

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/16045/2010-5

CAPH/175/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

Du 27 octobre 2011

Entre

Madame B _____, appelante d'un jugement TRPH/113/2011 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 15 février 2011, comparant par Me Christian BRUCHEZ en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

T _____ SA, sise à Bienne, intimée, comparant en personne ,

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 27 octobre 2011

EN FAIT

- A. Par acte déposé le 31 mars 2011 au greffe de la Cour de justice, B_____ recourt contre un jugement rendu le 15 février 2011, reçu le 1^{er} mars 2011, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes l'a déboutée des fins de sa demande contre T_____ SA (ci-après: T_____ SA), en paiement de 886 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 15 février 2010.

B_____ conclut à l'annulation de ce jugement et reprend les conclusions précitées.

T_____ SA sollicite le rejet du recours, le jugement entrepris devant être confirmé.

- B. Les faits pertinents suivants résultent du dossier:

a) T_____ SA est une société sise dans le canton de Berne. Elle a pour but notamment de procurer des services dans le domaine des informations électroniques et la transmission des nouvelles par la radio et les voies de télécommunication.

B_____ a été engagée par T_____ SA, pour une durée indéterminée, dès le 1^{er} octobre 2007, en qualité de rédactrice du sous-titrage SR à 60%, pour un salaire mensuel brut de 3'180 fr., payable treize fois l'an. Les dispositions générales relatives au contrat de travail conclu avec T_____ SA prévoyaient, en cas d'accouchement, dès la deuxième année de service, le paiement de 100% du salaire assuré pendant quatorze semaines ainsi que deux semaines à concurrence de 100% accordées en plus par l'employeur.

b) Le 6 juin 2009, B_____ a donné naissance à une fille.

c) Par courriel du 25 septembre 2009, T_____ SA a précisé à B_____ qu'elle pouvait quitter son travail pour allaiter ou le faire sur place. Le temps d'allaitement sur le lieu de travail serait entièrement compté comme temps de travail. Si elle quittait son lieu de travail pour allaiter, la moitié de ce temps serait considérée comme temps de travail. En tout état, le temps consacré à l'allaitement ne serait pas rémunéré. Ses horaires pouvaient être aménagés pour qu'elle puisse allaiter.

B_____ a répondu à T_____ SA, par courriel du 1^{er} octobre 2009, lui faisant notamment part de sa déception quant à la déduction du temps d'allaitement sur le salaire et précisant avoir envisagé de tirer son lait sur son lieu de travail (à raison de deux fois par jour pendant deux mois) et non pas de rentrer à son domicile pour allaiter son enfant.

Lors de la reprise du travail de B_____ le 12 octobre 2009, il avait été convenu avec T_____ SA que chaque pause serait enregistrée sur la timbreuse de l'entreprise, ce qui a été fait.

Par courriel du 11 novembre 2009 adressé à T_____ SA, B_____ a souligné que le fait de tirer son lait sur son lieu de travail lui prenait peu de temps. Elle demandait à son employeur de lui « faire parvenir les calculs exacts correspondant à ce temps et aux déductions ». Elle réclamait en outre, concernant le fait que ce temps était décompté de son salaire, de connaître la base de cette décision, en particulier sur quel règlement la société s'était fondée. Elle relevait que des entreprises telles que SSR, Migros, Coop et La Poste rémunéraient le temps consacré à l'allaitement sur la seule base de l'art. 60 OLT 1.

T_____ SA a répondu à B_____, par courriel du 13 novembre 2009, que la société disposait de ses propres règlements, par rapport notamment à SSR. La loi sur le travail n'imposait pas de rémunérer le temps consacré à l'allaitement. Le temps décompté pour le mois d'octobre, dès le 12, était de 4.55 heures, ce qui correspondait à 156 fr.

