

**Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten
Conférence Suisse des Délégué-e-s à l'Égalité entre Femmes et Hommes
Conferenza Svizzera delle Delegate alla Parità fra Donne e Uomini**

SECO
Direction du travail
Affaires internationales du travail
Effingerstrasse 31
3003 Berne

par courrier électronique
elisabeth.muller@seco.admin.ch

Liestal, le 30 août 2011

Procédure de consultation : 07.455 Iv. Pa. Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité

Madame, Monsieur,

La Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité entre femmes et hommes (CSDE), qui regroupe tous les bureaux de l'égalité officiels de Suisse, profite de la consultation pour vous communiquer ses déterminations sur l'initiative parlementaire relative à la ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité.

1. Préambule

La CSDE salue résolument la volonté de ratification de la Convention n° 183 de l'OIT par la Suisse. Afin de s'assurer de la compatibilité de son ordre juridique avec les exigences internationales, la Suisse doit fixer, une fois pour toute, le principe de la rémunération des pauses d'allaitement dans la loi fédérale sur le travail. Cette modification représente le principal progrès dont pourront bénéficier les mères actives professionnellement qui désirent continuer à allaiter leur enfant.

2. A propos du champ d'application de la C183

En Suisse, les thématiques de la maternité et de l'allaitement ne sont pas réglées par une loi unique mais par diverses dispositions réparties dans le Code des obligations (CO), la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail (LTr) et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'ordonnance 1 (OLT1), la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal) et la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG).

Comme évoqué en introduction, le progrès principal résultant de la ratification de cette convention par la Suisse consiste, pour les mères, en l'assurance que les pauses d'allaitement seront désormais non seulement comptées comme temps de travail mais également rétribuées en conséquence. Afin de rendre cette ratification possible, une adaptation de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail (LTr) est nécessaire. L'art. 35a LTr devra désormais expressément mentionner que ces pauses sont rémunérées.

L'art. 2 par. 2 C183 « autorise, après consultation des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs intéressés, l'exclusion partielle ou totale du champ d'application de la convention de catégories limitées de travailleuses si l'application de la convention à ces catégories soulève des problèmes spéciaux d'une importance particulière ».

Or, la LTr exclut de son champ d'application, partiellement ou totalement, de nombreuses catégories de personnes et de types d'entreprises, notamment :

- Les administrations fédérales, cantonales et communales
- Les entreprises soumises à la législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics
- Les entreprises agricoles
- Les entreprises se livrant surtout à la production horticole de plantes
- Le personnel domicilié en Suisse de l'administration publique d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale
- Les équipages des entreprises suisses de transport aérien
- Les travailleurs et travailleuses qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique
- Les enseignant-e-s des écoles privées
- Les travailleurs et travailleuses à domicile
- Les voyageurs et voyageuses de commerce selon la législation fédérale.

Il est vrai, comme le mentionne le rapport explicatif de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (ci-après le rapport explicatif) en page 5, que pour les administrations publiques, en vertu de l'art. 3a LTr, l'art 35 LTr sur la protection de la santé de la travailleuse durant la grossesse est applicable à l'administration fédérale ainsi qu'aux administrations cantonales et communales. Il convient cependant de préciser que l'art. 35a LTr sur l'occupation durant la maternité et l'art. 60 OLT1 sur la durée de travail en cas de grossesse et de maternité et le temps consacré à l'allaitement ne leur sont pas applicables. En effet, selon le commentaire de l'art. 3a LTr proposée par le SECO¹, « les prescriptions de protection des femmes enceintes et qui allaitent non fondées sur l'article 35 de la loi ne s'appliquent pas aux entreprises et travailleurs concernés par l'article 3a. En premier lieu, ceci est valable pour les articles 35a (occupation durant la maternité) et 35b (déplacement de l'horaire et paiement du salaire) ». Or, ce sont bien les modifications envisagées à l'art. 35a LTr qui représentent un réel changement pour les mères et qui ne seront par conséquent pas applicables de facto à de nombreuses catégories de travailleuses, en particulier à toutes celles du secteur public.

Sachant que, selon le commentaire de l'art. 2 par. 3 C183 du rapport explicatif, la Suisse fera usage de la possibilité d'exclure les catégories de travailleuses non couvertes par la LTr pour ce qui touche aux mesures prévues aux articles 3 et éventuellement 10 de la C183 et au vu du nombre de personnes et d'entreprises exclues partiellement ou totalement du champ d'application de la LTr, la question se pose de savoir s'il est réellement possible de considérer que les personnes exclues du champ d'application de la convention constituent, selon la formule retenue par l'art. 2 par. 2 C183 « des catégories limitées de travailleuses » ?

