'employeur. En ces domaines les droits fondamentaux de la personne viennent apporter des limitations à ce pouvoir et c'est alors le juge qui est garant de cet équilibre.

La question de la conciliation au regard du temps ne se réduit pas à celle des droits à congés familiaux, mais inclut aussi les formes de régulation du temps de travail, de sa durée et de son aménagement. Elle n'implique pas seulement les entreprises et les pouvoirs publics mais aussi les collectivités locales pour ce qui est de l'organisation quotidienne de la vie sociale dans la cité. Les bu-

⁴⁷ Dans cette approche, il convient toutefois de noter que le droit du travail n'inclut pas les fonctions publiques.

⁴⁸ Article L.120-2 du Code du travail résulte de la loi du 31 décembre 1992.

⁴⁹ Cass.Soc. 12 janvier 1999, Spileers, Bull. V, n°7. La Cour dans cet arrêt vise l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales car l'article L.120-2 n'était pas encore applicable au moment des faits. La Cour manifeste ainsi sa volonté d'utiliser pleinement le droit international applicable en droit interne et de rendre efficaces des dispositions qui participent d'une même problématique.

⁵⁰ A. JEAMMAUD, 1993, « Evaluer le droit », Chronique, Dalloz.

reaux des temps sont une tentative pour améliorer la synchronisation temporelle des activités professionnelles et sociales mais leur développement et leur impact reste très limité.

Du point de vue du droit du travail, la famille du salarié est considérée comme un élément extérieur à la relation de travail⁵¹, et les interférences entre vie professionnelle et vie familiale sont ignorées lors de l'embauche, de l'exécution du contrat de travail ou de sa rupture. Il est même interdit de prendre en considération la situation de famille d'un salarié (discrimination). En revanche, la relation de travail intègre la famille en ce qui concerne la grossesse et la maternité, ou la vie de famille du salarié. La grossesse peut justifier l'adaptation de l'emploi, ou bien l'allaitement au-delà de la durée du congé de maternité ouvrir des droits à des pauses par exemple. Mais c'est surtout l'institution du congé de maternité qui est l'élément important : il traduit la reconnaissance d'un droit au repos pour la salariée qui devient mère. Le régime du congé de maternité tend à assimiler la grossesse à un moment normal de la carrière de la salariée. Le congé de paternité, ou du moins son extension récente, répond à d'autres objectifs, et notamment à promouvoir un partage plus équitable des responsabilités domestiques et parentales, une plus grande « parité familiale ». En ce qui concerne la vie de famille du salarié, le droit du travail accorde la priorité au parent, et tend à reconnaître progressivement l'interchangeabilité des rôles familiaux masculins et féminins. Ainsi en est-il des congés parentaux et autres congés pour raisons familiales.

1. LES DROITS À CONGÉS POUR RAISONS FAMILIALES

Le besoin de congés parentaux s'est affirmé depuis une vingtaine d'années alors que les taux d'activité professionnelle des mères n'ont cessé d'augmenter, et que le nombre de familles monoparentales s'est accru considérablement. Si le développement de la monoparentalité accentue le besoin d'une garde extérieure au ménage, il accentue aussi le besoin de temps disponible pour que le parent seul puisse jouir d'une vie familiale. On rappellera qu'en France, le taux d'activité professionnelle des mères qui élèvent seules des enfants est élevé⁵², l'allocation de parent isolé n'étant attribuée que jusqu'à l'âge de trois ans de l'enfant.

En même temps, le nombre de ménages dans lesquels les deux parents ont une activité professionnelle n'a cessé d'augmenter pour devenir la norme. Le cumul pour les femmes d'un engagement professionnel et d'une activité de mère est souvent considéré par les pays européens voisins comme plus facile en France en raison de la multiplicité des aides publiques à la conciliation. De fait, l'approche française a produit un corpus de droits à congés, ouverts à égalité, aux hommes et aux femmes ou qui peuvent être considérés comme relevant du respect de la vie familiale ou selon la jurisprudence du « droit à une vie familiale normale » pour les travailleurs. Mais du point de vue de l'égalité entre hommes et femmes, les droits sont encore marqués par l'ambivalence. Le congé de maternité, s'il fait partie des mesures incontestées et efficaces du point de vue de l'emploi, présente toujours un risque pour les femmes au regard de l'emploi. Le congé de paternité adopté récemment fait partie des mesures qui vont dans le sens de l'égalité, mais le congé parental fait partie des mesures ambivalente, faute d'incitation pour les pères à prendre une partie de ce congé.

⁵¹ M.DESPAX 1963, « La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, » *JCP, éDG*, I, 1776.

⁵² En 1995, le taux d'activité des mères élevant seules un enfant de moins de 15 ans était de 84,5 % en France, le taux le plus élevé des pays de l'Union européenne après l'Autriche (88,1 %) et bien au-dessus du Royaume-Uni (45,1 %) ou des Pays-Bas (49,7 %).

1.1. Le congé de maternité

La finalité du congé de maternité a évolué depuis 1913, en même temps que la conception du travail des femmes. Créé sous la troisième République⁵³ il s'agissait, dans la ligne des lois « de protection » de la fin du XIX^e siècle de « protéger » les mères au travail pour préserver leurs capacités reproductrices et pour limiter la mortalité infantile. L'État assumait ainsi sa responsabilité vis-à-vis des mères et des enfants⁵⁴. La revendication portait sur la nécessité d'un arrêt au moment de l'accouchement, mais il fallut encore du temps pour rendre ce repos effectif en raison de la nécessité d'une compensation financière refusée pendant longtemps par les employeurs.

Depuis sa création, le congé de maternité a été étendu progressivement⁵⁵ à toutes les travailleuses, salariées et non salariées, et sa durée allongée. La durée du congé est actuellement de seize semaines dont six semaines sont à prendre avant la naissance et dix semaines après la naissance⁵⁶. Ce congé est rémunéré sur la base du salaire antérieur et sa rémunération est prise en charge par la Sécurité sociale. Avec la montée de l'exigence de conciliation, la réintroduction dans l'emploi de la salariée à l'issue de son congé est apparue nécessaire pour rendre ce droit efficace et effectif.

La protection de l'emploi de la mère a été affirmée seulement en 1966 mais sans grande portée. Depuis cette date, en effet, un mécanisme original d'annulation du licenciement intervenu en cours de grossesse a été mis en place et la production d'un certificat médical entraînait l'annulation du licenciement⁵⁷. Or un licenciement nul ne peut produire aucun effet, la femme irrégulièrement licenciée doit normalement continuer à occuper son emploi.

Le non respect de ces dispositions a impliqué dans un premier temps la condamnation de l'employeur au paiement des salaires afférant à toute la période de protection, auxquels s'ajoutaient des dommages et intérêts ainsi qu'une indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse, depuis 1973.

Mais cette nullité a été l'enjeu de débats jurisprudentiels et doctrinaux sur l'interprétation de la disposition. La nullité était interprétée comme une nullité « temporaire », le licenciement prenant alors effet à la fin de la période de protection. En réalité les juges estimaient d'une part que l'on ne pou-

⁵³ Depuis 1913, la législation est intervenue à différentes reprises pour assurer la protection de la maternité. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une mesure de « conciliation » mais d'abord d'une mesure de protection de la maternité, de la santé des mères et des enfants, dans un contexte où les débats politiques concernant les questions familiales et sociales étaient vives et portées par les courants natalistes et familialistes militant pour la lutte contre la dépopulation de la France. La France avait besoin d'enfants et il revenait à l'État républicain de faire en sorte que les familles répondent à ce besoin « pour la Patrie » et la Nation.

