

La transposition de la Directive 92/85/CEE relative à la sécurité et à la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes (II)

Dans le précédent numéro de notre *Newsletter*, nous avons présenté les informations recueillies par le BTS sur la transposition de la directive concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleuses enceintes, allaitantes et ayant récemment accouché. Nous soulignons que cette directive était très insuffisante pour réaliser l'objectif d'une harmonisation dans le progrès des législations nationales. Au moment de l'adoption de la directive par le Conseil, l'Italie avait conditionné son vote favorable par un engagement d'améliorer la directive dans de brefs délais. Cet engagement fut repris sous une forme atténuée par l'article 14.6 de la directive suivant lequel la Commission procédera à un réexamen de la directive et présentera une éventuelle proposition de modification au plus tard en octobre 1997. D'après les informations disponibles, cet engagement ne sera pas respecté dans les délais prévus. Dans cette deuxième partie de l'article, nous terminons l'examen des transpositions nationales de la directive.

Les dispenses de travail

La directive prévoit que dans les cas où un aménagement du poste de travail ou un changement de poste ne sont pas techniquement et/ou objectivement possibles, la travailleuse concernée est dispensée de travail pendant toute la période nécessaire pour la protection de sa sécurité ou de sa santé. L'art. 11.1 de la directive prévoit le maintien d'une rémunération ou le bénéfice d'une prestation "adéquat" sans indiquer les critères de ce qui pourrait être considéré comme adéquat.

Dans la directive, la décision de dispense du travail relève implicitement de l'employeur dans la mesure où elle apparaît comme une des conclusions possibles de son évaluation des risques. Les modalités de recours contre cette décision (par exemple, si la travailleuse estime qu'un aménagement du poste de travail était possible) ne sont pas précisées dans la directive, mais l'article 12 a une portée générale. Il implique que les

travailleuses puissent faire valoir leur droit devant une instance compétente pour l'ensemble des dispositions de la directive.

La législation française ne prévoit pas explicitement la possibilité d'une dispense du travail pendant la grossesse. Cela donne lieu à des incertitudes importantes tant en ce qui concerne l'auteur de la décision (médecin du travail ou employeur), que les recours ouverts contre celle-ci. De plus, le maintien d'une rémunération ne pourrait être garanti qu'en assimilant la dispense à une autre situation couverte soit par la sécurité sociale (régime de l'assurance maladie, régime du risque maternité, régime du chômage partiel) soit par d'autres hypothèses (clauses de garanties de ressources dans des conventions collectives, théorie du contrat). De même, la législation espagnole ne contient aucune disposition relative à la dispense de travail.

Dans certains pays, la décision de l'écartement du poste de travail a été déléguée aux médecins du travail (Belgique), ou à l'inspection du travail, sur base d'un examen médical (Italie). Dans le cas de l'Italie, cette responsabilité de l'inspection du travail, prévue originellement par la Loi de 1971, suscite un certain nombre de difficultés depuis que les tâches de l'inspection en matière de santé et de sécurité sont assumées par le service national de santé (c'est un des aspects de la réforme sanitaire de 1978). La délimitation des compétences respectives des deux systèmes d'inspection a fait l'objet de nombreuses controverses. Un arrêt de la Cour constitutionnelle¹ de février 1993 consacre la compétence de principe des Régions (à travers le système national de santé) en matière de contrôle de caractère sanitaire. Le décret législatif de transposition de la directive n'en reprend pas moins les formulations de la loi de 1971, ce qui semble trancher en faveur d'une compétence de l'inspection du travail. Une application littérale séparerait les fonctions d'inspection liées à une évaluation correcte des risques, confiées au système national de santé, de celles liées aux mesures pratiques prises sur la base de cette évaluation (transfert à un autre poste de travail ou dispense de travail qui seraient de la compétence de l'inspection provinciale du travail). Une autre incohérence de la transposition italienne est qu'elle reprend intégralement les dispositions de la loi de 1971 limitant les dispenses de travail à la période précédant le congé de maternité. Une telle limite n'existe pas dans la directive et elle avait déjà été censurée, sur la base du principe d'égalité, par la Cour constitutionnelle en 1988 au moins en ce qui concerne le traitement économique des travailleuses concernées par un arrêt de travail intervenant entre le troisième et le septième mois suivant l'accouchement pour des raisons liées à la maternité².