Une solution qui mériterait d'être examinée pourrait consister à régler tous les aspects de la maternité au travail au sein d'une loi spéciale.

3. A propos de la protection de l'emploi et de la non-discrimination

L'article 8 C183 décrète qu'il est interdit à l'employeur de licencier une femme pendant sa grossesse, le congé de maternité ou le congé en cas de maladie ou de complication ou pendant une période suivant son retour de congé (à déterminer par la législation nationale), sauf pour des motifs sans lien avec la grossesse, la naissance de l'enfant et ses suites ou l'allaitement. L'article 9 C183 impose aux Etats membres de prendre des mesures propres à garantir que la maternité ne constitue pas une source de discrimination en matière d'emploi. Les articles 8 et 9 C183 établissent donc des régimes

¹ Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, Berne avril 2001, cinquième mise à jour 2010. <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=fr>

complémentaires qui diffèrent en ce qui concerne la période de protection, les mesures de protection et les sanctions. Le premier article instaure une période de protection stricte au cours de laquelle un licenciement lié à la maternité serait considéré comme nul de plein droit. L'article 9 prévoit quant à lui une période de protection plus étendue et vise tous les actes de discrimination relatifs à la maternité à l'encontre des travailleuses.

Le droit suisse connaît ce système de « coexistence » d'une période de protection stricte et d'une période de protection plus étendue en matière de maternité. En effet, la travailleuse est protégée contre le licenciement :

- Conformément à l'art. 336c al. 1 let. c CO, durant une période stricte, à savoir pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement. Si le renvoi intervient durant cette période, le licenciement est considéré comme une résiliation en temps inopportun et est sanctionné de nullité.
- Conformément à l'art. 336 al. 1 let. a CO et aux articles 3 al. 1 et 2 LEg et 5 al. 1 et 2 LEg, durant une période plus étendue, c'est-à-dire au cours de toute la durée du contrat de travail, si le renvoi intervient en dehors de la période strictement protégée mais qu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie (la maternité et l'allaitement faisant partie des raisons inhérentes à la personnalité²). Ce congé est alors considéré comme abusif ou discriminatoire et donne droit à une indemnité.

Il convient de préciser que l'interdiction de discriminer à raison du sexe prévue à l'art. 8 de la Constitution fédérale et aux articles 3 et 5 LEg porte sur toute la relation d'emploi (et pas uniquement en cas de licenciement) et s'applique notamment aussi lors de discriminations à l'embauche, dans l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail, la rémunération, la formation, le perfectionnement professionnel et la promotion³. Or, comme le faisait déjà remarquer la CSDE dans sa prise de position relative à la révision partielle du code des obligations (sanctions en cas de congé abusif ou injustifié)⁴, l'indemnité de trois mois de salaire au maximum allouée pour discrimination à l'embauche apparaît non seulement comme non conforme aux exigences communautaires en matière d'efficacité de la sanction, mais aussi comme insuffisante au regard de plusieurs traités internationaux ratifiés par la Suisse garantissant le droit à un recours effectif à une instance nationale. Cette sanction est d'autant moins efficace qu'il n'existe en matière d'embauche aucun allègement du fardeau de la preuve au sens de l'art. 6 LEg. Il semble par conséquent que le droit suisse ne satisfasse pas entièrement aux exigences de l'art. 9 de la Convention n° 183 OIT. Il faudrait pour ce faire que le maximum de l'indemnité pour discrimination à l'embauche (art. 5 al. 4 LEg) soit également augmenté de trois à six mois de salaire.

Les auteur-e-s du rapport explicatif se sont posé la question de savoir si la protection contre le licenciement prévue par la C183 pour cause d'allaitement est valable pendant toute la durée de l'allaitement ou si elle est limitée pour une période fixée par la législation nationale suivant le retour de la mère au travail après le congé maternité et ont requis l'avis du BIT. Celui-ci a estimé que la C183 laissait le soin aux Etats qui ratifient la convention de déterminer la période de protection suivant le retour dans l'emploi et ne prévoyait pas une obligation d'étendre cette période à toute la durée de l'allaitement.