⁵⁴ Rappelons que jusqu'au début du XX^e siècle, beaucoup d'enfants étaient confiés à des nourrices dès après leur naissance. C'était une norme dans les familles de la bourgeoisie et de l'aristocratie que d'envoyer son nouveau né chez une nourrice à la campagne en province. Beaucoup d'enfants mourraient pendant le voyage ou dès les premières années.

⁵⁵ Pour les agents publics qui ne sont pas fonctionnaire, la protection de la maternité est un principe général de droit : arrêt Dame Peynet. La protection qui s'applique alors est celle du Code du travail.

⁵⁶ Il peut aller jusqu'à 46 semaines lorsque la mère met au monde des triplés (article L.122-26 al. 1) ou 52 semaines si l'état pathologique de la mère le justifie (al.3). La durée du congé est allongée pour les naissances de rang trois et au-delà : depuis 1980, le congé de maternité pour le troisième enfant a été porté à 26 semaines au lieu de seize pour les naissances de rang un et deux.

⁵⁷ Aux termes de l'article L.122-25-2 du Code du travail, « il est interdit à l'employeur de résilier le contrat d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée et pendant l'intégralité des périodes de suspension auxquelles elle a droit, qu'elle en use ou non, ainsi que pendant les 4 semaines qui suivent l'expiration de ces périodes ». Après avoir posé le principe de cette interdiction, l'article L.122-25-2 ajoute que l'employeur peut toutefois résilier le contrat s'il justifie :

1 - D'une faute grave de l'intéressé non liée à l'état de grossesse ce qui incite le juge à tenir compte de la situation de la femme dans l'appréciation de la faute grave dont la preuve incombe à l'employeur.

2 - Soit de l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement.

Enfin pendant le congé la protection de la salariée est renforcée contre le licenciement. La résiliation ne peut être signifiée ni prendre effet pendant le congé de maternité quel que soit la cause de licenciement invoquée par l'employeur (art.L.122-27 C. trav)

vait pas imposer à un employeur de réintégrer une salariée dont il ne voulait plus⁵⁸ et d'autre part, ces mêmes juges estimaient sans doute que la place de la mère était auprès de l'enfant. C'est pourquoi les indemnisations étaient importantes mais l'emploi n'était pas préservé même quand la salariée demandait cette réintégration

1.2. La question de la réintégration

Pour être véritablement protectrice de l'emploi, la salariée, à l'issue de la période protégée doit être réintégrée dans son emploi précédemment occupé ou dans un emploi similaire. Après avoir accepté en référé, la réintégration de la salariée, en 1997, la Cour de cassation vient de rendre un arrêt fort important qui met un terme à un conflit d'interprétation de près de 40 ans !

Dans cet arrêt du 30 avril 2003⁵⁹, la Chambre sociale de la Cour de cassation a enfin très clairement affirmé le droit à réintégration de la salariée dont le licenciement est nul en raison de son état de grossesse. La Cour de cassation affirme, au visa de l'article L.122-25-2 du Code du travail que « lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut dans un emploi équivalent » et « qu'en cas de licenciement nul d'une salariée en état de grossesse, en application de l'article L.122-25-2 du Code du travail, ***sa réintégration doit être ordonnée si elle le demande.*** »

L'affirmation du droit à la réintégration au bénéfice des femmes s'inscrit dans un mouvement juris-prudentiel plus large de clarification du régime juridique de la nullité. Il reconnaît enfin la liberté fondamentale de fonder une famille protégée par le droit communautaire et européen. En effet, la sanction adéquate ne peut être que la remise en état dans l'emploi. Ainsi la primauté est donnée au rétablissement de la légalité.

Seule cette interprétation est protectrice de l'emploi des mères et permet, dans cette situation spécifique, la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle. Ainsi la question de la protection de la maternité a connu des fortunes diverses. Elle a été longtemps interprétée, en lien avec la jurisprudence communautaire⁶⁰ comme une exception à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Aujourd'hui il est admis que cette protection, dont seules bénéficient les mères, doit être une condition de l'égalité de traitement.

1.3. Le congé de paternité

Différents congés pour événements familiaux justifient une *autorisation exceptionnelle d'absence*. Ainsi les pères avaient droit à trois jours pour chaque naissance ou arrivée d'un enfant au foyer en vue d'une adoption. Ces jours d'absence n'entraînent aucune réduction de rémunération et ils sont assimilés à du travail effectif (au regard du congé annuel). Ils permettaient déjà aux nouveaux pères de s'absenter de leur travail à l'occasion de la naissance d'un enfant.

Une loi du 31 janvier 2001 a créé un congé de paternité⁶¹ de onze jours consécutifs⁶² afin de garantir des droits aux parents et aux enfants de vivre en famille. Mais ce congé de paternité n'est pas assimilé à du travail effectif et n'ouvre pas droit au maintien du salaire. Cependant le salarié perçoit

⁵⁸ Cass.soc.1978.

⁵⁹ Mme Velmon c/Association Promotrans, Avis de l'Avocat général Jacques Duplat, *Revue de Jurisprudence sociale*, 7/03, juillet 2003, page 557. Décision page 579, n° 869. La Cour d'Appel de Versailles avait cru pouvoir rejeter la demande de réintégration de la salariée en retenant « qu'aucune obligation de réintégration par l'employeur n'est rattachée à un licenciement nul ».

⁶⁰ Colloque EWLA Table ronde animée par MT LANQUETIN , 2003, « Protection de la maternité et articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle par les hommes et les femmes », in *L'égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle* , Dalloz .

⁶¹ article L.122-25.4 et D.122-25 CT.

⁶² De dix-huit jours en cas de naissance multiple.

pendant ce congé de paternité des indemnités journalières de sécurité sociale équivalentes à celles versées à la femme pendant le congé post-natal, dans la limite du plafond de sécurité sociale ; mais lorsque la rémunération du salarié dépasse le plafond de la Sécurité sociale, l'employeur n'est pas tenu d'assurer le maintien du salaire intégral⁶³.

Cette mesure vise à renforcer l'implication des pères dans l'accomplissement de leurs responsabilités parentales et à permettre aux deux parents de mieux partager la charge de la conciliation dans un souci de promotion de l'égalité dans la vie familiale. Il faut attendre un certain nombre de négociations pour que ce congé soit davantage attractif pour les pères au regard de sa prise en charge financière⁶⁴ c'est-à-dire en fonction du salaire antérieur.

Le congé de paternité mis en place début 2002 a bénéficié au cours de cette même année à plus de 250 000 pères assurés aux régimes de sécurité sociale couvrant les salariés, les travailleurs indépendants et les professions agricoles. L'enquête qualitative menée par le Credoc durant les quatre premiers mois d'entrée en vigueur du congé auprès des pères qui y ont eu recours, montre que ce congé a bien été intégré comme un droit par la plupart des entreprises et des familles⁶⁵. Quel que soit le régime de sécurité sociale, le nombre de jours pris par les pères est proche du maximum de jours auxquels ils ont droit, soit onze jours (qui s'ajoutent aux trois jours de congé de naissance). Pendant leur congé, les pères ont perçu une indemnité d'un montant moyen de 611 Euros correspondant à une indemnité journalière moyenne de 55 Euros⁶⁶.