La législation belge a été longtemps marquée par un double régime en ce qui concerne le maintien de la rémunération en cas de dispense de travail. Si la travailleuse établissait un lien entre la situation de travail dont elle devait être écartée et une maladie professionnelle, elle avait droit à une prise en charge par le Fonds des Maladies Professionnelles (assurant 90 % de ses rémunérations). Si ce lien n'avait pas pu être établi, le régime général de l'assurance maladie prenait en charge la travailleuse comme si elle était malade et lui versait une allocation beaucoup plus modeste (60 % de la rémunération). Cette situation a pris fin par l'extension de l'allocation de maternité aux périodes d'écartement du travail. D'autres législations traitent également la garantie de la rémunération en cas de dispense de travail dans le même cadre que le congé de maternité (Finlande, Italie).

La législation britannique prévoit le maintien de la rémunération intégrale. Par contre, les autres droits liés au contrat de travail ne sont pas garantis. La législation autrichienne garantit tant le maintien de la rémunération intégrale que le maintien des autres droits liés au contrat de travail.

La protection contre les licenciements

La directive ne traite de la protection de l'emploi que par rapport aux licenciements. Or, la pratique montre qu'outre les licenciements, une grossesse, voire une perspective de grossesse, sont souvent des facteurs de discrimination lors de l'embauche. Certes, dans ce domaine, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes peut être invoquée contre une telle discrimination³ mais cela est tout aussi vrai en ce qui concerne les licenciements. Il y a pourtant un lien entre les discriminations à l'embauche et le refus de transformer les conditions de travail pour les rendre compatibles avec la grossesse. Il aurait été logique dès lors de ne pas limiter la directive à la protection contre le licenciement.

Les dispositions de la directive concernant la protection contre le licenciement tiennent en deux règles de base:

- l'interdiction de licencier des travailleuses entre le début de la grossesse (déclarée à l'employeur) et la fin du congé de maternité sauf dans les cas d'exception non liés à leur état;
- les cas d'exception doivent être motivés par écrit.

Il appartient aux Etats membres :

- de définir ce que sont les cas d'exception admissibles;
- de prévoir éventuellement une procédure d'autorisation administrative;
- de prévoir obligatoirement des recours contre les licenciements illégaux.

Les transpositions nationales diffèrent considérablement dans la mesure même où la protection contre des licenciements discriminatoires n'est pas organisée de la même manière, ni avec la même efficacité, d'un Etat à l'autre.

Certaines transpositions sont manifestement en deçà des exigences minimales de la directive. Ainsi, en Belgique, l'obligation de motiver par écrit le licenciement a été remplacée par une communication des raisons du licenciement par l'employée à sa demande. La situation du Royaume-Uni est encore plus problématique. Une interdiction générale de licencier les travailleuses enceintes n'est pas prévue par la législation britannique. Dans ce domaine, tout repose sur la jurisprudence dont les critères sont assez incertains⁴. L'affaire Webb a débouché sur une situation où la grossesse doit être considérée comme le facteur déterminant d'un licenciement pour que celui-ci soit illégal⁵.

Les questions les plus sensibles concernent la sanction des licenciements illégaux. Dans plusieurs pays, le législateur n'a prévu que des compensations financières sans imposer la réintégration de la travailleuse. C'est le cas en Belgique et en France⁶. Dans certains pays, le montant des compensations financières est limité par un plafond qui ne tient

pas nécessairement compte des dommages réels subis par la travailleuse à l'occasion de son licenciement. Ainsi, en Irlande et en Finlande, la compensation ne peut dépasser deux ans de salaire brut. En Belgique, l'allocation spéciale de protection, applicable à un tel licenciement, est de six mois de salaire brut. L'on peut s'interroger sur la compatibilité de telles limites avec la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui, dans l'arrêt Marshall du 2 août 1993, juge qu'une limite maximale à un dédommagement à titre de réparation d'une discrimination fondée sur le sexe est incompatible avec le droit communautaire si elle a pour conséquence que le dédommagement alloué n'est pas adéquat au préjudice subi.