La CSDE estime qu'il ne s'agit pas seulement de savoir si la période de protection contre le licenciement pour cause d'allaitement est valable pendant toute la durée de l'allaitement mais surtout de se demander s'il existe en Suisse, comme l'exige l'art. 8 C183, une réelle protection de la mère (allaitante ou non) à son retour du congé de maternité.

Selon le BIT, le droit suisse semble conforme à la convention dans la mesure où il apparaît qu'une femme qui allaite et reprend son travail à l'expiration de la période de 14 semaines de congé maternité bénéficierait encore de 2 semaines de protection puisque l'article 336c al. 1 let. c CO protège contre le licenciement durant les 16 semaines suivant l'accouchement.

² Voir à ce sujet Gabriel Aubert et Karine Lempen (Ed.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, Slatkine, 2011, p.56-57

³ Aubert/Lempen, op.cit., p. 42

⁴ http://www.equality.ch/pdf_f/xS_CO_f.pdf

La CSDE ne partage pas l'avis du BIT. Elle tient tout d'abord à rappeler que la protection de 16 semaines suivant la naissance contre le licenciement s'applique à toutes les mères, qu'elles allaitent ou non. En outre, comme le soutient à juste titre Josiane Aubert dans son argumentaire à l'appui de la motion 10.3514⁵, « il n'est pas rare que les salariées qui accouchent prolongent la période du congé maternité grâce à un solde de vacances ou d'heures supplémentaires ou, pour celles qui peuvent se le permettre, par un congé non payé ». Par ailleurs, un grand nombre de femmes, à savoir notamment toutes les genevoises, de nombreuses travailleuses dont le contrat est soumis à une CCT ainsi que quasiment toutes les fonctionnaires (celles de la Confédération, de 22 cantons et de plusieurs municipalités) bénéficient déjà d'un congé de maternité de 16 semaines. Les femmes qui recommencent à travailler après seize semaines ne bénéficient par conséquent d'aucune protection contre le licenciement au retour du congé de maternité. Les cas d'espèce ne font d'ailleurs pas défaut et les bureaux cantonaux de l'égalité se font régulièrement l'écho de jeunes mères licenciées au lendemain de leur retour du congé de maternité.

Le Conseil fédéral, dans sa réponse du 1^{er} septembre 2010 à la motion susmentionnée, a estimé que l'article 336c CO visait à « protéger le travailleur dans des situations où il est très peu vraisemblable qu'il retrouve un travail au terme du délai de congé » et que « le seul fait d'allaiter ne semble pas constituer un tel obstacle pour la travailleuse, contrairement à la grossesse et à la période qui suit l'accouchement ». Cet argument paraît peu convaincant. La CSDE considère au contraire que la mère d'un nourrisson et plus particulièrement encore la femme qui interrompt son travail durant la journée pour allaiter son enfant ou tirer son lait se trouve, vis-à-vis de son employeur, dans une position de vulnérabilité comparable à celle de la femme enceinte ou qui vient d'accoucher. A ce titre, elle mérite d'être protégée de manière adéquate et c'est là précisément l'objectif de l'art. 8 C183. Au demeurant, si l'on tient compte du fait que l'art. 336c al. 1 let. a CO accorde au travailleur ou à la travailleuse accomplissant un service obligatoire une protection contre le licenciement non seulement durant le service mais également pendant les quatre semaines qui le précèdent et qui le suivent, les deux semaines de protection dont peuvent bénéficier certaines mères au retour de leur congé maternité paraissent clairement insuffisantes.

- **Par conséquent, la CSDE estime que la législation suisse n'est pas compatible avec l'article 8 de la Convention n° 183 de l'OIT sur le point de la protection de la travailleuse au retour de la maternité et propose que l'article 336c al. 1 let. c du Code des obligations soit modifié de manière à ce que toutes les mères bénéficient d'une protection contre le licenciement de six mois depuis l'accouchement.**

4. A propos des mères qui allaitent

La CSDE accueille avec enthousiasme le principe de l'art. 10 C183 garantissant aux mères le droit à des pauses d'allaitement rémunérées.

Le fait que la notion de rémunération des pauses d'allaitement ne soit pas expressément mentionnée à l'art. 35a LTr et à l'art. 60 OLT1 a actuellement deux conséquences principales :

- d'une part, au vu de la formulation desdits articles, la grande majorité des femmes ne se pose même pas la question de la rémunération de ces pauses et part de l'idée qu'elles sont payées.
- d'autre part, les mères allaitantes qui constatent que leur salaire est amputé du montant correspondant au temps de l'allaitement se voient contraintes d'introduire une procédure en justice pour tenter de récupérer les déductions opérées.