L'information a été rapidement diffusée et la connaissance qu'ont les personnes de leurs droits est plutôt bien établie. Le non recours au congé est dû surtout à des contraintes professionnelles : contraintes financières pour les professions libérales, les commerçants et les artisans qui sont peu indemnisés, ou pour les cadres qui ne sont remboursés qu'en partie compte tenu du plafond ; charge de travail trop importante dans des entreprises, petites ou grandes ; peur des réactions de l'employeur pour les salariés en situation professionnelle précaire ou en période d'essai. Un certain nombre de pères qui ne prennent pas leur congé disent « s'arranger » en prenant des jours RTT ou en allégeant leurs horaires afin de consacrer malgré tout un peu plus de temps à leur famille.

Pendant leur congé, la majorité des pères vivent leur rôle comme une aide apportée à la « maman ». Certains pères s'occupent plus complètement des soins au nouveau-né, surtout lorsque la mère a des problèmes de santé. L'implication dans les tâches domestiques, partagées par la plupart des pères interrogés, varie également en fonction de la répartition habituelle au sein du couple. Le facteur le plus discriminant dans les activités des pères reste le nombre d'enfants dans la famille et la façon dont ils sont pris en charge durant cette période. Au total, les pères et les mères interrogés donnent un avis positif sur cette mesure. À l'appui de leur point de vue, ils évoquent la valorisation du rôle du père que permet ainsi que le temps partagé ensemble qui repositionne chacun dans la nouvelle configuration familiale⁶⁷.

1.4. Le congé parental d'éducation

Le congé parental avait été instauré par une loi du 12 juillet 1977 dont le régime a été modifié à plusieurs reprises. Pendant la période qui suit le congé de maternité ou d'adoption, tout salarié qui justifie d'une ancienneté d'une année dans l'entreprise à la date de la naissance de l'enfant (ou de

⁶³ Articles L.331-8, R.331-1, R.331-8, D.331-8 et D. 331-4 Code de la Sécurité sociale.

⁶⁴ Un accord Renault du 17 février 2004 s'inscrit dans ce mouvement et prend en charge la rémunération intégrale du congé paternité.

⁶⁵ D. CHAUFFAUT, E. DAVID et M. VALLET, 2003, *Le congé de paternité : vécu et opinions*, CREDOC : collection des rapports.

⁶⁶ Compte tenu du plafond de sécurité sociale, l'indemnité journalière pouvait atteindre un montant maximum net au 1^{er} janvier 2002 de 62,88 Euros.

⁶⁷ D. CHAUFFAUT, 2003, *Le congé de paternité : vécu et représentations dans les premiers mois de sa mise en œuvre*, Drees : Etudes et résultats.

son arrivée au foyer) a le droit de bénéficier soit d'un congé parental d'éducation pendant lequel son contrat de travail est suspendu, soit d'une réduction de la durée de son travail. Le congé parental a une durée initiale d'un an au plus. En règle générale, il peut être prolongé deux fois pour prendre fin au plus tard au troisième anniversaire de l'enfant ou à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'arrivée de l'enfant en cas d'adoption. Ce droit est cumulatif pour les parents qui peuvent interrompre leur activité professionnelle. Ce congé n'est pas rémunéré mais depuis 1985, le parent qui interrompt ou réduit son activité professionnelle peut sous certaines conditions de durée d'activité et de rang de l'enfant percevoir une allocation parentale d'éducation (APE) versée par la CNAF destinée à compenser partiellement la perte de revenu.

Le régime juridique du droit au congé parental varie selon que le salarié travaille dans le secteur privé⁶⁸ ou le secteur public⁶⁹. Mais au delà de l'égalité formelle qu'offrent les régimes juridiques les bénéficiaires de l'APE sont en très grande majorité les mères. Le nombre de bénéficiaires n'a cessé d'augmenter au cours des années 90 et surtout après la réforme des modalités d'attribution en 1994 qui a permis aux parents d'enfants de rang 2 d'en bénéficier. Il en est résulté une baisse spectaculaire du taux d'activité professionnelle des mères de deux enfants ou plus dans la deuxième moitié des années 90. Les bénéficiaires de l'APE sont soit des femmes qui bénéficient d'une forte sécurité d'emploi (en particulier celles qui ont pu obtenir un congé parental) soit des femmes dont la trajectoire professionnelle est déjà très précarisée. Cette forte hétérogénéité explique pourquoi il est difficile de repérer les effets de l'APE sur les trajectoires professionnelles. Une étude sur la réinsertion professionnelle des femmes ayant bénéficié de l'APE à la fin des années 90 montre que la moitié des femmes sortant de l'APE avaient retravaillé immédiatement après, 55 % d'entre elles ayant retrouvé leur poste dans leur entreprise⁷⁰. La plupart avaient un emploi stable et avaient bénéficié

⁶⁸ Dans le secteur privé :

L'article L.122-28-1 du Code du travail stipule que le salarié a le droit de cesser complètement son activité professionnelle, ou de la réduire, pour élever son enfant. Pour avoir droit à un congé parental d'éducation, il doit justifier d'une année d'ancienneté dans l'entreprise à la date de naissance de l'enfant. Pendant la période de cessation ou de réduction d'activité, le salarié peut percevoir une allocation parentale d'éducation (APE) pour compenser partiellement sa perte de revenus, sous réserve de satisfaire aux conditions d'attribution, notamment d'avoir au moins deux enfants à charge. Cette possibilité est ouverte dans toutes les entreprises, quelle que soit leur taille (la loi du 25 juillet 1995 a supprimé la distinction entre les entreprises selon qu'elles employaient moins de cent salariés ou au moins cent salariés). Le salarié qui entend bénéficier du congé parental doit informer son employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, du point de départ du congé et de sa durée, ceci au moins deux mois avant le début du congé. La Cour de cassation a jugé que cette obligation d'information n'était pas une condition du droit au congé parental. La salariée qui à l'expiration du congé de maternité ne reprend pas le travail sans adresser une lettre recommandée informant l'employeur du point de départ du congé et de la durée du congé parental pourra néanmoins invoquer le droit à ce congé pour justifier son absence.

La durée du congé ou du temps partiel est d'un an. Elle peut être prolongée deux fois et ne peut se prolonger au-delà des trois ans de l'enfant. Cette durée peut être prolongée d'un an en cas de maladie, d'accident ou de handicap grave de l'enfant (art. L. 122-28-1, al. 7, du Code du travail). Elle peut aussi être écourtée en cas de décès de l'enfant ou de diminution importante des ressources du ménage (art. L. 122-28-2, al. 7, du Code du travail).

A l'issue du congé parental ou de la période d'activité à temps partiel, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente (art. L.122-28-3 du Code du travail). C'est seulement lorsque l'emploi qu'il occupait n'est plus disponible qu'un emploi similaire peut être proposé au salarié à la fin du congé parental. L'emploi similaire n'est pas seulement un emploi qui correspond à la qualification professionnelle du salarié ; c'est un emploi qui répond à des fonctions semblables. La perte de rémunération subie par le salarié en congé parentale peut être partiellement compensée par l'allocation parentale d'éducation (article L. 532-1 CSS) par une allocation versée par l'employeur en vertu d'un accord collectif ou par l'utilisation du compte épargne-temps. Cette dernière mesure s'apparente à un instrument de gestion du temps de travail sur la durée de vie professionnelle par le salarié, mais aussi par l'employeur dans la perspective d'une sorte de pluri-annualisation.

Pendant le congé parental d'éducation, les salariés voient leurs droits aux prestations en nature de l'assurance maladie-maternité maintenus (art. L 161-9 du Code de sécurité sociale).

⁶⁹ Dans le secteur public :

Les fonctionnaires ont également droit de cesser ou de réduire leur activité professionnelle pour élever un enfant. Ce droit s'exerce dans les mêmes conditions pour les trois fonctions publiques (État, territoriale et hospitalière). Lorsque le fonctionnaire prend un congé, demandé au moins un mois avant le début, il est accordé par périodes de six mois renouvelables. Il conserve ses droits à avancement d'échelon, réduits de moitié. A l'expiration du congé, l'agent est réintégré de plein droit dans son établissement d'origine.

