

# Vie familiale – vie professionnelle : quel(s) équilibre(s) en droit français du travail ?

ERC ISLSSL PRAGUE 2017

20-22 juin 2017

Par Patrice ADAM

Professeur à l'Université de Lorraine

## Plan

### Introduction

#### I. Des modalités de prise en compte de la vie familiale par le droit du travail

A. L'organisation juridique de la « mise en invisibilité » de la vie familiale du salarié

1. La protection de la vie personnelle

2. La discrimination

B. L'organisation juridique de la mise en visibilité de la vie familiale du salarié

#### II. Des ressorts de la prise en compte de la vie familiale par le droit du travail

A. Fondement (juridique)

B. Fonctions

1. Fonction instrumentale

2. Fonction axiologique

## Introduction

**Désintérêt.** De la vie familiale du salarié, les juristes français du travail parlent peu. Elle n'est pas, pour eux, sujet central de préoccupation. Non point qu'ils l'ignorent totalement. Quelques études, rares, lui sont consacrées. Ce relatif désintérêt trouve *a priori* raison évidente : la vie familiale du salarié, étrangère à son activité de production, doit l'être également aux règles juridiques qui ont vocation à encadrer cette activité de travail subordonné. Le droit du travail ne saisisait ainsi qu'un salarié toujours détaché, irrémédiablement coupé, de ses liens familiaux. Il serait aveugle à la famille parce que la famille est extérieure à l'exécution par le salarié de sa prestation de travail. Mais cette évidence repose sur deux postulats éminemment contestables.

**Postulats.** Le premier postulat est que les sphères de la vie professionnelle et de la vie familiale sont imperméables l'une à l'autre, que jamais elles ne peuvent se recouper. Travail et famille évolueraient sur deux plans parallèles n'ayant, par définition, jamais vocation à se croiser. Mais c'est là façon de couper le salarié en tranche, de l'amputer artificiellement d'une part de ce qu'il est aussi (enfant, père/mère, conjoint...). Or, l'artifice cède vite devant le réel. Comme a pu le souligner le professeur A. Supiot, « *la vie de famille affecte nécessairement l'exécution du travail salarié<sup>1</sup>, [même si] d'un point de vue de pure productivité, le salarié idéal est celui qui n'a pas de famille* »<sup>2</sup>. « *Il est certain en effet que la vie de famille demande du temps et un investissement de la part des membres qui la composent, tant et si bien que des tensions ne*

---

<sup>1</sup> Et l'inverse est vrai également : Cass. civ. 1ère, 19 juin 2007, Dr. fam. septembre 2007, comm. 164, note v. Larribau-Terneyre, « La mise à la retraite anticipée du conjoint justifie la révision d'une ancienne prestation compensatoire mixte en application de l'article 33, VI, alinéa 2 de la loi du 26 mai 2004 » ; Cass. civ. 1ère, 25 avril 2007, arrêt n° 538 F-PB ; voir aussi, CA Toulouse, 3 mars 1999 où les juges prennent également en compte les horaires de travail pour déterminer le lieu de résidence de l'enfant, JCP 1999, éd. G., IV, 2805.

<sup>2</sup> A. Supiot, « Femme et famille en droit du travail », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 385.

peuvent manquer d'apparaître entre la situation de salarié et celle de membre d'une famille, entre les exigences qu'implique une activité professionnelle salariée et celles liées aux activités familiales »<sup>3</sup>. La charte de parentalité en entreprise présentée le 11 avril 2008 par le ministre du Travail en fournit illustration. C'est d'ailleurs souvent l'employeur lui-même qui brisera l'illusion en s'immisçant dans la vie familiale du salarié (par exemple, en lui interdisant, par une clause du règlement intérieur de sa marier ou de prendre pour conjoint un membre du personnel de l'entreprise), soit en motivant l'une de ses décisions, défavorable au salarié concerné (par ex., un licenciement) par un fait relevant de sa vie familiale (comme un remariage ; affaires *Dame Roy*<sup>4</sup> et *Dame Fischer*<sup>5</sup>). C'est sous cet angle que la question de la vie familiale, et de sa nécessaire protection, a émergé dans le contentieux judiciaire et dans les réflexions savantes qui y ont fait suite.

Le second postulat est que le droit du travail n'a, au fond, d'autres vocation que d'instaurer un certain équilibre entre les intérêts des salariés et ceux des employeurs. Il n'aurait d'autres horizon que la formalisation et l'agencement de ces intérêts. Or, c'est là une version un brin réductrice des fonctions de cette matière de l'ordre juridique. D'abord parce qu'elle saisit le salarié (et ses intérêts) sous le seul angle de sa force de travail, en le détachant de ses liens familiaux. Ensuite, parce qu'elle autre fonction possible du droit du travail. Outil de la politique de l'emploi, de la politique économique, entre autres, il peut aussi être l'instrument important d'une politique familiale. Parce que le salarié ne peut être coupé en tranche, et parce que le père, la mère, le fils ou la fille, le (la) conjoint(e) ou le (la) partenaire de vie est aussi, souvent, salarié, il n'est possible d'intervenir dans le champ de la famille en faisant abstraction (dans une société du salariat) des contraintes qui pèse sur lui dans le champ du travail.

**Plan.** L'objet de la présente étude est double. La premier est d'identifier la ou les manières dont le droit du travail se saisit de la vie familiale du salarié ; la ou les façons dont il l'intègre dans son espace normatif (**I.**). Le second est de comprendre ce qui « fonde » cette prise en compte, de repérer « les fonctions » qui s'attachent à chacune de ses modalités (**II.**).

## **I. Des modalités de prise en compte de la vie familiale par le droit du travail**

De quelle(s) manière(s) les règles (légales, conventionnels ou jurisprudentielles) qui composent la matière droit du travail intègrent ou prennent en compte la notion de vie familiale ? Il en est deux principales, pensons-nous. ***Le droit du travail organise d'abord l'invisibilité de la vie familiale du salarié en interdisant à l'employeur d'en faire motif légitime de décision (A.)***. Pareille organisation ne signifie pas Non que le droit du travail mette en place des mécanismes empêchant ou interdisant à l'employeur de connaître, effectivement, d'éléments relevant de la vie familiale du salarié, mais seulement qu'il lui interdit de faire de ces éléments motifs d'une décision préjudiciable aux intérêts du salarié concerné.

