

Introduction

La législation dans les domaines du droit du travail, de la protection sociale et du droit de la famille est régulièrement modifiée, au gré des décisions de justice anticipatrices, des normes européennes qui s'imposent et des politiques nationales annoncées. Le droit des parents évolue donc vite, au nom du renforcement de la natalité, de l'égalité hommes/femmes, des droits de l'enfant, de la lutte contre la précarité...

L'objectif de cet ouvrage est, dans un premier temps, de faire le point sur tous les congés parentaux et indemnités existant actuellement, en mettant en évidence les droits des salariés, les formalités à accomplir auprès de l'employeur, ainsi que les droits et obligations de ces derniers lorsqu'un salarié leur annonce sa future parentalité. Les prestations sociales sont vues dans leur globalité et indépendamment du statut de salarié.

Dans un second temps, il s'agit de permettre à chacun de choisir, en fonction de sa propre situation, comment articuler la vie professionnelle et la vie familiale.

Enfin, il est nécessaire de rappeler le principe légal selon lequel la maternité et la paternité ne doivent pas avoir d'incidences sur les contrats de travail, tant à l'embauche que sur la carrière des intéressés ou au moment de la rupture du contrat. Certes, la loi n'est parfois pas bien appliquée parce qu'il est difficile de la connaître. Oui, elle est souvent non respectée, sans pour autant qu'il y ait de sanctions effectives. Mais la loi a le mérite d'exister et d'imposer aux mentalités un processus de changement, si lent soit-il.

Chapitre 1

Les différents congés parentaux

Introduction

Il existe divers congés consécutifs à la naissance d'un enfant, ou à son adoption, ou à la nécessaire présence d'un parent auprès d'un enfant malade ou handicapé. Ces suspensions du contrat de travail ont des durées très variables et surtout des régimes spécifiques et distincts en droit du travail mais aussi au regard de la protection sociale des intéressés. Par suspension du contrat de travail, on peut entendre « arrêts de travail » ou « absences » du salarié de l'entreprise ou « congés » : autorisations d'absence pour événements familiaux ou pour « enfant malade », congés de maternité, d'adoption, de paternité, congé parental d'éducation, congé de présence parentale, congé de solidarité familiale et congé de soutien familial.

Le salarié dont le contrat est ainsi « suspendu » continue à faire partie des effectifs de l'entreprise et conserve certains avantages de son statut de salarié, notamment l'ancienneté acquise avant le congé. Il reste soumis au pouvoir de direction et pouvoir disciplinaire de l'employeur, dans une certaine mesure. Son contrat n'est pas rompu. Mais n'étant pas dans l'entreprise, il n'exécute pas sa prestation de travail et ne perçoit donc pas, le plus souvent, de salaire.

Il s'agit dans ce premier chapitre de faire le tour de tous les aspects de chaque congé : conditions d'accès, formalités à accomplir, situation du salarié au cours de la suspension de son contrat, protection sociale et indemnisation, retour du salarié dans l'entreprise à l'issue du congé, possibilités de rompre le contrat de travail...

Les événements familiaux et les absences pour enfants malades

Existe-t-il des congés liés à l'arrivée de l'enfant en dehors des congés de maternité ou d'adoption ?

La loi prévoit des jours de congés à l'occasion de certains événements familiaux, dont l'arrivée d'un enfant. Ces absences ne doivent entraîner aucune réduction de rémunération. Elles sont assimilées à des jours de travail effectif pour la détermination de la durée des congés annuels payés¹. Depuis la loi «Travail» du 8 août 2016, ce sont les partenaires sociaux, dans le cadre de conventions et d'accords collectifs de travail, qui déterminent le nombre de jours accordés aux salariés pour chaque événement.