Par courrier du 16 janvier 2010, le Syndicat Suisse de mass média (ci-après SSM), mandaté par B_____, a reproché à T_____ SA d'interpréter l'art. 60 OLT 1 de manière restrictive en effectuant des retenues sur le salaire de celle-ci en relation avec le temps d'allaitement. En effet, la majorité des entreprises, dont SSR, et la plupart des cantons ne procédaient pas à de telles retenues. T_____ SA était donc priée « d'appliquer la même politique d'ouverture que (sa) maison mère la SSR » et, ce faisant, de verser à B_____ la somme de 382 fr. 80 déduite de son salaire.

Par courrier du 25 janvier 2010, T_____ SA a répondu au SSM que si la loi sur le travail prévoyait que le temps consacré à l'allaitement sur le lieu de travail était à considérer comme temps de travail, elle ne prévoyait toutefois pas sa rémunération. La renonciation par certaines entreprises à procéder à une retenue salariale relevait d'une interprétation extensive de l'article 60 OLT 1. Par ailleurs, T_____ SA n'était pas une filiale de SRG/SSR et disposait de ses propres règlements.

d) Durant toute la période d'allaitement de son enfant, B_____ a reçu mensuellement un décompte du temps consacré à l'allaitement, le salaire y afférant étant déduit de son salaire. Ainsi, les montants suivants ont été déduits de sa rémunération : 146 fr. 80, soit 4.28 heures, pour le mois de novembre 2009 ; 57 fr. 60, soit 1.68 heures, pour le mois de décembre 2009 ; 171 fr. 55, soit 4.99 heures, pour le mois de janvier 2010 ; 165 fr. 30, soit 4.82 heures, pour le mois de février 2010 ; 130 fr. 35, soit 3.80 heures, pour le mois de mars 2010 ; enfin 59 fr., soit 1.72 heure, pour le mois d'avril 2010 ; soit un total de 886 fr. 20.

B_____ est actuellement toujours employée auprès de T_____ SA.

C. Le 13 juillet 2010, B_____ a saisi la Juridiction des prud'hommes de la demande susmentionnée.

Admettant que l'art. 35 LTr ne donnait pas un droit au salaire, elle a invoqué l'application de l'art. 324a CO, soutenant que dès la reprise de son travail au terme du congé maternité, le temps passé à allaiter - ou à tirer son lait - était, durant la première année de vie de son enfant, constitutif d'un empêchement de travailler

non fautif. Nier le droit au salaire relatif à ce temps contrevenait au principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 3 al. 1 LEg), la femme ne pouvant pas prolonger son temps de travail pour s'assurer le même salaire qu'un homme (art. 60 al. 1 OLT 1). Son interprétation de l'art. 324 al. 1 CO était conforme à l'art. 24 ch. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, selon laquelle les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et prenaient des mesures pour que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur les avantages de l'allaitement au sein et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information. Par ailleurs, l'OMS préconisait expressément d'allaiter les nourrissons exclusivement au sein jusqu'à l'âge de six mois et de poursuivre l'allaitement jusqu'à l'âge de deux ans.

T_____ SA a conclu au déboutement de B_____. Le montant réclamé était admis dans sa quotité, mais le principe du paiement du salaire en cas de non exécution du travail pour cause d'allaitement était litigieux. La loi n'imposait pas, selon elle, un tel paiement. A son avis, l'art. 324a al. 3 CO ne s'appliquait pas à la maternité et donc pas non plus à l'allaitement. Les critiques de B_____ sur les restrictions de l'assurance perte de gains en cas de maternité - qui liaient les tribunaux - devaient être adressées au législateur.

A l'appui de son jugement, le Tribunal des prud'hommes a retenu, en substance, que l'art. 324a CO ne s'appliquait pas à la maternité ni à l'allaitement depuis l'entrée en vigueur de l'assurance maternité en 2005. Le temps consacré à l'allaitement sur le lieu de travail ne pouvait pas être assimilé à une incapacité de travail non fautive de la travailleuse. L'obligation des parents de prendre soin de leur enfant ne fondait pas une obligation d'allaitement pour les mères au-delà du congé maternité. Le Tribunal a relevé dans un obiter dictum, et en dehors du cadre des débats, qu'il pourrait exister une inégalité de traitement entre les personnes qui prennent plusieurs pauses par jour pour fumer des cigarettes sans réduction de leur salaire et les femmes qui se voient décompter le temps d'allaitement sur leur rémunération. Il a toutefois retenu qu'il s'agissait de situations complètement différentes ne permettant pas de fonder l'obligation pour l'employeur de payer le salaire en cas d'allaitement.