Mais ce n'est pas là la seule manière dont le droit du travail appréhende la vie familiale du salarié. Ce n'est même sans doute même plus la principale. Le droit du travail en organise également ***la mise en visibilité***, soit en attribuant aux salariés des droits subjectifs, des prérogatives, des facultés lui permettant de faire état d'élément de sa vie de famille pour bénéficier de tels ou tels « avantages » (légal ou conventionnel) ou s'opposer légitimement à tel ou tel projet, à telle ou telle décision, de l'employeur (**B.**).

---

<sup>3</sup> A. Gardin, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dr. Social* 2002. 854.

<sup>4</sup> Cass. Ass. plén.. 19 mai 1978, n° 76-41211 ; *Bull. civ.*, V, n° 1.

<sup>5</sup> Cass. soc. 20 nov. 1986, n° 84-43243 ; *Bull. civ.*, V, n° 555 ; *JCP* 1987, G, II, 20798, note Th. Revet.

## A. L'organisation juridique de la « mise en invisibilité » de la vie familiale du salarié

Pour l'essentiel, cette « mise en invisibilité » emprunte deux canaux juridiques. Celui d'abord de la protection de la vie personnelle du salarié, dont la vie familiale n'est qu'une des composantes (1.) ; celui ensuite de la discrimination (2.).

### 1. La protection de la vie personnelle

**Occultation.** La première voie d'émersion de la vie familiale en droit du travail est un peu paradoxale. En effet, même temps qu'elle contribue à assurer à la vie familiale du salarié protection réelle contre les tentatives d'intrusions patronales, elle l'occulte largement – moins aujourd'hui qu'hier, puisque le juge use désormais couramment de la formule « vie personnel familiale – puisque cette protection s'effectue à l'ombre, dans l'ombre, d'un phénomène plus global qui l'inclut et la dépasse : celui de la protection de la « vie personnelle » du salarié. La notion, mise en circulation sur le marché des idées en 1994 par le Doyen Waquet<sup>6</sup> – en réaction aux critiques qu'avait suscité l'emploi par les juges de la notion de « vie privée » pour désigner des aspects publics de la vie hors travail du salarié –, a été institué par les juges en instrument de contrôle et de limitation de l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction. La vie familiale du salarié n'a ainsi été fréquemment saisie qu'à titre d'exemples ou d'illustrations particulières de la protection dont le salarié jouit dans le cadre de sa vie personnelle.

**Consécration.** Longtemps la question de la prise en compte ou de la protection de la vie personnelle (et familiale) du salarié fut, en droit du travail français, objet de peu d'intérêt. Michel Despax<sup>7</sup>, le premier, tenta, dans un article resté célèbre de mettre en culture ce champ laissé à l'abandon. Les sillons alors creusés ne laissèrent cependant guère de traces dans la jurisprudence de l'époque. En effet, si l'éminent Professeur posait le principe d'une séparation entre la vie professionnelle et ce qu'il nomme alors la « vie extra-professionnelle », quelques emblématiques décisions de la Cour de cassation contribueront à son effacement, portant témoignage d'une « *conception bien écrasante de l'intérêt supérieur de l'entreprise* »<sup>8</sup>.

C'est au début des années 1990 que la protection de la « vie personnelle du salarié » – acquiert, en droit positif, quelque consistance et que la jurisprudence – relative à un sacristain homosexuel<sup>9</sup> ou à une secrétaire ayant été infidèle à la marque automobile distribuée par le concessionnaire qui l'employait<sup>10</sup> –, va lui fournir ses premières garanties. Depuis cette époque, la question de la protection de la vie personnelle est l'un des thèmes les plus rebattus dans la doctrine travailliste française et donne lieu à un contentieux important.

**Construction.** La construction jurisprudentielle positive est à trois étages. Le premier institue une « immunité disciplinaire »<sup>11</sup> : « *le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne*

---

<sup>6</sup> Ph. Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié ». CSBP 1994, n° 64, p. 289 ; du même auteur, « La vie personnelle du salarié », in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges J.M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 513).

<sup>7</sup> M. Despax, art. précité.

<sup>8</sup> M. Despax, art. précité, n° 45.

<sup>9</sup> Cass. soc. 17 avril 1991, Dr. soc. 1991, p. 485, article de J. Savatier ; JCP1991, G, II, 21724, note A. Sériaux.

<sup>10</sup> Cass. soc. 22 janv. 1992, n° 90-42517 ; Bull. civ., V, n° 30.

<sup>11</sup> F. Favenc-Hery, « Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle », Dr. Social 2010, p. 26 ; Ch. Mathieu-Geniaut, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », Dr. Social 2006, p. 848 ; D. Corrigan-Carsin, note sous Soc. 23 juin 2009, JCP E, 1<sup>er</sup> oct. 2009, 1934.

*peut constituer une faute* »<sup>12</sup>... même s'il caractérise un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise. Mais parce que « il y aurait quelque artifice et quelque danger à vouloir établir une cloison trop étanche entre la vie extraprofessionnelle et la vie professionnelle du salarié (...) »<sup>13</sup>, cette immunité ne va pas jusque paralyser le pouvoir de licencier (pour raison non disciplinaire) de l'employeur. Le second étage intègre donc la possibilité que ce comportement tiré de la vie personnelle du salarié produise des conséquences préjudiciables sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Dans ce cas, l'employeur peut licencier le salarié pour un motif non disciplinaire, le « trouble objectif » causé par son « comportement extra-professionnel ». Solution toute d'équilibre qui tout en garantissant le respect de la vie personnelle du salarié permet de tenir compte des implications néfastes, que ses agissements « hors travail » sont susceptibles d'avoir sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Le dernier : en entrant dans l'entreprise, en exécutant la prestation de travail pour laquelle il est rémunéré, le salarié n'abdique pas toute vie personnelle<sup>14</sup> : il est toujours une part de « personnel » dans le « professionnel ». Mais ce bel ordonnancement va rapidement se brouiller. L'exigence de loyauté (qui pèse, de façon permanente, sur le salarié), la notion prétorienne de « rattachement » (un vie commis dans le cadre de la vie personnelle du salarié peut néanmoins être rattaché à sa vie professionnelle selon des conditions qui ne cessent d'être mise en débat), ou le droit à la preuve, vont y introduire de nouveaux éléments de complexité. Ce n'est point le lieu ici d'en discuter.