⁷⁰ M-O. SIMON, 2000, « La réinsertion professionnelle des premières bénéficiaires de l'APE au titre de leur deuxième enfant », *Recherches et Prévisions* n° 59, 25-30.

d'un congé parental qui les assurait de retrouver leur emploi. La plupart d'entre elles (75 %) considéraient que la reprise du travail s'était plutôt bien passée, tandis que 19 % avaient vu leur situation se détériorer et aboutir au chômage. En revanche, une autre moitié des femmes n'avait pas repris le travail à l'issue de l'APE : 20 % étaient retournées au chômage (le même pourcentage qu'avant la naissance de l'enfant) et 27 % sont restées au foyer (elles n'étaient que 4 % avant la naissance de l'enfant)⁷¹.

Ces résultats indiquent que l'impact de l'APE est très tributaire de la situation professionnelle précédant l'arrêt d'activité : pour une partie des bénéficiaires, la situation reste inchangée alors qu'une autre partie ne réintègre pas le monde du travail.

1.5. Autres congés pour raisons familiales

Le congé pour soigner un enfant malade : le Code du travail prévoit que tout salarié a le droit de prendre un congé non rémunéré pour soigner un enfant de moins de 16 ans malade ou victime d'un accident, dont il a la charge (*Art. L. 122-28-6, Code du travail*). La durée de ce congé est de trois jours par an maximum et de 5 jours 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 16 ans. Cependant, les conventions collectives peuvent prévoir un nombre de jours de congé plus important. Dans un certain nombre d'entreprises privées ainsi que dans la fonction publique, la longueur du congé est de 12 jours environ.

Le congé de présence parentale à temps partiel (*L. 122-28-9, al. 6*) : les parents d'un enfant de moins de seize ans atteint d'un handicap ou d'une maladie grave peuvent prendre un congé rémunéré ou travailler à temps partiel, à condition d'avoir travaillé au moins un an dans l'entreprise. Le montant de la rémunération dépend de la durée du travail dans l'entreprise et de la situation familiale (*Congé de présence parentale en cas de maladie grave de l'enfant*).

Le congé d'accompagnement d'un proche en fin de vie : comme pour le congé enfant gravement malade, les salariés qui ont la charge d'un proche en fin de vie peuvent prendre un congé dans les mêmes conditions que précédemment.

2. LE TEMPS DE TRAVAIL ET SES MODES DE RÉGULATION

La question du temps revêt deux dimensions : une dimension durée et une dimension organisation/synchronisation des différents temps de la vie sociale. Alain Supiot⁷² parle à ce propos de la « concordance des temps », alors que les politiques au cours des dernières années ont surtout mis l'accent sur « l'aménagement du temps de travail », notamment en relation avec les lois réduisant la durée légale hebdomadaire du travail de 39 heures à 35 heures. Toutefois, la question de la synchronisation des temps sociaux ne concerne pas seulement les entreprises, elle implique aussi d'autres institutions et d'autres acteurs sociaux, notamment au niveau local. Les bureaux des temps inspirés des expériences italiennes du « temps des villes » ont tenté d'instaurer des modes de régulation des temps au niveau des collectivités locales de manière à permettre aux citoyens de mieux articuler leurs différentes activités. Non seulement la durée du travail importe pour la vie familiale et la vie hors travail, mais les rythmes de travail importent également. Ceux-ci se définissent par la régularité et la prévisibilité des jours travaillés ainsi que par des possibilités d'aménager son temps de travail en fonction des contraintes personnelles.

⁷¹ M-O. SIMON, op.cité.

⁷² A. SUPIOT, 1995, « Temps de travail : pour une concordance des temps », Droit social n°11, p.914.

2.1. La durée légale : les 35 heures et les lois Aubry

La réduction de la durée collective légale du travail figurait au programme de l'Union de la gauche lorsque elle-ci est arrivée au pouvoir en 1997 ; Cette mesure a donc été une priorité du gouvernement Jospin. Rappelons qu'en France il existe une durée légale du travail fixée par la loi. Bien que l'objectif premier des lois Aubry était de partager le travail disponible pour réduire le nombre de demandeurs d'emploi et faire baisser le chômage, un autre objectif mentionné par la ministre de l'Emploi lors de la présentation de son projet de loi devant le Parlement était de permettre une meilleure conciliation du travail avec la vie familiale, et plus globalement de permettre une augmentation du temps « libre ». En réduisant la durée du travail pour tous, hommes et femmes, on pouvait espérer une limitation de l'extension des formes individualisées de réduction, comme le temps partiel par exemple qui constitue une source d'inégalité entre hommes et femmes.

Par ailleurs, en promouvant la négociation au niveau des entreprises, la Réduction du Temps de Travail (RTT) devait permettre de prendre mieux en compte les préférences individuelles des salariés en matière d'aménagement de leur temps de travail. Dans un certain nombre d'entreprises, les salariés ont pu opter pour les formes de réduction de leur choix : réduction journalière, hebdomadaire, mensuelle, annuelle. Mais dans d'autres, les modalités de RTT ont été imposées aux salariés.

La loi Aubry I (1998) est une loi d'orientation et d'incitation pour les employeurs à réduire la durée du travail de 39 heures hebdomadaires à 35 heures. La loi Aubry II (2000) fixe la durée légale du travail à 35 heures pour les entreprises de plus de vingt salariés à partir du 1^{er} janvier 2000, et à partir du 1^{er} janvier 2002 pour les entreprises de moins de vingt salariés. Le nouveau gouvernement au pouvoir depuis mai 2002 a pris des mesures visant à reconsidérer la mise en œuvre de ces lois.

Les lois de réduction du temps de travail offraient de nouvelles perspectives quant aux libertés accordées aux salariés tant du point de vue des jours de repos (art. L. 212-9-11 du Code du travail), que de la modulation des horaires (l'annualisation). Mais le fait important concerne la réduction collective du temps de travail qui permet de libérer du temps pour la vie privée. Si un certain nombre d'aspects positifs ont pu être pointés dans les études, la RTT s'est accompagnée de fortes réorganisations des rythmes de travail, allant dans le sens d'une plus grande variabilité et d'une plus grande imprévisibilité des horaires qui touche en premier lieu les salariés les moins qualifiés, et parmi eux, les femmes.

Certains aménagements négociés concernant les rythmes de travail aboutissent à exclure de l'entreprise des mères de jeunes enfants. Des accords négligent souvent de prendre en compte des effets différenciés sur les hommes et les femmes au regard des responsabilités familiales. Ces effets peuvent se traduire par des démissions ou des congés de longue durée.

En janvier 2003, la loi Fillon (du nom du nouveau ministre du Travail et des Affaires sociales) a bloqué le processus de mise en œuvre des 35 heures dans les entreprises de moins de dix salariés, et la négociation dans certaines branches, notamment en ce qui concerne les heures supplémentaires. Des avenants ont été signés dans la branche professionnelle du commerce et de la distribution concernant le contingent d'heures supplémentaires autorisé par la loi (étendu de 130 heures à 180 heures). Sans remettre en cause la durée légale du travail le gouvernement actuel autorise de plus en plus les assouplissements à cette durée légale et donc l'ouverture plus grande aux heures supplémentaires. La question de la conciliation n'est plus à l'ordre du jour ; la question est au contraire d'inciter les salariés à travailler davantage et de réhabiliter la « valeur travail ».