Tous les salariés, quelle que soit leur ancienneté, bénéficient donc sur justification et à l'occasion de certains événements familiaux, d'une autorisation d'absence exceptionnelle. Pour rappel, la loi fixe un nombre de jours minima tel que :

- 4 jours pour son mariage ou pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité ;
- 1 jour pour le mariage d'un enfant ;
- 3 jours pour chaque naissance survenue à son foyer ou pour l'arrivée d'un enfant placé en vue de son adoption ;
- 5 jours pour le décès d'un enfant ;
- 3 jours pour le décès du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du concubin, du père, de la mère, du beau-père, de la belle-mère, d'un frère ou d'une sœur ;
- 2 jours pour l'annonce de la survenue d'un handicap chez un enfant.

Les jours d'absence pour naissance ou arrivée d'un enfant adopté ne se cumulent pas avec les congés accordés pour ce même enfant dans le cadre du congé de maternité ou d'adoption. La mère en congé de maternité n'en bénéficie donc pas. Par contre, le père peut bénéficier de ces absences légales en plus de son congé de paternité. En cas d'adoption, c'est le parent qui ne prend pas de congé d'adoption qui prend une autorisation d'absence pour arrivée d'un enfant au foyer. La convention collective applicable dans l'entreprise peut prévoir des règles de cumul différentes de la loi.

¹. Article L. 3142-2 du Code du travail.

Une loi du 4 août 2014 a établi une égalité entre les partenaires de PACS et les couples mariés, quelle que soit leur orientation sexuelle.

Le jour d'autorisation d'absence accordé à l'occasion de l'événement familial n'est pas nécessairement pris le jour de l'événement le justifiant. L'article L. 3142-1 du Code du travail ne fixe pas dans le temps une date précise mais une période qui doit être raisonnable pendant laquelle le jour chômé rémunéré doit être accordé².



Un salarié dont la répartition hebdomadaire de travail dans la semaine se fait du lundi au vendredi peut, en cas de naissance de son enfant le samedi, prendre son congé le lundi suivant.

Il existe aussi des autorisations légales d'absence pour se rendre aux examens médicaux obligatoires dans le cadre de la surveillance de la grossesse. Ces autorisations d'absence sont étendues au conjoint salarié de la femme enceinte ou la personne salariée liée à elle par un PACS ou vivant maritalement avec elle, dans la limite de 3 examens³.

Qu'est-ce que le congé pour enfant malade ?

Tout salarié peut bénéficier d'une autorisation d'absence, en cas de maladie ou d'accident d'un enfant de moins de 16 ans. Aucune condition d'ancienneté n'est exigée.

Il s'agit de 3 jours par an, portés à 5, lorsque le salarié assume la charge d'au moins 3 enfants de moins de 16 ans, ou lorsque l'enfant malade est âgé de moins d'un an.

Ce sont des autorisations d'absence que l'employeur ne peut refuser ou sanctionner. Par contre, il n'a pas à les rémunérer, sauf dispositions plus favorables prévues par la convention collective.

Le salarié doit produire un certificat médical du médecin traitant, attestant de l'affection de l'enfant⁴. Une loi du 9 mai 2014 a également mis en place la possibilité pour un salarié, en accord avec l'employeur, de renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos non pris, qu'ils aient été affectés ou non sur un compte épargne temps, au bénéfice d'un autre salarié de l'entreprise qui assume la charge d'un enfant âgé de moins de vingt ans atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière

2. Cass. soc. 16 décembre 1998 - SCA Manufacture Française des Pneumatiques Michelin c/ Minchin.

3. Article L. 1225-16 du Code du travail modifié par une loi du 4 août 2014.

4. Article L. 1225-61 du Code du travail.

gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants. Les congés payés annuels ne peuvent être cédés que pour leur durée excédant 24 jours ouvrables. Le salarié bénéficiaire voit sa rémunération maintenue pendant sa période d'absence. Cette période d'absence est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté. Le salarié conserve le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début de sa période d'absence.

La convention collective peut-elle prévoir d'autres possibilités de congé ?