- D.** Dans son appel, B_____ a repris, en substance les arguments présentés aux premiers juges. Par ailleurs, ayant relevé la possibilité d'une inégalité de traitement entre les fumeurs et les femmes qui allaitent au travail, le Tribunal aurait dû faire droit à sa demande.

T_____ SA a maintenu l'argumentation selon laquelle B_____ ne pouvait fonder aucun droit sur l'art. 324a CO, soutenant qu'en tout état, le régime dérogatoire prévu par le contrat, avantageux pour B_____, était applicable (art. 324a al. 4 CO).

EN DROIT

- 1.** Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 212), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de

la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un recours dirigé contre un jugement notifié aux parties après le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure.

Le recours a été interjeté dans le délai de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 319 let. a et 321 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

Comme les conclusions de première instance portent sur une valeur litigieuse inférieure à 10'000 fr. en capital, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

- 2. 2.1.** Sous la note marginale "Protection de la santé durant la maternité", l'art. 35 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) prévoit que l'employeur doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises et aménager leurs conditions de travail en conséquence (al. 1). L'ordonnance peut interdire, pour des raisons de santé, l'occupation des femmes enceintes et des mères qui allaitent à des travaux pénibles ou dangereux, ou l'assortir de conditions particulières (al. 2). Les femmes enceintes et les mères qui allaitent qui ne peuvent être occupées à certains travaux en vertu de l'al. 2 ont droit à 80 % de leur salaire, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature, lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé (al. 3).

Sous la note marginale "Occupation durant la maternité", l'art. 35a LTr prévoit que les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement (al. 1). Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement (al. 2). Les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent (al. 3). Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures (al. 4).

Au cours de la première année de la vie de l'enfant, l'intégralité du temps consacré à l'allaitement est réputée temps de travail lorsque la travailleuse allaite son enfant dans l'entreprise (art. 60 al. 2 lit. a OLT 1), la moitié du temps consacré à l'allaitement étant réputée temps de travail lorsque la travailleuse quitte son lieu de travail pour allaiter (lit. b). Aucun rattrapage, ni antérieur, ni ultérieur, n'est dû pour la seconde moitié du temps consacré à l'allaitement, qui n'est pas non plus imputée sur d'autres périodes de repos ou de repos compensatoire légales (lit. c).

Les dispositions susmentionnées, qui concernent la protection de la mère et le temps de travail octroient, notamment à la mère qui allaite, une protection particulière. Ces dispositions ne prévoient pas, cependant, un droit pour la travailleuse d'exiger le paiement de son salaire durant le temps consacré à l'allaitement.

Concernant l'allocation de maternité, le Conseil fédéral a relevé, du point de vue de la politique sociale et familiale, qu'il importait d'accorder à la mère une période

de repos après l'accouchement, lui permettant de récupérer, de s'occuper du nouveau-né et de développer la relation mère-enfant sans être accablée par des soucis financiers. Selon le Conseil fédéral, il aurait été envisageable de prévoir une solution plus généreuse mais un projet plus ambitieux risquait d'être rejeté par le peuple. Le projet proposé était plutôt modeste mais loin d'être minimaliste (Avis du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 au sujet du rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 3 octobre 2002 sur l'initiative parlementaire sur la révision de la loi sur les allocations pour perte de gain, extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative (Triponez Pierre) (FF 2003 p. 1032 ss).

2.2. Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (art. 324a al. 1 CO).

Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2).

En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure (al. 3).

Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (al. 4).

