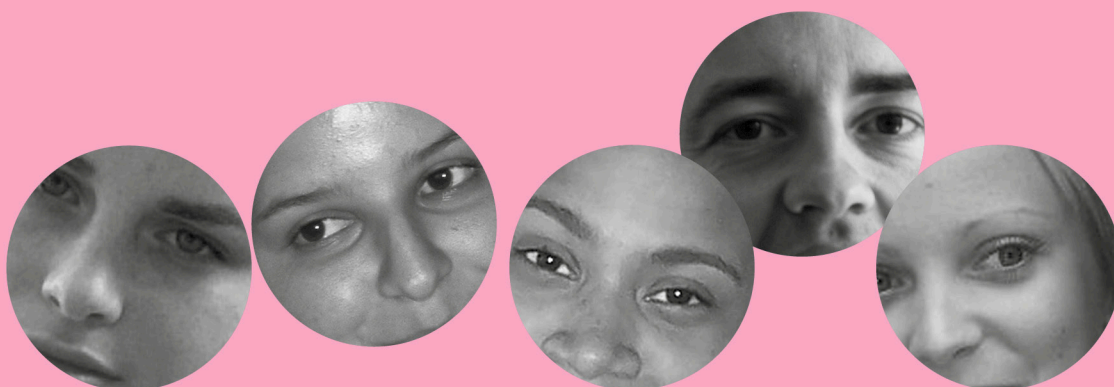


La lutte contre la discrimination fondée sur la grossesse, la maternité et la parentalité

Mise en pratique du droit de l'UE et du droit national dans 33 pays européens

RÉSEAU EUROPÉEN D'EXPERTS JURIDIQUES DANS LE DOMAINE DE L'ÉGALITÉ DES GENRES



La lutte contre la discrimination fondée sur la grossesse, la maternité et la parentalité

Mise en pratique du droit de l'UE et du droit national dans 33 pays européens

Résumé

Annick Masselot, Eugenia Caracciolo Di Torella et Susanne Burri

Le présent rapport a été financé par la Commission européenne et préparé à son intention. Son contenu ne reflète pas nécessairement la position officielle de la Commission.

La présente publication a été commanditée par la Commission européenne dans le cadre du programme PROGRESS (décision 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 315, p. 1, du 15.11.2006). Pour de plus amples informations concernant le programme PROGRESS, le lecteur est invité à consulter le site:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=327&langId=fr>

Manuscrit terminé en novembre 2012.

Les informations communiquées dans la présente rapport reflètent, autant que faire se peut, la situation au 20 août 2012.

Traduit de l'anglais par Anne Bigwood.

Le texte complet du rapport avec les 33 rapports nationaux, Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres, *Fighting Discrimination on the Grounds of Pregnancy, Maternity and Parenthood*, est disponible sur

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/discrimination_pregnancy_maternity_parenthood_final.en.pdf

Production

Susanne Burri
Eugenia Caracciolo Di Torella
Hanneke van Eijken
Titia Hijmans van den Bergh
Klaartje Hoeberechts
Annick Masselot
Simone van der Post

ISBN 978-92-79-30904-5

DOI 10.2838/51410

© Union européenne, 2013



Commission européenne

Table des matières

Membres du Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres	ii
---	----

Partie I

Résumé	1
---------------	----------

Annick Masselot et Eugenia Caracciolo di Torella

1. Introduction: toile de fond et objectif du rapport	1
2. Le contexte législatif en droit de l'Union européenne	2
2.1. Droit primaire	2
2.2. Droit dérivé	3
2.3. La jurisprudence de la Cour de justice européenne	7
3. Résumé des conclusions	13
3.1. Discrimination dans l'accès à l'emploi – procédure de recrutement et surveillance	14
3.2. Aménagement des conditions de travail/congé pour raison de santé et de sécurité	16
3.3. Rémunération	16
3.3.1. Primes	17
3.3.2. Pensions	18
3.4. Licenciement/incitation à démissionner – l'impact de la crise économique	18
3.4.1. Femmes occupant des postes à responsabilité	20
3.4.2. Emploi à durée déterminée et formes précaires d'emploi	20
3.5. Le droit de ne pas faire l'objet de discrimination durant la grossesse et le congé de maternité	21
3.5.1. Promotions	21
3.5.2. Congé annuel et congé de maternité	21
3.5.3. Retour de congé de maternité	22
3.6. Pauses pour allaitement	22
3.7. Travailleurs exerçant une activité indépendante	23
3.8. Le rôle des pères	25
3.8.1. Congé de paternité	25
3.8.2. Congé parental	26
3.8.3. Droits des parents adoptifs	28
3.9. Directive sur les biens et services	28
3.10. Accès à l'information	30
3.11. Implication d'autres parties	32
3.12. Application et efficacité	33
4. Conclusions	34

Membres du Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres

Coordinatrice:

Susanne Burri, Université d'Utrecht (Pays-Bas)

Coordinatrice adjointe

Hanneke van Eijken, Université d'Utrecht (Pays-Bas)

Comité exécutif:

Hélène Masse-Dessen, avocate au Conseil d'État et à la Cour de Cassation (France)

Christopher McCrudden, Queen's University Belfast (Royaume-Uni)

Linda Senden, Université d'Utrecht (Pays-Bas)

Susanne Burri, Université d'Utrecht (Pays-Bas)

Experts nationaux:

Ulrike Lembke (Allemagne), Université de Hambourg, Faculté de droit

Mirjana Najcevska (ARY de Macédoine), Professeure en droits de l'homme, Collège américain de Skopje et Université «Ss. Cyril et Methode», Institut de sciences sociales, politiques et juridiques

Neda Bei (Autriche), Experte juridique auprès de la chambre du travail de Vienne, direction des affaires sociales

Jean Jacquemain (Belgique), Université libre de Bruxelles, Faculté de droit

Genoveva Tisheva (Bulgarie), Fondation bulgare des recherches de genre

Evangelia Lia Efstratiou-Georgiades (Chypre), Avocate

Nada Bodiroga-Vukobrat (Croatie), Professeure, Chaire Jean Monnet de droit public européen /Université de Rijeka, Faculté de droit

Ruth Nielsen (Danemark), Copenhagen Business School, Département de droit

Berta Valdés (Espagne) Université Castilla-La Mancha, Faculté de droit

Anu Laas (Estonie), Institut de sociologie et de politique sociale de l'Université de Tartu

Kevät Nousiainen (Finlande) Université de Helsinki, Faculté de droit

Sylvaine Laulom (France), Université Jean Monnet, Saint-Etienne, Faculté de droit

Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos (Grèce), Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Béata Nacsá (Hongrie), Université Eötvös Loránd, Département du droit du travail et droit social

Frances Meenan (Irlande), Avocate, Four Courts, Bibliothèque de droit, Dublin

Herdís Thorgeirsdóttir (Islande), Université Bifrost, Faculté de droit

Simonetta Renga (Italie), Université de Ferrare, Faculté de sciences économiques

Kristīne Dupate (Lettonie), Université de Lettonie, Faculté de droit

Nicole Mathé (Liechtenstein), Université de Vienne, Faculté de droit

Tomas Davulis (Lituanie), Université de Vilnius, Faculté de droit

Anik Raskin (Luxembourg), Conseil national des femmes du Luxembourg

Peter G. Xuereb (Malte), Université de Malte, Faculté de droit

Helga Aune (Norvège), Université d'Oslo, Faculté de droit

Rikki Holtmaat (Pays-Bas), Conseillère juridique indépendante

Eleonora Zielinska (Pologne), Université de Varsovie, Faculté de droit et d'administration

Maria do Rosário Palma Ramalho (Portugal), Université de Lisbonne, Faculté de droit

Kristina Koldinská (République tchèque), Université Charles, Faculté de droit

Roxana Teșiu (Roumanie), Conseillère juridique indépendante

Aileen McColgan (Royaume-Uni), King's College London

Zuzana Magurová (Slovaquie), Académie slovaque des Sciences, Institut de l'État et du droit

Tanja Koderman Sever (Slovénie), Conseillère juridique indépendante

Ann Numhauser-Henning (Suède), Université de Lund, Faculté de droit

Nurhan Süral (Turquie), Université technique du Moyen-Orient, Faculté des sciences économiques et administratives

Partie I

Résumé

*Annick Masselot et Eugenia Caracciolo di Torella**

1. Introduction: toile de fond et objectif du rapport

Alors que la protection de la maternité, de la paternité et de la vie familiale est une priorité pour beaucoup de gouvernements nationaux,¹ la discrimination liée à la grossesse et à la maternité n'en demeure pas moins une réalité en Europe dans de nombreux domaines de l'emploi.² Ainsi par exemple, bien qu'il soit interdit par la loi de ne pas engager une femme enceinte lorsqu'elle est la candidate la plus qualifiée ou de ne pas prolonger son contrat à durée déterminée pour un motif lié à sa grossesse, ce type de discrimination continue de se produire. De même, il est fréquent que les femmes n'aient pas droit à des avantages salariaux ou à des primes liées au travail lorsqu'elles sont en congé de maladie liée à leur grossesse et/ou en congé de maternité. Certaines compagnies d'assurance ne couvrent en outre le risque de perte de revenu de travailleuses indépendantes en rapport avec le congé de maternité qu'après un délai de carence de plusieurs années. Nombreuses sont aussi les compagnies aériennes qui refusent les femmes enceintes à bord de leurs vols.

En d'autres termes, il ressort du présent rapport qu'en dépit de l'existence de droits étendus en rapport avec la grossesse et la maternité, les femmes continuent de faire l'objet de discriminations lorsqu'elles sont enceintes. Des rapports nationaux suggèrent que la discrimination liée à la grossesse et la maternité est «endémique» (**Royaume-Uni**) et que les femmes rencontrent beaucoup de difficultés à exercer leurs droits en matière de grossesse et de maternité (**Pays-Bas**). Dans son rapport annuel 2011, le Défenseur **français** des droits signale que c'est, dans de nombreux cas, au retour du congé de maternité ou parental que les femmes constatent une dégradation de leur situation professionnelle, suivie parfois de harcèlement puis d'un licenciement.³

Le présent rapport thématique a pour but de fournir des informations sur les pratiques discriminatoires dont des personnes sont victimes dans le domaine de l'emploi et du travail indépendant, et en dehors de ce domaine, en raison de leur état de grossesse et de maternité (et en rapport avec le congé de maternité plus particulièrement). Il contient également une analyse des droits expressément destinés aux pères, considérant que l'intégration explicite de ces derniers dans l'équation de la maternité constitue une avancée vers un partage plus équilibré des responsabilités familiales, dans la lutte contre les stéréotypes et, en définitive, vers la réalisation du principe de

* Annick Masselot est Professeure associée de droit à l'Université de Canterbury (Faculté de Commerce et de Droit). Ses travaux de recherche portent principalement sur le droit de l'Union européenne, l'égalité hommes-femmes et l'égalité de traitement, le droit dans le domaine social et de l'emploi, la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, et les droits liés à la grossesse et la maternité. Elle est l'auteure (avec E. Caracciolo di Torella) de l'ouvrage *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, Londres: Palgrave Macmillan, 2010.

Eugenia Caracciolo di Torella est chargée de cours à l'Université de Leicester (Faculté de droit). Son domaine spécialisé de recherche est l'incidence de l'égalité des genres sur divers aspects du droit et des politiques, et sur les mesures favorables à la famille en particulier. Elle est l'auteur de très nombreuses publications sur ce thème et elle collabore actuellement avec A. Masselot à la rédaction d'une monographie intitulée «*Caring Responsibilities in European Law and Policy: Who cares?*» (à paraître chez Routledge, 2014). Elle participe depuis 2009 au projet PROGRESS qui, institué par la Commission de l'UE, vise notamment à accroître la sensibilisation à l'égalité des genres.

¹ Voir les rapports nationaux, mais on songe plus particulièrement ici à la **Grèce**, à l'**Espagne** et à la **Hongrie**.

² Comme le constate notamment le Rapport de la Commission sur l'application de la directive 2002/73/CE (COM(2009) 409 final). Une abondante documentation universitaire a par ailleurs réitéré, au fil des années, la persistance d'une discrimination fondée sur la grossesse.

³ Rapport annuel 2011 du Défenseur des droits, <http://www.defenseurdesdroits.fr/documentation>, consulté le 16 juillet 2012.

l'égalité. Le rapport propose enfin un état des lieux des meilleures pratiques en la matière en vue de dégager des pistes à l'intention du législateur, des décideurs et des ONG.

Le rapport couvre les 27 États membres de l'UE, trois pays associés (Islande, Liechtenstein et Norvège) et trois pays candidats (Croatie, ancienne République yougoslave de Macédoine – ci-après ARY de Macédoine – et Turquie).

2. Le contexte législatif en droit de l'Union européenne

La protection de la grossesse, de la maternité et de la parentalité constitue depuis vingt ans l'un des grands objectifs du droit de l'UE.⁴ Un arsenal complexe de dispositions de droit primaire (traités) et dérivé (directives principalement) a été progressivement développé à cette fin, complété de plusieurs initiatives politiques et de caractère non contraignant. La jurisprudence de la Cour de justice a largement contribué, elle aussi, à l'évolution de ce domaine du droit en précisant et en faisant appliquer les principes consacrés par la législation (discrimination directe et indirecte, par exemple) et en conférant de façon générale une large définition au principe de l'égalité. Les États membres ne sont pas seulement tenus de respecter les normes de l'UE: ils ont mis en place leurs propres cadres, lesquels vont souvent au-delà des exigences minimales fixées par le législateur européen.

2.1. Droit primaire

Dispositions des traités et de la charte des droits fondamentaux

L'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) crée l'obligation d'une égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins et constitue une base juridique générale pour l'adoption de mesures en matière d'égalité hommes-femmes, en ce compris l'égalité et la non-discrimination en rapport avec la grossesse ou la maternité sur le lieu de travail. L'article 19 TFUE énonce le principe général de non-discrimination au-delà des limites strictes du lieu de travail, comme le reconnaît la Cour de justice dans l'arrêt *Mangold*.⁵

De plus, depuis l'adoption du traité de Lisbonne, la charte des droits fondamentaux de l'UE⁶ fait partie du droit primaire. La Charte réaffirme fermement l'importance de la notion d'égalité (article 20), mais c'est l'article 33, paragraphe 2, qui revêt un intérêt particulier dans le cadre du présent rapport puisqu'il dispose qu'«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».⁷ Cette disposition garantit la protection des aspects liés à la grossesse, à la maternité et au congé parental non seulement en tant que questions sociales et d'emploi, mais également en tant que droits humains fondamentaux. Les situations qui ne sont de prime abord pas couvertes par cet article (les droits des pères notamment) relèvent des dispositions plus générales de l'article 20 (égalité) et de l'article 23 (égalité entre hommes et femmes). Enfin, l'article 53 de la Charte prévoit une protection minimale et autorise uniquement l'adoption de mesures de portée plus large.

⁴ Voir en particulier la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, JO L 348 du 28.11.1992, p. 1.

⁵ Affaire C-144/04 *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, Recueil 2005, p. I-9981.

⁶ JO C 83 du 30.3.2010, p. 2.

⁷ Voir S. Koukoulis-Spiiotopoulos «Le traité de Lisbonne et la charte des droits fondamentaux: maintenir et développer l'acquis en matière d'égalité des chances», dans: *Revue du droit européen de l'égalité des genres* n° 1/2008 p. 16-25.

2.2. Droit dérivé

La directive sur les travailleuses enceintes

La directive sur les travailleuses enceintes⁸ vise essentiellement à améliorer la santé et la sécurité au travail des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes. Elle prévoit deux types de mesures respectivement axées sur la santé et la sécurité et sur la protection contre un traitement défavorable. En termes de congé, la directive 92/85/CEE définit plusieurs formes de congé spécifiques à l'intention des travailleuses enceintes et accouchées. Ainsi son article 5, paragraphe 3, oblige-t-il l'employeur à dispenser de travail une travailleuse enceinte pour protéger sa santé et sa sécurité, et celle du fœtus, si un changement de poste n'est pas techniquement et/ou objectivement possible ou ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés.

Une dispense de travail doit également être accordée lorsqu'une travailleuse enceinte ou allaitante est exposée à des substances interdites ou tenue d'accomplir un travail de nuit si un changement de poste ou un transfert à un travail de jour n'est pas possible (article 5, paragraphe 4). Les travailleuses enceintes et allaitantes ne sont pas tenues d'accomplir un travail de nuit pendant leur grossesse ni au cours d'une période consécutive à l'accouchement si ce travail nuit à leur sécurité ou leur santé (article 7). Le transfert à un travail de jour ou, lorsqu'un tel transfert n'est pas techniquement et/ou objectivement possible, une dispense de travail ou une prolongation du congé de maternité doit être d'application. L'article 9 prévoit en outre que les travailleuses enceintes doivent avoir droit, s'il y a lieu, à une dispense de travail sans perte de rémunération pour se rendre à des examens prénataux. L'article 8 fixe un congé de maternité d'au moins quatorze semaines continues réparties avant et/ou après l'accouchement, y compris un congé de maternité obligatoire d'au moins deux semaines; et l'article 11 porte sur la question des droits liés au contrat de travail et plus particulièrement du droit au maintien d'une rémunération et/ou au bénéfice d'une prestation adéquate durant le congé de maternité, laquelle devrait assurer des revenus au moins équivalents aux prestations de l'assurance maladie. Enfin, l'article 10 invite les États membres à prendre les mesures nécessaires pour interdire le licenciement de travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes pendant une période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité.

Des amendements à la directive sur les travailleuses enceintes⁹ ont été proposés par la Commission européenne dans le cadre des nouvelles mesures pour mieux concilier travail et vie privée (2008),¹⁰ lesquelles visent notamment à moderniser et à rationaliser les politiques axées sur cette conciliation et à les aligner à terme avec la législation et la jurisprudence existant en matière d'égalité. Les modifications prévoient entre autres l'extension du congé de maternité rémunéré et une nouvelle période de congé de paternité. Toutefois, «compte tenu de la grande diversité des systèmes de protection de la maternité et de sécurité sociale en vigueur dans les différents États membres, ainsi que des incidences financières en particulier en temps de crise», le Conseil n'a pas encore pris position en première lecture. La poursuite du dialogue est recommandée en vue de réaliser de nouvelles avancées dans ce domaine.¹¹

⁸ Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, JO L 348 du 28.11.1992, p. 1.

⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil portant modification de la directive 92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, COM(2008) 637.

¹⁰ Commission des Communautés européennes, COM(2008) 635, disponible sur <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/603&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>, consulté le 1^{er} juin 2012.