Il peut en effet être intéressant de chercher dans les accords collectifs applicables dans l'entreprise pour demander l'octroi d'un congé conventionnel qui, même sans rapport direct avec la maternité, paternité ou l'adoption, peut s'avérer plus souple qu'un congé ou une autorisation d'absence légale, notamment dans ses conditions d'accès.

Il est également opportun de rechercher dans la convention collective, lorsque l'intéressé ne remplit pas toutes les conditions pour bénéficier d'un congé légal.

La possibilité de prendre un congé sans solde, par exemple, peut être prévue par la convention collective applicable dans l'entreprise. La convention collective fixe alors :

- le cas échéant, le ou les motifs pouvant justifier l'octroi d'un congé ;
- les conditions d'ouverture du droit à congé : condition d'ancienneté notamment ;
- les modalités de réintégration du salarié dans l'entreprise au terme du congé ;
- le maintien partiel de certains avantages en nature ou l'absence de rémunération par l'employeur ;
- le maintien des droits acquis avant le congé, liés à l'ancienneté notamment, etc.

Dans ce cas, les dispositions conventionnelles s'imposent à l'employeur. Leur non-respect peut se résoudre en dommages-intérêts au profit du salarié, voire en rupture du contrat aux torts de l'employeur.

Le congé de maternité ou d'adoption

Quelles sont les conditions formelles pour prendre un congé de maternité ?

Dès lors qu'il est informé de la maternité de la salariée ou de la procédure d'adoption, l'employeur est tenu d'accorder le congé de maternité ou d'adoption. Outre la salariée enceinte, le père peut bénéficier d'un congé de maternité postnatal, en cas de décès de la mère.

La salariée qui souhaite suspendre son contrat de travail pour cause de maternité ou d'adoption doit donc informer son employeur du motif de son absence et des dates prévisibles de début et de fin du congé. Elle doit joindre à ce courrier un certificat médical attestant l'état de grossesse, la date présumée de l'accouchement et, le cas échéant, l'existence et la durée d'un état pathologique susceptible d'allonger la durée de la suspension du contrat de travail. Pour le congé d'adoption, une attestation délivrée par un organisme d'aide sociale ou d'adoption agréé doit être fournie⁵.

Ces formalités doivent être accomplies par lettre recommandée avec avis de réception. L'employeur est réputé informé au jour de l'expédition de la lettre recommandée⁶.

Le non-respect de ces formalités ne prive pas pour autant la salariée de la protection contre le licenciement applicable pendant le congé de maternité ou d'adoption. Le licenciement prononcé pour défaut de prévenance de l'employeur est sans cause réelle et sérieuse, dès lors que celui-ci ne peut ignorer l'état de grossesse de la salariée en raison, notamment, des imprimés de Sécurité sociale qu'il doit signer pour que la salariée puisse bénéficier des indemnités journalières⁷.

Que se passe-t-il en cas d'interruption de grossesse ?

L'assurance maternité prend en charge l'interruption de grossesse thérapeutique ou l'avortement spontané sous 2 conditions: la grossesse a été déclarée à l'organisme de Sécurité sociale compétent et à l'employeur; la durée de gestation est d'au moins 22 semaines d'aménorrhée ou le poids de l'enfant est d'au moins 500 grammes.

5. Articles L. 1225-42, R. 1125-1 et R. 1225-11 du Code du travail.

6. Articles R. 1225-2 et R. 1225-3 du Code du travail.

7. Cass. soc. 20 juin 1995 - Sté Sotranord Littoral c/Mme Leleu - Bull. civ. V, n° 202 - Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 - JO du 22 janvier modifiant l'article L. 1225-24 du Code du travail.

La personne peut alors bénéficier d'un congé de maternité, ouvrant droit aux indemnités journalières de l'assurance maternité. Le congé peut être pris en totalité ou en partie seulement. Dans ce second cas, il est d'au moins 8 semaines. Par contre, l'interruption de grossesse est prise en charge au titre de l'assurance maladie (et ne donne pas droit à congé de maternité) dans les hypothèses suivantes: en cas d'interruption volontaire de grossesse dans les 12 premières semaines de grossesse; en cas d'interruption de grossesse thérapeutique ou spontanée intervenue avant le délai de 22 semaines; en cas d'interruption de grossesse thérapeutique ou spontanée intervenue alors que le fœtus pesait moins de 500 grammes; en cas d'arrêt de travail d'une durée inférieure à 8 semaines⁸.