D'autres formes de régulation du travail sont prévues en droit du travail. Elles s'inscrivent dans une logique ambivalente, car marquée souvent par une demande de flexibilité de la part des entreprises. Les salariés sont aussi demandeurs d'une certaine souplesse, encore faut-il que des garanties efficaces soient prévues. D'un côté, le travail à temps partiel choisi ainsi que le compte épargne temps et une nécessaire prévisibilité des horaires peuvent correspondre à la demande des salariés. D'un autre côté le travail à temps partiel imposé et le recours systématique à des contrats à durée déterminée correspondent aux pratiques des entreprises.

Enfin, si la réduction du temps de travail intéresse la majorité des salariés, en revanche l'aménagement du temps de travail comporte selon le type d'accord négocié une prise en compte plus ou moins grande des besoins du salarié, notamment au regard du « droit au respect de la vie familiale ». La modulation des horaires autorisée par ces accords prend ici toute son importance.

2.2. Le travail à temps partiel

Depuis une quinzaine d'années, le travail à temps partiel connaît un développement spectaculaire mais concerne à titre principal les femmes. Un auteur, Antoine Mazeaud⁷³ parle du « *sexisme d'un contrat qui concerne pour l'essentiel du personnel féminin, le plus souvent dans des emplois peu qualifiés du tertiaire sans espoir de promotion* ». La définition a changé à plusieurs reprises, mais la loi du 19 janvier 2000 définit le travailleur à temps partiel comme celui ou celle dont la durée du travail est inférieure à la durée légale conformément aux exigences du droit communautaire (ou à la durée conventionnelle si celle-ci est inférieure à la durée légale). Dans les entreprises de plus de vingt salariés, la durée légale de référence pour le temps partiel est de 35 heures depuis le 1er janvier 2000, et pour toutes les entreprises depuis le 1^{er} janvier 2002. Depuis la loi de janvier 2000, le travail à temps partiel est strictement encadré⁷⁴ :

La jurisprudence considère que la répartition du temps de travail constitue un élément du contrat de travail à temps partiel qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié⁷⁵. Le contrat doit également définir les cas dans lesquels une modification de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification. Si l'employeur entend recourir à la modification prévue au contrat, il doit respecter un délai de prévenance de sept jours⁷⁶.

Une disposition majeure a été insérée dans la loi de janvier 2000 : le salarié peut s'opposer au changement de la répartition de sa durée du travail si ce changement n'est pas « compatible avec des obligations familiales impérieuses »⁷⁷. Mais la jurisprudence considère que même si ce changement est prévu au contrat, le refus du salarié est légitime lorsque ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses⁷⁸. Il reste que les sanctions du non respect par l'employeur de ces obligations sont seulement indemnитaires. Le licenciement prononcé au mépris

⁷³ A. MAZEAUD, 2000, *Droit du travail*, Montchrestien.

⁷⁴ Il doit faire l'objet d'un contrat écrit et doit préciser la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle, prévue, et surtout « la répartition de la durée du travail entre les jours de semaine ou les semaines du mois ». En cas de changement d'horaire, le délai de prévenance est fixé à 7 jours ouvrés (3 s'il y a un accord de branche étendu). Les horaires de travail ne peuvent comporter plus d'une interruption d'activité au cours d'une même journée et celle-ci ne peut être supérieure à 2 heures. La loi prévoit la possibilité d'heures complémentaires payées au tarif normal, dans la limite du 1/10^{ème} de la durée contractuelle prévue au contrat. Ces heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale. Une Convention collective ou un accord de branche étendu peut porter le nombre d'heures complémentaires jusqu'au tiers de la durée stipulée au contrat. Dans ce cas, chacune des heures complémentaires au delà du 10^{ème} est majorée de 25 %. La durée contractuelle doit être révisée à la hausse si pendant une période de 12 semaines au moins la durée du travail réellement effectuée a dépassé de 2 heures au moins la durée prévue dans le contrat. Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée de travail, le refus du salarié ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des « obligations familiales impérieuses ».

Au regard de la conciliation, une autre disposition figure dans le Code du travail dans l'hypothèse du travail à temps partiel annualisé, c'est-à-dire d'un temps de travail comportant des variations sur l'année, la notion de « besoins de la vie familiale » pour tenir compte des congés scolaires. Mais le décret d'application n'est toujours pas paru.

⁷⁵ Cass.soc. 12 octobre 1999 Bull. n° 380.

⁷⁶ La question des heures complémentaires peut être, dans certains cas, considérée comme discriminatoire dans la mesure où ce sont les femmes qui travaillent majoritairement à temps partiel, que les heures complémentaires ne sont pas immédiatement majorées à la différence du temps plein pour lequel les heures supplémentaires sont immédiatement majorées.

⁷⁷ « 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 ».

⁷⁸ Cass.soc. 9 mai 2001, Bull. n°157.

de ces dispositions ne sera pas considéré comme nul mais comme dépourvu de cause réelle et sérieuse ouvrant droit à ce titre à indemnisation.

La notion d'« obligations familiales impérieuses » recouvre la notion du respect de la vie familiale. Mais si elle peut être invoquée, elle cède en partie devant le pouvoir de direction du chef d'entreprise. On pourrait aussi admettre que s'agissant du respect d'un droit fondamental, elle ne devrait céder que devant la justification par l'employeur de la mesure prise par lui, de la finalité de cette mesure, de sa nécessité et de sa proportionnalité pour reprendre les termes de l'article L.120-2 du Code du travail. Tel n'est pas encore le cas. Ainsi dans l'arrêt du 9 juillet 2003⁷⁹ la salariée à son retour de congé de maternité avait vu ses horaires modifiés : alors qu'elle travaillait 25 heures par semaine, de 10 heures à 19 heures, son nouvel horaire consistait à travailler deux fois par semaine jusqu'à 22 heures et jusqu'à 23 heures le dimanche. Devant le refus de la salariée pour raisons familiales impérieuses, et d'autant que l'employeur n'avait pas respecté le délai légal et contractuel de prévenance de sept jours, la Cour d'Appel, confirmée par la Cour de cassation, a décidé que l'employeur n'établissait pas que cette modification avait été imposée dans l'intérêt de l'entreprise et ne remplissait pas ses obligations contractuelles.

Le travail à temps partiel présente enfin des caractéristiques différentes selon qu'il est choisi ou imposé. En forte croissance au cours des années 80 et 90, le travail à temps partiel a régressé à partir de 1998. Il concerne 14 % des salariés mais près de 30 % des femmes. Cependant, une part du travail à temps partiel n'est pas orientée vers la conciliation.

2.3. Le travail à temps plein et la répartition du temps de travail

S'agissant d'un contrat de travail à temps plein, le Code du travail ne procède pas à un encadrement détaillé de la répartition du temps de travail. Ici, pas de contrat écrit ni de clauses obligatoires. En principe, les règles relatives à la durée du travail et à l'horaire de travail sont fixées pour la collectivité des travailleurs ou une partie de celle-ci (par service par exemple). Bien sûr une plus grande individualisation à l'initiative de l'employeur reste possible. Mais la confrontation entre temps de travail et contraintes familiales se manifeste surtout lors d'un changement d'horaires à l'initiative de l'employeur⁸⁰. En la matière c'est le régime jurisprudentiel de la modification du contrat qui se trouve au cœur du débat.