¹¹ Conseil de l'Union européenne du 21 novembre 2011, Rapport d'avancement des travaux, SOC 1002/ SAN 246/CODEC 2061.

La directive sur le congé parental

Les mesures contenues dans la directive sur les travailleuses enceintes sont complétées de la directive sur le congé parental,¹² qui fixe des normes minimales destinées à faciliter la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Cette directive met en œuvre l'accord-cadre conclu par les partenaires sociaux européens sur le congé parental et l'absence du travail pour raisons de force majeure et abroge la directive 96/34.¹³ Elle dispose que les États membres accordent à tous les travailleurs un droit, en principe non transférable et non rémunéré, à un congé parental de quatre mois à exercer jusqu'à ce que l'enfant atteigne un âge pouvant aller jusqu'à huit ans – l'âge précis devant être déterminé par les États membres (clause 2). Les deux principaux changements introduits par les amendements de 2010 sont l'extension de la période de congé accordée (de trois à quatre mois) et surtout le fait que, dans le but de favoriser l'égalité entre les deux parents en termes de congé parental, un mois au moins ne peut être transféré. Les modalités d'application de la période non transférable sont arrêtées toutefois par les États membres. Un problème fondamental reste posé dans la mesure où le droit de prendre un congé parental reste non rémunéré, ce qui s'est avéré fortement dissuasif, parmi les pères en particulier.

La directive sur le congé parental prévoit par ailleurs une protection contre la discrimination à l'égard de travailleurs ayant demandé ou pris un congé parental et dispose qu'à l'issue de ce congé, les travailleurs ont le droit de retrouver leur poste de travail ou, si cela se révèle impossible, un travail équivalent ou similaire conforme à leur contrat ou leur relation de travail (clause 5). Les travailleurs ont également le droit de demander, à leur retour d'un congé parental, l'aménagement de leur horaire pendant une période déterminée; lors de l'examen d'une telle demande, les employeurs tiennent compte des besoins des travailleurs et de ceux de l'entreprise (clause 6). La directive prévoit également le droit de s'absenter du travail pour cause de force majeure liée à des raisons familiales urgentes (clause 7). Enfin, la directive accorde les mêmes droits en cas d'adoption.

La directive de refonte

L'une des pierres angulaires du droit et de la politique de l'UE en matière d'égalité hommes-femmes dans le domaine de l'emploi a été la directive 76/207 sur l'égalité de traitement.¹⁴ Celle-ci est désormais modifiée et intégrée à la directive de refonte,¹⁵ laquelle regroupe et met à jour plusieurs directives existantes, à savoir: la directive 75/117/CEE sur l'égalité des rémunérations,¹⁶ la directive 76/207/CEE sur l'égalité de traitement telle que modifiée par la directive 2002/73/CE,¹⁷ la directive 86/378/CEE sur les régimes professionnels de sécurité sociale telle que modifiée par la directive 96/97/CE¹⁸ et la directive 97/80/CE sur la charge de la preuve.¹⁹

¹² Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES, JO L 68 du 18.3.2010, p. 13.

¹³ Directive 96/34/CE, JO L 145 du 19.6.1996, p. 4..

¹⁴ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14.2.1976, p. 40.

¹⁵ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L 204 du 26.7.2006, p. 23.

¹⁶ Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JO L 45 du 19.2.1975, p. 19.

¹⁷ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 269 du 5.10.2002, p. 15.

¹⁸ Directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, JO L 46 du 17.2.1997, p. 20.

¹⁹ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JO L 14 du 20.1.1998, p. 6.

La directive de refonte consacre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, ce qui implique qu'il ne peut y avoir aucune discrimination – directe ou indirecte – fondée sur le sexe.

L'article 2, paragraphe 2 sous c), de la directive de refonte dispose que la définition de la discrimination inclut «tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité». La Cour de justice a donné, au fil des années, une interprétation généreuse et proactive de l'interdiction de discrimination fondée sur l'état de grossesse. L'article 28, paragraphe 1, précise que la directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité. Les considérants 23 à 25 de la directive de refonte reconnaissent la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. L'article 15 octroie à une femme en congé de maternité, ou à un homme en congé de paternité dans les États membres reconnaissant ce droit (article 16), le droit de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle/il aurait eu droit durant son absence. L'article 16 protège en outre du licenciement les pères qui exercent ces droits. Les mêmes droits sont accordés à chacun des parents en congé d'adoption (dans les États membres qui reconnaissent le droit à ce congé) – ces droits s'exerçant alors autour de la date d'adoption de l'enfant.

La directive sur les régimes légaux de sécurité sociale

La directive 79/7/CEE²⁰ s'applique aux régimes légaux de sécurité sociale et de retraite conformément à son article premier. Son article 4 interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe par référence notamment à l'état matrimonial ou familial pour ce qui concerne le champ d'application des régimes et leurs conditions d'accès; l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations; et le calcul des prestations et des conditions de durée et de maintien des droits aux prestations. Elle précise que la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité. Les États membres peuvent cependant exclure du champ d'application de la directive: la fixation de l'âge de la retraite; les avantages accordés aux retraités ayant élevé des enfants, en particulier pour ce qui concerne les périodes d'interruption d'emploi; l'octroi de droits à prestations de vieillesse ou d'invalidité au titre des droits dérivés d'un conjoint; et l'octroi de majorations de prestations à long terme à un conjoint en rapport avec l'invalidité, la vieillesse, un accident du travail ou une maladie professionnelle de son conjoint.

La directive sur les travailleurs indépendants

Le 5 août 2012, la directive 2010/41/EU²¹ sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante a remplacé la directive 86/613/EEC.²² Elle dispose que les États membres sont tenus d'éliminer toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement, en particulier pour ce qui concerne la création ou l'extension d'une entreprise ou de toute autre forme d'activité indépendante. Les États membres ont l'obligation d'examiner toutes les initiatives portant sur la reconnaissance du travail des conjointes et plus particulièrement sur l'interruption de leur activité pour cause de grossesse ou de maternité. L'article 8, paragraphe 1, invite notamment les États membres à prendre les mesures nécessaires pour que les femmes exerçant une activité indépendante et les conjointes ou partenaires de vie aidantes aient droit à une allocation de maternité pendant au moins quatorze semaines. Ce principe est cependant tempéré par le deuxième

²⁰ Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO L 6 du 10.1.1979, p. 24.

²¹ Directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil.

²² Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, JO L 359 du 19.12.1986, p. 56.

paragraphe du même article 8, qui laisse les États membres libres de décider si l'allocation de maternité en question est accordée à titre obligatoire ou volontaire.

Lorsque l'allocation est accordée, elle doit être au moins équivalente à la prestation octroyée au niveau national en cas d'interruption d'activité pour raison de santé; et/ou à la perte moyenne de revenus ou de bénéfices;²³ et/ou à toute autre allocation familiale établie et fixée par le droit interne.

Durant l'interruption de leurs activités pour cause de maternité, les femmes exerçant une activité indépendante doivent avoir accès à des services de remplacement et aux services sociaux existant au plan national, lesquels peuvent constituer une solution de substitution à l'allocation de maternité.

La directive sur les biens et services

L'article 4, paragraphe 1 sous a), de la directive sur les biens et services²⁴ prévoit la protection des droits liés à la grossesse et à la maternité en dehors du lieu de travail. L'article 4, paragraphe 2, dispose que «la présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions plus favorables relatives à la protection des femmes en ce qui concerne la grossesse et la maternité». L'article 5, paragraphe 1, est particulièrement important puisqu'il exige des États membres qu'ils veillent à ce que l'utilisation du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations aux fins des services d'assurance et des services financiers connexes n'entraîne pas, pour les assurés, de différences en termes de primes et de prestations. Ce principe est consolidé par l'article 5, paragraphe 3, qui interdit expressément l'utilisation de la grossesse ou de la maternité comme moyen d'opérer une discrimination au niveau du calcul des primes et des prestations aux fins des services d'assurance et des services financiers connexes: les frais liés à la grossesse et à la maternité ne peuvent entraîner pour les assurés de différences en termes de primes et de prestations. Le paragraphe 2 de l'article 5, contient une dérogation au premier paragraphe du même article – mais pas au troisième paragraphe – en affirmant qu'il reste possible, dans certaines circonstances, d'autoriser des différences fondées sur le sexe. Par l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'UE dans l'affaire in *Test-Achats*,²⁵ cette disposition a toutefois été déclarée invalide avec effet au 21 décembre 2012.

Dispositions non contraignantes («soft law»)

On relève enfin une série de développements sous la forme de dispositions juridiques non contraignantes qui attestent de la volonté des États membres de lutter contre la discrimination dans ce domaine. Ces mesures ont servi de tremplin à de nouvelles interventions. On peut citer à ce titre la recommandation du Conseil de 1992 concernant la garde des enfants, première mesure en faveur d'un partage égal des responsabilités familiales entre les hommes et les femmes. Elle aborde également la question des services de garde d'enfants (article 3) et invite les États membres à prendre et/ou à stimuler des initiatives, en matière de congés spéciaux notamment (article 4).

On peut encore citer, parmi des exemples plus récents de dispositions non contraignantes, la résolution du Conseil du 29 juin 2000 relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale, qui stipule que la participation équilibrée des femmes et des hommes au marché du travail et à la vie familiale constitue un élément indispensable au développement de la société, et que les droits liés à la maternité et à la paternité, ainsi que les droits des enfants, sont des valeurs sociales éminentes qui doivent être sauvegardées par la société, par les États membres et par l'Union européenne. Cet engagement a été réitéré à plusieurs autres occasions, et en particulier dans les conclusions de la présidence des 23 et 24 mars 2006, qui actent la nécessité de promouvoir un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie privée et de lutter

²³ Ce montant pouvant être plafonné.

²⁴ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373 du 21.12.2004, p. 37.

²⁵ Affaire C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e.a. c. Conseil des ministres*, Recueil 2011, p. I-00773.

contre la conception stéréotypée des rôles de l'homme et de la femme sur le marché de l'emploi.²⁶ Cet engagement a été souligné plus récemment par le train de nouvelles mesures adopté en 2008 par la Commission pour mieux concilier travail et vie privée, et comprenant à la fois des dispositions contraignantes et non contraignantes. Les secondes incluent une communication de la Commission européenne²⁷ expliquant l'historique et le contexte, ainsi qu'un rapport sur les avancées nationales vers la réalisation des objectifs de Barcelone en matière de garde d'enfants.²⁸ L'un des éléments les plus novateurs de la communication consacrée aux nouvelles mesures pour mieux concilier travail et vie privée est la mention explicite du congé de paternité, défini comme «une brève période de congé réservée aux pères, à prendre autour de la date de la naissance d'un enfant».²⁹ La suggestion a été intégrée par le Parlement européen dans la proposition de modification de la directive sur les travailleuses enceintes – laquelle n'a pas encore été adoptée en raison de l'opposition de certains États membres, et du Royaume-Uni en particulier, au sein du Conseil. Le rapport d'avancement précise de surcroît que, si la directive avait été modifiée, il existait un consensus sur la non-inclusion du congé de paternité³⁰ – une prise de position justifiée par la situation économique difficile sévissant en Europe.³¹

2.3. La jurisprudence de la Cour de justice européenne

La Cour de justice s'est montrée proactive dans l'élaboration du cadre juridique en matière de droits relatifs à la grossesse et aux congés de maternité, parental et de paternité en donnant à ces droits une interprétation large et libérale. La Cour a établi très tôt dans les affaires Dekker³² et Hertz,³³ qu'étant donné que seules les femmes peuvent être enceintes, le refus d'embaucher ou le licenciement d'une femme enceinte en raison de son état de grossesse ou de maternité constitue une discrimination directe fondée sur le sexe contraire aux articles 2, paragraphe 3, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE (aujourd'hui article 2, paragraphe 2, de la directive de refonte).³⁴ S'appuyant sur ce principe, la Cour a considéré en outre que tout traitement défavorable directement³⁵ ou indirectement³⁶ lié à une grossesse ou une maternité constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. Elle a considéré de surcroît que la protection des droits liés à la grossesse et la maternité vise à promouvoir une réelle égalité de genre,³⁷ la santé de la mère immédiatement

²⁶ Conclusions de la présidence – Conseil européen des 23 et 24 mars 2006, 77775 DOC/06/01.

²⁷ Communication de la Commission européenne «Redoubler d'efforts pour mieux concilier vie professionnelle, vie privée et vie de famille», COM(2008) 635.

²⁸ Rapport de la Commission européenne «Mise en œuvre des objectifs de Barcelone concernant les structures d'accueil pour les enfants en âge préscolaire», COM (2008) 638.

²⁹ Documents de consultation SEC (2006) 1245 et SEC (2008) 571 tels qu'examinés dans le cadre de la communication de la Commission «Redoubler d'efforts pour mieux concilier vie professionnelle, vie privée et vie de famille», COM (2008) 635. Voir également Commission européenne, Emploi, affaires sociales et égalité des chances, «Avis sur les nouvelles formes de congé (congé de paternité, congé d'adoption et congé filial)», 2008.

³⁰ Conseil de l'Union européenne, Proposition, Rapport sur l'état d'avancement des travaux, 2008/0193 (COD) SOC 423/SAN 107/CODEC 875.

³¹ *La Commission permet à des millions de femmes de mieux concilier vie professionnelle et vie privée grâce à un congé de maternité plus long et plus attractif*, Bruxelles, 3 octobre 2008, IP/08/1450, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1450_fr.htm (au 10 juin 2012).

³² Affaire C-177/88 *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen Plus*, Recueil 1990, p. I-3941.

³³ Affaire C-179/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (Hertz) c. Dansk Arbejdsgiverforening*, Recueil 1990, p. I-3979.

³⁴ Ce principe a été réitéré dans les affaires C-320/01 *Busch*, Recueil 2003, p. I-2041, au point 39 et C-394/96 *Brown c. Rentokil*, Recueil 1998, p. I-4185, au point 16. La protection spécifique contre le licenciement des femmes enceintes et des nouvelles mères débute toutefois au moment où l'employeur est informé de la grossesse jusqu'à ce que la travailleuse revienne au travail à l'issue de sa période de congé de maternité. Si la travailleuse s'absente après son congé de maternité pour cause de maladie, même si la maladie est liée à la grossesse, elle ne bénéficie plus de la protection spéciale mais elle peut réclamer un traitement équivalent à celui d'un travailleur masculin malade.

³⁵ Affaire C-32/93 *Webb c. EMO Air Cargo*, Recueil 1994, p. I-3567, point 19.

³⁶ Affaire C-421/92 *Habermann-Beltermann c. Arbeiterwohlfahrt*, Recueil 1994, p. I-1657, points 15 et 16.

³⁷ Affaires C-207/98 *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Recueil 2000, p. I-549, point 26, et C-136/95 *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés c. Thibault*, Recueil 1998, p. I-2011, point 26.

après la naissance d'un enfant et la relation entre la nouvelle mère et son nouveau-né³⁸ ainsi qu'entre un père et son enfant.³⁹ La Cour a par ailleurs clairement établi à plusieurs reprises, et en particulier dans son arrêt dans l'affaire Hill,⁴⁰ que le principe de la conciliation entre vie professionnelle et vie privée est un corollaire du principe d'égalité.

La Cour de justice considère qu'aucun autre intérêt, en ce compris aucun intérêt économique, ne peut prévaloir sur la protection de la grossesse et du congé de maternité. Il en découle que le refus d'embaucher une femme parce qu'elle est enceinte ne peut se justifier par des motifs tirés du préjudice financier que subirait l'employeur pendant la durée du congé de maternité.⁴¹ De même, si une femme ne peut occuper, pendant la durée de sa grossesse, le poste pour lequel elle a été engagée, l'employeur ne peut invoquer l'excuse du préjudice financier.⁴²

De plus, les droits liés à la grossesse et la maternité ne peuvent être subordonnés au fait que la présence d'une femme sur le lieu de travail pendant la période correspondant au congé de maternité soit indispensable ou non à la bonne marche de l'entreprise où elle est employée,⁴³ même si le contrat de travail a été conclu pour une période déterminée.⁴⁴ La Cour a clairement établi aussi que des obligations en matière de santé et de sécurité ne peuvent être prises en compte d'une façon qui porte préjudice aux travailleuses enceintes.⁴⁵

Enfin, une travailleuse n'est pas tenue de déclarer sa grossesse lors de la procédure de recrutement⁴⁶ ni à aucun autre stade de son emploi.⁴⁷

La définition de travailleuse et de travailleuse enceinte

La Cour considère, en ce qui concerne la libre circulation des personnes, que «la notion de travailleur revêt une portée communautaire et ne doit pas être interprétée de manière restrictive».⁴⁸ Elle a donné à la notion de travailleur une interprétation large aux fins de l'application des droits consacrés par l'UE en matière d'égalité des genres, de grossesse et de maternité. Elle estime qu'un membre féminin du comité de direction d'une entreprise publique est une travailleuse à partir du moment où elle accomplit des prestations pour la dite entreprise et où elle en fait partie intégrante.⁴⁹ La Cour a été plus loin encore en considérant que même lorsque la travailleuse ne peut être classée comme «travailleuse enceinte» aux fins de la directive 92/85/CEE du Conseil, il n'en demeure pas moins que la révocation d'un membre du comité de direction fondée ou principalement fondée sur un état de

³⁸ Affaires 184/83 *Ulrich Hofman c. Barmer Ersatzkasse*, Recueil 1984, p. 3047; C-207/98 *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Recueil 2000, p. I-549, point 21; C-136/95 *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés c. Thibault*, Recueil 1998, p. I-2011, point 25; C-421/92 *Habermann-Beltermann c. Arbeiterwohlfahrt*, Recueil 1994, p. I-1657, point 21; C-32/93 *Webb c. EMO Air Cargo*, Recueil 1994, p. I-3567, point 20; et C-394/96 *Brown c. Rentokil*, Recueil 1998, p. I-4185, point 18.

³⁹ Affaire C-104/09 *Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA*, Recueil 2010, p. I-8661.

⁴⁰ Affaire C-243/95 *Kathleen Hill & Ann Stapleton c. the Revenue Commission and the Department of Finance*, Recueil 1998, p. I-3739, point 42: la Cour a dit pour droit que «la politique communautaire dans ce domaine consiste à encourager et si possible à adapter les conditions de 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». Voir également C-1/95 *Hellen Gerster c. Freistaat Bayern*, Recueil 1997, p. I-5253.

⁴¹ Affaires C-177/88 *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen Plus*, Recueil 1990, p. I-3941 et C-207/98 *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Recueil 2000, p. I-549, point 29.

⁴² Affaire C-207/98 *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Recueil 2000, p. I-549.