Des autorisations préalables sont prévues au Portugal (par la Commission pour l'Egalité au Travail et dans l'Emploi), en Autriche (par le tribunal du travail en cas de *Entlassung*, voir *infra*), en Allemagne (par l'inspection du travail depuis 1997, auparavant il fallait une autorisation judiciaire).

Les motifs qui peuvent être considérés comme indépendants de la grossesse des travailleuses ont été interprétés de façon très diverse. La législation française a établi un double mécanisme de protection. D'une part, le motif ne peut être qu'une faute grave de la travailleuse ou un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement (par exemple, un licenciement pour motif économique). D'autre part, lorsque le licenciement intervient pour un de ces motifs, il ne peut pas être signifié, ni prendre effet pendant le congé de maternité. La législation luxembourgeoise assure une protection particulièrement efficace contre le licenciement puisque tout licenciement de travailleuse enceinte est interdit pendant la grossesse et pendant les douze semaines qui suivent l'accouchement. Elle ne prévoit aucune exception. La législation allemande édicte une interdiction de principe de licenciement depuis la conception jusqu'au quatrième mois suivant l'accouchement. Seule l'inspection du travail peut autoriser une dérogation dans des circonstances exceptionnelles. La loi n'indique pas quel est le critère qui permet d'établir que ces circonstances existent. Auparavant, les exceptions à l'interdiction de licenciement concernaient les hypothèses de la fermeture ou d'une réduction d'effectifs de l'entreprise ou de la section de l'entreprise où est occupée la travailleuse.

La question de la charge de la preuve n'est pas résolue par la directive. Dans bien des cas, il sera difficile aux travailleuses d'apporter la preuve que les raisons alléguées par l'employeur dissimulent une discrimination liée à la grossesse. Dans certains pays (Danemark, Espagne, Finlande, Portugal) la législation renverse la charge de la preuve: en cas de licenciement pendant la grossesse, il appartient à l'employeur de prouver que le motif du licenciement est étranger à la grossesse.

La législation italienne étend la période de protection contre le licenciement depuis la conception jusqu'à ce que l'enfant ait accompli l'âge d'un an. La protection contre les licenciements a également été étendue en cas d'adoption moyennant certaines conditions. Les seuls licenciements autorisés le sont pour faute grave de la travailleuse ou en cas de fermeture de l'entreprise. La jurisprudence a varié sur les conséquences à tirer de l'illégalité du licenciement d'une travailleuse enceinte. Depuis un arrêt de la Cour constitutionnelle de 1991⁷, la tendance dominante est de le considérer atteint d'une nullité absolue, ce qui implique le droit à la réintégration.

La législation autrichienne distingue deux formes de licenciement: la Kündigung et l'Enlastung. La première qui correspond à un licenciement avec préavis est interdite en toute circonstance pendant la durée de la grossesse et une période de quatre mois suivant l'accouchement. La seule condition est que l'employeur soit au courant de la grossesse. Différentes mesures sont prévues pour une notification a posteriori de l'employeur (en principe, la travailleuse a un délai de cinq jours). La seconde forme de licenciement qui correspond à un licenciement sans préavis pour des faits graves requiert une autorisation du tribunal du travail. Les motifs que peut invoquer l'employeur sont énumérés de façon limitative (négligence grave de la part de la travailleuse dans l'accomplissement de ses tâches, déloyauté, violation du secret industriel, agression physique ou agressions verbales graves à l'égard de l'employeur, de sa famille ou de collègues de travail, etc...). Ces règles s'appliquent également aux parents d'enfants adoptifs pendant une période de quatre mois suivant l'adoption ou l'accueil de l'enfant en vue d'une adoption. Elles s'appliquent aussi aux travailleuses domestiques.

La législation portugaise ne formule nulle part une interdiction de licenciement. Sous cet intitulé (repris du texte de la directive), les dispositions adoptées consistent à subordonner un licenciement à l'autorisation préalable d'une commission dépendant du Ministère du Travail; à édicter que tout licenciement de femme enceinte ou allaitante est présumé être fait sans motif justifié. Cette présomption a pour effet de renverser la charge de la preuve. Dans la pratique, les motifs acceptés par la commission sont la faute grave de la travailleuse ou des licenciements collectifs.