La jurisprudence distingue ce qui est modification du contrat au sens strict qui implique pour sa mise œuvre l'accord du salarié, de ce qui est un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir unilatéral du chef d'entreprise. À partir de cette distinction, s'est développée une construction jurisprudentielle qui réserve à la catégorie de la modification du contrat de travail les changements les plus importants de l'horaire de travail comme le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit⁸¹, l'obligation faite au salarié de travailler cinq jours par semaine au lieu de quatre⁸², ou encore le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu.⁸³

Les changements d'horaires de moindre ampleur sont assimilés à un simple changement des conditions de travail que l'employeur peut imposer unilatéralement sans que le salarié puisse en principe s'y opposer. Le salarié qui refuse ce changement peut être licencié pour faute, et la faute est, en principe, dans ce cas, une faute grave privative des indemnités de rupture. Toutefois, le juge exerce un certain contrôle sur l'exercice de cette prérogative patronale. Il peut tenir compte des impératifs

⁷⁹ Cass.soc. 9 juillet 2003 Bull. à paraître.

⁸⁰ M.T.LANQUETIN 1994 « De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins » in Etudes en hommage à H. SINAY *Le droit collectif du travail*, Ed Peter Lang, p. 415.

⁸¹ Cass.soc. 22 mai 2001. Bull. V. n°178.

⁸² Cass. Soc. 23 janvier 2001, Bull. n°19.

⁸³ Cass.soc. 18 décembre 2000,Bull. n° 423

de la vie privée pour écarter la faute grave⁸⁴ et même condamner l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, dans un arrêt du 12 mars 2002⁸⁵, pour approuver une telle condamnation d'un employeur, la Cour de cassation retient « que les motifs invoqués par l'employeur pour justifier le changement d'horaire du salarié et consistant à lui accorder son jour de congé un mercredi sur deux au lieu de tous les mercredis, n'étaient pas réels et que ... la décision de l'employeur avait été prise dans le but de nuire au salarié qui, étant divorcé, avait la garde de ses deux enfants et souhaitait préserver son jour de repos chaque mercredi ». Dans cette hypothèse où l'employeur abuse de son pouvoir de direction, la sanction indemnitaire à un licenciement injustifié devrait être conséquente.

2.4. Le travail de nuit⁸⁶

Depuis un siècle⁸⁷, à différentes reprises, le travail de nuit a été sujet de débats en France. À l'origine, la place des femmes dans la famille et des raisons de concurrence avec la main d'œuvre masculine, n'ont pas été absentes des préoccupations. L'arrêt de la CJCE du 31 juillet 1991 a obligé la France à reconsidérer sa législation. Il a encore fallu dix ans pour que la loi du 9 avril 2001 soit adoptée. Celle-ci opère un net changement de perspective. Il y a rupture avec l'édition unilatérale de règles d'interdiction par l'autorité publique au profit de règles négociées qui doivent s'inscrire dans un cadre précis et notamment respecter les droits fondamentaux.

Le travail de nuit pour les hommes et pour les femmes devient l'exception et sa mise en place doit prendre en compte les impératifs de protection de la sécurité et de la santé au travail. Mais il ne s'agit pas pour l'employeur de décider seul, et du caractère exceptionnel du travail de nuit et des impératifs de protection de la sécurité et de la santé. En effet, le travail de nuit doit être « justifié » par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale. Sa mise en place est subordonnée à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement. Et cet accord doit comporter les justifications du recours au travail de nuit.

Là encore cette justification n'est pas laissée au seul pouvoir de direction de l'entreprise. Le juge peut exercer un contrôle de la finalité et de la proportionnalité de la mesure adoptée, au regard du respect des droits fondamentaux reconnus et garantis. Et parmi ces droits fondamentaux, il faut citer le « droit à une vie familiale normale » qui permet d'invoquer des « obligations familiales impérieuses » légitimant par exemple l'affectation à un poste de jour. Cette démarche encadre une prise de décision, elle définit des étapes, des protagonistes, des objectifs, des garanties.

⁸⁴ Cass.soc. 21 janvier 2003, Droit social mai 2003, p.536.

⁸⁵ Cass.soc. 12 mars 2002 Sté La Perle c/ M. Coignet.

⁸⁶ LANQUETIN 2001, Le travail de nuit des femmes, Controverse, *Travail genre et Sociétés (TGS)* n°5, mars, p.143 et 2003 Un autre droit pour les femmes ? *préc.*

⁸⁷ La question du travail de nuit des femmes a fait l'objet d'une mesure d'interdiction dès la fin du XIXème siècle tant au plan national (loi du 2 novembre 1892) que lors des premières conférences internationales du travail de Berlin en 1890 que de celle de Berne en 1904. En 1919, lors de la création de l'OIT, l'adoption de la convention n°4 a interdit le travail des femmes dans l'industrie. Les débats portaient sur le rôle des femmes dans la famille, leur fragilité physique, le fait qu'elles soient dépourvues de droits civils et politiques et de ce fait trop facile à exploiter. Mais les raisons de concurrence économique avec la main d'œuvre masculine n'étaient pas absentes des débats tant au plan national qu'international. D'autres soutenaient que le travail de nuit devait être exceptionnel pour les hommes comme pour les femmes. Ne fallait-il pas considérer les conséquences néfastes d'une interdiction sur l'accès à l'emploi pour les femmes ? La question a été résolue par l'interdiction du travail de nuit des femmes et donc l'affirmation du rôle « naturel » des femmes dans la famille.

2.5. Les horaires individualisés et le compte épargne temps

Les horaires individualisés ont fait leur apparition en 1973 dans la réglementation du travail, légalisant une pratique qui était courante en Allemagne. Les employeurs pouvaient déroger à la règle de l'horaire collectif de travail et pratiquer des horaires individualisés, sous réserve de l'accord des institutions représentatives du personnel. Cette pratique fait parfois l'objet de dispositions conventionnelles, justifiées le plus souvent par « les besoins de la vie privée » ou par « l'équilibre avec la vie personnelle des salariés »⁸⁸.

Une certaine liberté est donc accordée au salarié pour moduler son temps de travail dans certaines limites. Toutefois, si la loi autorise l'employeur à mettre en place de tels horaires, elle ne reconnaît aux salariés aucun droit individuel à en bénéficier.

De plus les salariés peuvent capitaliser du temps pour l'utiliser au moment qui leur convient le mieux pour un motif inhérent à la vie personnelle ou familiale. La loi du 25 juillet 1994 instaurant le mécanisme du compte épargne temps met en œuvre l'idée de capitalisation individuelle et met à la disposition des partenaires sociaux un nouvel outil de gestion individualisée du temps destiné à « produire » du temps pour soi ou pour sa famille. La loi organise ainsi une sorte de droit de créance, élargi depuis les lois de 19 janvier 2000 et du 19 février 2001 du fait de la réduction légale du temps de travail. Toutefois, la mise en place du compte épargne temps relève exclusivement d'une décision des partenaires sociaux (Code du travail, art. L. 227-1, al. 1), de sorte qu'on ne peut parler d'un véritable droit individuel à capitaliser son temps. De fait, peu d'accords d'entreprises contiennent de telles dispositions (seulement 14 % en 2000 pour l'ensemble du territoire). Le temps épargné sert à s'occuper d'enfants, d'un parent dépendant ou âgé de plus de 75 ans⁸⁹. Aussi, si choix il y a, c'est vers les activités familiales qu'il s'oriente.

2.6. La prévisibilité : les règles concernant les délais de prévenance

La prévisibilité des horaires est une autre dimension qui est prise en compte dans le droit du travail. Celle-ci est nécessaire pour permettre de réaliser les arbitrages entre les différentes temporalités de la vie quotidienne, dans un contexte où s'étendent les horaires atypiques ou asociaux. Alors que la flexibilisation du temps de travail tend à déposséder le salarié de son temps, des dispositions récentes du droit du travail visent à encadrer la prévisibilité, à la fois par des garanties formelles et procédurales dans le contrat de travail et par un encadrement des changements.