⁴³ Affaire C-32/93 *Webb c. EMO Air Cargo*, Recueil 1994, p. I-3567, point 26.

⁴⁴ Affaires C-109/00 *Tele Danmark A/S c. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), agissant en qualité de mandataire de M^{me} Marianne Brandt-Nielsen*, Recueil 2001, p. I-2785, point 34 et C-438/99 *Maria Luisa Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios*, Recueil 2001, p. I-6915, points 43 à 47.

⁴⁵ Affaires C-66/96 *Høj Pedersen e.a.*, Recueil 1998, p. I-7327 et C-207/98 *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Recueil 2000, p. I-549.

⁴⁶ Affaire C-32/93 *Webb c. EMO Air Cargo*, Recueil 1994, p. I-3567.

⁴⁷ Affaire C-320/01 *Wiebke Busch c. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, Recueil 2003, p. I-2041.

⁴⁸ Affaire C-357/89 *V. J. M. Raulin c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, Recueil 1992, p. I-1027, point 10.

⁴⁹ Affaire C-232/09 *Dita Danosa c. LKB Līzings SIA*, Recueil 2010, p. I-11405.

grossesse ne peut concerner que des femmes et constitue, dès lors, une discrimination directe fondée sur le sexe, contraire à la directive 76/207/CEE du Conseil.⁵⁰

La Cour estime que les femmes subissant un traitement de fécondation in vitro (FIV) doivent être protégées contre le licenciement dès le début de leur grossesse, à savoir au moment de la transplantation des ovules fécondés.⁵¹ Lorsque le licenciement intervient avant que les ovules soient techniquement transférés, la travailleuse ne peut bénéficier de la protection de la directive 92/85, mais la Cour de justice a indiqué que le licenciement d'une femme parce qu'elle subit une FIV va à l'encontre de la directive sur l'égalité de traitement.⁵²

La rémunération des travailleuses enceintes et des travailleuses en congé de maternité

La question de la rémunération dans la perspective des droits liés à la grossesse et à la maternité s'est avérée complexe. La Cour considère que la situation des travailleuses en congé de maternité n'est pas comparable à celle d'un travailleur occupant effectivement son poste. Bien que les travailleurs masculins et féminins aient droit à une rémunération égale pour un travail de valeur égale en vertu de l'article 157 TFUE, lorsqu'une travailleuse est en congé de maternité, son droit à une rémunération (et à l'égalité de rémunération) relève du régime défini par l'article 11 de la directive 92/85/CEE. Les femmes en congé de maternité peuvent uniquement compter sur l'allocation minimale garantie au paragraphe 2 sous b) du dit article, laquelle ne peut être inférieure à la rémunération du congé de maladie.⁵³ Les travailleuses en congé de maternité ne peuvent par conséquent continuer de bénéficier de leur rémunération intégrale ni d'aucune prestation liée à l'exécution de fonctions spécifiques dans des circonstances particulières et destinée à compenser les désavantages inhérents aux fonctions en question.

La rémunération versée durant le congé de maternité doit être déterminée en partie du moins sur la base du salaire perçu avant le démarrage de ce congé, et toute augmentation salariale octroyée entre le début de la période de référence et la fin du congé de maternité doit être prise en compte dans ce calcul. La Cour a établi le droit pour les travailleuses de voir toute augmentation de salaire intervenue avant le début de leur congé de maternité intégrée dans le calcul de la portion liée au salaire de la prestation légale de maternité.⁵⁴ La Cour a établi en outre que le congé de maternité devait être inclus dans le calcul de l'ancienneté au moment de déterminer les conditions d'accès à l'emploi.⁵⁵

En ce qui concerne la durée de la rémunération basée sur un régime de congé de maladie en cas de maladie liée à la grossesse, la Cour a établi qu'un régime d'indemnités de maladie n'est pas discriminatoire s'il prévoit une réduction de la rémunération lorsque l'absence excède une durée déterminée pour les travailleurs féminins absents antérieurement à un congé de maternité en raison d'une maladie liée à leur état grossesse, de même que pour les travailleurs masculins absents par suite de toute autre maladie.⁵⁶ Il convient en l'espèce de réserver au travailleur féminin le même traitement que celui réservé à un travailleur masculin absent pour cause de maladie à condition toutefois que le montant du versement effectué ne soit fixé à un niveau tel qu'il mette en danger l'objectif de protection des travailleuses enceintes.

Il existe par ailleurs une distinction entre le régime légal applicable aux travailleuses enceintes et celui qui s'applique aux travailleuses en congé de maternité. La nature de la rémunération en cause est importante pour décider si une travailleuse enceinte, voire dans certains cas une travailleuse en congé de maternité, y a droit ou non. Le problème consiste à définir le lien entre le droit à une

⁵⁰ Affaire C-232/09 *Dita Danosa c. LKB Līzings SIA*, Recueil 2010, p. I-11405.

⁵¹ Affaire C-506/06 *Sabine Mayr c. Backerei und Konditorei Gerhard Flockner OHG*, Recueil 2008, p. I-1017.

⁵² Affaire C-506/06 *Sabine Mayr c. Backerei und Konditorei Gerhard Flockner OHG*, Recueil 2008, p. I-1017.

⁵³ Affaire C-432/93 *Gillespie c. Northern Health and Social Services Board*, Recueil 1995, p. I-4705 et affaire C-411/96 *Boyle*, Recueil 1998], p. I-6401.

⁵⁴ Affaire C-147/02 *Alabaster c. Woolwich plc & Secretary of State for Social Security*, Recueil 2004, p. I-3101.

⁵⁵ Affaires C-294/04 *Carmen Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*, Recueil 2006, p. I-1513 et C-284/02 *Land Brandenburg c. Ursula Sass*, Recueil 2004, p. I-11143.

⁵⁶ Affaire C-191/03 *McKenna c. North Western Health Board Case*, Recueil 2005, p. I-7631.

allocation minimale telle que définie à l'article 11 de la directive 92/85/CEE et le droit à la rémunération en vertu de l'article 157 TFUE, et de le mettre en rapport avec les dispositions de la directive de refonte en matière de discrimination directe.

Dans le même ordre d'idée, la Cour a également précisé⁵⁷ que la clause 2, points 6 et 8, de l'accord-cadre sur le congé parental ne s'oppose pas à la prise en compte, lors du calcul de la pension d'invalidité permanente d'un travailleur, du fait que ce dernier a bénéficié d'une période de congé parental à temps partiel pendant laquelle il a cotisé et a acquis des droits à pension en proportion du salaire perçu. La clause 2, point 8, de l'accord-cadre sur le congé parental n'impose pas aux États membres de prévoir, pendant la durée du congé parental, la continuité de la perception de prestations de sécurité sociale. Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale au sens de la directive 79/7/CEE du Conseil ne s'oppose pas à ce que, pendant la période de congé parental à temps partiel, un travailleur acquière des droits à une pension d'invalidité permanente en fonction du temps de travail effectué et du salaire perçu, et non comme s'il avait exercé une activité à temps plein.

Le droit de bénéficier de primes

La question de savoir si une prime est due en tout ou en partie à une salariée absente pour cause de congé de maternité pendant tout ou partie de la période visée par la dite prime a été posée à la Cour de justice dans le cadre de plusieurs affaires. Il existe une distinction technique entre les règles applicables aux différents types de versements alloués à des femmes en congé de maternité (prolongé). La complexité des dispositions du droit de l'UE applicables en la matière et les réponses formulées par la Cour ont créé la confusion dans les États membres. Les primes peuvent être de deux types: premièrement, des primes destinées à l'ensemble des travailleurs en tant qu'encouragement pour le travail futur, lesquelles doivent être accordées à tous les travailleurs indépendamment du fait qu'une travailleuse est enceinte ou en congé de maternité;⁵⁸ deuxièmement, des primes liées à la performance professionnelle du travailleur et dont les femmes en congé de maternité peuvent être exclues.⁵⁹

Une travailleuse enceinte a droit, en principe, à l'égalité de rémunération conformément à l'article 157 TFUE, à moins qu'elle ne puisse accomplir ses tâches normales pour des raisons de santé et de sécurité et qu'elle soit affectée à un autre poste ou mise en arrêt de travail. Son droit à l'égalité de rémunération peut se trouver compromis dans ces situations. La Cour a dit pour droit que les travailleuses dispensées de travail ou affectées à un autre poste pour des raisons de santé et de sécurité liées à un état de grossesse doivent percevoir leur salaire mensuel de base ainsi que les suppléments attachés à leur statut professionnel. Elles ne peuvent cependant réclamer les indemnités et suppléments destinés à compenser les désavantages inhérents à l'exercice de tâches spécifiques dans des circonstances particulières lorsqu'elles n'accomplissent pas effectivement ces tâches.⁶⁰

Contrats à durée déterminée

Le non-renouvellement de contrats à durée déterminée motivé par un état de grossesse ou de maternité constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, contraire au droit de l'UE en matière d'égalité hommes-femmes. La Cour a abordé cette question dans toute une série

⁵⁷ Affaire C-537/07 *Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, Recueil 2009, p. I-6525.

⁵⁸ Affaire C-333/97 *Lewen c. Denda*, Recueil 1999, p. I-7243.

⁵⁹ Dans l'affaire C-194/08 *Susanne Gassmayr c. Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, Recueil 2010, p. I-6285, une femme médecin autrichienne s'est vu refuser l'indemnité pour astreinte sur le lieu de travail, qui constituait un supplément à son salaire de base, parce qu'elle avait dû arrêter de travailler pour des raisons de santé et de sécurité; l'affaire C-471/08 *Parviainen c. Finnair Oyj*, Recueil 2010, p. I-6533, porte pour sa part sur l'affectation temporaire à un poste au sol d'une hôtesse de l'air durant sa grossesse, et sur le salaire perçu durant cette période de transfert: étant affectée à des tâches administratives, elle perdait le droit à des indemnités supplémentaires destinées à compenser les inconvénients propres à l'organisation du temps de travail dans le secteur du transport aérien.

⁶⁰ Voir au point 3.3.1 ci-après l'analyse consacrée au droit de percevoir des primes.

d'affaires.⁶¹ Ainsi dans l'affaire *Melgar*,⁶² elle déclare explicitement que «dans la mesure où le non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée est motivé par l'état de grossesse de la travailleuse, il constitue une discrimination directe fondée sur le sexe», contraire au droit de l'UE.

Congé annuel et congé de maternité

Un nombre croissant d'affaires portent sur des cas de coïncidence entre périodes de congé annuel et périodes de congé de maternité ou de congé parental. La Cour de justice s'est penchée sur la question de l'interaction entre le droit au congé de maternité tel que garanti par la directive 92/85/CEE et le droit au congé annuel rémunéré en vertu de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 93/104/CE (aujourd'hui modifiée par la directive 2003/88/CE) dans l'affaire *Gomez*.⁶³ Elle y dit pour droit qu'une travailleuse doit pouvoir bénéficier de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité, même si une période pour les congés annuels est fixée par accord collectif pour l'ensemble du personnel.

La Cour estime en outre que, bien qu'il soit approprié d'appliquer, de façon générale, le principe du pro rata temporis à l'octroi du congé annuel lorsqu'un salarié travaille à temps partiel, ce principe ne saurait être appliqué ex post à un droit à congé annuel acquis avant qu'il soit passé d'un travail à temps plein à un travail à temps partiel.⁶⁴ On peut s'attendre à ce que cette décision s'applique aux travailleuses qui reviennent de congé de maternité et conviennent avec leur employeur de travailler à mi-temps. Étant donné que les travailleuses continuent d'accumuler des congés annuels lorsqu'elles sont en congé de maternité, cet arrêt confirme qu'elles auront le droit de prendre à leur retour au travail les congés ainsi accumulés comme si elles avaient travaillé à temps plein. La Cour a clairement établi de surcroît que les congés accumulés avant une période de congé parental ne pouvaient être perdus. Un travailleur/une travailleuse en congé parental est en droit de conserver le congé annuel accumulé et devrait pouvoir le reporter aux années suivantes lorsqu'il/elle retourne au travail.

Licenciement et autre traitement défavorable durant un congé de maternité ou parental

L'article 2, paragraphe 2, de la directive de refonte et l'article 10 de la directive sur les femmes enceintes protègent les travailleuses enceintes et les travailleuses en congé de maternité contre le licenciement pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité. Dans l'affaire *Paquay*,⁶⁵ la Cour a dit pour droit que l'interdiction de licencier des femmes enceintes ou des femmes en congé de maternité visée par la directive sur les travailleuses enceintes ne se limite pas à l'interdiction de notifier une décision de licenciement, mais couvre également la prise de mesures préparatoires à une telle décision durant la période de protection. Le licenciement d'une femme pratiquement immédiatement après son retour de congé de maternité est considéré, dès lors, comme intervenant durant la période de protection.

La Cour a également précisé les conditions de calcul de l'indemnité de licenciement lorsque celui-ci intervient durant un congé parental à temps partiel.⁶⁶ La Cour de justice considère que la notion de «droits acquis ou en cours d'acquisition» au sens de l'accord-cadre recouvre l'ensemble des droits et des avantages, en espèces ou en nature, dérivés directement ou indirectement de la relation de travail. Par conséquent, une législation nationale qui aboutirait à une réduction des droits découlant de la relation de travail en cas de congé parental serait susceptible de dissuader le travailleur de prendre un tel congé et d'inciter les employeurs à licencier des travailleurs en congé parental plutôt que d'autres. La Cour conclut dès lors que l'accord-cadre sur le congé parental

⁶¹ Affaire C-32/93 *Webb c. EMO Air Cargo*, Recueil 1994, p. I-3567, point 26; affaire C-109/00 *Tele Danmark A/S c. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, agissant en qualité de mandataire de M^{me} Marianne Brandt-Nielsen, Recueil 2001, p. I-2785, point 34.

⁶² Affaire C-438/99 *Maria Luisa Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios*, Recueil 2001, p. I-6915, point 47.

⁶³ Affaire C-342/01 *Gomez c. Continental Industrias del Caucho SA.*, Recueil 2004, p. I-2605.

⁶⁴ Affaire C-486/08 *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*, Recueil 2010, p. I-3527.

⁶⁵ Affaire C-460/06 *Paquay c. Société d'architectes Hoet et Minne SPRL*, Recueil 2007, p. I-8511.

⁶⁶ Affaire C-116/08 *Christel Meerts c. Proost NV*, Recueil 2009, p. I-10063.

s'oppose à ce que, en cas de résiliation unilatérale par l'employeur, sans motif grave ou sans respecter le délai légal de préavis, du contrat d'un travailleur engagé à durée déterminée et à temps plein alors que ce dernier bénéficie d'un congé parental à temps partiel, l'indemnité à verser à ce travailleur soit déterminée sur la base de la rémunération réduite qu'il percevait lorsque le licenciement intervient. En d'autres termes, la Cour de justice européenne dit pour droit que l'indemnité de préavis d'un(e) salarié(e) bénéficiant d'un congé parental doit être calculée comme s'il/si elle n'avait pas réduit son temps de travail, c'est-à-dire sur la base de son salaire à temps plein.

Directive sur le congé parental

Dans l'affaire *Zoi Chatzi*,⁶⁷ la Cour interprète les dispositions de la directive sur le congé parental. La question suivante lui avait été posée en l'espèce: peut-on déduire de la directive 96/34/CE, interprétée en combinaison avec l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que naît également un droit de l'enfant, de sorte que l'octroi d'un seul congé parental en cas de naissance de jumeaux constitue une discrimination du fait de la naissance et une restriction du droit des enfants jumeaux? La Cour de justice a répondu que la directive sur le congé parental ne confère pas à l'enfant un droit individuel au congé parental. De surcroît, les dispositions de la directive ne doivent pas être interprétées en ce sens que la naissance de jumeaux ouvre droit à un nombre de congés parentaux égal à celui des enfants nés. La Cour ajoute que, lue à la lumière du principe d'égalité de traitement, la directive impose aux législateurs nationaux de mettre en place un régime de congé parental qui, en fonction de la situation existant dans l'État membre concerné, assure aux parents de jumeaux un traitement qui tienne dûment compte de leurs besoins particuliers. Il appartient à chaque État membre de vérifier si la réglementation nationale répond à cet exigence et de donner – dans toute la mesure du possible – une interprétation de cette réglementation qui soit conforme au droit de l'UE.

Congé de maternité ou parental?

La Cour de justice européenne considère qu'une salariée ayant obtenu un congé parental et découvre ensuite qu'elle est enceinte et qu'elle accouchera durant ce congé, doit pouvoir mettre fin de manière anticipée à son congé parental et retourner au travail pour bénéficier d'un congé de maternité rémunéré.⁶⁸

Ainsi dans l'affaire *Busch*,⁶⁹ la Cour s'est penchée sur le cas d'une infirmière désireuse de réintégrer son emploi avant la fin de son congé parental et qui a informé à cette fin son employeur qu'elle était de nouveau enceinte. Bien que cette nouvelle grossesse soit susceptible de l'empêcher d'exercer pleinement ses fonctions, la Cour a considéré que l'employeur ne pouvait s'opposer à ce que la travailleuse reprenne le travail avant la fin de son congé parental.

Protection juridictionnelle effective

La Cour a établi qu'une femme enceinte doit pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective.⁷⁰ Ainsi la législation nationale est-elle discriminatoire à l'égard des travailleurs féminins lorsqu'elle fixe un délai de recours trop bref pour une femme enceinte licenciée durant sa grossesse et qu'elle prive les femmes enceintes d'une action en dommages et intérêts ouverte à d'autres salariés.

Si l'arrêt *Pontin* illustre un cas manifeste de discrimination, la Cour s'est également prononcée dans des affaires de discrimination indirecte en rapport notamment avec l'exigence de flexibilité et de mobilité ou la période d'ancienneté. Dans l'affaire *Danfoss*⁷¹ la Cour a considéré que l'employeur peut justifier l'adaptabilité à des horaires et des lieux de travail variables, et à la formation

⁶⁷ Affaire C-149/10 *Zoi Chatzi c. Ypourgos Oikonomikon*, Recueil 2010, p. I-8489.

⁶⁸ Affaire C-116/06 *Sari Kiiski c. Tampereen Kaupunki*, Recueil 2007, p. I-7643.

⁶⁹ Affaire C-320/01 *Wiebke Busch c. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, Recueil 2003, p. I-2041.

⁷⁰ Affaire C-63/08 *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, Recueil 2009, p. I-10467.

⁷¹ Affaire C-109/88 *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, Recueil 1989, p. I-3199.

professionnelle, s'il démontre que ces critères revêtent «de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur». Elle ajoute cependant que «comme l'ancienneté va de pair avec l'expérience et que celle-ci met généralement le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations, il est loisible à l'employeur de la rémunérer, sans qu'il ait à établir l'importance qu'elle revêt pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur».