Quelle est la durée du congé d'adoption ?

Dans le cadre de l'adoption, le père ou la mère peut bénéficier du congé d'adoption, à la condition d'être désigné(e) comme tel(le) par l'organisme d'aide sociale ou d'adoption qui leur confie l'enfant.

Les salarié(e)s qui adoptent un enfant, ou plusieurs, dans le cadre des procédures légales, peuvent bénéficier d'un congé d'adoption pendant lequel leur contrat de travail est suspendu. La durée de ce congé dépend, le cas échéant, du nombre d'enfants vivant au foyer et du nombre d'enfants adoptés. Pendant leur congé d'adoption, les salarié(e)s bénéficient, sous réserve de remplir les conditions fixées par le Code de la Sécurité sociale, d'indemnités journalières versées par la Sécurité sociale.

La durée minimale du congé d'adoption est égale à 10 semaines, à compter de l'arrivée de l'enfant au foyer, que celui-ci soit français ou de nationalité étrangère (voir tableau des différentes durées de congé dans la rubrique « L'essentiel » en fin de chapitre). Le ou la salariée peut bénéficier d'une indemnisation par les organismes de Sécurité sociale pendant le congé d'adoption, à condition d'avoir véritablement cessé le travail. Ses droits sont appréciés à la date du début du congé d'adoption et non plus à la date de l'arrivée au foyer de l'enfant⁹.

Les parents peuvent-ils prendre simultanément un congé d'adoption pour un même enfant ?

Oui, les contrats de travail peuvent être dans les mêmes temps suspendus mais, jusqu'en 2002, les deux parents adoptifs ne pouvaient

8. Circulaire CNAMTS n° 99/2004 du 10 août 2004.

9. Article L. 1225-37 du Code du travail - Article R. 313-1 du Code de la Sécurité sociale modifié par décret n° 2001-1342 du 28 décembre 2001 - JO du 30 décembre.

pas bénéficier des indemnités journalières simultanément. En d'autres termes, l'un des deux conjoints devait renoncer à son droit pour permettre à l'autre d'en bénéficier, et la durée du congé d'adoption pouvait être répartie entre eux, successivement. Depuis août 2002, la CNAM admet le versement des indemnités journalières d'adoption aux deux parents simultanément, dès lors qu'ils ne dépassent pas à eux deux la durée maximale d'indemnisation¹⁰.

Le congé d'adoption et le congé de paternité peuvent-ils se cumuler ?

La suspension du contrat de travail pour adoption peut précéder de 7 jours calendaires, au plus, l'arrivée de l'enfant au foyer. L'adoption d'un enfant par un couple de parents salariés ouvre alors droit à 11 jours supplémentaires ou, en cas d'adoptions multiples, à 18 jours supplémentaires de congé d'adoption à la condition que la durée de celui-ci soit répartie entre les deux parents. En ce cas, la durée du congé ne peut être fractionnée en plus de deux périodes, dont la plus courte ne saurait être inférieure à 11 jours. Ces deux périodes peuvent être simultanées¹¹.

Peut-on renoncer totalement à son congé de maternité ?

Le Code du travail et le Code de la Sécurité sociale prévoient une durée identique d'arrêt de travail.

Il existe d'abord, dans le Code du travail, une interdiction légale d'emploi d'une femme enceinte et/ou venant d'accoucher pendant 8 semaines. Il est en effet strictement interdit d'employer une salariée pendant une durée minimale de 8 semaines réparties avant et après l'accouchement, dont 6 semaines postnatales¹².

L'employeur qui viole cette interdiction d'emploi peut être pénalement poursuivi. Il encourt une peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe, soit 1 500 € portée à 3 000 € en cas de récidive.