## 2. La discrimination

**Situation de famille.** La protection de la vie familiale du salarié, sa mise en invisibilité, emprunte également autre sentier : celui de la discrimination. Nombre de règles anti-discriminatoires, relevant de la matière droit du travail, visent des éléments relevant de la vie familiale du salarié. L'article L. 1132-1 du code du travail vise ainsi au titre des critères interdits, la « situation de famille » du salarié. Situation de famille qui va au-delà de la « situation matrimoniale » pour englober tout « lien familial », toute situation conjugale, quelle que soit son statut<sup>15</sup>. Dès lors ce texte interdit, par ex., le licenciement d'un salarié reposant sur le lien de filiation l'unissant à un autre salarié de l'entreprise<sup>16</sup>. Dans le prolongement de cette première interdiction, le législateur interdit également, et logiquement, de « mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi (...) la situation de famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé » (C. trav., art. L. 1142-1 1°). Il interdit encore de « refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération (...) de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse » (C. trav., art. L. 1142-1 2°).

**Mariage vs Pacs.** Question a longtemps animé fort débat en France : est-il possible de réserver des avantages (par voie de normes conventionnelles ou de décision unilatérale de

---

<sup>12</sup> M.-C Escande-Varniol, « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel », RJS 7/1993, p. 406.

<sup>13</sup> M. Despax, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », JCP éd. G, I, 1776, 1963.

<sup>14</sup> « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée (Soc. 2 oct. 2001, n° 99-42727).

<sup>15</sup> Ch. Mathieu, « Le couple en droit du travail », AJ Famille 2015, p. 26.

<sup>16</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 1999, n° 96-43.617, Bull. civ. V, n° 249 ; voir aussi Cass. soc., 10 janv. 1999, n° 95-420.814, Bull. civ. V, n° 61 ; Pour le caractère illégitime du licenciement d'un salarié en raison des liens familiaux ou d'une relation affective l'unissant à un membre d'une entreprise concurrente : Cass. soc. 10 février 1999, RJS 3/1999, n° 363.

l'employeur) aux seuls salariés mariés, à l'exclusion des salariés pacés ? Il est des juges français qui l'avaient admis (TGI Paris, 21 juin 2011, n° 11/05126, société Brink's Evolution<sup>17</sup>). La position du Ministre du travail était également en ce sens : Selon le ministre, en instituant le Pacs, l'intention du législateur n'était pas de créer un nouveau statut « familial », mais uniquement un nouveau statut du couple. Ainsi, il aurait exclu toute incidence de ce statut sur la filiation et toute conséquence directe sur les ascendants, notamment en matière d'autorisations exceptionnelles d'absence du travail<sup>18</sup>. Saisi par la voie d'une question préjudicielle, la CJUE<sup>19</sup> avait jugé que lorsque la réglementation nationale de l'État membre concerné ne permet pas le mariage entre personnes de même sexe, le fait de réserver des avantages conventionnels aux seuls salariés mariés constitue une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. Dès lors, ces avantages devaient également être étendus aux salariés pacés, considérés comme étant placés dans une situation comparable. Position reprise, peu après, par la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>20</sup>. Reste que l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe limite considérablement la portée de cette jurisprudence. Mais si la question ne peut plus trouver réponse dans la notion de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, doit-on pour autant considérer que les distinctions établies entre couples mariés et couples pacés sont pour autant à l'abri de toutes critiques ? On peut sérieusement en douter puisque le droit français prohibe toute décision motivée par la situation de famille du salarié (cf. *supra*).

**Grossesse.** Rendre la situation de famille invisible à l'employeur – dans le seul sens, une fois encore, où il ne saurait en faire le motif d'une décision défavorable au salarié concerné –, c'est également interdire qu'il puisse faire reproche, d'une manière ou d'une autre, à une salariée de vouloir en fonder une. Interdire à l'employeur de prendre en compte l'état de grossesse de la salariée a pour signification profonde que la constitution d'une famille, avec ce qu'elle implique de possibles désagréments pour l'entreprise, pendant la grossesse (changement de poste pour raisons médicales par ex.), mais aussi après (enfants malades...), ne doit pas avoir d'impact négatif sur le sort professionnel fait à la salariée enceinte. L'article L. 1225-1 du code du travail dispose ainsi « *L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1225-7, L. 1225-9 et L. 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée* ».

Toute décision patronale motivée par la vie familiale du salarié, en violation d'une règle de discrimination, est susceptible d'être annulée.

## **B. L'organisation juridique de la mise en visibilité de la vie familiale du salarié**

Si le droit du travail organise l'invisibilité de la vie familiale, évitant les empiètements (individuellement et socialement) néfastes de l'employeur, il en organise également, dans le même temps, la mise en visibilité. Nombre de dispositions conventionnelles et légales conditionnent l'octroi d'avantages, de droits ou de facultés à des considérations qui relèvent de la vie personnelle et familiale du salarié. Si le droit organise l'invisibilité (relative) de telles considérations pour éviter, cantonner, les intrusions de l'employeur dans la sphère d'autonomie

---

<sup>17</sup> Un accord d'entreprise réserve des jours de congé supplémentaire aux salariés en raison de leur mariage.

<sup>18</sup> Contra, HALDE, délibération n° 2009-336 du 28 septembre 2009, JO 14 mars.

<sup>19</sup> CJUE, 12 décembre 2013, aff. C-267/12, v. l'actualité n° 16490 du 18 décembre 2013.

<sup>20</sup> Cass. soc., 9 juillet 2014, nos 10-18.341 et 12-20.864.

du salarié, il en organise aussi la mise en visibilité (fut-ce pour en penser l'articulation<sup>21</sup> ou la conciliation<sup>22</sup> avec la vie professionnelle) pour limiter ou aménager les contraintes inhérentes au lien de subordination. Cette prise en compte, assurant mise en visibilité de la situation de famille, emprunte différentes voies. Au moins cinq. Mais avant que de les aborder, il nous faut dire mot rapide sur ce que l'on nommera ici des effets de normativité.