Affaires en cours

Quelques affaires portant sur des questions liées à la grossesse, la maternité et la parentalité ont été adressées récemment à la Cour. Deux affaires très similaires en matière de rémunération émanent de **Finlande**: dans l'affaire *Terveys*⁷² comme dans l'affaire *Ylemmät Toimihenkilöt YTN ry*,⁷³ la Cour doit se prononcer sur le point de savoir si faire passer une travailleuse d'un congé d'éducation non rémunéré à un congé de maternité sans lui verser de rémunération, conformément à la convention collective nationale, est compatible avec la directive 2006/54 et la directive 92/85. Un autre cas, à savoir l'affaire *Betriu Montull*,⁷⁴ s'inscrit dans un domaine déjà abordé par la Cour.⁷⁵ Celle-ci y est appelée à interpréter la compatibilité d'une disposition législative espagnole avec le principe de l'égalité de traitement. La disposition nationale en cause reconnaît le droit originaire de la mère, mais non du père, à la suspension du contrat de travail avec maintien de l'emploi, prise en charge par la sécurité sociale, même après la période des six semaines qui suivent l'accouchement. À l'inverse, les travailleurs masculins ne peuvent exercer ce droit qu'en cas de danger pour la santé de la mère et/ou si la mère de l'enfant a également le statut de travailleur salarié.

Dans l'affaire *Riežniece*,⁷⁶ la Cour se prononcera sur des mesures à la suite desquelles une salariée en congé parental peut perdre son poste lors de son retour au travail.

Dans les affaires *C.D.*⁷⁷ et *Z*,⁷⁸ la Cour est appelée pour la première fois à se prononcer sur la maternité via une convention de mère porteuse. Enfin, une autre problématique nouvelle a été soulevée dans ce domaine par l'affaire *Kalikauskas*⁷⁹ dans laquelle la Cour est invitée à interpréter la notion de discrimination par association dans le contexte d'une grossesse.

3. Résumé des conclusions

Le présent rapport examine les droits statutaires nationaux liés à la protection de la grossesse, de la maternité et de la parentalité en vigueur dans les États membres de l'UE et leur application concrète. On peut dire que ces droits sont, de manière générale, d'un niveau raisonnable. L'UE est parvenue à instituer un socle commun et les dispositions nationales vont souvent au-delà des dispositions adoptées par l'Europe. L'existence de cette plateforme de droits ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait pas de problèmes – lesquels sont d'autant plus difficiles à cerner qu'ils sont souvent «cachés». L'écart important entre la lettre de la loi et son application est l'un des constats fondamentaux du présent rapport. En d'autres termes, si une réglementation exhaustive existe sur papier, elle trop souvent contournée dans la pratique et les personnes concernées ne cherchent pas toujours à faire

⁷² Affaire C-512/11 *Terveys – ja sosiaalialan neuvottelujärjestö TSN ry c. Terveyspalveluan Liitto ry, Mehiläinen Oy*, demande déposée le 3 octobre 2011.

⁷³ Case C-513/11, *Ylemmät Toimihenkilöt YTN ry c. Teknologiateollisuus ry, Nokia Siemens Networks Oy*, demande déposée le 3 octobre 2011.

⁷⁴ Affaire C-5/12 *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, demande déposée le 3 janvier 2012.

⁷⁵ Il s'agit d'une situation analogue à celle analysée dans l'affaire C-104/09 *Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA*, Recueil 2010, p. I- 08661.

⁷⁶ Affaire C-7/12 *Nadežda Riežniece c. Zemkopības ministrija (République de Lettonie), Lauku atbalsta dienests*, demande déposée le 4 janvier 2012.

⁷⁷ Affaire 167/12 *C.D. c. S.T.*, demande déposée le 3 avril 2012.

⁷⁸ Affaire 363/12 *Z. c. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, demande déposée le 30 juillet 2012.

⁷⁹ Affaire C-44/12 *Andrius Kalikauskas c. Macduff Shellfish Limited, Duncan Watt*, demande déposée le 30 janvier 2012.

respecter leurs droits. Une série d'études nationales récentes⁸⁰ en matière de discrimination fondée sur la grossesse et la maternité révèle des pratiques discriminatoires considérables à l'égard des travailleuses enceintes et des nouvelles mères; elles prennent la forme d'un licenciement, d'un harcèlement, d'un refus de renouveler des contrats de travail à durée déterminée ou d'embaucher, et de changements préjudiciables aux conditions du contrat de travail lors du retour de congé de maternité. Il apparaît clairement que les stéréotypes culturels restent très vivaces en Europe: dans de nombreux pays, en effet, les femmes continuent d'être perçues comme ayant la charge principale de la garde et des soins et ne sont donc pas considérées avant tout comme un travailleur à part entière.

D'autres tendances communes peuvent être mises en évidence en termes de droit à l'emploi:

- (1) de façon générale, la protection accordée en rapport avec la grossesse, la maternité et la parentalité est plus poussée pour les travailleurs du secteur public que pour ceux du secteur privé (**Turquie, Portugal et Autriche** par exemple). En **Grèce**, toutefois, la réglementation plus favorable en vigueur dans le secteur public n'est pas toujours prise en compte et contient elle aussi des dispositions discriminatoires. La grande majorité des femmes finissent par travailler dans le secteur public, lequel est considéré dès lors comme chargé de résoudre les problèmes liés à l'état de grossesse et à la garde des enfants (**Finlande et Portugal** entre autres). De manière analogue, les travailleurs du secteur privé sont davantage exposés au risque d'une discrimination que ceux du secteur à but non lucratif (**Croatie** notamment);
- (2) la discrimination semble moins répandue dans les grandes entreprises que dans les petites (**Pays-Bas et Royaume-Uni**, par exemple). On observe parfois que la protection assurée varie, en pratique, en fonction de la taille de l'entreprise (**Royaume-Uni et Allemagne** notamment).

L'impact des droits liés à la grossesse et à la maternité sur la capacité et le degré d'engagement des femmes sur le lieu de travail est difficile à déterminer. On peut dire en bref que les employeurs affirment en général que le renforcement de ces droits conduit à davantage de discrimination à l'égard des femmes, alors que les parents affirment de leur côté qu'ils réclament plus de protection et de droits pour être en mesure d'accéder à un emploi rémunéré et de le conserver. Bien qu'aucune étude spécifique ne soit mise en évidence dans le présent rapport, l'existence d'un lien direct entre l'ampleur des droits liés à la grossesse et la maternité et le faible taux d'emploi des femmes a été suggérée dans certains cas (**Bulgarie, Pologne, Grèce et Lituanie** notamment).⁸¹ À l'inverse, certaines analyses attestent d'un lien positif entre le renforcement des dispositions en matière de congé familial et le retour des femmes au travail après un accouchement (**Royaume-Uni** entre autres).⁸²

3.1. Discrimination dans l'accès à l'emploi – procédure de recrutement et surveillance

Depuis l'arrêt *Dekker*,⁸³ la Cour a établi deux principes essentiels: premièrement, étant donné que seules les femmes peuvent être enceintes, un refus d'engagement pour cause de grossesse ou de maternité constitue une discrimination directe – ce que confirme l'article 10 de la directive sur les femmes enceintes. Assimiler un licenciement pour cause de grossesse à une discrimination directe signifie, en principe, qu'il ne peut être justifié d'aucune manière, y compris par des considérations

⁸⁰ Tel est notamment le cas en **Grèce**, en **France**, en **Lituanie**, aux **Pays-Bas**, en **Espagne** et au **Royaume-Uni**.

⁸¹ <http://www.efka.org.pl/index.php?action=dyskusje&ID=13>, consulté le 16 août 2012. Voir également CAZES Sandrine et NESPOROVA Alena: *Flexicurity. A relevant approach in Central and Eastern Europe*. BIT, Genève, 2007.

⁸² J. Waldfogel, Y. Higuchi & M. Abe *Maternity Leave Policies and Women's Employment after Childbirth: Evidence from the United States, Britain, and Japan* (1998, LSE), disponible sur http://eprints.lse.ac.uk/6533/1/Maternity_Leave_Policies_and_Women's_Employment_after_Childbirth_Evidence_from_the_United_States_Britain_and_Japan.pdf, consulté le 10 août 2012; voir également J. Plunkett *The Missing Million: The potential for female employment to raise living standards in low to middle income Britain*, http://www.resolutionfoundation.org/media/media/downloads/The_Missing_Million.pdf, consulté le 10 août 2012.

⁸³ Affaire C-177/88 *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen Plus*, Recueil 1990, p. I-3941.

d'ordre économique.⁸⁴ Le licenciement d'une travailleuse enceinte ou d'une nouvelle mère peut cependant être justifié dans certains cas sans rapport avec son état de grossesse.⁸⁵ Deuxièmement, dans certaines circonstances et notamment en cas de grossesse, un travailleur masculin de référence n'est pas nécessaire – ce que reflète également l'article 15 de la directive de refonte, qui prévoit qu'une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, «de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence». Ces principes semblent désormais inscrits dans la législation nationale pertinente des États membres.

Quelques experts signalent que le cadre juridique relatif à l'interdiction de discrimination lors d'une procédure de recrutement ne présente pas encore un niveau acceptable. C'est ainsi que dans le secteur privé en **Turquie**, par exemple, la loi sur le travail n'interdit pas la discrimination lors des procédures de sélection bien qu'une législation pénale proscrive ce type de comportement.⁸⁶ En **Pologne**, aucune disposition juridique explicite n'établit de lien entre la discrimination fondée sur le sexe et la discrimination fondée sur la grossesse et la maternité.

La plupart des experts n'en affirment pas moins que la réglementation interdisant la discrimination en matière de recrutement de femmes enceintes et de nouvelles mères est suffisante et satisfaisante. Le présent rapport met cependant en évidence l'existence, en pratique, d'un traitement défavorable envers les femmes enceintes ou les nouvelles mères qui se portent candidates à un emploi. Il s'avère en effet que, dans les faits, ces principes sont souvent violés (**Pologne, Hongrie et Allemagne** notamment) et qu'en réalité les femmes ont tendance à ne pas postuler à un emploi durant leur grossesse (**Roumanie** par exemple). Les pratiques discriminatoires portant sur le libellé des offres d'emploi sont relativement simples à surveiller, mais il est beaucoup plus difficile de contrôler le contenu des entretiens préalables à l'embauche et d'apprécier la véritable motivation qui sous-tend la décision de l'employeur. En **Hongrie**, par exemple, il reste fréquent de poser à une femme, lors de la procédure de recrutement, des questions concernant ses projets en termes de grossesse et de modalités de garde d'enfant. L'experte signale qu'il est également assez courant que des femmes ne soient pas embauchées parce que les employeurs supposent que les mères de jeunes enfants manqueront de ponctualité dans les équipes du matin.⁸⁷ L'une des grandes difficultés dans ce type de cas est de pouvoir fournir suffisamment d'éléments probants pour démontrer l'existence d'une discrimination (voir notamment **République tchèque, Allemagne et Grèce**). Il est rare également que des candidates à un emploi introduisent un recours par crainte d'être qualifiées de «fauteuses de trouble» ou de faire l'objet de rétorsions lorsqu'elles recherchent un autre emploi (**Croatie** notamment).

Une manière de contourner cette difficulté serait d'imposer une surveillance systématique des procédures de recrutement. En **Espagne**, une initiative a été prise par l'Inspection du travail et de la sécurité sociale⁸⁸ en vue notamment de surveiller le respect par les entreprises de leurs obligations en matière d'égalité effective entre les femmes et les hommes pour ce qui concerne l'accès à

⁸⁴ Ce raisonnement a également été appliqué à des cas de discrimination indirecte fondée sur le sexe dans lesquels la Cour a considéré que des conditions budgétaires ne peuvent justifier en elles-mêmes une discrimination fondée sur le sexe. Voir notamment l'affaire C-343/92 *M. A. De Weerd, née Rok e.a. c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e.a.*, Recueil 1994, p. I-571.

⁸⁵ L'article 10, paragraphe 1, de la directive sur les travailleuses enceintes dispose que «les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses, au sens de l'article 2, pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité visé à l'article 8, paragraphe 1, sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et, le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord».

⁸⁶ Il va de soi que les règles en matière de procédure pénale et de procédure civile varient et que le renversement de la charge de la preuve, par exemple, pourrait ne pas s'appliquer aux procédures pénales – ce qui rend la discrimination plus difficile à prouver.

⁸⁷ <http://www.egyenlobanasmod.hu/jogesetek/hu/>.

⁸⁸ *Plan d'action de l'Inspection du travail et de la sécurité sociale 2008-2010 pour contrôler l'égalité effective entre les hommes et les femmes au sein des entreprises.*

l'emploi et les procédures de recrutement. L'étude a révélé des infractions qui ont fait l'objet de sanctions et concernaient un nombre important de travailleurs.

L'existence de l'interdiction légale de pratiquer une discrimination à l'encontre de candidates enceintes ne suffit souvent pas, à elle seule, à garantir une égalité de traitement lors de la procédure de recrutement si celle-ci ne fait pas l'objet d'une surveillance ou d'un contrôle de la part des autorités du travail, par exemple. En **Roumanie**, alors qu'un système de surveillance des procédures de recrutement a été mis en place, les femmes enceintes s'abstiennent pourtant, dans la pratique, de postuler à un emploi ou de changer d'emploi pendant la durée de leur grossesse – une situation que l'on retrouve probablement dans la plupart des États membres.

Bonne pratique:

En **Belgique**, une personne estimant faire l'objet d'une discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité lors d'une procédure de recrutement dispose auprès de la juridiction du travail de deux types de recours, qui peuvent être combinés: une injonction de mettre fin à la discrimination et une indemnité forfaitaire si l'employeur ne peut prouver que, même en l'absence de discrimination, la personne candidate n'aurait pas été embauchée.

3.2. Aménagement des conditions de travail/congé pour raison de santé et de sécurité

La directive sur les femmes enceintes crée deux types d'obligations pour les employeurs: ils doivent, d'une part, assurer la santé et la sécurité des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes et, d'autre part, respecter le principe de l'égalité des sexes et s'abstenir de discrimination à l'égard de cette catégorie de travailleurs. Il conviendrait que les deux obligations fonctionnent en harmonie. Bien que la Cour de justice ait clairement affirmé que les obligations en matière de santé et de sécurité ne peuvent être prises en compte d'une façon qui porte préjudice aux travailleuses enceintes,⁸⁹ des considérations de santé et de sécurité ont servi de moyens d'exclure des femmes du lieu de travail (voir notamment la **Croatie**). Au **Luxembourg**, de nombreux acteurs parmi lesquels des associations féminines dénoncent le fait qu'en pratique, les travailleuses enceintes occupées dans le secteur médical ou social sont systématiquement dispensées de travail. En **Croatie**, les travailleuses enceintes qui veulent poursuivre un travail de nuit doivent en faire la demande expresse et présenter un certificat médical à leur employeur. Cette approche est perçue comme une surprotection qui nuit à l'emploi des femmes de façon générale. Un non-aménagement des conditions et/ou du temps de travail des femmes enceintes pour éviter qu'elles soient exposées à des risques professionnels est constaté à **Chypre** – avec pour conséquence une perte d'emploi potentielle pour certaines travailleuses – mais aucune plainte n'a encore été adressée aux autorités compétentes.

Il s'avère, en pratique, que des femmes ayant réclamé l'application de la protection pour raison de santé et de sécurité aient fait l'objet d'une discrimination, d'une victimisation et d'un harcèlement moral (voir notamment la **Lituanie**).

3.3. Rémunération

Le cadre juridique régissant la rémunération des travailleuses en congé de maternité est complexe dans la mesure où il comprend, d'une part, l'expression du principe de l'égalité de rémunération en vertu de l'article 157 TFUE et de la directive de refonte et, de l'autre, le droit de bénéficier d'une prestation en vertu de l'article 11 de la directive sur les femmes enceintes. La Cour de justice a été invitée à se prononcer dans plusieurs affaires relevant de ce domaine dont la complexité résulte peut-être de la confusion au niveau des régimes nationaux. Le mode de calcul de la rémunération d'une travailleur/d'une travailleuse en congé de grossesse, de maternité et de paternité et, dans certains cas, de congé parental également (à l'exception d'une série d'États membres dont le

⁸⁹ Affaires C-66/96 *Høj Pedersen e.a.*, Recueil 1998, p. I-7327 et C-207/98 *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Recueil 2000, p. I-549.

Royaume-Uni) diffère en effet d'un État membre à l'autre.⁹⁰ Ainsi en **Italie**, par exemple, les salariés peuvent bénéficier d'une indemnisation journalière versée par l'Institut national de la prévoyance sociale, qu'ils travaillent dans le secteur privé ou dans le secteur public ou qu'ils exercent une activité indépendante. Le taux d'indemnisation octroyé varie néanmoins selon que le salarié travaille dans le secteur privé ou dans le secteur public: dans le premier cas, le versement correspond à 80 % de son salaire journalier moyen – bien que la plupart des conventions collectives prévoient le montant intégral – alors que, dans le second, le salarié a généralement droit à 100 % de sa rémunération. Le même taux s'applique aux pères qui exercent leur droit au congé de paternité. Au **Luxembourg**, le congé de maternité est rémunéré à 100 % du revenu journalier moyen assurable, lequel se base sur la rémunération durant les trois mois qui ont précédé le congé. Au **Royaume-Uni**, pour bénéficier de la prestation légale de maternité, une femme doit avoir été occupée de façon continue par le même employeur pendant au moins 26 semaines avant la quinzième semaine précédant la date présumée de l'accouchement, et doit avoir gagné en moyenne un montant au moins équivalent à la limite inférieure de salaire fixée pour les cotisations à la sécurité sociale (actuellement 133 EUR, soit 107 GBP, par semaine). Le niveau de la prestation légale de maternité est fixé à 90 % du salaire pour les six premières semaines tandis que, durant la suite de la période de 39 semaines de congé de maternité rémunéré, le montant versé représente un montant forfaitaire de 168,80 EUR (135,4 GBP) ou 90 % du salaire hebdomadaire brut moyen de la travailleuse si ce montant est inférieur – mais il est important de souligner que la prestation légale de maternité comble certains écarts.