Le Code de la Sécurité sociale subordonne également le versement des indemnités journalières de l'assurance maternité à la cessation du travail pendant une période minimale de 8 semaines¹³.

La salariée ne peut donc pas non plus renoncer à ce congé minimal de 8 semaines, sauf à perdre le bénéfice des indemnités journalières.

10. Circulaire CNAM n° 119/2002 du 19 août 2002.

11. Article L. 1225-40 du Code du travail modifié par la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 - JO du 24 mars.

12. Article L. 1225-29 du Code du travail

13. Article L. 331-3 du Code de la Sécurité sociale.

Elle pourrait aussi être tenue pour responsable au titre de la faute inexcusable de la victime, si un accident de travail survenait. Un signalement pourrait être adressé au Procureur de la République pour mise en danger d'un enfant.

Quelles sont les durées du congé de maternité ?

Le congé de maternité est en principe d'une durée de 16 semaines dont 6 semaines avant l'accouchement et 10 semaines après la date de celui-ci, comprenant 8 semaines d'interdiction d'emploi, dont 6 postnatales¹⁴ (voir tableau récapitulatif dans la rubrique « L'essentiel » en fin de chapitre).

Une convention internationale sur la protection de la maternité a été adoptée le 15 juin 2000, dans le cadre de l'OIT. Elle allonge le congé de maternité de 12 à 14 semaines, avec maintien du congé postnatal obligatoire de 6 semaines, par rapport à la précédente convention signée en 1952. La législation française sur ce point n'a pas été modifiée dans la mesure où elle est déjà plus favorable que la convention de l'OIT, le congé de maternité étant de 16 semaines au minimum en France¹⁵.

Peut-on aménager ses dates de départ et de retour de congé de maternité ?

Les femmes enceintes bénéficient d'une souplesse dans les dates de départ et de retour du congé de maternité. Elles peuvent en effet retarder de 3 semaines au plus leur départ, afin de reporter d'autant le terme de leur congé.

En cas de naissances multiples, le congé peut débuter 12 semaines avant la date présumée de l'accouchement, voire 24 semaines avant si plus de 2 enfants sont attendus ; il se termine 22 semaines après l'accouchement. La période prénatale peut être allongée de 4 semaines, à condition de réduire proportionnellement la durée postnatale¹⁶.

Lorsque la salariée ou le ménage assume déjà au moins 2 enfants à charge : le congé peut commencer 8 semaines avant la date présumée de l'accouchement ; il se termine 18 semaines après la date effective d'accouchement. La période prénatale peut être allongée de 2 semaines et à condition de réduire d'autant la période postnatale.

14. Article L. 1225-17 du Code du travail - Article L. 331-3 du Code de la Sécurité sociale.

15. Réponse ministérielle n° 48051 - JOANQ du 6 novembre 2000, p. 6375.

16. Article L. 1225-18 du Code du travail - Article L. 331-4 du Code de la Sécurité sociale.

La notion d'enfants à charge désigne les enfants susceptibles d'ouvrir droit aux allocations familiales¹⁷.

Les dates de congé sont-elles modifiées en cas d'accouchement prématuré ou tardif ?

Quand l'accouchement a lieu avant la date présumée, la période de suspension du contrat de travail peut être prolongée jusqu'au terme des 16, 26, 34 ou 46 semaines de suspension du contrat auxquelles la salariée peut avoir droit¹⁸.

L'employeur n'a pas à avancer la date de reprise du travail. Lorsque l'accouchement est retardé, la période prénatale est de fait allongée d'autant. Mais la durée du congé postnatal, qui se calcule toujours à partir de la date présumée de l'accouchement, n'est pas modifiée.

Que se passe-t-il en cas de pathologie de la mère ou de l'enfant avant l'accouchement ?