La situation espagnole est assez particulière. Le caractère très fragmentaire de la transposition de la directive a empêché de formuler toute règle explicite concernant le licenciement des travailleuses enceintes. Au plan de la sécurité juridique, il est incontestable qu'une telle situation contrevient aux exigences formulées par la Cour de Justice en ce qui concerne les conditions minimales d'une transposition. La matière est régie par les dispositions générales qui s'appliquent à un licenciement discriminatoire. Suivant le Décret royal législatif 1/95, tout licenciement qui a pour mobile une des causes de discrimination interdites par la Constitution, la législation ou qui viole les libertés fondamentales ou les libertés publiques est nul. La nullité implique la réintégration immédiate de la travailleuse. D'autre part, dans la mesure où il existe des indices de discrimination sur la base du sexe, il appartient à l'employeur d'apporter une justification objective et raisonnable, avec des preuves suffisantes, des mesures adoptées et de leur proportionnalité.

Un certain nombre de législations nationales ont également prévu des règles de protection à l'embauche. Ainsi la législation française interdit à l'employeur de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, résilier son contrat de travail pendant la période d'essai ou prononcer une mutation d'emploi⁸. A cette fin, il ne lui est pas permis de rechercher ou de faire rechercher des informations sur l'état de grossesse d'une travailleuse. La femme candidate à un emploi n'est pas tenue de révéler son état de grossesse. En cas de litige, l'employeur doit communiquer au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision. Le doute profite à la salariée en état de grossesse.

La défense des droits

La transposition de la directive dans les différents Etats membres n'a pas modifié substantiellement les recours mis à la disposition des travailleuses. En règle générale, les aspects liés aux dispositions générales anti-discriminatoires du droit du travail (par exemple, protection contre le licenciement) seront soumis aux instances prévues par les législations nationales en cas de discrimination fondée sur le sexe. Il s'agit de recours généralement plus efficaces qu'en cas de violation des obligations de santé et sécurité de l'employeur. Par contre, les autres aspects (respect de la hiérarchie des mesures de prévention, évaluation des risques, etc...) débouchent beaucoup plus difficilement sur des recours devant des instances juridictionnelles sauf en cas de pertes financières. Généralement, leur mise en oeuvre dépend surtout de la capacité de l'inspection du travail à contrôler l'application des règles. Une des faiblesses de la directive est que, contrairement aux autres directives concernant la santé au travail, aucune consultation de la représentation des travailleurs n'est prévue sur les mesures de prévention⁹. Une telle situation risque de renforcer la tendance à traiter la protection de la santé et de la sécurité des travailleuses enceintes comme une question d'individus placé dans une situation anormale et non comme une question collective de l'entreprise. La pratique montre que l'efficacité du contrôle réalisé par l'inspection du travail dépend largement de l'activité des instances de représentation collective.

Une décision récente d'un Industrial Tribunal au Royaume-Uni montre comment une contestation surgie autour d'une perte financière peut déboucher sur un contrôle de la cohérence de la politique de prévention¹⁰. Une travailleuse avait été obligée de s'absenter pour raisons de santé suite au refus de l'employeur d'aménager son poste de travail ou de l'affecter à une nouvelle activité. Une dispense de travail liée à la maternité implique le maintien intégral de la rémunération tandis que l'arrêt maladie ne donne droit qu'à une allocation limitée. La travailleuse introduisit une demande pour obtenir la rémunération intégrale. L'Industrial Tribunal motiva sa décision en faveur de la travailleuse par le fait que l'employeur n'avait pas entrepris une évaluation des risques conformément à la réglementation britannique qui transpose la directive.