**Effets de normativité.** Sans doute, le droit du travail produit-il des effets, non recherchés, non voulue, sur la famille. Effets de normativité qui peuvent s'avérer positifs. Que l'on songe aux règles relatives à la prévention des risques psychosociaux au travail. On sait que la souffrance éprouvée au travail par le salarié (stress, harcèlement moral) ne cesse point à la sortie de l'usine, mais qu'il l'emporte avec lui, chez lui... Elle est là, toujours, s'immisçant, comme un poison, dans les rapports de famille (énervement, irritations, disputes...). En luttant contre ces risques, le droit du travail indirectement protège la famille. Cette protection n'est ni fonction ni la finalité de ces règles, mais un effet (positif) qui s'y attache. Que l'on pense encore à la question, objet de nombreuses normes en droit du travail, de l'égalité entre les femmes et les hommes. Il est évident qu'en l'imposant sur le terrain professionnel, on la favorise également sur le terrain familial. Si les mentalités changent ici – et le droit est facteur essentiel de changement des mentalités –, elles changeront là. Si les femmes sont payées comme les hommes, si leurs carrières sont aussi ascendantes que celles des hommes, alors les raisons pécuniaires qui justifient souvent que ce soient elles qui interrompent leur carrière pour s'occuper des enfants s'évanouiront, en même temps que les représentations de genre qui véhiculent l'idée que l'éducation des enfants et la tenue de la maison sont naturellement tâches féminines...

Un dernier exemple vient en tête ; il engage cependant sur une pente un peu différente. La réduction du temps de travail (même constat pourrait sans doute être fait à propos de l'ensemble des mécanismes de « temps choisi » ou de ceux qui assurent prévisibilité des temps de travail), lorsqu'elle s'opère, libère du temps qui pourra être (ou non ! Cet effet sur la famille dépendra d'un jeu d'acteur et de l'utilisation que chacun voudra faire du temps libéré) consacré à la famille... Moins de temps au travail, ce peut être plus de temps pour sa famille. Mais si pour beaucoup de ces dispositifs, il s'agit là encore d'un simple effet positif (de normativité), non nécessairement recherché par ses promoteurs, pour d'autres (la réduction du temps de travail, le temps partiel choisi...) la quête d'une meilleure conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale relève du registre des finalités (on vise là l'objectif de la norme qui lui a été officiellement assigné par son auteur), qui sans être des données positives du droit en constitue l'horizon)<sup>23</sup>.

Mais de ces effets de normativité (et de ses finalités), on ne dira rien ici. Car, ils ne donnent pas à voir la manière dont le droit du travail se saisit de la question familiale. A proprement parler, ils ne traduisent aucune prise en compte de la famille par les règles qui le composent.

**Voie n° 1 - Droits subjectifs.** D'abord, par la reconnaissance de droits subjectifs au profit du salarié. Certains vont lui permettre de suspendre pour un temps, et pour une raison familiale

---

<sup>21</sup> C. trav., art. L. 3121-46 (entretien annuel individuel en matière de forfait en jours).

<sup>22</sup> C. trav., art. L. 2242-22 (accord de mobilité interne). Par ailleurs, avant de mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité, l'employeur doit lors d'une phase de concertation, prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chaque salarié concerné (C. trav., art. L. 2242-23).

<sup>23</sup> La négociation sur la réduction du temps de travail, relancée par les lois Aubry (lois du 13 juin 1998 et du 19 janv. 2000), avait en effet été présentée comme une opportunité pour une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale.

spécifique, son obligation de travail. Les droits à congés familiaux<sup>24</sup> liés à un décès – la durée de ces congés a été augmentée par la loi Travail du 8 août 2016 (C. trav. art. L. 3142-4 et L. 3142-5 modifiés) –, à un mariage, à une naissance ou à la survenance d'un handicap chez un enfant (nouveau congé créé par la loi Travail ; (C. trav. art. L. 3142-4 et L. 3142-5 modifiés) en sont des illustrations. Le droit à congé de solidarité familiale (C. trav., art. L. 3142-6 et s.), qui permet d'assister, sous conditions (partage du même domicile...), un proche dont la maladie met en jeu le pronostic vital ou qui se trouve en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable (quelle qu'en soit la cause), le congé de proche aidant (C. trav., art. L.3142-16 et s.)<sup>25</sup>, le droit à congé d'adoption (C. trav. ; art. L. 1225-37) ou les congés d'éducation des enfants (congé parental d'éducation, congé pour enfant malade, congé de présence parentale ; C. trav., art. L. 1225-47 et s.) en sont des autres. D'autres prérogatives accordées au salarié par la loi peuvent également lui permettre de mieux concilier sa vie professionnelle et sa vie familiale. Ainsi, « *Les conjoints et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité travaillant dans une même entreprise ont droit à un congé simultané* » (C. trav., art. L. 3141-14). Cette règle est d'ordre public, l'employeur ne pouvant pas invoquer les nécessités du service, même réelles, pour refuser de l'accorder<sup>26</sup>. En revanche, il n'est pas tenu de calquer les dates de congé du salarié sur celui de son conjoint ou partenaire travaillant pour un autre employeur, si l'entreprise ne peut pas s'en accommoder<sup>27</sup>.

Participent également de la même « famille », la faculté offerte au salarié de bénéficier d'une réduction de la durée du travail sous forme d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine en raison des besoins de sa vie personnelle<sup>28</sup> (C. trav., art. L. 3123-2) ou celle de démissionner pour élever un enfant, « *sans être tenu de respecter le délai de préavis, ni de devoir de ce fait d'indemnité de rupture* » (C. trav., art. L. 1225-66). Faculté qui s'accompagne de la possibilité pour le salarié démissionnaire de bénéficier d'une priorité de réembauche (C. trav., 1225-67). La chambre sociale a par ailleurs reconnu au bénéficiaire du salarié un véritable droit à la mutation pour raisons familiales dans un arrêt du 24 janvier 2007<sup>29</sup>. L'arrêt semble cependant avoir été sans lendemain...

D'autres droits (prime de rentrée scolaire, droit à un aménagement horaire dans certaines circonstances...) peuvent également être accordées aux salariés, par l'employeur (mais pas seulement ; on peut songer ici aux activités sociales et culturelles servies par un comité d'entreprise) sous « conditions familiales ». Seule exigence ici : que les conditions d'attributions de ces droits ne soient pas discriminatoires et ne favorisent pas un modèle familial par rapport à un autre (par exemple, en faisant du caractère hétérosexuel de l'Union condition d'octroi de l'avantage en cause...). Où l'on retrouve l'idée que l'employeur n'a pas à s'immiscer dans les choix de vie ou dans les modes de vie familiaux de ses salariés.