En ce qui concerne les fonctions d'encadrement pour lesquelles la durée du travail est difficile à appréhender, un système de forfait a été mis en place qui n'est pas sans conséquences pour les femmes cadres. Par rapport au droit à la santé, le Comité européen des droits sociaux⁹⁰ considère que la situation des cadres avec « forfaits-jours » constitue une violation de la Charte sociale européenne, en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire, ainsi que l'absence de garanties suffisantes (article 27 de la charte). Ces conséquences se mesurent également par rapport à la vie familiale et donc par rapport à l'égalité entre hommes et femmes, les premiers pouvant s'investir davantage alors que les femmes cadres n'accepteront pas de travailler au-delà de certaines limites.

⁸⁸ A. GARDIN, 2003, « Temps de travail et temps familial : vers une articulation des temps », *Recherches et prévisions* n° 72, pp. 35-44.

⁸⁹ F. FAVENEC-HERY, 2000, « Le temps vraiment choisi », *Droit social* n°3.

⁹⁰ Rapport du Comité des ministres, Strasbourg, 11 décembre 2001, RJS, 6/02.p .513, obs.J.Ph. LERNOULD.

3. LE TEMPS DE TRAVAIL ET LES DROITS FONDAMENTAUX

À deux reprises, la notion « d’obligations familiales impérieuses » apparaît dans les dispositions du Code du travail relatives au travail à temps partiel et au travail de nuit. De même, la notion de « besoin de la vie familiale » permettrait, à terme, de prendre en compte cette dimension dans la fixation des congés en cas de travail annualisé. Mais cette dernière notion n’a pas été mise en œuvre faute de décret d’application. Toutefois, si ces dispositions récentes et ponctuelles ne permettent pas une effectivité suffisante du « droit au respect de la vie familiale », l’article L .120-2 du Code du travail, article de portée générale, ouvre des perspectives.

3.1. Les obligations familiales impérieuses

Le salarié peut invoquer « des obligations familiales impérieuses » dans les deux hypothèses mentionnées, à savoir un changement de la répartition de sa durée du travail ou le caractère incompatible du travail de nuit. Dans ce dernier cas, les obligations familiales impérieuses sont définies notamment en référence à la garde d’un enfant ou la prise en charge d’une personne dépendante.

Mais ces deux hypothèses – la demande du salarié pour un poste de jour ou le refus du salarié de changer ses horaires – ne peuvent constituer une faute ou un motif de licenciement. Le, ou la salariée, peut être licencié(e). Le licenciement sera alors considéré par le juge comme prononcé « sans cause réelle et sérieuse » et ouvrant droit à des indemnités, ce qui ne serait pas le cas si le salarié ne pouvait légitimement invoquer ces raisons puisqu’il s’agirait alors d’une faute grave privative d’indemnités.

La nécessité de mobiliser ces « obligations familiales impérieuses » devant le juge du contrat de travail est une première étape vers la construction de ce droit fondamental. Le juge français doit cependant faire produire plus de sens et de portée au « respect du droit à la vie familiale ». Au-delà de formulations ponctuelles, on peut appeler à une promotion du principe du respect de la vie familiale en s’appuyant sur l’interprétation de l’article 120-2 du Code du travail. Un arrêt du 15 décembre 2004 de la Chambre sociale de la Cour de cassation sème cependant le trouble par rapport à cette analyse en admettant l’existence d’une cause sérieuse malgré la reconnaissance d’obligations familiales impérieuses.

3.2. L’article L.120-2 du Code du travail

Cet article dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». C’est une loi de décembre 1991 qui a introduit cette disposition dans le Code. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. La jurisprudence s’appuie de plus en plus sur cette disposition, et elle a fait application de l’esprit de cette disposition dans une affaire dont les faits étaient antérieurs à son entrée en vigueur. Le visa de l’arrêt était alors l’article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme. Le domicile du salarié était ainsi protégé même en présence d’une clause de mobilité incorporée au contrat de travail. Le droit au domicile peut aussi participer du respect de la vie familiale. La difficulté tient cependant à la conception dominante du rôle des hommes et des femmes dans la famille.

3.3. Les risques de discrimination indirecte

Lors de la négociation de conventions ou d’accords, des discriminations indirectes peuvent être caractérisées en matière de rythmes de travail par exemple. La difficulté tient ici au peu de maîtrise de cette notion par les négociateurs.

4. DES DROITS À ENRICHIR

L souci de sauvegarder l'institution familiale a inspiré bon nombre de lois et de mesures en France depuis la fin du XIX^e siècle. À cette époque, il s'agissait d'affirmer le rôle de l'État dans la protection sociale des travailleurs et des citoyens contre la prégnance du « patronage industriel » qui cherchait à organiser la vie des ouvriers « du berceau à la tombe »⁹¹, ce qu'on a appelé le « paternalisme ». Le souci de sauvegarder l'institution familiale (tant du point de vue de sa capacité reproductive que du point de vue de la morale) inspira très largement la loi du 2 novembre 1892 limitant la durée du travail des femmes à onze heures par jour et interdisant le travail de nuit des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels⁹². L'unification des durées du travail est ensuite devenue nécessaire après les lois qui avaient diversifié la durée du travail entre différentes catégories de main-d'œuvre, les enfants, les jeunes, les femmes majeures, en raison notamment des abus que la diversité autorisait. Les promoteurs de la loi de 1906 instituant le repos dominical songèrent aussi à la nécessité de reconstituer le noyau familial et de le préserver.

Le temps libre devait permettre aux mères de s'occuper de l'éducation et des soins de leurs enfants, soulignant ainsi que la vie familiale est depuis longtemps une préoccupation en France. Aujourd'hui, les débats qui avaient entouré l'adoption de ces lois sont encore vivaces, bien que prenant d'autres formes. La question de la flexibilité grandissante dans l'organisation du travail, et l'extension des horaires a sociaux (ou atypiques) reste une question à l'ordre du jour, notamment sous l'angle des perturbations qu'elle entraîne pour la vie familiale.

Les débats actuels sont traversés par la problématique de l'égalité entre hommes et femmes : la conciliation n'est pas seulement une affaire de mesures publiques, elle est aussi une question de partage du travail. Le droit du travail a pris en compte la vie familiale des salariés, en étendant progressivement les droits à congés pour raisons familiales et en les ouvrant aux deux parents, mais de fait pris en très grande majorité par les mères, reproduisant ainsi la division traditionnelle du travail au sein des ménages et alourdissant la charge du cumul qui pèse sur les femmes.

Les politiques du temps mises en place au cours des dernières années n'ont pas vraiment modifié cet état de fait, même si elles donnent un peu de souplesse aux parents salariés pour gérer leur double engagement professionnel et familial. Mais ces mesures sont aussi productrices d'inégalités entre les salariés, entre ceux qui ont un emploi stable et protégé par des conventions collectives et qui sont en mesure de négocier leurs conditions d'emploi et de travail, et ceux/celles qui, en situation plus précaire, sans garanties d'emploi ou sans sécurité, qui sont soumis aux exigences de flexibilité des entreprises. Ce sont ces derniers/ères qui déclarent dans les enquêtes que la réduction du temps de travail n'a pas vraiment amélioré leur vie familiale, ni les conditions de son articulation avec la vie professionnelle. La flexibilisation croissante du marché du travail et des contrats de travail, qui touche en premier lieu le travail peu qualifié ainsi que l'accroissement des horaires a-sociaux, font qu'il est de plus en plus difficile pour les salariés concernés d'équilibrer vie professionnelle et vie familiale. Le résultat est souvent un accroissement du stress, et dans nombre de cas, un retrait du marché du travail après la naissance des enfants, sans que les conditions soient réunies pour bénéficier des avantages d'un congé parental ou d'une allocation parentale d'éducation. Et pour les salariés qui ont cette possibilité, la configuration du congé parental est telle qu'elle éloigne pour une durée trop longue le salarié de son emploi, ce qui est dommageable pour en termes de carrières professionnelles. Par ailleurs, si l'incitation à prendre une part de ce congé n'est pas plus forte pour les pères, la division du travail et des responsabilités familiales risque de perdurer, ce qui ne va pas dans le sens d'une égalité dans le travail et dans le partage des obligations domestiques et parentales.