Conclusions

A l'issue de cet examen des transpositions nationales, il convient de réfléchir aux limites de la directive. Ces limites apparaissent surtout chaque fois que la directive traite de questions en rapport avec les domaines du droit du travail situés en dehors des règles classiques de la santé et de la sécurité. Les articulations entre le droit à l'égalité et le droit à la santé au travail sont d'une importance cruciale et la directive n'arrive pas à les aborder de façon entièrement cohérente. Concevoir le droit de la santé au travail comme un corps isolé de règles techniques serait le priver de toute efficacité dans un contexte déterminé par les rapports sociaux du travail. Une des faiblesses majeures de la directive concernant la santé et la sécurité des femmes enceintes vient de la timidité avec laquelle elle aborde ces autres domaines. Nous avons déjà vu dans l'article précédent comment la directive ne fixait pas de garanties suffisantes en ce qui concerne le maintien de la rémunération durant le congé de maternité. Un des éléments qui ont contribué à cette lacune fut l'opposition de plusieurs Etats (notamment la France) à voir aborder des thèmes qui étaient en rapport

avec la sécurité sociale. A cet égard, on ne peut que répéter que l'article 118A donne aux institutions communautaires des compétences beaucoup plus larges et qu'il faut rejeter toute interprétation restrictive qui voudrait limiter les directives adoptées sur cette base aux règles techniques et d'organisation dans le strict domaine de la prévention des risques professionnels ou au seul cadre des rapports entre employeurs et travailleurs salariés. L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 12 novembre 1996 concernant la directive sur le temps de travail va dans ce sens.

A cette première limite vient s'ajouter une seconde, plus fondamentale, qui caractérise l'essentiel du droit du travail que ses sources soient nationales ou communautaires¹¹. Le droit du travail s'est construit avec comme référence implicite les travailleurs masculins. Dès lors le droit de l'égalité a adopté la même référence: est interdite toute situation dans laquelle des femmes sont discriminées par rapport à des hommes pris comme référence. La maternité est alors conçue comme une situation exceptionnelle, liée à la spécificité biologique des femmes¹². C'est l'approche suivie par la directive 76/207 et par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. La directive 76/207 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes indique "la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité" et la Cour de Justice a consacré le caractère biologique de cette exception. Il nous semble, au contraire, que loin de constituer des situations exceptionnelles permettant au droit du travail de s'éloigner de la règle de l'égalité par rapport à une référence masculine, la grossesse et la maternité pouvaient être traitées de façon beaucoup plus cohérente par un droit de l'égalité conçu comme instrument de transformation des conditions sociales de l'inégalité qui pèse sur les femmes dans l'organisation du travail humain. Quittant le terrain de l'exception biologique (que l'on rattache presque inévitablement à une anomalie, voire à une pathologie) pour se placer sur celui des rapports sociaux, la directive aurait sans doute eu la légitimité nécessaire pour faire irruption de façon plus incisive et efficace dans les rapports sociaux. Cela lui aurait sans doute permis de résoudre la contradiction entre un congé potentiel de maternité et la remise en question de celui-ci par l'insuffisance des garanties de revenu. Cela lui aurait peut-être aussi permis de rendre plus explicite la nécessité d'une évaluation des risques qui envisage d'emblée - avant même qu'une travailleuse ne se déclare enceinte - les conditions de travail comme devant être compatibles avec la grossesse.

Pour plus d'information contacter Laurent Vogel: lvogel@etuc.org

Sources législatives, réglementaires et administratives examinées

Allemagne: Loi du 20 décembre 1996 amendant la Loi sur la protection de maternité (Mutterschutzrechts)

Autriche: Loi Fédérale du 30 juin 1995 qui amende la Loi pour la protection de la maternité de 1979 (Mutterschutzgesetz) et la Loi pour le congé parental (Eltern-Karenzurlaubsgesetz) de 1989

Belgique: Arrêté Royal concernant la protection de la maternité du 2 mai 1995; Loi du 4 août 1996

Danemark: Arrêté 867/1994 sur l'accomplissement du travail

Espagne: Loi 31/95 de prévention des risques au travail du 8 novembre 1995

Finlande: amendement à la Loi sur le Contrat de Travail (320/1970); Décret 1043/1991 du Conseil d'Etat concernant les risques génétiques, pour le fœtus et la reproduction sur les lieux de travail; Arrêté 1044/1991 du Ministère du Travail concernant l'application du Décret précédent