---

<sup>24</sup> Ces congés ne doivent entraîner aucune réduction de la rémunération et sont assimilés à du temps de travail effectif pour l'acquisition des congés payés (c. trav. art. L. 3142-2).

<sup>25</sup> Le congé de proche aidant permet au salarié de suspendre son contrat de travail pour s'occuper d'un proche présentant un handicap ou une perte d'autonomie d'une particulière gravité. L'objectif est de permettre au proche aidant d'équilibrer l'aide apportée dans le cadre de sa vie personnelle avec les contraintes de sa vie professionnelle, lorsqu'il devient évident que le proche en perte d'autonomie devient prioritaire.

<sup>26</sup> Cass. soc. 26-2-2013 n° 11-26.934.

<sup>27</sup> Cass. soc. 19-6-1997 n° 94-44.997.

<sup>28</sup> Dans sa rédaction initiale, le texte (C. trav., art. L. 212-4-7) visait spécifiquement les besoins de sa vie familiale.

<sup>29</sup> Cass. soc., 24 janvier 2007, JCP 2007, éd. S., n° 15, 1243, note S. Beal et A.-L. Dodet, « Un droit à la mutation géographique pour des raisons familiales » ; JCP 2007, éd. G., II, 10110, note J. Mouly, « Le refus de l'employeur de faire droit sans raisons objectives à la mutation demandée par la salariée, porte atteinte à la liberté de celle-ci de choisir son domicile ».

De ces mécanismes favorisant une articulation entre la vie professionnelle et la vie familiale peut être rapproché, la faculté, récemment reconnue, pour un salarié 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 gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants (C. trav., art. L. 1225-65-1). Cette faculté n'est que d'initiative, la renonciation n'est point un droit, puisque l'accord de l'employeur reste nécessaire.

**Voie n° 2 - Faculté de refus.** Ensuite, par la consécration, au profit du salarié, de la possibilité de refuser, sans que l'employeur ne puisse lui en faire grief ou y puiser raison de le licencier, certaines de ces décisions qui se rattachent pourtant à l'exercice légitime de son pouvoir de direction. De ces facultés de refus, le contentieux du changement des conditions de travail offre les exemples les plus nombreux. Si la loi a expressément prévu la possibilité pour le salarié à temps partiel de s'opposer à toute modification de la répartition de son temps de travail (alors même qu'elle s'opérerait dans les conditions prévues par le contrat) dès lors qu'elle se révèle incompatible avec des obligations familiales impérieuses (C. trav., art. L. 3123-12)<sup>30</sup>, semblable faculté est également reconnue au profit du salarié à temps plein. Si l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur, il faut cependant réserver le cas où sa décision porterait une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale (par ex., en empêchant le salarié de s'occuper d'un enfant handicapé à l'heure du déjeuner)<sup>31</sup>. Le dispositif législatif encadrant le recours exceptionnel au travail de nuit (C. trav., art. L. 3122-1) instaure également une telle faculté de refus : « Lorsque le travail de nuit est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, notamment avec la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante, le refus du travail de nuit ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement et le travailleur de nuit peut demander son affectation sur un poste de jour » (C. trav., art. L. 3122-12).

Le contentieux de la mobilité géographique – et singulièrement de la mise en œuvre des clauses de mobilité – est également un champ où une telle faculté de refus a prospéré. Ainsi, une mutation, même décidée en application des stipulations du contrat, ne peut porter atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale de manière injustifiée ou disproportionnée<sup>32</sup>. Le salarié est donc admis à invoquer des raisons familiales pour s'opposer à la mutation décidée par l'employeur. Le même esprit flotte au-dessus de la jurisprudence autorisant le salarié à refuser que son lieu de travail soit déplacé à son domicile (familial)...

Il ne s'agit plus, dans ces affaires, d'interdire à l'employeur de motiver l'une de ses décisions par un élément familial, mais bien, à l'inverse de lui imposer de l'intégrer dans son processus décisionnel. C'est le salarié qui fait le choix de rendre visible sa vie familiale pour que certaines conséquences, favorables, en soient tirées par l'employeur sur le plan professionnel. Ce choix lui appartient. Le dévoilement d'éléments de sa vie de famille ne saurait lui être imposée par le jeu d'une clause contractuelle (peu importante qu'une telle clause ne vise pas à s'immiscer dans la vie privée de la salariée, mais simplement à aviser l'employeur des événements familiaux, pouvant donner lieu à l'ouverture de droits prévus par la convention collective ou par le régime de prévoyance<sup>33</sup>).

---

<sup>30</sup> Cass. soc., 15 décembre 2006, JCP 2007, éd. S., n° 9, 1136, note M. Del Sol

<sup>31</sup> Soc. 23 janv. 2013, n° 11-22364.

<sup>32</sup> Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40523 ; Soc. 26 sept. 2012, n° 11-19082.

<sup>33</sup> L'obligation ainsi instituée par le contrat porte atteinte illégitime à la vie personnelle du salarié en lui faisant obligation d'en révéler certains éléments. Une telle atteinte ne saurait en effet être considérée comme « justifiée et



**Voie n° 3 – Intégration dans le processus décisionnel.** Dans certains cas, si le droit impose à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales du salarié avant que de prendre une décision qui pourrait lourdement l'impacter, il ne va point jusqu'à conférer au salarié un droit de blocage (ou une faculté de refus) de la décision de l'employeur. On retrouve pareille situation lorsque l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par un accord de mobilité interne (C. trav., art. L. 2242-19). Si le salarié refuse l'application à son contrat de travail des stipulations de l'accord, il pourra légitimement – quelles que soit les contraintes familiales qui pèsent sur lui – être licencié pour motif économique. Reste que l'article L. 2242-19 dispose « *que la phase de concertation [précédant nécessairement la proposition de mesure individuelle] [doit permettre] à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés* ». Quelle portée donnée à cette formule ? Oblige-t-elle l'employeur à intégrer les contraintes familiales du salarié dans l'opération de configuration de la mesure individuelle qui frappe le salarié ? A voir... Autre mécanique de ce type peut être trouvée dans le champ des congés payés. À défaut de stipulation d'un accord collectif, l'employeur définit en effet l'ordre des départs en congés après avis, le cas échéant, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, en respectant certains critères, dont la situation de famille des bénéficiaires, notamment les possibilités de congé, dans le secteur privé ou la fonction publique, du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, ainsi que la présence au sein du foyer d'un enfant ou d'un adulte handicapé ou d'une personne âgée en perte d'autonomie. Là aussi, nul droit n'est affirmé au profit du salarié, mais seulement une obligation pour l'employeur d'intégrer la situation de famille à sa décision. Une décision manifestement incompatible avec cette situation de famille pourrait sans doute faire l'objet d'une contestation judiciaire. Signalons enfin, l'obligation pour l'employeur de tenir des charges de famille du salarié (en particulier celles des parents isolés) au moment de l'établissement de l'ordre des licenciements dans le cadre d'un projet de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-5). Il est clair, cette fois, que l'absence de prise en compte de ce critère pour identifier les salariés appelés à perdre leur emploi constitue une faute ouvrant droit à indemnisation au profit des salariés illégalement licenciés. Mais il est vrai que la faculté de pondération de ces critères par l'employeur peut conduire à en faire un critère largement secondaire...