⁹¹ Formule empruntée à : G. NOIRIEL, *Les ouvriers dans la société française, XIX^e – XX^e siècle*, Collection Points, série histoire, PUF, 1986, p. 90.

⁹² LANQUETIN, 1995, Demain les femmes, le Temps, le travail : De quelques évolutions en droit du travail. Colloque AFEM, inédit.

Du point de vue de la durée du travail et de ses aménagements, le droit au respect de la vie familiale commence à être pris en considération, mais la charge de la conciliation reste l'affaire des femmes.

La recherche de garanties au regard de l'emploi est ici décisive. Mais la conception même des congés et de leur compensation financière est au cœur d'une lecture en termes d'articulation entre vie familiale et vie professionnelle. La réintégration dans l'emploi de la femme à l'issue de son congé de maternité est la garantie nécessaire, comme serait nécessaire la compensation intégrale du congé de paternité et la redéfinition du congé parental. Il peut être dissuasif de prendre ce congé s'il n'est compensé qu'à hauteur d'un salaire minimum de référence et que les droits à la retraite sont également ainsi fixés a minima. Il faut insister enfin sur le rôle de l'État pour penser les services publics nécessaires, et ne pas laisser le marché réguler seul l'offre de services aux familles.

CONCLUSION

Au travers des dispositions du droit du travail, des évolutions ont eu lieu et prennent davantage en compte les droits fondamentaux des personnes au travail. Les dispositions récentes mettent l'accent sur la protection de la santé et de la sécurité au travail, la prise en compte les obligations familiales impérieuses, le respect du domicile du salarié. Enfin la réintégration dans l'emploi de la femme en cas de grossesse/maternité est une réponse efficace en termes d'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle.

La mobilisation des droits fondamentaux est possible devant le juge du contrat de travail. Le juge français doit cependant faire produire plus de sens et de portée au respect de la vie familiale, au « droit à une vie familiale normale ». Au-delà de formulations ponctuelles, on peut appeler à la promotion d'un principe « du respect de la vie familiale » au moyen de l'interprétation de l'article L.120-2 du Code du travail.

Des difficultés plus importantes subsistent lorsqu'on examine la façon dont la France aborde la question de la charge d'enfants au travers de sa politique familiale, de son droit fiscal et de son droit de la sécurité sociale. La familialisation de ces droits obère une réflexion sur leurs effets pervers, l'accent étant seulement mis sur leur caractère protecteur. Le projet de directive sur la discrimination à raison du sexe, fondée sur l'article 13 du traité d'Amsterdam, insiste encore sur ce caractère protecteur. Il convient de noter ici l'importance du familialisme à la française, mais il s'agit de domaines où le poids de l'histoire est très prégnant et où la compétence communautaire est moins sensible. En matière de retraites notamment, des évolutions récentes peuvent susciter l'inquiétude. Si dans le régime général de sécurité sociale, le Conseil constitutionnel a validé les bonifications pour les mères, la politique de l'emploi ne laisse guère espérer une amélioration des retraites des femmes qui risquent de se trouver encore nombreuses parmi les travailleurs pauvres. Quant au régime de retraite des fonctionnaires, la suppression des bonifications au profit de validation de durée pour les mères comme pour les pères sous condition d'interruption ou de réduction d'activité, apparaît comme une mesure discriminatoire.

Les difficultés sont évidentes, mais une analyse optimiste est-elle possible ? Ne peut-on compter sur la dynamique du principe d'égalité entre hommes et femmes et sur la promotion du droit au respect de la vie familiale pour voir se dessiner une évolution du droit de la famille, et par là une possible articulation de la vie familiale avec la vie professionnelle, corollaire de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ? En droit interne, on peut constater le rôle pris par l'État pour reconnaître et garantir des droits fondamentaux. Mais l'État doit également penser les services nécessaires, c'est-à-dire des services publics et professionnalisés. Il faut compter également sur le juge national pour la mise en oeuvre des droits fondamentaux lorsque la volonté politique faiblit. La Cour de cassation manifeste sa volonté d'utiliser pleinement les normes juridiques internationales applicables en droit interne, et de rendre celles-ci efficaces et concrètes, notamment dans les relations entre employeurs et salariés, mais cette évolution est encore à consolider.

Cette même dynamique se retrouve en droit communautaire. On peut par exemple trouver un appui dans la jurisprudence de la CJCE relative à la libre circulation des travailleurs. Longtemps passée inaperçue, cette jurisprudence est désormais plus évidente. Ainsi, la notion de « prestation familiale » est une notion de droit communautaire. Il en est de même de la notion de « droits dérivés » qui ne peut dépendre d'une qualification nationale. La CJCE tend à enracer la famille du travailleur dans le pays d'accueil, en lui reconnaissant un certain nombre de droits personnels. Le conjoint et les descendants bénéficient du droit d'accès à l'emploi salarié, mais aussi à l'égalité de traitement avec les nationaux. Ils peuvent également demeurer dans le pays d'accueil en cas de décès du travailleur. Ils commencent à se voir reconnaître des droits propres de citoyens européens (Lanquetin *et alii*, 2002).

Le travail des femmes a été un moteur de l'évolution du droit de la famille tout au long du XIX^e et du XX^e siècle en France⁹³ comme il devrait l'être dans l'Union européenne. Dans l'Union en effet, la redéfinition du marché du travail ne peut fonctionner que sous condition d'une redéfinition des tâches familiales⁹⁴. Le modèle fordien à l'origine de la conception familialisée des droits en matière de droits sociaux par exemple doit être reconsidéré. Sa fin est programmée. De même, le refus de toute forme de discrimination, terrain de préférence du droit communautaire a joué également un rôle positif, même s'il est parfois indirect.

Mais on peut espérer aussi une promotion du droit de la famille dans la compétence communautaire même si le droit de la famille reste de la compétence nationale. Différents articles de la Charte des droits fondamentaux pourraient traduire cette évolution et une « constitutionnalisation » communautaire du droit familial. Le droit de l'enfant à une relation régulière avec ses parents, le respect de la dignité humaine quant aux travaux sur l'embryon sont les prémisses d'un droit de la famille renouvelé. Au travers de ces dispositifs, la conception de la famille évolue, surtout pour des pays du Sud de l'Europe largement marqués par un modèle différentialiste des rôles masculins et féminins. L'interdépendance des structures familiales et de l'emploi a joué et joue un rôle central et c'est pourquoi une meilleure articulation de la vie familiale et de l'emploi doit être au cœur de la stratégie pour l'emploi.

⁹³ LANQUETIN *et alii*, 2002, *Individualisation et familialisation des droits en matière de protection sociale et droits fondamentaux*, CNAF.

⁹⁴ S. SIMITIS 2002, « La réception du droit communautaire en droit de la famille ». Colloque Université Paris-X Nanterre.