Le congé prénatal peut également être allongé de 2 semaines au plus, lorsque la salariée présente un certificat médical attestant de l'existence d'un état pathologique. Dans cette hypothèse, la salariée est indemnisée au titre de l'assurance maternité. Par contre, les absences pathologiques intervenues 8 semaines avant la date présumée de l'accouchement (6 semaines de congé normal + 2 semaines pathologiques) sont en principe des absences pour maladie et sont donc indemnisées au titre de l'assurance maladie. Il est nécessaire que l'assurée justifie d'une incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail, constatée par un médecin ou une sage-femme. Le délai de carence prévu dans le cadre de l'indemnisation par la Sécurité sociale au titre de l'assurance maladie n'est appliqué qu'aux absences pathologiques prénatales et non aux absences postnatales.

Lorsque l'accouchement intervient plus de 6 semaines avant la date prévue et exige l'hospitalisation postnatale de l'enfant, le congé de maternité est prolongé du nombre de jours courant de la date effective de l'accouchement jusqu'à la date initialement prévue de début du congé de maternité¹⁹. Et le régime protecteur de la maternité s'étend à ce prolongement de congé.

17. Article L. 1225-19 du Code du travail - Articles L. 331-4 et L. 513-1 du Code de la Sécurité sociale.

18. Article L. 1225-20 du Code du travail - Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 - JO du 24 mars.

19. Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 - JO du 24 mars.

Lorsque la profession de la salariée enceinte comporte des travaux incompatibles avec son état de grossesse, des indemnités journalières peuvent être versées en cas d'arrêt de travail : soit au titre de l'assurance maternité, dans le cadre de prestations extralégales attribuées sous condition de ressources par la caisse d'assurance maladie, à partir au plus tôt de la 21^e semaine avant la date présumée de l'accouchement ; soit au titre de l'assurance maladie, à la condition que la salariée se trouve dans l'incapacité médicalement constatée de continuer à exercer sa profession, en raison de l'exposition à certains agents ou produits dangereux, et que l'employeur atteste ne pas pouvoir mettre en œuvre un changement de poste ou un aménagement des conditions de travail légalement recommandés²⁰.

Que se passe-t-il en cas de pathologie de la mère ou de l'enfant après l'accouchement ?

Le congé postnatal peut également être prolongé de 4 semaines pour état pathologique. Dans ce cas, des indemnités journalières sont versées par la Sécurité sociale au titre de l'assurance maladie, et non au titre de l'assurance maternité, sans délai de carence. L'absence de la salariée est alors de 14 semaines - 10 semaines de congé postnatal + 4 semaines de maladie.

La prolongation de l'absence pour maladie ne peut justifier le licenciement pour inaptitude de la salariée, en raison de la perturbation dans l'entreprise occasionnée par les absences de la salariée. En effet, la durée du congé de maternité ne peut être prise en compte dans le décompte des absences ayant perturbé le fonctionnement de l'entreprise²¹.

Lorsque l'enfant est hospitalisé jusqu'à l'expiration de la 6^e semaine après l'accouchement, la salariée peut reporter une partie de son congé postnatal à la date de fin de l'hospitalisation de l'enfant. L'indemnisation par la Sécurité sociale peut être reportée dans les mêmes conditions. En tout état de cause, la salariée ne peut reporter le délai de 6 semaines après l'accouchement correspondant à l'interdiction légale d'emploi²².



Dans l'hypothèse d'un congé de maternité d'une durée de 16 semaines (6 avant la naissance, 10 au-delà), la salariée peut reporter seulement 4 semaines sur les 10 qui lui sont accordées au titre du congé postnatal, en cas d'hospitalisation de l'enfant.

20. Article L. 1225-29 du Code du travail - Arrêté ministériel du 26 octobre 1995 - Circulaire DSS/4C/DRT/CT3 n° 99-72 du 8 février 1999 - BOMES n° 99-9 du 20 mars 1999.

21. Articles L. 331-5, R. 331-2 et R. 331-6 du Code de la Sécurité sociale.

22. Article L. 1225-22 du Code du travail - Article L. 331-5 du Code de la Sécurité sociale.