**Voie n° 4 - Dérogation.** Par ailleurs, la vie familiale, à travers les contraintes qu'elle génère, se voit également attribuer un autre rôle, une autre fonction. Elle habilite l'employeur, sur demande du salarié qui s'en prévaut, à user de formules contractuelles qui, en principe, lui sont interdites. On pense ici au recours au contrat de travail à temps partiel. Sauf durée différente fixée par un accord de branche étendu ou exceptions légales (voir ci-dessous), le contrat de travail à temps partiel doit prévoir une durée minimale de 24 heures par semaine ou, le cas échéant, son équivalent mensuel (104 heures) ou celui calculé sur la période définie par l'accord collectif organisant le temps partiel sur une période plurihebdomadaire (C. trav., art. L. 3123-27). Reste qu'un salarié peut tout salarié peut demander, par un écrit motivé, à travailler en dessous de la durée minimale hebdomadaire pour faire face à des contraintes personnelles (ce qui englobe, à coup sûr, les contraintes familiales).

---

proportionnée » (C. trav., art. L. 1121-1) dès lors que l'employeur n'encourt nul grief pour ne pas avoir introduit dans le cercle des bénéficiaires de certains avantages, un salarié qui s'en ait librement (et peut-être provisoirement) exclu en faisant le choix de ne pas livrer à l'employeur les informations nécessaires (V. C. app. Versailles, 14 oct. 2015, n° 14/01865).

**Voie n° 5 - Négociation obligatoire.** Enfin, la vie familiale et c'est là 4<sup>ème</sup> manière, pour le droit, d'en assurer la visibilité, peut être érigé en sujet de négociation obligatoire. C'est ainsi le cas en matière d'accord collectif de mobilité interne (dispositif introduit par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013). L'accord doit en effet comporter des mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale (C. trav., art. L. 224-18). C'est, précisément, cette conciliation qui constitue l'objet imposé de la négociation. On retrouve même logique dans le dispositif du forfait en jours. L'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année doit déterminer « *les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle* » (C. trav., art. L. 3121-64). Plus communément, la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail doit porter sur l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle pour les salariés (C. trav., art. L. 2242-8 1°).

Dans d'autres cas, la vie familiale n'est pas véritablement l'objet de la négociation négociée mais l'une de ses finalités. On pense ici à la négociation sur « *les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale* » (C. trav., art. L. 2242-8 7°).

## **II. Des ressorts de la prise en compte de la vie familiale par le droit du travail**

Que les sphères professionnelle et familiales ne soient pas imperméables l'une à l'autre, nous l'avons déjà dit. Et affirmer que le droit du travail, lorsqu'il intègre dans la substance de ses normes la vie familiale du salarié, le fait dans un souci d'articulation entre la vie professionnelle et la vie de famille est incontestablement vrai, mais renseigne finalement fort peu sur le *sens* de cette articulation. Tenir compte d'un élément relevant d'un registre exogène est toujours manière de l'articuler avec le milieu qui le reçoit.

Comprendre ce que signifie cette prise en compte suppose, croyons-nous, d'en éclairer rapidement les fondements et fonctions (les ressorts).

### **A. Fondement (juridique)**

Il n'est pas question ici de mettre en lumière, les raisons politiques, sociologiques ou idéologiques – l'arrivée massive des femmes sur le marché du travail, la montée en puissance de l'hyper-individualisme et la quête de l'épanouissement personnel et familiale – qui sans doute sans des éléments importants de compréhension de l'émergence en droit du travail de normes intégrant une « dimension familiale ». Nous nous contenterons ici d'identifier ce qui nous semble être le fondement juridique de cette émergence. « Fondement », le mot doit être pris dans un double sens : non seulement ce qui fournit justification (juridique) aux mécanismes ou à l'évolution décrits, mais aussi ce qui en est à l'origine. Or, ce fondement nous semble résider dans la dynamique des droits fondamentaux, et singulièrement du droit à une vie familiale normale.

Cette dynamique des droits fondamentaux fonde à la fois l'organisation, par le droit du travail, de la mise en visibilité de la vie familiale et sa mise en invisibilité. On commencera par le seconde.

Cette mise en invisibilité participe sans conteste du mouvement de promotion des droits et libertés fondamentaux dans l'entreprise (mouvement dont l'amorce, en droit du travail français, peut être situé au début des années 1980). La notion de vie personnelle trouve ainsi solides états non seulement dans le droit des contrats (le salarié n'a pas de compte à rendre à l'employeur au-delà des obligations qu'il a souscrites dans le cadre de son contrat de travail) mais aussi (à l'instar de la notion de discrimination) dans la dynamique puissante des droits fondamentaux. Elle est traduction de l'idée que « *dans tout salarié, il y a un homme auquel des droits fondamentaux sont reconnus* »<sup>34</sup>. Propos relayé par Monsieur Frouin, actuel Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation : « *la personne du salarié à laquelle sont attachés des droits et libertés fondamentaux précède, en quelque sorte, et englobe son statut de salarié marqué par le lien de subordination en le cantonnant* »<sup>35</sup>.