En effet, la règle de l'art. 35a LTr libère la travailleuse de son obligation de fournir la prestation de travail mais n'oblige pas l'employeur à verser le salaire pendant les périodes dévolues à l'allaitement. L'article 60 al. 2 OLT 1 n'instaure pas non plus une obligation de verser le salaire mais détermine quelle durée consacrée à l'allaitement peut être qualifiée de temps de travail. Par conséquent, en l'absence d'une réglementation explicite, l'obligation de verser le salaire se fonde sur les dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail et notamment sur l'art. 324a CO. Cet article donne au travailleur ou à la travailleuse le droit de recevoir son salaire s'il ou elle est empêché-e de

⁵ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103514

travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne. Au retour du congé-maternité, le versement du salaire pour le temps pris pour l'allaitement dépendra donc de la question de savoir si l'allaitement peut être rangé au nombre des causes inhérentes à la personne de la travailleuse entraînant en tant que tel un empêchement de travailler. L'article 324a al. 1 CO n'énumérant pas de manière exhaustive les causes possibles d'empêchement, il revient à la jurisprudence de décider si l'allaitement est un cas d'application de cette disposition. Ce point n'a toutefois pas encore fait l'objet d'une décision du Tribunal fédéral.

Le Conseil fédéral s'est exprimé à ce sujet dans sa réponse à la motion 10.3516 déposée le 17 juin 2010 par Maria Roth-Bernasconi⁶. Il a estimé que « les articles 35 et 35a LTr et leurs dispositions d'exécution, notamment l'art. 60 al. 2 OLT 1, permettent de tenir compte de la situation particulière de la travailleuse qui allaite en empêchant que son activité professionnelle ne porte atteinte à sa santé et en lui permettant de se libérer de son obligation de travailler pour allaiter. L'art. 324a CO pose un cadre adéquat pour régler la question du versement du salaire. Cette disposition peut, au vu des conditions qu'elle pose, s'appliquer au cas de l'allaitement. L'interprétation et l'application de cette disposition peuvent être laissées à la jurisprudence, sans qu'il faille régler la question explicitement dans la loi ».

Contrairement aux déclarations du Conseil fédéral, la CSDE estime que l'art. 324a CO ne représente absolument pas un cadre adéquat pour régler la question. Nous en voulons pour preuve le fait que ce point n'a encore jamais fait l'objet d'une décision du tribunal fédéral alors que les articles 35 et 35a LTr sont entrés en vigueur le 1^{er} août 2000. A notre connaissance, une seule femme a pour l'instant ouvert action contre son employeur dans le canton de Genève parce celui-ci avait déduit de son salaire le temps qu'elle consacrait à tirer du lait pour son bébé. Elle a été déboutée par le Tribunal des Prud'hommes⁷, lequel a considéré que la base légale obligeant l'employeur à payer ce temps de travail n'existait pas.

L'inscription du principe de rémunération des pauses d'allaitement à l'art. 35a LTr représente par conséquent un progrès significatif pour les mères. La CSDE craint cependant que la seule modification de l'art. 35a LTr ne règle pas la situation de la rémunération des pauses d'allaitement lorsque la travailleuse quitte son lieu de travail pour allaiter. Elle estime dès lors qu'une mention expresse prescrivant la rémunération, pour moitié, du temps de l'allaitement également lorsque celui-ci a lieu hors de l'entreprise doit figurer à l'art. 60 OLT 1. Si aucune modification de l'art. 60 OLT 1 n'est envisagée, il y a un risque de retour aux interprétations qui prévalent à ce jour.

- **La CSDE propose que l'art. 60 al. 2 let. a et b OLT 1 soit modifié et que la notion de rémunération du temps de travail consacré à l'allaitement y figure expressément.**

En vous remerciant par avance de l'attention que vous voudrez bien porter à nos observations, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre parfaite considération.

Au nom de la Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité, la Présidente:



Sabine Kubli

⁶ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103516

⁷ Numéro de la cause : C/16045/2010-5. La plaignante a déposé un recours devant la Chambre des Prud'hommes du canton de Genève, laquelle n'a pas encore statué.