En **Lettonie**, la prestation de maternité est fixée à 80 % de la rémunération brute de la salariée,⁹¹ ce qui signifie qu'en pratique, les femmes reçoivent durant leur congé de maternité une prestation représentant un montant supérieur à leur rémunération nette puisqu'un salaire net représente 67 % environ du salaire brut.⁹² Il en va de même pour ce qui concerne la prestation de paternité.⁹³

En dépit des variations de leur mode de calcul, les prestations visées à l'article 11, paragraphe 3, de la directive sur les femmes enceintes doivent être adéquates et au moins équivalentes aux prestations versées en cas de maladie. En **Lituanie**, il existe une différence substantielle entre le droit à la prestation de maternité, qui requiert d'avoir cotisé plus longtemps à la sécurité sociale, et le droit à l'indemnité de maladie – ce qui constitue une violation de l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/85/CE. En **Grèce**, la prestation de maternité est accordée dans certains cas à des conditions plus strictes que l'indemnité de maladie.

Enfin, il arrive que des femmes soient privées de leur accès légitime à la prestation versée par des organismes publics. En **Croatie**, par exemple, l'indemnité allouée durant le congé de maternité est versée par l'Institut national d'assurance maladie qui, en pratique, refuse régulièrement de la payer à des femmes qui ont conclu un contrat de travail alors qu'elles étaient enceintes, présumant que la relation d'emploi est fictive et frauduleuse car conclue dans la seule intention de bénéficier des prestations de maternité.

3.3.1. Primes

L'un des points litigieux en matière de rémunération des travailleuses en congé de maternité est la question des primes, et plus précisément de savoir s'il convient de les prendre en compte dans le calcul de la prestation. La Cour a fourni des interprétations à plusieurs occasions,⁹⁴ mais la situation

⁹⁰ Voir à l'annexe III ci-après un tableau montrant les différents niveaux de rémunération accordés selon le type de congé, par pays.

⁹¹ Loi sur les prestations de maternité et de maladie (*likums Par maternitātes un slimības pabalstiem*), JO n° 182 du 23 novembre 1995, article 10.

⁹² Jusqu'au 1^{er} janvier 2012, la prestation de maternité représentait 100 % du salaire net, mais le législateur a décidé, en raison d'une pénurie de ressources, de fixer la prestation de maternité et de paternité à un montant équivalent à celui d'autres prestations (de maladie et parentales notamment). Amendements publiés au JO n° 202 du 23 décembre 2011.

⁹³ Article 10³.

⁹⁴ Affaires C-194/08 *Gassmayr*, Recueil 2010, p. I-6285 et C-471/08 *Parviainen*, Recueil 2010, p. I-6533; voir la section consacrée plus haut au **Droit de bénéficier de primes**.

reste complexe. Aux **Pays-Bas**, la Commission pour l'égalité de traitement (CGB) (principal organisme en charge des questions d'égalité) a déclaré en 2011 qu'à l'inverse d'avis rendus dans d'autres affaires, une prime ne constitue pas une rémunération et que la plaignante n'y a donc pas droit durant son congé de grossesse/maternité.⁹⁵ Il est courant, dans de nombreux pays, que les employeurs ne paient pas les primes particulières telles que la prime d'assiduité, la prime de productivité ou les indemnités pour frais de transport ou de repas, attachées au salaire lorsque la travailleuse n'était pas en congé (**Portugal** et **Irlande** entre autres), ni la prime de fin d'année (**Allemagne** notamment).

Bonne pratique:

En **Pologne**, un arrêt de la Cour suprême a établi que les travailleuses en congé de maternité ont le droit de percevoir leur «treizième mois», lequel peut être considéré comme une prime lorsqu'elles ont travaillé pendant six mois au moins au cours d'une année civile.

3.3.2. Pensions

Le droit de percevoir une pension est, lui aussi, lié à la rémunération. Il peut s'avérer très important dans la mesure où il détermine les ressources financières des travailleurs à l'issue de leur vie professionnelle. Par ailleurs, les cotisations en vue de la retraite sont prises en compte durant la période de congé rémunéré obligatoire de maternité/paternité: au **Portugal** et en **Autriche**, par exemple, le congé de maternité et parental peut être traité comme une période de travail effectif prise en considération aux fins de la pension.

Il arrive par contre que d'autres périodes (plus longues) de congé non rémunéré prises par des salariés (des mères le plus souvent) pour s'occuper de jeunes enfants ne soient pas considérées comme des périodes de congé parental (**Royaume-Uni**, **Pays-Bas** et **Allemagne** par exemple). Dans certains États membres, les périodes d'interruption de travail consacrées à la famille sont prises en compte sous la forme de «crédits pour tâches d'assistance» lors du calcul des pensions individuelles (**Allemagne** et **République tchèque** notamment). En **Irlande**, les salariés ne bénéficient d'aucun droit à une prestation de l'État durant leur congé parental, mais ils conservent leurs «crédits», de sorte que leur couverture de sécurité sociale est maintenue.

Bonne pratique:

Au **Liechtenstein**, les avantages octroyés aux parents qui consacrent du temps à l'éducation de leurs enfants sont répartis à parts égales entre eux (congé parental non rémunéré). Ils bénéficient d'un revenu fictif qui est intégré au calcul de la pension pour la période consacrée à des tâches familiales. Les périodes de soins aux enfants et à d'autres proches faisant partie du ménage comptent cependant moins dans le calcul de la pension que les périodes de travail intégralement prises en compte à cette fin.

3.4. Licenciement/incitation à démissionner – l'impact de la crise économique

Des voix s'étaient élevées au moment de l'introduction de droits liés à la grossesse et la maternité pour affirmer qu'elle avait pour effet d'entraver l'employabilité des femmes et la récente crise économique a renforcé l'argument selon lequel cette protection juridique place les femmes en tête de liste des salariés dont il convient de se défaire.

En **Grèce**, par exemple, il a été constaté par le Médiateur et par la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et des recommandations que les femmes – et les travailleuses enceintes et mères de famille en particulier – étaient touchées de façon disproportionnée par les récentes mesures législatives destinées à accroître la flexibilité sur le marché du travail. Il convient de souligner plus particulièrement, dans le contexte du présent rapport, la «forte augmentation» de mesures permettant aux employeurs de convertir unilatéralement des contrats de travail à temps

⁹⁵ CGB, avis 2011-79-80-81 du 19 mai 2011 (référence à utiliser pour la recherche sur <http://cgb.nl>).

plein en contrat de travail en rotation et à temps partiel. «L'emploi en rotation» est une modification des conditions d'emploi instaurant un «emploi à plein temps pendant un nombre réduit de jours par semaine, de semaines par mois ou de mois par an ou une combinaison de ces formules». Cette nouvelle forme d'emploi a fortement augmenté depuis 2010 et elle enfreint la directive 2006/54/CE parce qu'elle est imposée de façon disproportionnée aux femmes. Il est signalé qu'en **Lituanie** les femmes enceintes subissent également des pressions de la part des employeurs en vue d'accepter de travailler à d'autres conditions (moins favorables). En **Hongrie** aussi, les femmes sont plus fréquemment visées par les licenciements lors de réductions d'effectifs car on estime qu'elles seront moins aptes à satisfaire à la charge de travail accrue escomptée après la réorganisation.⁹⁶ En **Lettonie**, la crise économique s'est traduite par le plafonnement temporaire des indemnités versées par la sécurité sociale.

Plusieurs experts font référence aux diverses tactiques de pression utilisées par les employeurs pour forcer des travailleuses enceintes ou de nouvelles mères à la démission (**Roumanie, Espagne et Lituanie** entre autres). On évoque des pratiques de harcèlement moral (*mobbing*) en **Espagne**, pays dont l'experte précise qu'une étude réalisée en 2012 et intitulée «*Mobbing maternal*» (harcèlement durant la grossesse)⁹⁷ révèle que 90 % des femmes enceintes sont victimes de harcèlement sur le lieu de travail durant leur grossesse, et que 25 % sont licenciées ou poussées au départ volontaire. De solides éléments probants attestent en outre que des femmes enceintes ou des mères sont contraintes de quitter leur emploi dans le secteur privé **grec**.

Une pratique particulièrement préoccupante est observée par ailleurs en **Italie**, en **Croatie** et en **Grèce**, et l'a été antérieurement au **Portugal**: pour être embauchées, les femmes sont invitées à signer une lettre de démission non datée que l'employeur utilise pour obliger la travailleuse à démissionner en cas de besoin (si la travailleuse tombe enceinte par exemple, même s'il ne s'agit assurément pas de l'unique raison de faire appel à ces «démissions en blanc»). Cette pratique est le plus souvent difficile à prouver car les femmes craignent les répercussions négatives qu'un recours pourrait engendrer; elles se contentent donc de faire part de leur plainte à des ONG ou aux médias. L'**Italie** fait peut-être exception à cet égard puisqu'on y signale quelques affaires portant sur la démission en blanc de mères au travail. La question y a également fait l'objet récemment d'une enquête de la part du quotidien national *La Repubblica*, qui affirme que deux millions de femmes environ sont touchées par cette pratique. Le débat politique ainsi suscité a abouti à l'adoption par le parlement italien de la loi n° 92/2012 qui, intitulée «Réforme du marché du travail dans une perspective de croissance», renforce les règles interdisant l'usage des «démissions en blanc».

Bonne pratique:

Au **Portugal**, la pratique des démissions en blanc a été éradiquée par l'obligation légale de faire signer les résiliations de contrats de travail devant une autorité publique; si tel n'est pas le cas, le travailleur peut infirmer la démission dans un délai de sept jours à dater de sa signature.

La résiliation d'un contrat de travail durant la période d'essai pour cause de grossesse est considérée comme constitutive d'une discrimination directe en **Autriche**, mais pas en **France**, où s'applique cependant l'interdiction générale de discrimination fondée sur la grossesse.

Une nouvelle législation introduite en **Hongrie** suscite de vives préoccupations dans la mesure où elle atténue considérablement les sanctions légales pour licenciement abusif de façon générale. La protection contre le licenciement fondé sur la grossesse/maternité reste relativement efficace, mais elle diminue au terme de la période de congé non rémunéré, à savoir au troisième anniversaire de l'enfant.

⁹⁶ <http://www.egyenlobanasmod.hu/jogesetek/hu/95-2011.pdf>, consulté le 30 octobre 2012.

⁹⁷ <http://www.comfia.net/fraternidad/html/10256.html>, consulté le 30 juillet 2012.

Bonne pratique:

Au **Portugal**, le licenciement d'une travailleuse enceinte ou revenant de congé de maternité doit être soumis à l'approbation préalable de l'inspection du travail – une procédure qui devrait limiter la discrimination à l'égard des femmes enceintes et des travailleuses en congé de maternité.

3.4.1. Femmes occupant des postes à responsabilité

Les femmes hautement qualifiées et les femmes occupant des postes à responsabilité ne sont pas exemptes de discrimination fondée sur la grossesse et la maternité. En réalité, ces droits sont fortement mis en péril en **Hongrie** par suite de la récente suppression de la protection légale contre, entre autres, le licenciement fondé sur la grossesse et la maternité des «membres du personnel d'encadrement», désignation dont la définition est très large puisqu'elle englobe des salariés subalternes; elle prive ainsi toute une série de travailleurs (y compris des femmes enceintes) d'une protection juridique adéquate – une situation probablement contraire au prononcé incident de la Cour dans l'affaire *Danosa*.⁹⁸ La Cour avait considéré en l'espèce que les membres d'un comité de direction sont des travailleurs s'ils prestent des services pour l'entreprise et qu'ils font partie intégrante de celle-ci, et avait clairement établi que même si un membre d'un comité de direction n'a pas la qualité de «travailleuse enceinte» au sens de la directive 92/85, sa révocation fondée sur la grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe contraire à la directive de refonte. Les membres d'un comité de direction de société ne sont cependant pas toujours considérés comme des travailleurs et ne bénéficient donc pas, dès lors, d'une protection contre la discrimination fondée sur la grossesse et la maternité (**Pays-Bas** et **Estonie** notamment).

La législation hongroise prévoit en outre que l'employeur et le travailleur sont habilités à négocier le statut du second, autrement dit de décider s'il s'agit d'un membre du personnel ou d'un membre du personnel d'encadrement aux fins de l'application de la législation du travail. Il en découle qu'il est possible de déroger aux normes minimales fixées par le droit de l'UE en matière de protection de la grossesse et de la maternité, ce qui constitue une violation de celui-ci.

Une autre situation (bien connue mais non documentée par la jurisprudence) pourrait bien aller elle aussi à l'encontre de l'arrêt *Danosa*: elle est signalée en **Belgique** où il est mis fin à un nombre important de collaborations, dans le cadre de cabinets d'avocats et de partenariats avec des indépendants en particulier, à la suite d'une grossesse. Étant donné que la profession d'avocat n'est pas considérée comme un emploi avec lien de subordination, l'interdiction de «licenciement» n'est pas considérée comme étant d'application. Aucune jeune avocate «invitée», après avoir pris un congé de maternité, à quitter le cabinet où elle travaillait n'a cependant tenté d'obtenir réparation en justice.

3.4.2. Emploi à durée déterminée et formes précaires d'emploi

La Cour de justice a dit pour droit que le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée d'une travailleuse enceinte constitue une discrimination directe.⁹⁹ Cette pratique reste néanmoins répandue dans de nombreux pays (parmi lesquels le **Luxembourg**, la **Grèce**, les **Pays-Bas**, l'**Allemagne**, l'**Autriche** et la **Croatie**). En **Italie**, il est fréquent que les personnes occupées dans le cadre de contrats à durée déterminée, qui travaillent dans le cadre d'un projet ou qui occupent d'autres types de fonctions temporaires n'exercent pas leurs droits en matière de grossesse et de maternité par crainte que leur contrat ne soit pas prolongé. Tel est tout particulièrement le cas des jeunes travailleurs, qui sont également des parents potentiels. La crise économique semble accroître la peur de rétorsions et, par conséquent, la forte réticence à exercer les droits individuels (**Grèce** notamment).

⁹⁸ Affaire C-232/09 *Dita Danosa c. LKB Līzings SIA*, Recueil 2010, p. I- 11405; voir plus haut l'analyse faite à la section **Définition de travailleuse et de travailleuse enceinte**.

⁹⁹ Affaires C-109/00 *Tele Danmark A/S c. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, agissant en qualité de mandataire de M^{me} Marianne Brandt-Nielsen, Recueil 2001, p. I-2785 et C-438/99 *Maria Luisa Jiménez Melgarc.c. Ayuntamiento de Los Barrios*, Recueil 2001, p. I-6915.

Le service public n'échappe pas à ces pratiques, comme le relève le médiateur **chypriote**, qui condamne la pratique institutionnalisée de non-prolongation des contrats à durée déterminée.¹⁰⁰ Il s'agit d'une discrimination directe et illégale fondée sur le sexe, interdite à la fois par le droit interne et le droit de l'UE. Les choses sont rendues plus difficiles encore par l'absence générale de données statistiques ou d'autres éléments probants tels que des cas de jurisprudence.¹⁰¹

Bonne pratique:

En **Belgique**, la non-prolongation d'un contrat à durée déterminée par suite d'un congé de maternité est désormais considérée par les tribunaux comme constitutive d'une discrimination directe¹⁰² pour autant que la salariée puisse fournir un commencement de preuve.¹⁰³

Au **Portugal**, le refus d'un employeur de prolonger un contrat à durée déterminée d'une femme enceinte ou d'une femme en congé de maternité peut être signalé à la Commission pour l'égalité dans le travail et l'emploi (CITE), laquelle est habilitée à évaluer ce type de situation.

En **Autriche**, un contrat à durée déterminée est automatiquement prolongé par la loi jusqu'au début de la période de protection de la maternité lorsque la travailleuse concernée tombe enceinte.

3.5. Le droit de ne pas faire l'objet de discrimination durant la grossesse et le congé de maternité

L'article 2, paragraphe 2, de la directive de refonte interdit toute discrimination fondée sur la grossesse et la maternité. La Cour a confirmé dans diverses affaires que les femmes en congé de maternité conservent leurs droits liés à l'emploi.¹⁰⁴

3.5.1. Promotions

Certaines femmes sont visées par une forme subtile de discrimination liée à leur grossesse ou leur rôle de garde et de soins, qui affecte leurs perspectives de promotion et de carrière. En **Allemagne**, par exemple, la loi permet aux employeurs de refuser de prendre en compte des périodes de congé parental pour l'octroi de hausses salariales. Le motif invoqué pour cette discrimination indirecte est le fait que des parents qui prennent un congé parental manquent d'expérience professionnelle (voir également la **Croatie**). En **Roumanie**, par exemple, il est très rare que des salariées obtiennent une promotion durant leur grossesse. De fait, il est généralement admis que les employeurs n'envisagent pas de donner une promotion à une femme enceinte, et il est supposé en outre que les intéressées elles-mêmes ne voudraient pas devoir gérer un changement de fonction durant leur grossesse. La grande difficulté réside, ici également, dans la capacité de la travailleuse de prouver la discrimination.

3.5.2. Congé annuel et congé de maternité

Malgré l'arrêt *Gomez*,¹⁰⁵ dans lequel la Cour de justice dit pour droit qu'une travailleuse doit pouvoir bénéficier de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité, de nombreuses enseignantes – en **France**, aux **Pays-Bas** et à **Malte** notamment – rencontrent encore des difficultés lorsque leur congé de maternité chevauche les vacances scolaires (et les vacances d'été en particulier).

En **Espagne**, la loi ne reconnaît pas le droit du salarié/de la salariée de prendre des congés annuels à d'autres dates que celles fixées par le calendrier de l'entreprise lorsque la période de

¹⁰⁰ Rapport annuel de 2006 du Médiateur (Organisme chypriote pour l'égalité), www.ombudsman.gov.cy, consulté le 30 octobre 2012.

¹⁰¹ Voir aussi le point 3.12 ci-après.

¹⁰² Voir l'arrêt du 28 avril 2003 du tribunal du travail de Namur, *Chroniques de droit social*, 2004, p.100 avec commentaires de J. Jacquemain.

¹⁰³ Voir l'arrêt du 14 septembre 2006 du tribunal du travail de Nivelles, *Chroniques de droit social*, 2008, p. 31.

¹⁰⁴ Voir plus haut à la section **Licenciement et autre traitement défavorable durant un congé de maternité ou parental**.

¹⁰⁵ Voir plus haut à la section **Congé annuel et congé de maternité**.

congé coïncide avec un congé parental de longue durée: il s'agit d'une violation de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Land Tirol*,¹⁰⁶ lequel dit pour droit qu'un travailleur/une travailleuse en congé parental peut conserver le congé annuel acquis et le reporter aux années suivantes lorsqu'il/elle reprend le travail.

3.5.3. Retour de congé de maternité

En vertu de l'article 15 de la directive de refonte, «une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence». Il semble toutefois que cette obligation n'ait pas toujours été transposée de manière explicite par les États membres, surtout lorsque le congé de maternité en question s'étend sur une longue période.