**Gardien des foyers.** Cette mise en invisibilité est ainsi dispositif de protection faisant interdiction, au nom du contrat et des libertés fondamentales (la liberté matrimoniale et la validité des clauses de célibat a été premier terrain de débat<sup>36</sup>), à l'employeur de s'ériger en « gardien des foyers » au nom d'une morale individuelle, d'un « catéchisme familiale », le portant à s'immiscer dans l'organisation de la vie personnelle et familiale de ceux qui travaillent pour lui. Si le salarié met à sa disposition sa force de travail, il ne lui concède en rien la faculté d'organiser sa vie de famille (par ex. en prétendant lui interdire d'avoir des enfants au motif que l'activité du salarié serait incompatible avec une éducation convenable) et de porter jugement sur les choix de vie (célibat, concubinage...) qu'il a pu faire. « *Chacun vit comme il veut, ou comme il peut* »<sup>37</sup>. Cette mise en invisibilité jette sur la vie familiale du droit une voile d'ignorance et institue le droit pour le salarié à l'indifférence de ses choix de vie et de sa manière de « faire famille ». Tout juste, la règle de droit, l'autorise-t-il à invoquer (et à prouver) un trouble caractérisé au fonctionnement de l'entreprise pour en tirer des conséquences sur le destin professionnel du salarié concerné.

**De l'invisible au visible.** Mais bien évidemment, la dynamique des droits fondamentaux, singulièrement du droit à une vie familiale normale que supporte l'article 8 de la CEDH, fonde l'émergence en droit du travail de normes en assurant la visibilité. Comme il a été relevé « *le souci d'effectivité du droit au respect de la vie familiale a conduit les juges européens à mettre en œuvre une protection qui soit la plus large possible. C'est la raison pour laquelle l'Etat ne saurait se contenter de s'abstenir de toute ingérence arbitraire : au titre de ses obligations positives, il doit agir de façon à permettre aux intéressées de mener une vie familiale normale (...)* »<sup>38</sup>. Or, le droit positif ne saurait se contenter, pour garantir au salarié la jouissance de son droit à mener une vie familiale normale, d'interdire à l'employeur de s'immiscer dans le déroulement des affaires de famille de ceux qui travaillent pour lui. Ce droit fondamental, au regard des intrications fortes entre vie professionnelle et vie familiale (et de l'impact que la première peut avoir sur la seconde), suppose bien plus. L'ensemble des mécanismes donnant, d'une manière ou d'une autre consistance à la vie de famille, dans le champ des relations de travail, est manière de donner substance effective à ce droit à une vie familiale normale.

## **B. Fonction(s)**

---

<sup>34</sup> J.M. Verdier, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », Ecrits en l'honneur du Professeur J. Savatier, 1992, p. 427.

<sup>35</sup> J.Y. Frouin, « La protection des droits de la personne et des libertés des salariés », CSBP, 4/1998, p. 123.

<sup>36</sup> CA Paris, 30 avril 1963, D. 1963, 428, note A. Rouast.

<sup>37</sup> G. Cornu, Droit civil. La famille, 9<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, 2006, p. 16.

<sup>38</sup> J.-F. Renucci, Droit européen des droits de l'Homme, 5<sup>ème</sup> éd. LGDJ 2013, p. 209.

Si le droit du travail français prend en compte la vie familiale du salarié (selon des modalités diverses), en en assurant selon les cas l'invisibilité ou la visibilité (*cf. I.*), quelles sont les « fonctions » attachées à cette prise en compte. A quoi sert-elle exactement ? la réponse n'est pas d'un seul bloc. Deux fonctions, l'une instrumentale (1.), l'autre axiologique (2.), semblent pouvoir être mise en lumière. Le droit du travail (ou plus largement le droit social) est ainsi instrument au service d'une politique de la famille et l'expression d'une volonté politique forte, celle de ne pas détacher le salarié de sa famille, de ne pas le réduire à un outil de production. Ce faisant, le droit du travail promeut la valeur famille.

## 1. Fonction instrumentale

Œuvre de justice sociale, le droit du travail est depuis longtemps outil politique de transformation sociale. Instrumentalisé par les politiques de l'emploi (au nom de la lutte contre le chômage), il est aussi outil de politique économique. Sans surprise, il peut encore être mis au service d'objectifs relevant d'une politique de la famille<sup>39</sup>. La fonction qui lui est dévolue par ces politiques familiales est de participer à une transformation profonde, non pas de la famille, mais de la répartition des rôles en son sein. Illustrons le propos.

Si le droit du travail « *a progressivement rejeté toute définition a priori de la distribution des rôles familiaux entre l'homme et la femme* »<sup>40</sup>, rejet qui s'est manifesté dans les normes de droit du travail, par la « neutralisation sexuelle » des sujets qu'elles mettent en scènes juridiques – par la mise en place de « dispositifs asexués » –, il n'a guère permis de modifier certains schémas de répartition des rôles familiaux entre l'homme et la femme. La neutralité affichée, signe d'une égalité revendiquée (et d'une interchangeabilité des rôles), a d'abord été manière de pérenniser modèle inégalitaire des relations de famille.

Aussi, la neutralité a laissé place, timidement, à quelques dispositions plus incitatives, à une « *dynamique interventionniste* »<sup>41</sup>... faisant, ou tentant de faire, du droit social un levier de redéfinition des rôles familiaux. Trois exemples viennent immédiatement à l'esprit.

Les salariés du secteur privé, quel que soit leur sexe, ont la possibilité, sous certaines conditions, de demander un congé parental ou de travailler à temps partiel à l'occasion de la naissance ou de l'arrivée au foyer d'un enfant. L'employeur est tenu dans tous les cas de faire droit à cette demande (C. trav., art. L. 1225-47 et s.). Or, ce congé est généralement pris par les femmes conduisant à reproduire un certain modèle d'organisation familiale, peu en phase avec le souci d'égalité qui traverse aujourd'hui nos sociétés et conduit à repenser les rapports au sein même de la famille et le rôle qui y est dévolu à chacun. Or, les dispositions relevant du droit social (du droit de la sécurité sociale en particulier) ont été mobilisées comme outil de transformation sociale et familiale en incitant (incitation de type pécuniaire avec la création de la prestation partagée d'éducation de l'enfant (PreParee)) – dans la ligne des préconisations de la directive communautaire 96/34 sur le congé parental<sup>42</sup> et en s'inspirant de certains droits étrangers (les droits suédois ou luxembourgeois par ex.) – les pères à prendre un congé parental d'éducation et à s'investir autrement dans l'éducation de leur enfant.

---

<sup>39</sup> K. Garcia, « le droit du travail et la famille », Dr. Social 2009. 12 : « *la prise en compte des données familiales par le droit du travail se trouve aujourd'hui renforcée par la mise en place de politiques familiales* ».