France: Code du Travail; Circulaire du 2 mai 1985 relative aux missions du médecin du travail à l'égard des salariées en état de grossesse; Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993; Décret n° 96-364 du 30 avril 1996

Irlande: Safety Health and Welfare at Work (Pregnant Employees etc.) Regulations 1994 (S.I. N) 446, 1994), The Maternity Protection Act, 1994

Italie: Loi n° 1204 du 30 décembre 1971 sur la protection des travailleuses mères; Décret législatif 645/96 du 25 novembre 1996

Luxembourg: Loi du 3 juillet 1975 concernant la protection de la maternité de la femme au travail. Au moment où nous avons terminé notre enquête (juin 1997), le Luxembourg n'avait pas encore transposé la directive. Nous avons pu consulter le projet de loi préparé à cet effet.

Norvège: Décret Royal 768 concernant les risques pour la reproduction et le milieu de travail, du 25 août 1995 (AT-535)

Portugal: Loi n° 4 du 5 avril 1984 sur la protection de la maternité et de la paternité; Loi n° 17 du 9 juin 1995 modifiant la Loi n° 5/84; Décret-loi n° 333 du 23 décembre 1995; Arrêté (Portaria) n° 229 du 26 juin 1996; Décret-loi n° 194 du 16 octobre 1996

Royaume Uni: Trade Union reform and Employment Rights Act 1993 et amendements de 1994 à "The Management of Health and Safety at Work Regulation 1992", et à "The Employment Protection (Consolidation) Act 1978"

Suède: Ordonnance de l'inspection du travail sur les travailleuses enceintes et allaitantes, du 17 Novembre 1994 (AFS 1994:32) et Recommandations générales de l'inspection du travail concernant l'application de cette ordonnance

A la date où nous avons terminé notre enquête (juin 1997), le Luxembourg n'avait pas approuvé le projet de loi. Nous n'avons pas reçu d'informations de Grèce ni des Pays Bas.

¹ Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 58/1993.

² Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 972 du 11 octobre 1988.

³ Voir arrêt Dekker du 8 novembre 1990, Rec. 1990; p. 3941.

⁴ Cette jurisprudence est examinée dans: TUC, *Guide to maternity rights and benefits*, Londres, 1994.

⁵ Après avoir été soumise à un Industrial Tribunal en 1987 et à différentes instances d'appel, l'affaire Webb a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, le 14 juillet 1994, suivi d'un arrêt de la Chambre des Lords, le 19 octobre 1995. Pour un examen détaillé, voir les commentaires de C. Boch, *Common Market Law Review*, 33, pp. 547-567, 1996.

⁶ La législation française qualifie pourtant le licenciement de "nul", mais la jurisprudence se limite généralement à en tirer les conséquences financières sans imposer la réintégration.

⁷ Arrêt de la Cour constitutionnelle n°61 du 15 mars 1991.

⁸ La jurisprudence italienne va dans le même sens. La jurisprudence belge est plus incertaine à cet égard.

⁹ L'article 4.2 de la directive se limite à prévoir une information aux travailleuses "susceptibles" d'être enceintes ou allaitantes et/ou à leurs représentants. C'est la seule directive particulière de la Directive-cadre à ne pas mentionner explicitement la consultation des travailleurs. Il nous paraît utile cependant de rappeler que la Directive-cadre s'applique à toute la matière et que l'absence de disposition explicite concernant la consultation des travailleurs ne devrait pas permettre de retirer la

protection des travailleuses enceintes du champ d'activités des instances représentatives des travailleurs.

¹⁰ Sur cette décision, voir S. Cox, Employer's failure to assess pregnancy risks leads to maternity suspension, *Health and Safety Bulletin*, n° 260, août 1997, pp. 14-15.

¹¹ Voir Yota Kravaritou (ed.), *Le sexe du droit du travail en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996.

¹² Dans la jurisprudence communautaire, cette conception de la maternité et de la grossesse sur des bases biologiques ou liées aux rapports spéciaux qui existent entre la mère et son jeune enfant est formulée très clairement dans l'arrêt Hofmann du 12 juillet 1984 (Rec. 1984, p. 3047).