Certains États membres n'ont pas transposé cette disposition du tout. En droit **belge** par exemple, une salariée transférée à un poste inférieur durant ou après son congé ne peut réclamer d'être réaffectée dans ses fonctions antérieures. Le seul recours possible est la contestation du transfert en tant que licenciement implicite fondé sur la maternité, ou l'invocation d'une discrimination fondée sur le genre avec réclamation d'une injonction visant à y mettre fin, mais cette approche n'a encore jamais été mise à l'épreuve dans la pratique judiciaire.¹⁰⁷ De même, il n'existe pas aux **Pays-Bas** de droit exprès de retrouver le même emploi ou un emploi similaire au retour d'un congé de grossesse ou de maternité. On peut faire valoir néanmoins que ce droit est garanti par celui de ne pas faire l'objet d'un traitement défavorable en termes de conditions de travail, voire d'un licenciement, *en raison* d'une grossesse, d'un accouchement ou d'une maternité.

Des experts signalent que, même lorsque les États membres ont mis la disposition en œuvre, de nombreux problèmes continuent dans la pratique d'en entraver l'efficacité (**Lituanie** et **Croatie** entre autres). Ainsi en **Pologne**, par exemple, même si, dans les faits, la plupart des femmes retrouvent leur emploi ou un emploi équivalent, elles sont préjudiciées dans la mesure où on ne leur propose pas de promotion ni de formation parce qu'elles sont en congé de maternité ou parental.

Bonne pratique:

En **France**, les cours et tribunaux contrôlent strictement le droit de retrouver le même emploi en exigeant par exemple que l'employeur assure une formation adéquate à la salariée pour qu'elle puisse effectivement occuper à nouveau son emploi ou un emploi de même niveau.¹⁰⁸

3.6. Pauses pour allaitement

Le droit de l'UE ne prévoit pas de droit à des pauses pour allaitement.¹⁰⁹ La directive 92/85/CEE prévoit néanmoins le droit pour les travailleuses allaitantes de bénéficier de mesures renforcées en matière de santé et de sécurité. Ainsi en vertu de son article 6, paragraphe 2, dispose-t-il que les travailleuses allaitantes ne peuvent en aucun cas être tenues d'accomplir des activités susceptibles de les exposer à des produits dangereux ou dans des conditions de travail mettant leur santé ou leur sécurité en péril.¹¹⁰ Les mères allaitantes ne peuvent en outre être tenues de poursuivre un travail de nuit. Les travailleuses qui allaitent ne peuvent par ailleurs faire l'objet d'une discrimination fondée sur ce motif en vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la directive de refonte.

¹⁰⁶ Affaire C-486/08 *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*, Recueil 2010, p. I-3527.

¹⁰⁷ Hormis par la greffière d'un magistrat instructeur ayant fait l'objet d'une réaffectation lorsqu'elle a pris un congé de maternité. Le *Raad van State* (Conseil d'État) a toutefois rejeté sa demande d'annulation pour des raisons d'ordre strictement technique: arrêt *Coppens* n°218.060 du 16 février, disponible sur www.raadvst-consetat.be, consulté le 17 juillet 2012.

¹⁰⁸ Cassation sociale, 11 mars 2009, n° 07-41821.

¹⁰⁹ Voir à l'annexe III ci-après un tableau relatif aux droits en matière de pause pour allaitement, par pays.

¹¹⁰ La liste des agents, procédés et conditions de travail figure à l'annexe I de la directive 92/85.

De surcroît, l'Organisation mondiale de la santé recommande l'allaitement maternel exclusif pour les nourrissons jusqu'à l'âge de six mois et, avec l'apport d'aliments complémentaires appropriés, la poursuite de l'allaitement jusqu'à l'âge de deux ans ou au-delà.¹¹¹ Cette recommandation peut s'avérer quelque peu problématique dans la mesure où elle présente une certaine incompatibilité avec la participation des femmes au marché du travail. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'Organisation internationale du travail (OIT) a étayé cette recommandation en matière de santé en instituant un droit international à des temps de pause pour allaitement dans sa convention n° 3 sur la protection de la maternité (1919), qui oblige les États membres à accorder aux mères allaitantes deux repos d'une demi-heure par jour pendant leur temps de travail. Des conventions ultérieures – n° 103 de 1952 et 183 de 2000 – disposent que le nombre et la durée des pauses d'allaitement sont déterminés par la législation et la pratique nationales pour autant qu'une pause au moins soit prévue. La convention n° 183 introduit également la possibilité de convertir les pauses quotidiennes en réduction journalière de la durée de travail.

Dans l'UE, les pauses pour allaitement sont une forme de congé/absence du travail qui existe dans la quasi-totalité des pays ayant contribué au présent rapport (à l'exception du **Royaume-Uni** notamment) et vont d'une pause de 30 minutes à une absence du travail de trois heures par jour (**Turquie**). Au **Liechtenstein**, la durée n'est pas fixe: les travailleuses allaitantes peuvent prendre le temps qu'elles jugent nécessaires pour allaiter leur enfant. Le temps de pause pour allaitement peut prendre la forme de quelques heures par jour ou être cumulé pour raccourcir effectivement la journée de travail. Ce temps est rémunéré dans certains cas (**Lituanie** par exemple) mais il est non rémunéré dans d'autres (**France** notamment).

Il s'agit d'un droit *de facto* lié au bien-être de l'enfant. C'est la raison pour laquelle dans de nombreux pays, lorsque l'enfant est nourri au biberon, les pères peuvent également l'exercer (**Portugal, Hongrie et Lettonie** entre autres). Dans un cas au moins (**Espagne**), le droit du père est subordonné au statut de salarié des deux parents, ce qui a été jugé incompatible avec le principe d'égalité consacré par le droit de l'UE.¹¹² Dans d'autres pays, ce droit reste exclusivement réservé aux femmes (**France, Chypre et Estonie** par exemple). En **Grèce**, une réduction du temps de travail est accordée (alternativement) aux mères et aux pères de nourrissons et d'enfants en bas âge sans réduction salariale et indépendamment de l'allaitement.

Bien que la discrimination fondée sur l'allaitement soit en principe automatiquement interdite en tant que discrimination directe (ou indirecte selon les circonstances) fondée sur le sexe, plusieurs pays ont adopté une protection juridique portant expressément sur cette forme de discrimination.

Au **Luxembourg**, une récente étude a montré que seul un faible pourcentage de femmes exercent leur droit à une réduction du temps de travail pour allaitement.¹¹³ Les raisons de ce constat restent peu claires, mais le gouvernement a décidé d'entamer une campagne publique sur ce thème dans le but d'encourager les femmes à exercer ce droit.

3.7. Travailleurs exerçant une activité indépendante

La directive 2010/41/UE,¹¹⁴ relative aux travailleurs indépendants, qui remplace la directive 86/613/CEE,¹¹⁵ devait être mise en œuvre par les États membres au 5 août 2012. Sa transposition a déjà été effectuée ou est en cours (**Chypre, Royaume-Uni**) dans de nombreux États membres, mais le

¹¹¹ Organisation mondiale de la santé (OMS) 2001. *Résolution WHA54.2 du 18 mai 2001: la nutrition chez le nourrisson et le jeune enfant*, disponible sur http://www.who.int/nutrition/topics/WHA54.2_itycn_fr.pdf, consulté le 15 octobre 2012.

¹¹² Affaire C-104/09 *Roca-Álvarez c. Sesa Start España ETT SA*, Recueil 2010, p. I-8661.

¹¹³ <http://www.ms.public.lu/fr/actualites/2011/09/07-alba/rapport-ALBA-2008-definitif.pdf>, consulté le 4 octobre 2012.

¹¹⁴ Directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil.

¹¹⁵ Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, JO L 359 du 19.12.1986, p. 56.

processus n'est pas encore entamé dans d'autres (**Grèce, Italie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Portugal et Roumanie** notamment). Selon l'experte nationale, l'impact de la législation européenne a été minime en **Italie** car le code pour l'égalité des chances assure dans ce domaine une protection plus poussée.

Le principal problème posé par la directive sur les travailleurs indépendants ne réside pas tant dans sa mise en œuvre que dans sa contradiction intrinsèque en termes d'exigences légales. En effet, il n'y a pas d'employeur auquel appliquer les obligations parce que les travailleurs exercent, par définition, une activité indépendante. L'**Islande** offre une illustration par excellence de ce point puisqu'une femme enceinte indépendante ne peut bénéficier de versements de la caisse des congés de maternité/paternité lorsqu'elle est dans l'incapacité d'effectuer son travail pour des raisons de sécurité et de santé, et ce par suite d'une interprétation très stricte de la directive 92/85: celle-ci fait état de la responsabilité de «l'employeur» et, exerçant une activité pour leur propre compte, les travailleurs indépendants n'ont, par définition, pas d'employeur, et n'ont donc pas droit aux prestations. En **Italie**, en revanche, les femmes indépendantes enceintes et nouvelles mères peuvent automatiquement bénéficier des droits aux congés et avantages financiers qu'elles décident ou non de prendre congé.

Les réglementations nationales présentent toutefois certaines lacunes: les travailleurs indépendants n'ont pas toujours droit au congé parental (**Chypre, Pays-Bas, Royaume-Uni et Pologne** entre autres); n'ont pas toujours droit au congé d'adoption et de paternité (**Royaume-Uni** notamment); et peuvent ne pas avoir droit à des pauses pour allaitement (**Chypre** par exemple).

Il convient de noter que tous les travailleurs indépendants ne sont pas considérés comme appartenant à une même catégorie. On observe notamment un traitement assez différencié entre les exploitants agricoles et les dirigeants de petites et moyennes entreprises dans le secteur industriel ou des services. Tel est le cas en **Pologne** où, depuis décembre 2010, toutes les dispositions de l'UE en matière d'égalité de traitement ainsi que l'accès aux prestations liées à la maternité s'appliquent à la quasi-totalité des travailleurs exerçant une activité indépendante, à l'exception des agriculteurs et de leurs partenaires, qui relèvent d'un régime différent et moins favorable. De son côté, la loi **espagnole** sur les travailleurs indépendants ne fait aucune référence aux couples non mariés. La partenaire célibataire doit donc être enregistrée en tant que salariée pour pouvoir bénéficier des droits liés à la maternité accordés aux salariées par le système général de sécurité sociale.

Bonne pratique:

En ce qui concerne les professions libérales, certaines organisations professionnelles appliquent à l'ensemble de la profession les droits liés à la grossesse, la maternité et la paternité applicables aux salariés. Tel est notamment le cas de l'ordre des avocats en **France**, qui a négocié au sein de la profession le droit pour ses membres de prendre la même période de congé de maternité ou de paternité que les salariés.

En **Belgique**, le congé de maternité des travailleuses exerçant une activité indépendante comprend une période de congé obligatoire de trois semaines qui peut être uniquement prise immédiatement avant ou après la naissance de l'enfant et une période complémentaire de 5 à 6 semaines facultatives qui peuvent être prises de manière flexible sur une période de 21 semaines à partir de la fin de la période de congé post-natal obligatoire. Les travailleuses indépendantes ont droit en outre à des titres-services leur permettant d'occuper une personne au chômage pour effectuer un certain nombre de tâches ménagères.

L'experte **finlandaise** attire l'attention sur le fait que l'existence d'une prestation liée à un congé familial doit être complétée d'un système de services de remplacement durant les congés de maternité et de paternité et autres congés familiaux. Ce système existe déjà pour les exploitants agricoles parents d'un enfant malade et durant la période pendant laquelle des prestations de maternité, de paternité et parentales sont versées.

3.8. Le rôle des pères

L'analyse ci-dessus montre que, sur le plan formel du moins, un arsenal très satisfaisant de droits légaux est mis à la disposition des femmes enceintes et des nouvelles mères en Europe. Il n'en va assurément pas de même des droits accordés aux pères, que ce soit au niveau national ou européen – ce domaine n'ayant effectivement pas connu, en dépit de l'existence de nombreux instruments non contraignants,¹¹⁶ la même évolution que celui des droits liés à la grossesse et la maternité.¹¹⁷ Il apparaît pourtant de plus en plus clairement que «les situations d'un travailleur masculin et d'un travailleur féminin, respectivement père et mère d'un enfant en bas âge, sont comparables au regard de la nécessité dans laquelle ceux-ci peuvent se trouver (...) de s'occuper de cet enfant».¹¹⁸ L'implication des pères est un élément important du processus d'instauration de l'égalité en termes de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, qui contribue également à lutter contre une conception stéréotypée des rôles de l'homme et de la femme sur le marché de l'emploi.¹¹⁹ Enfin, la participation à l'éducation de l'enfant au quotidien aide également les pères à créer et renforcer leur lien avec lui, et les incite sans doute davantage à s'en occuper ultérieurement. Les dispositions pertinentes portent le débat sur les pères et l'égalité au-delà du domaine de l'emploi pour le rattacher à d'autres domaines du droit, et à celui du droit familial en particulier. Ce lien est expressément formulé en **Islande** où le droit d'un parent au congé de maternité/paternité est subordonné au fait que le parent ait la garde ou la garde conjointe de l'enfant.¹²⁰

Deux mesures permettent principalement aux pères de participer à l'éducation de leur(s) enfant(s): le congé de paternité et le congé parental. Le premier consiste habituellement en une courte période expressément accordée aux pères au moment de la naissance de leur enfant. En **Belgique**, le congé de paternité inclut également le transfert du solde du congé de maternité, mais uniquement si la mère est décédée ou dans l'incapacité, en raison d'une hospitalisation par exemple, de s'occuper de l'enfant.

Le congé parental est une période plus longue mise à la disposition des deux parents. On observe de surcroît que les pères font de plus en plus souvent usage du droit à des pauses pour allaitement – un droit qui peut être considéré comme une forme de congé parental.¹²¹

3.8.1. Congé de paternité

Le congé de paternité a été récemment reconnu au niveau de l'UE dans le cadre de la directive modifiée sur l'égalité de traitement¹²² et de la directive de refonte.¹²³

¹¹⁶ Voir par exemple la recommandation du Conseil de 1992 concernant la garde des enfants, qui encourage un partage égal des responsabilités familiales entre les hommes et les femmes. La résolution du Conseil du 29 juin 2000 relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale fait écho à cette implication des hommes dans la garde et les soins en stipulant que la participation équilibrée des femmes et des hommes tant au marché du travail que dans la vie familiale constitue un élément indispensable au développement de la société, et que la maternité, la paternité ainsi que les droits des enfants sont des valeurs sociales éminentes qui doivent être sauvegardées par la société, par les États membres et par la Communauté européenne.

¹¹⁷ Voir l'analyse au point 3.8.1. ci-après.

¹¹⁸ Affaire C-104/09 *Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA*, Recueil 2010, p. I-08661, point 24.

¹¹⁹ Conclusions de la présidence, 23-24 mars 2006, 777751/1/06 REV 1. Voir également les conclusions du Conseil sur le Pacte européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (2011-2020) (2011/C 155/02). Voir aussi Commission européenne, Note d'analyse *Men and Gender Equality tackling Gender-Segregated Family Roles and Social Care Jobs*, mars 2010.

¹²⁰ Voir à l'annexe III ci-après les tableaux relatifs à la durée du congé de maternité et à sa répartition éventuelle entre la mère et le père, par pays.

¹²¹ Voir l'analyse au point 3.6. ci-dessus.

¹²² L'article 2, paragraphe 7, de la directive 2002/73/CE, JO L 269 du 5.10.2002, p. 15, dispose qu'elle «est aussi dans préjudice de la faculté dont disposent les États membres de reconnaître des droits distincts au congé de paternité et/ou d'adoption».

¹²³ L'article 16 de la directive de refonte dispose qu'elle «est aussi sans préjudice de la faculté dont disposent les États membres de reconnaître des droits distincts au congé de paternité et/ou d'adoption. Les États membres qui reconnaissent de tels droits prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs et travailleuses du licenciement résultant de l'exercice de ces droits et pour veiller à ce que, à l'issue de ce congé, ils aient le droit de

La prise de position de l'UE dans ce domaine reflète celle des États membres, ce qui explique son avancée limitée en termes d'octroi de droits européens spécifiques en matière de paternité.¹²⁴ En dépit de certaines variations, on peut dire que le congé de paternité fait l'objet, de façon générale, d'une formulation extrêmement minimaliste. Sa durée habituelle va de 2 (**Pays-Bas** entre autres) à 14 jours (**Pologne** notamment) avec quelques exceptions prévoyant le droit à une période plus longue (18 jours ouvrables, à savoir du lundi au samedi, en **Finlande** et un mois en **Lituanie**) en rapport avec/au moment de la naissance de l'enfant. En **Pologne**, le droit au congé de paternité s'éteint si le père ne l'exerce pas avant le premier anniversaire de l'enfant. Il y a des exceptions notoires, en l'occurrence le **Lichtenstein**, l'**Allemagne** et l'**Irlande**, où n'existe aucun droit statutaire lié à la paternité. En **Allemagne**, toutefois, les fonctionnaires peuvent demander une journée de congé spécial. Le congé de paternité n'est pas intégralement payé. Lorsqu'il est rémunéré, le taux de rémunération varie entre le versement intégral ou partiel du salaire habituel et un taux forfaitaire, comme c'est le cas au **Royaume-Uni**. La rémunération du congé de paternité est généralement allouée en vertu d'un droit légal, mais il arrive qu'elle relève de conventions collectives.