<sup>40</sup> A. Gardin, art. précité.

<sup>41</sup> K. Garcia, art. précité.

<sup>42</sup> Dans ses considérations générales, l'accord cadre estime en effet que « les hommes devraient être encouragés à assumer une part égale des responsabilités familiales ».

La création d'un congé paternité s'inscrit, avec plus de modestie, dans le même horizon. En permettant au père de prendre un tel congé pour l'accueil de leur enfant, le droit du travail œuvre positivement (même si le temps de transformation sociale peut sembler long et lent...), et pas seulement par une inefficace neutralisation sexuelle de la norme, à la transformation des rapports de famille.

On songe enfin, dernier exemple, à la consécration en droit du travail de ces congés permettant au salarié (fils, fille de...) de suspendre un temps leur travail pour pouvoir s'occuper d'un membre de leur famille, frappé par la maladie. Dispositions qui se situent au point de rencontre entre politique de santé publique (prise en charge d'une population vieillissante, manque de places en structure adaptée, volonté de favoriser le maintien à domicile et politique familiale).

## 2. Fonction axiologique

**Valeur famille.** Le droit du travail, en assurant la mise en visibilité de la vie familiale exprime une idée simple et forte – aussi forte que simple : si les machines-outils n'ont pas de liens familiaux, pas de généalogie, ni ascendance, ni descendance, le salarié lui s'inscrit dans une histoire familiale. L'en détacher, faire *comme si* il pouvait en être isolé, serait façon, en « l'invisibilisant, » de mettre la famille en danger.

Si la famille trouve inscription dans les règles du droit du travail c'est parce qu'elle est valeur sociale fondamentale, structure de base de l'organisation sociale. L'entreprise doit faire avec la famille ; la promotion de la première ne peut passer, sans grand danger, par le sacrifice de la seconde. La réduction des travailleurs à des nomades *a-historique*, sans attaches familiales, fait courir le risque, grand, d'une véritable désagrégation sociale, morale et politique... Le droit du travail a donc aussi pour fonction d'instaurer juste équilibre entre les exigences du travail et l'harmonie du cercle familial, d'articuler ces deux sphères<sup>43</sup>, constitutives de l'identité individuelle du salarié et piliers de nos structures sociales. Le droit du travail est aussi droit du lien familial.

**Modèles familiaux pluriels (de même valeur).** Par ailleurs, et d'un autre point de vue, la mise en invisibilité qu'organise le droit du travail (*cf. I*), si elle protège le salarié de l'immixtion patronale dans ses choix de vie permet également de garantir le choix social, sociétal, de reconnaître la légitimité de différentes manières de faire couple et famille. Le droit du travail est, réceptacle des modèles familiaux (conjugaux) que consacre l'ordre juridique ; il les imprime et les exprime. Ainsi, le pacte civil de solidarité, instauré par une loi du 15 novembre 1999, a été introduit dans nombre de dispositions du code du travail (par ex., art. L. 1225-35, L. 3142-1 ou L. 3141-14). La possibilité pour le salarié de se faire assister ou représenter en matière prud'homale a été étendue au partenaire pacsé par l'article 2 de la loi du 20 décembre 2007. La quasi-totalité des congés familiaux rémunérés sont désormais ouverts aux couples pacsés. Initialement réservé au père (et donc donnant à voir un modèle familial de type hétérosexuel), le congé de paternité, renommé, congé « de paternité et d'accueil de l'enfant » s'est ouvert à d'autres bénéficiaires potentiels<sup>44</sup>. Il peut ainsi être attribué, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, au conjoint salarié de la mère ou à la personne salariée liée à elle par un pacte civil de

---

<sup>43</sup> C. Lefevre, A. Pailhe et A. Solaz, « Comment les employeurs aident-ils leurs salariés à concilier travail et famille ? », Population et sociétés, décembre 2007, n° 440, p. 1 ; V. Pecresse, « Rapport sur la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle », extraits publiés au BS 2007, n° 7, p. 435.

<sup>44</sup> Le décret n° 2008-32 du 9 janvier 2008 relatif aux conditions d'indemnisation du congé de paternité, JO du 11 janvier 2008 autorise celui dont l'enfant est mort sans avoir pu accéder à la personnalité juridique à bénéficier de ce congé.

solidarité (L. fin. séc. soc., no 2012-1404, 17 déc. 2012, JO 18)<sup>45</sup>. La partenaire homosexuelle de la mère en est donc désormais bénéficiaire. Le droit du travail fait bien, dans son champ, écho aux évolutions sociojuridique qui re-modèlent la famille. Si, le législateur a progressivement étendu certains avantages jusqu'alors réservés aux époux aux partenaires d'un pacte civil de solidarité, la situation du concubin tend également à se rapprocher de celui du salarié marié (même s'il se voit encore privé de certains droits)<sup>46</sup>. Et si la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ne prévoit aucune modification des articles du Code du travail, elle dispose cependant que l'ensemble des dispositions législatives sexuées s'appliquent désormais aux couples de même sexe. Un employeur, nous l'avons déjà dit, ne serait donc promouvoir un certain modèle familial (l'union hétérosexuelle), par ex. en réservant certains avantages aux salariés qui s'y conforment, sans commettre une discrimination !

Si l'ordre juridique opère encore quelques distinctions entre les différentes formes de couples, elles ne cessent de s'estomper. L'ordre juridique ne manifeste plus pour le mariage, en contemplation du droit du travail, qu'une préférence marginale... Permettre à l'employeur d'opérer entre ces modèles familiaux une distinction, une préférence, ce serait prendre de revers la pluralité des modèles – un « *droit des modalités variables de la vie familiale* »<sup>47</sup> – institué par l'ordre juridique objectif. Ce serait permettre à un acteur privé de réintroduire une « échelle de valeur » dont l'ordre juridique s'efforce, peu à peu, de briser les barreaux.

---

<sup>45</sup> En ce qui concerne la parentalité, elle avait, par le passé, refusé d'attribuer le congé de paternité à la partenaire homosexuelle d'une mère de famille (Cass. 2e civ., 11 mars 2010, no 09-65.853 ).

<sup>46</sup> Par ex., pas de droit à prendre des congés payés simultanés... Pour un recensement systématique, Ch. Mathieur, art. précité.

<sup>47</sup> Ibidem.