La finalité du congé de paternité diffère selon les États membres: en **Finlande**, il est principalement utilisé par les pères pour apprendre à connaître le nouveau-né et pour aider la mère, et non comme une manière pour les pères de s'occuper de l'enfant. En **Roumanie**, l'accent est mis davantage sur le bien-être de l'enfant et l'octroi du congé est subordonné à la participation du père à un cours de soins aux nourrissons. En **Slovaquie**, le congé de paternité est associé à des préoccupations en matière de santé et de sécurité: l'employeur est tenu d'autoriser une absence du travail pendant le temps nécessaire à transporter la mère vers un établissement médical, et retour. Le droit à ce congé n'est cependant pas lié au fait d'être marié, mais au fait d'être parent. Bien que ce droit soit souvent largement exercé, on voit mal comment il pourrait générer à lui seul un changement pourtant indispensable. Quelques jours à l'occasion de la naissance de l'enfant ne suffisent pas à remédier au déséquilibre entre hommes et femmes en termes de responsabilités familiales. La mesure susceptible de répondre à ce défi est le congé parental envisagé à l'intention des deux parents – ce qui fait l'objet au niveau de l'UE de la directive sur le congé parental.¹²⁵

3.8.2. Congé parental

Si le congé parental est prévu par la législation de tous les États membres couverts par la présente analyse, le droit de l'exercer a été mis en œuvre de manières très diverses. On trouve, à un bout de l'échelle, les pays scandinaves qui ont opté pour une forme de légère contrainte (le quota du père). En **Suède**, par exemple, deux mois du congé parental alloué pour chaque enfant sont réservés au père et ne sont donc pas transférables. On observe de façon générale que les pères prennent ces deux mois, et que les mères prennent la quasi-totalité du solde des jours de congé parental – ce qui s'explique habituellement par des raisons d'ordre économique. Dans le même esprit, la **Norvège** a fixé un quota de 12 semaines pour les pères, entré en vigueur au 1^{er} juillet 2011. Il s'agit de pays qui ont une éthique de l'égalité fermement ancrée et qui ont adopté des droits spécifiques pour les pères depuis un certain temps déjà. Le congé parental a été, dans d'autres pays, instauré de façon très minimaliste. Tel est notamment le cas du **Royaume-Uni**, où la réglementation interne ne se fonde pas sur les normes minimales exigées par le législateur européen – une situation qu'atténue quelque peu toutefois le fait qu'une partie de la période extrêmement longue de congé de «maternité» peut être transférée au père.¹²⁶ Dans certains cas aussi, le droit au congé parental a été

retrouver leur emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne leur soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle ils auraient eu droit durant leur absence». **Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)**, JO L 204 du 26.7.2006, p. 23.

¹²⁴ Voir E Caracciolo Di Torella «Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as care givers in an evolving European Union», *European Law Journal*, (2013, à paraître).

¹²⁵ Voir plus haut à la section **La directive sur le congé parental**.

¹²⁶ *Roodway v South Central Trains Ltd*, Court of Appeal [2005] IRLR 583.

élaboré de manière inutilement complexe, de sorte que la manière de l'exercer est déroutante pour les parents (**Belgique, Autriche**).

À l'autre bout de l'échelle, aucun congé parental n'est prévu et la législation nationale interne ne respecte pas le droit de l'UE (c'est notamment le cas de la **Turquie**, où les pères peuvent toutefois recourir à d'autres formes de congé).

En **Italie**, il est très inhabituel de voir, dans les faits, des pères prendre un congé parental. Aussi, en vue de les encourager dans ce sens, la durée du congé alloué par enfant est-elle passée de dix à onze mois si le père fait usage de trois mois au moins – mais la situation ne s'est guère modifiée pour autant. Proposant une alternative au congé parental, la récente loi n° 92/2012 a introduit un système de bons donnant droit à des services de baby-sitting: ils peuvent être obtenus pendant onze mois à partir de la fin du congé de maternité obligatoire et leur montant dépend du revenu familial. Ceci dit, ces bons sont uniquement mis à la disposition des mères – pas des pères! – ce qui va non seulement à l'encontre des principes d'égalité mais qui envoie un message très clair quant au rôle de la paternité.

Enfin, alors que la Cour de justice a considéré par deux fois, dans *Kiiski*¹²⁷ et dans *Busch*,¹²⁸ qu'une femme en congé parental peut interrompre ce congé si elle est enceinte et veut reprendre le travail pour bénéficier de meilleures conditions d'emploi, la législation **autrichienne** interdit ce retour anticipé. En **Allemagne**, les salariées ne peuvent mettre fin à leur congé parental en faveur d'un congé de maternité assorti de meilleures conditions (même si plusieurs juridictions ont considéré que cette réglementation était incompatible avec le droit de l'UE), mais elles peuvent retourner au travail sauf pendant les six semaines qui précèdent l'accouchement, lesquelles constituent une période de «congé de maternité» obligatoire en vertu du droit interne allemand. La législation **croate** est peu claire en ce qui concerne les droits des femmes en la matière.

Bonnes pratiques

En **Italie**, dans le but d'atténuer les effets négatifs du congé parental sur l'organisation ou l'entreprise, l'employeur est autorisé d'embaucher un travailleur sous contrat à durée déterminée prenant cours un mois avant le début du congé parental (ou davantage si la convention collective le prévoit) de manière à ce que le salarié/la salariée prenant le congé puisse former son remplaçant ou sa remplaçante. Dans le cas d'une petite entreprise (occupant moins de 20 personnes) une réduction de 50 % des cotisations est prévue pour le recrutement de personnes remplaçant des salariés en congé parental.

En **Suède**, un «bonus pour l'égalité entre les sexes» a été introduit en 2008 pour remédier aux inégalités inhérentes à l'application du régime de congé parental. Il s'agit d'une forme de crédit d'impôt en faveur du parent qui a utilisé la plupart des jours alloués au titre de congé parental – le but étant d'offrir la possibilité d'une répartition plus équilibrée des prestations parentales entre les deux parents, en termes économiques, et de resserrer le lien de l'enfant avec ses deux parents. À ce jour toutefois, les effets de cette réforme sont restés limités.¹²⁹

Au **Royaume-Uni**, le gouvernement de coalition devrait annoncer sous peu que les parents pourront, à partir d'octobre 2015, partager le congé de maternité/paternité et les allocations de maternité/paternité de sorte que la mère pourra reprendre le travail plus tôt qu'à l'heure actuelle: cette reprise pourrait intervenir après deux semaines à peine. Suite aux recommandations formulées dans le projet de loi sur les enfants et la famille attendu en 2013, les termes «congé de maternité» et «congé de paternité» seront remplacés par l'expression *congé parental flexible*: les mères

¹²⁷ Affaire C-116/06 *Sari Kiiski c. Tampereen Kaupunki*, Recueil 2007, p. I-7643.

¹²⁸ Affaire C-320/01 *Wiebke Busch c. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, Recueil 2003, p. I-2041.

¹²⁹ Caisse nationale d'assurance, *Jämställdhetsbonusen – en effektutvärdering*, Rapport 2010, p. 5.

continueront de bénéficier des mêmes droits qu'aujourd'hui mais la nouveauté résidera dans la possibilité pour elles de les partager (selon la préférence du couple).¹³⁰

Il ressort des éléments probants présentés par les experts que le faible pourcentage de pères exerçant leur droit au congé parental s'explique, d'une part, par le fait que le dit congé est souvent non rémunéré et d'autre part, par les perceptions culturelles/stéréotypes sociaux fermement ancrés quant aux tâches de garde et de soins et/ou quant à la répartition des rôles au sein de la famille. De façon générale, le fait même que l'homme reste encore, dans l'ensemble des États membres couverts par la présente analyse, le principal soutien de la plupart des familles implique qu'il est moins désavantageux pour une famille de perdre une partie de la rémunération de la mère. Par ailleurs, les stéréotypes sociaux sont plus marqués dans certains États membres (**Grèce, Hongrie, Italie et Estonie** notamment) que dans d'autres.

Bonne pratique

En **Lituanie**, le congé parental est accordé à la personne qui s'occupe effectivement de l'enfant (autrement dit également à des grands-parents ou autres membres de la famille) jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de trois ans. Les salariés éligibles peuvent prendre le congé à tour de rôle.

En conclusion, les droits des pères restent assez peu développés et un cadre législatif solide serait nécessaire pour les promouvoir. Il conviendrait de compléter ce cadre de droits pécuniaires afin de le rendre praticable.

3.8.3. Droits des parents adoptifs

Le droit au congé d'adoption est généralement aligné sur celui du congé de grossesse et de maternité. De subtiles différences peuvent néanmoins exister. Ainsi au **Royaume-Uni**, par exemple, les salariés qui exercent leur droit au congé d'adoption, de paternité ou parental sont protégés contre le préjudice y afférent et le licenciement, mais cette protection leur est assurée par la loi de 1996 sur les droits en matière d'emploi et non par la loi de 2010 sur l'égalité, ce qui implique le plafonnement statutaire de l'indemnisation.¹³¹

3.9. Directive sur les biens et services

La directive sur les biens et services est entrée en vigueur en décembre 2004¹³² avec pour objectif spécifique d'étendre le principe de l'égalité des genres au-delà du domaine du marché intérieur. Les États membres ont disposé de trois ans pour la transposer. Alors qu'elle a pris ses effets depuis près de dix ans, son impact reste extrêmement difficile à mesurer.

Un rapport de 2009 faisait d'ores et déjà état de l'incidence relativement limitée de cette directive¹³³ et ce constat conserve toute son actualité. À quelques exceptions près (**Islande et Lettonie** notamment), la directive sur les biens et services a été mise en œuvre dans les États membres couverts par la présente étude et cette transposition a parfois été au-delà des instructions du législateur européen en incluant également les médias et la publicité (**Espagne et Croatie** par exemple). De nombreux États membres s'attachent actuellement à intégrer le récent arrêt de la Cour

¹³⁰ Voir http://www.publicservice.co.uk/news_story.asp?id=21122, consulté le 30 octobre 2012.

¹³¹ Actuellement fixé à 90 000 EUR (72 300 GBP).

¹³² Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373 du 21.12.2004, p. 37.

¹³³ *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113*, Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres, 2009, et en particulier l'*Executive Summary* d'A. McColgan, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/index_en.htm#h2-9, consulté le 14 novembre 2012.

de justice dans l'affaire *Test-Achats*,¹³⁴ dans lequel la Cour dit pour droit que l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113 autorisant une différence de traitement entre hommes et femmes sur la base de données actuarielles et statistiques lors du calcul des primes d'assurance, est invalide avec effet au 21 décembre 2012.¹³⁵

Plusieurs législations nationales ne font aucune référence spécifique à la grossesse et la maternité en tant que forme de discrimination fondée sur le sexe dans le domaine des biens et services (tel est notamment le cas du **Portugal** et de la **Lituanie**), ce qui rend les pratiques discriminatoires moins visibles et, partant, plus difficiles à éradiquer.

De manière générale, les experts rapportent qu'il y a peu de débat sur cette question au niveau politique/législatif («pas la moindre attention» dans le cas de la **Belgique** et «aucun débat» en ce qui concerne l'**Italie**, la **Lituanie** et l'**Autriche**).

Cette absence de débat ne signifie pas pour autant une absence de problèmes, les plus répandus étant les suivants:

Les assurances (et l'assurance médicale privée en particulier)

Dans plusieurs États membres, les femmes enceintes et les femmes souffrant d'une maladie liée à la grossesse ou la maternité éprouvent, dans les faits, davantage de difficulté à adhérer à un régime privé d'assurance-maladie ou d'assurance-soins. Certaines assurances-maladie privées exigent également l'échéance d'un délai de carence avant de commencer à couvrir les risques de perte de revenu liés à la grossesse et la maternité (**Allemagne** entre autres).

En **Espagne**, par exemple, des compagnies d'assurance médicale soumettent leurs futurs clients à un questionnaire en vue d'exclure toute pathologie existante. Les facteurs d'exclusion les plus fréquents figurant dans les polices d'assurance médicale sont les maladies chroniques et les soins liés à la maternité pour les femmes déjà enceintes au moment de souscrire l'assurance. Une autre pratique courante consiste à exiger des délais de carence de 3 à 10 mois en ce qui concerne les soins liés à la grossesse et la maternité (soins prénataux et accouchement). Certaines de ces assurances offrent aux femmes enceintes la possibilité de payer un supplément de prime ou un montant forfaitaire.

Aux **Pays-Bas**, l'organisme national pour l'égalité de traitement a été saisi de deux affaires qui ont révélé que des compagnies d'assurance avaient refusé les prestations liées à la grossesse et au congé de maternité à des femmes exerçant une activité indépendante parce qu'elles ne satisfaisaient pas au critère du délai de carence de deux ans. Plusieurs autres affaires dans lesquelles des compagnies d'assurance avaient refusé de verser les prestations de congé de maternité ou de rembourser des pilules contraceptives ont été classées pour motifs techniques, mais elles n'en soulignent pas moins l'existence de pratiques discriminatoires de la part des compagnies d'assurance vis-à-vis de la grossesse et de la maternité.

Bonne pratique

Dans de nombreux États membres, les tests cliniques liés à la grossesse sont exemptés de frais et, en **Italie**, cette exemption s'étend aux pères lorsque les tests concernent la santé de l'enfant à naître.

Autres aspects liés à la fourniture de biens et services

D'autres aspects ont été relevés par les experts. L'une des plaintes les plus fréquentes concerne les *pratiques des compagnies aériennes* imposant des conditions aux femmes enceintes. De façon générale, ces dernières ne peuvent voyager par avion, après une période déterminée de 28 semaines environ, qu'à condition d'être en possession d'un certificat médical affirmant qu'elles sont «aptées à voler»; et elles sont totalement interdites d'embarquement quelques semaines plus tard. Le nombre

¹³⁴ Affaire C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e.a. c. Conseil des ministres (Test-Achats)*, arrêt du 1^{er} mars 2011.

¹³⁵ C. Tobler, commentaire de jurisprudence «Case C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e.a. v. Conseil des ministres (Test-Achats)*», *Common Market Law Review*, vol.48, n° 6, 2011, p. 2041-2060.

de semaines «ouvrant droit» aux voyages en avion varie en fonction de la compagnie aérienne, mais aussi très fortement d'un État membre à l'autre. Si les compagnies aériennes justifient souvent cette pratique en invoquant des motifs de santé et de sécurité, aucune étude concluante ne semble toutefois étayer cette politique et le seul but des compagnies aériennes serait apparemment d'éviter le problème que poserait un accouchement accidentel en plein vol. Cette pratique est signalée par tous les experts et il est permis de douter de sa légitimité en vertu de la directive sur les biens et services, même si elle n'a fait l'objet d'aucune contestation juridique.

Un autre aspect particulier a été évoqué par plusieurs rapports: il s'agit de *l'accouchement à domicile*. En **Hongrie**, un décret ministériel sur l'accouchement à domicile en exclut les femmes de certaines tranches d'âge. En **Lituanie**, c'est le manque manifeste d'information qui est mis en évidence. En **Pologne**, bien que les femmes aient le droit d'accoucher à domicile, cette pratique n'est guère fréquente car la sécurité sociale refuse de payer pour ces accouchements. En **République tchèque**, une femme qui voulait accoucher à domicile mais ne se sentait pas en sécurité a saisi la Cour constitutionnelle¹³⁶ en faisant valoir que le droit interne et les autorités publiques décourageaient les femmes de faire ce choix. La Cour s'est déclarée incompétente pour examiner cette question, mais a reconnu l'existence d'un problème. Dans plusieurs pays, même si, théoriquement du moins, les femmes bénéficient d'une assez grande liberté de choix en ce qui concerne, par exemple, l'accouchement à domicile et le suivi des soins par une petite équipe de sages-femmes, cette option reste souvent plus théorique que pratique en raison d'une forte pénurie de sages-femmes (**Allemagne** et **Royaume-Uni** entre autres).

Enfin, l'experte **italienne** souligne que l'amélioration des *structures de garde d'enfants*, et notamment de l'école maternelle, faciliterait la situation des parents salariés, et des femmes en particulier. La récente mise à disposition d'un système de bons donnant droit à des services de baby-sitting alloués aux mères (et non aux pères) pendant onze mois à partir de la fin du congé de maternité obligatoire en tant qu'alternative au congé parental est une tentative timide dans ce sens. L'approche est cependant discriminatoire en raison de la préférence accordée à la mère.

Un constat particulièrement inquiétant est une pratique courante observée en **Hongrie**, en l'occurrence l'interdiction pour les mères d'entrer dans des magasins avec un landau car celui-ci pourrait servir à des vols à l'étalage.¹³⁷ On relève en outre des cas de discrimination probablement non intentionnelle, mais *de facto*, lorsque l'accès à des restaurants/magasins est entravé (**Liechtenstein** par exemple) par manque d'infrastructure adéquate.

C'est sans doute parce que ces problèmes ne sont pas perçus comme juridiques au sens strict que la jurisprudence en la matière est très peu abondante. Les **Pays-Bas** sont l'un des seuls États membres couverts par la présente analyse où la commission pour l'égalité de traitement (CGB) a été saisie de cas de discrimination à l'égard de femmes enceintes concernant des biens et services (six affaires au total entre 1994 et 2012).

3.10. Accès à l'information

Il est indispensable de conférer davantage de visibilité aux droits et de les faire mieux connaître des citoyens. Dans bon nombre d'États membres couverts par le présent rapport, la responsabilité de l'accès à l'information sur les droits liés à la grossesse/maternité/paternité et parentalité incombe à un organisme public désigné à cet effet qui y consacre le plus souvent un site Web (**Suède**, **Norvège**, **Luxembourg** et **Italie** par exemple). Dans d'autres (tels le **Portugal**, la **Pologne**, la **Grèce** et la **République tchèque**), en revanche, le gouvernement ne semble avoir mis en place aucun mode particulier de diffusion de ce type d'information.

¹³⁶ Voir la contribution de la République tchèque, section 2.3.

¹³⁷ <http://www.egyenlobanasmod.hu/jogesetek/en/642-2010-en.pdf>, consulté le 15 novembre 2012.

Bonne pratique

En **Italie**, le code de l'égalité des chances exige des entreprises occupant plus de 100 personnes qu'elles fassent rapport tous les deux ans sur la situation de leurs travailleurs (masculins et féminins) en ce qui concerne notamment les procédures de recrutement, la formation professionnelle, les possibilités de carrière, la rémunération, le licenciement et la retraite. Ces rapports sont soumis aux représentants syndicaux de l'entreprise et aux conseillers régionaux en matière d'égalité. Ils peuvent être utilisés en tant que sources de données quantitatives/statistiques, ainsi que pour le renversement de la charge de la preuve.

Il existe, parallèlement aux sites Web dédiés, d'autres moyens d'assurer cette diffusion. C'est ainsi notamment que le réseau *Internet* s'est avéré une source précieuse d'information, que plusieurs États membres (parmi lesquels le **Luxembourg**) vont même jusqu'à fournir en version multilingue. En **Autriche**, des ONG et des associations de migrants, de même que les chambres du travail, offrent ce type de service. De nombreux experts attirent cependant l'attention sur le fait que beaucoup de personnes, et certaines catégories de femmes en particulier, ne peuvent accéder à l'information sur Internet, bien que cette situation soit sans doute appelée à s'améliorer.

Les mass *médias* (télévision, radio, presse écrite) jouent apparemment un rôle très important dans la sensibilisation du public à l'égard des droits.

D'autres sources d'information peuvent également influencer l'accès aux droits: on constate notamment que des *recherches universitaires* et des *rapports professionnels* jouent un rôle important de sensibilisation à cet égard. Dans certains États membres (parmi lesquels la **Roumanie**), en effet, l'absence de reportages et d'articles dans les médias, de recherches académiques et de rapports professionnels consacrés à la question des droits liés à la grossesse/maternité et à la paternité a pour conséquence que les intéressés se privent de leurs droits parce qu'ils ne les connaissent pas.

Bonne pratique

Les campagnes médiatiques de sensibilisation ne contribuent pas seulement à faire mieux connaître leurs droits aux citoyens: elles les incitent également à en réclamer l'application. En **France**, suite à la campagne menée par la HALDE (organisme en charge de l'égalité à l'époque), le nombre de recours invoquant une discrimination fondée sur la grossesse a augmenté de 50 % entre 2008 et 2010. Après que la HALDE ait été remplacée par une autre institution (le Défenseur des droits), moins présente dans les médias, le nombre de plaintes basées sur la grossesse et la maternité a connu une baisse générale.

En **Islande**, les femmes enceintes reçoivent les informations utiles dans le cadre des soins prénataux (auxquels elles ont droit gratuitement à condition d'être en séjour légal dans le pays depuis six mois). Cette approche est particulièrement importante pour les femmes susceptibles d'être désavantagées du fait qu'elles appartiennent à une minorité ethnique ou parce qu'elles ne comprennent pas la langue. Les femmes enceintes sont également informées par leurs syndicats, sur les lieux de travail d'une certaine envergure, etc.

Bien que la grande majorité des États membres semblent s'être dotés, sous une forme ou une autre, d'un organisme spécialisé, le niveau de sensibilisation peut varier. Ainsi selon l'experte suédoise, par exemple, tous les **résidents suédois** ayant droit aux prestations parentales devraient être assez bien informés à ce sujet. Tel n'est pas le cas, par contre, dans d'autres États membres – une situation qui pourrait être liée au niveau d'instruction des femmes (**ARY de Macédoine** et **Grèce**). Il en résulte que des groupes spécifiques, telle la minorité ethnique rom en **Hongrie** et les minorités rom et albanaise dans l'**ARY de Macédoine**, sont davantage exposés au risque d'une sous-information.

Dans certains États membres (parmi lesquels la **Norvège**), des études sont réalisées pour suivre la sensibilisation à l'égard des droits liés à la grossesse, la maternité et la paternité. Dans d'autres pays en revanche, tels que l'**Italie** et la **Lituanie**, aucune étude n'est menée sur ce thème et l'on ne dispose par conséquent d'aucun élément factuel.

3.11. Implication d'autres parties

Si le législateur national et le pouvoir judiciaire participent, de toute évidence, à la mise en œuvre et à l'application des droits liés à la grossesse et la maternité, un large éventail d'autres parties telles que les partenaires sociaux et des ONG peuvent intervenir, elles aussi, dans ce domaine.

De façon générale, les syndicats participent activement dans la plupart des États membres à la fourniture d'informations concernant les droits liés à la grossesse et aux droits connexes, et agissent pour les défendre; on relève néanmoins quelques exceptions notables (parmi lesquelles la **Turquie** et, dans une certaine mesure, **Chypre**, où les conventions collectives sont des accords à l'amiable).

Certains organismes professionnels se sont montrés très dynamiques en termes de campagnes de sensibilisation. C'est ainsi notamment que ce type de campagnes menées par des organismes pour l'égalité de traitement et des rapports sur la jurisprudence publiés dans les médias ont donné lieu à des évolutions positives dans certaines professions avec le soutien de leurs associations. En **France**, un rapport paru dans *Profession Avocat Le Magazine*¹³⁸ et mettant en évidence la discrimination rencontrée par les avocates lorsqu'elles sont enceintes ou demandent une certaine flexibilité après avoir accouché, a été à l'origine d'une réforme de la profession et à l'instauration d'un régime de congé de maternité. De même, une étude consacrée aux postes académiques¹³⁹ et révélant que, selon la date de leur accouchement, les enseignantes-chercheuses étaient tenues de compenser leurs «heures perdues» en prestant des heures d'enseignement supplémentaires à leur retour au travail, a engendré certaines réformes dans les universités.

Des entreprises commerciales ont par ailleurs fait la promotion de bonnes pratiques dans la perspective des droits liés à la grossesse, la maternité, la paternité et la parentalité, y compris des aménagements du travail adaptés – les entreprises ayant sans aucun doute tout à gagner de conserver leur personnel et de lui offrir les moyens de concilier vie professionnelle et vie familiale. En **Espagne** notamment, l'experte fournit une série d'exemples d'entreprises privées ayant instauré des mesures allant au-delà de leurs obligations légales en matière de facilitation d'un équilibre entre travail et vie personnelle. Dans le même sens, à **Chypre**, l'Autorité des télécommunications de Chypre a adopté toute une série de mesures favorables aux familles telles que des horaires flexibles, voire personnalisés dans certaines circonstances.

Enfin, les organismes nationaux en charge de l'égalité ont une image généralement positive auprès des experts, qui soulignent les nombreux avantages de ce type d'institution. Le Médiateur **chypriote**, particulièrement actif, a un rôle et des pouvoirs quasi-judiciaires puisqu'il/elle est habilité(e) à sanctionner d'une amende les parties reconnues coupables de non-respect de leurs obligations en matière d'égalité et qu'il/elle dispose de pouvoirs d'enquête considérables. En **Croatie**, le Médiateur recourt largement aux médias pour diffuser l'information auprès du public. En **Grèce**, le rôle du Médiateur est également important, surtout dans le contexte de la crise économique, et les avis de la Commission nationale hellénique pour les droits de l'homme (CNHHDH) ont donné lieu à des améliorations législatives.

En **Italie**, les conseillers en matière d'égalité jouent un rôle important dans ce domaine en procédant à des études indépendantes, en publiant des rapports indépendants, en formulant des recommandations sur l'application du droit de l'égalité des genres et en représentant les victimes de discrimination.

En **Roumanie**, le démantèlement de l'organisme national en charge des questions d'égalité (qui n'est toujours pas remplacé) s'est avéré préjudiciable aux femmes, sans compter que l'absence d'un tel organisme est considérée comme une lacune dans la transposition du droit de l'UE en matière d'égalité hommes-femmes. En **Turquie**, aucun organisme pour l'égalité n'a encore été mis en place, mais des efforts sont déployés dans ce sens. En **Hongrie**, des lois sont actuellement élaborées par le gouvernement au pouvoir sans véritable participation de quelque partie prenante que ce soit.

¹³⁸ Rapport publié par le barreau de Paris en novembre 2009.

¹³⁹ O. Bui-Xuan «Le congé maternité des enseignantes-chercheuses», *Droit et Société* 2011/1.

Bonne pratique:

En **France**, les employeurs sont légalement tenus depuis 2001 de négocier avec les syndicats au niveau de l'entreprise en vue de définir des objectifs en matière d'égalité professionnelle hommes-femmes et d'élaborer les mesures à mettre en œuvre pour les réaliser. Depuis 2011, le contenu de l'accord collectif est également fixé par le législateur avec de lourdes sanctions si cette obligation n'est pas remplie. Ces mesures ont amélioré la qualité des accords conclus, y compris en ce qui concerne les droits liés à la grossesse et la maternité.¹⁴⁰

3.12. Application et efficacité

Il ressort des éléments fournis par les experts que la situation est loin d'être homogène. De façon générale, un bon niveau de connaissance des droits se traduit par leur application plus effective. La **Suède** et la **Finlande** en sont l'illustration par excellence puisqu'une large sensibilisation à l'égard des droits donne lieu à une jurisprudence abondante, émanant à la fois de la juridiction du travail et du médiateur en charge de l'égalité concernant ce type de discrimination. À l'inverse, selon les experts, une faible connaissance des droits, ainsi que des règles de procédure de l'UE concernant notamment l'habilitation d'organisations d'ester en justice ou la charge de la preuve, réduit le contentieux (**Grèce**¹⁴¹ et **Croatie** par exemple). La connaissance des droits doit exister à la fois du côté du salarié et du côté de l'employeur.

La connaissance des droits n'est cependant pas – et de loin – le seul critère de leur bonne application et de leur réelle efficacité. Les travailleurs, et les jeunes en particulier qui sont aussi des parents potentiels, tendent à s'abstenir d'exercer leurs droits liés à la grossesse et la maternité par crainte des répercussions éventuelles: tel est surtout le cas de ceux qui prestent sous contrat à durée déterminée, qui travaillent dans le cadre d'un projet ou qui occupent d'autres types de fonctions temporaires parce qu'ils craignent que leur contrat ne sera pas prolongé. La crise économique exacerbe cette situation qui prive *de facto* les intéressés de l'option d'exercer leurs droits (**Italie** et **Grèce** notamment).

Des experts ont avancé une série de raisons expliquant la réticence à saisir la justice: elle peut provenir du fait que les personnes concernées vivent dans de très petits pays et courent le risque d'être identifiées (**Liechtenstein**, **Luxembourg** et **Malte**) ou du fait qu'elles aient conscience de la difficulté d'obtenir concrètement réparation (**Lettonie** par exemple). De nombreuses travailleuses craignent d'être victimes de rétorsions ou d'être traitées de «fauteuses de trouble» en période de crise économique (**Grèce**, **Pays-Bas**, **Italie** et **Croatie** entre autres).¹⁴² Les travailleurs de la fonction publique sembleraient moins hésiter à déposer plainte que ceux du secteur privé (**Irlande** notamment). Dans d'autres cas, le problème réside dans le niveau élevé des frais de procédure combiné au manque d'assistance juridique (**Norvège**, **Finlande** et **Croatie** par exemple) ou de toute autre aide sous la forme de conseils (**Lituanie**). Les personnes concernées optent pour d'autres moyens (moins onéreux) d'obtenir réparation et se tournent par exemple vers le médiateur en charge de l'égalité hommes-femmes ou la commission d'appel pour l'égalité des genres et la lutte contre la discrimination (**Croatie** notamment). Ni le médiateur ni la commission d'appel ne sont toutefois habilités à allouer des dommages-intérêts ou à imposer d'autres sanctions efficaces.

D'autres raisons relevées par les experts pour expliquer l'efficacité limitée de la législation sont liées à la complexité de celle-ci (**Grèce**), à la durée des procédures (**Grèce**, **Turquie**, **Irlande** et **Allemagne** par exemple), à une jurisprudence peu abondante et à son manque de transparence du fait que les affaires ne sont pas publiées (**Liechtenstein**, **Croatie**), à une méconnaissance générale de la part des salariés et des employeurs des droits relatifs à la grossesse et la maternité (**Pays-Bas**,

¹⁴⁰ Ministère du travail, *La négociation collective en 2010*, Bilan et Rapport 2011, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/114000388/0000.pdf>, consulté le 12 juillet 2012.

¹⁴¹ Voir les commentaires de la CNHDH à propos du projet de loi transposant la directive 2006/54 et la lettre au ministre du Travail et de la sécurité sociale en date du 31 octobre 2010, <http://www.nchr.gr>, consulté le 25 juillet 2012.

¹⁴² Voir les commentaires de la CNHDH à propos du projet de loi transposant la directive 2006/54 et la lettre au ministre du Travail et de la sécurité sociale en date du 31 octobre 2010, <http://www.nchr.gr>, consulté le 25 juillet 2012.

Lituanie et **Croatie** entre autres) et, de façon générale, à la difficulté de prouver la discrimination (**Allemagne** notamment). Dans certains cas, tels que la **Grèce**, les instances administratives chargées de traiter les plaintes ont reconnu une pénurie de moyens humains et matériels. Dans plusieurs États membres, le niveau d'indemnisation en cas de discrimination fondée sur le sexe et de discrimination fondée sur la grossesse et la maternité est – contrairement à l'acquis communautaire et à l'arrêt *Marshall* en particulier – limité et n'a donc aucun effet dissuasif (**Turquie**, **Belgique** et **République tchèque** entre autres). Enfin, dans un certain nombre de pays, le contentieux en rapport avec la grossesse et la maternité reste tout simplement très rare (**Hongrie** et **Lituanie** notamment).

La transposition et l'application correctes des règles de procédure de l'UE sont extrêmement importantes car elles visent à renforcer la protection judiciaire. Elles peuvent inciter les victimes de discrimination à introduire un recours auprès des cours et tribunaux et des organismes pour l'égalité, et assurer leur protection contre toute incidence négative subséquente.

4. Conclusions

Le présent rapport s'intéresse à la protection des droits liés à la grossesse et la maternité au niveau de l'UE ainsi que dans ses États membres, dans les pays de l'EEE et dans les pays en voie d'adhésion. La plupart de ces droits figurent à l'agenda européen depuis vingt ans au moins. D'une part et de façon générale, un ensemble de droits statutaires pertinents sont désormais en place au niveau national: tel est clairement le cas en ce qui concerne les droits liés à la grossesse et la maternité, même s'il arrive que les pères ne soient pas expressément inclus. Dans bon nombre de cas, la législation de l'UE a donné lieu à la mise en place d'un cadre juridique plus sophistiqué dans les États membres. Le présent rapport examine la situation dans ces États membres et s'efforce de mettre leurs bonnes pratiques en évidence. D'autre part, en revanche et en dépit des droits et bonnes pratiques en vigueur, la discrimination persiste dans la pratique. Le rapport cherche à découvrir les raisons qui sous-tendent cet état de fait.

Rien dans ce rapport ne conduit clairement à penser que la discrimination à l'égard des femmes est due à l'*existence* de droits (autrement dit que les femmes sont victimes de discrimination parce que les droits représentent une charge trop lourde pour l'employeur): il est probable que des raisons plus complexes la sous-tendent.

Tout d'abord, la connaissance des droits pertinents est très faible dans plusieurs États membres (parmi lesquels la **Grèce** et l'**Espagne**); dans d'autres, les personnes concernées préfèrent ne pas intenter d'action car elles craignent des répercussions négatives (**Italie** et **Pays-Bas** notamment) ou ne souhaitent pas que leur cas soit divulgué (**Luxembourg**). Il arrive aussi que les frais de procédure soient tout simplement trop élevés (**Finlande** par exemple). Certains experts indiquent qu'une facilitation de l'accès à la justice (actions collectives, notamment) serait bénéfique (**Finlande** et **Turquie** entre autres).

Il existe également des raisons plus complexes dans la mesure où elles ne sont pas juridiques au sens strict et où il s'avère dès lors plus difficile de les évaluer pleinement et de les éradiquer à l'aide d'instruments exclusivement législatifs. L'une de ces raisons est le fait qu'en dépit d'une remise en question croissante des rôles traditionnels,¹⁴³ l'homme en tant que soutien de famille reste un concept fermement ancré dans certaines politiques et agendas législatifs nationaux. Les notions traditionnelles et les idéologies culturelles restent largement répandues: dans bon nombre de pays (parmi lesquels **Chypre**, l'**Allemagne** et la **Croatie**), il est courant de considérer les femmes comme pleinement responsables de leurs enfants au quotidien. Mais tel est également le cas dans des pays où le principe de l'égalité hommes-femmes est bien établi. En **Suède** par exemple, où la participation des femmes au marché de l'emploi est largement admise, les jeunes femmes font l'objet, selon le médiateur pour l'égalité, d'une discrimination systématique dans la vie professionnelle en raison notamment de conceptions stéréotypées quant à la grossesse et au congé de maternité/parental. Il

¹⁴³ Voir notamment C. Crompton, S. Lewis & C. Lyonette (Éd.) *Women, Men, Work and Family in Europe* Basingstoke, Palgrave MacMillan 2007.

est entendu qu'un certain nombre de mesures destinées à compléter les droits existants contribueraient à remédier à cette situation. En **Norvège**, des hommes exerçant leur droit au congé ont été victimes d'une discrimination du même type que celle vécue par des femmes qui prennent un congé parental.

Plusieurs experts ont également insisté sur le fait que la pénurie de services pertinents – garderies et écoles maternelles notamment – accentue la stricte division des rôles au sein de la famille (**Italie**). La conjoncture économique actuelle est un autre facteur d'aggravation qui se manifeste de façon évidente dans certains États membres où les femmes ont été les premières victimes des difficultés économiques (**Grèce, Espagne, Portugal, Italie**). La pénurie de main-d'œuvre est envisagée en revanche par certains États membres comme une occasion de repenser la composition culturelle en tablant sur des politiques de longue haleine favorables à la famille (tel est le cas en **Allemagne**, qui connaît cependant certaines controverses à propos des prestations de garde d'enfants).

Enfin, le rapport met en évidence la nécessité de combler le fossé important qui existe entre la lettre de la loi et les pratiques discriminatoires. Il recense une série de pistes qui permettraient de lutter plus efficacement contre les discriminations. De nombreux experts nationaux font remarquer qu'il serait utile de compléter les droits individuels d'un contrôle rigoureux, systématique et intrusif donnant lieu à des sanctions efficaces lorsqu'une violation des droits à l'égalité est constatée. Les modalités techniques, et notamment le point de savoir qui peut assurer efficacement cette fonction de surveillance, continuent de poser problème à certains pays qui, par exemple, ne possèdent pas d'inspection du travail ou dont l'organisme pour l'égalité n'est pas doté de compétences/ressources financières suffisantes. Une action de sensibilisation à tous les niveaux de la société est une autre piste qui mériterait d'être explorée plus avant. Dans le même esprit, une intégration des droits liés à la grossesse et à la parentalité dans l'ensemble de la société (*mainstreaming*) devrait être envisagée selon une approche holistique. Le droit **norvégien** des sociétés peut être cité au titre d'exemple de bonne pratique en matière de prise en compte efficace des droits liés à la grossesse et des droits parentaux: il exige en effet des entreprises qu'elles fassent rapport sur les avancées à leur niveau en matière d'égalité hommes-femmes tout comme elles font rapport de leurs résultats financiers et environnementaux.

Dans la seconde partie du présent rapport, les experts nationaux fournissent des informations plus précises concernant l'évolution de leur droit interne ainsi qu'à propos des lacunes et problématiques éventuelles avec une attention particulière entre l'écart pouvant exister entre les droits statutaires et les pratiques courantes. Cet écart est très clairement mis en évidence au travers de l'évaluation du niveau de connaissance et d'efficacité des droits statutaires en question, mais aussi lors de l'analyse de l'incidence de facteurs plus complexes et non juridiques, tels que les attentes à l'égard des mères de jeunes enfants ou les stéréotypes liés au genre. Enfin, des problématiques extérieures parmi lesquelles la pénurie de services adéquats et la conjoncture économique sont sources de difficultés supplémentaires. La lutte contre la discrimination fondée sur la grossesse, la maternité et la parentalité requiert donc non seulement une législation adéquate, mais un complément de mesures à la fois au niveau national et européen.



Office des publications

DOI 10.2838/51410

ISBN 978-92-79-30904-5