L'art. 324a al. 1er CO a pour but social de mettre partiellement à la charge de l'employeur le risque d'incapacité de travail qui doit en principe être supporté par le travailleur (ATF 122 III 268 = JT 1997 I 336).

Dans son rapport sur l'initiative parlementaire susmentionnée sur la révision de la loi sur les allocations pour perte de gain, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a relevé que le droit à l'allocation durant le congé-maternité étant désormais régi par la LAPG, l'art. 324a al. 3 CO n'avait plus de sens pour la période suivant l'accouchement. Aussi était-il adapté pour ne plus se concentrer que sur les empêchements de travailler inhérents à la grossesse de la travailleuse (Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 3 octobre 2002, FF 2002 6998).

Appelée à se prononcer sur l'application de l'art. 324a CO aux conséquences d'une incapacité non fautive de travailler liée à l'accouchement, la Cour d'appel des prud'hommes a retenu que, dès lors que le catalogue de l'art. 324a al. 1 CO n'était pas exhaustif s'agissant des causes d'empêchement non fautif de travailler et que les articles 324a et 324b CO couvraient la même notion d'empêchement de travailler, il convenait d'admettre une telle application, l'intention du législateur

n'ayant jamais été de réduire la protection antérieurement existante (CAPH/184/2008 et réf. cit.).

En outre, selon le Conseil fédéral, le versement du salaire pour le temps pris pour l'allaitement dépendra 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'art. 324a al 1 CO n'énumérant pas les causes possibles d'empêchement de manière exhaustive, il revenait à la jurisprudence de décider si l'allaitement était un cas d'application de cette disposition. Ce point n'avait pas encore fait l'objet d'une décision du Tribunal fédéral. Selon le Conseil fédéral, l'art. 324a CO posait un cadre adéquat pour régler la question du versement du salaire en cas d'allaitement sans qu'il faille la régler explicitement dans la loi, l'interprétation et l'application de cette disposition pouvant être laissées à la jurisprudence (Réponse du Conseil fédéral du 1^{er} septembre 2010 à la motion parlementaire 10.3516 "Allaiter au travail" de Maria Roth-Bernasconi du 17 juin 2010, pce 15 recourante).

Compte tenu de ce qui précède, la solution du problème présentement soumis à la Cour relève de l'art. 324a al. 1 CO. Il convient donc de déterminer si les conditions d'application de cette disposition sont réalisées.

2.3. Les causes d'empêchements de travailler non mentionnées à l'art. 324a CO mais usuellement reconnues comme entrant dans le champ d'application de l'art. 324a al. 1 CO sont notamment les suivantes: le mariage du travailleur, la naissance d'un enfant dans le ménage du travailleur, le décès d'un proche dans la famille du travailleur, la consultation urgente d'un médecin ou d'un dentiste, le passage d'un examen professionnel, la détention préventive non fautive (arrêt du Tribunal fédéral 4C.74/2000 consid. 4b), les congés accordés au travailleur (soumis à la LTr) ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours (art. 36 al. 3 LTr) (WYLER, Droit du travail, Berne 2008, p. 221).

Le Tribunal fédéral a notamment été amené à se poser la question de savoir si l'"acceptation volontaire d'une obligation légale" pouvait être considérée comme fautive au sens de l'art. 324a al. 1 CO. Il convenait à cet égard, de tenir compte, dans une perspective sociale, aussi bien de l'intérêt du travailleur à l'exercice de ses droits constitutionnels que de l'intérêt public à l'accomplissement d'obligations légales. Une faute du travailleur devait être niée lorsque ces intérêts l'emportaient sur celui de l'employeur à l'accomplissement du travail. Ainsi, en particulier, l'accomplissement d'une mesure d'astreinte au travail pour objection de conscience conformément à l'art. 81 ch. 2 CPM constitue un empêchement de travailler non fautif au sens de l'art. 324a al. 1^{er} CO, de même que l'engagement pris par une femme de servir dans l'armée (ATF 122 III 268 = JT 1997 I 336).

Interprétant le terme "maladie" dans un sens large (art. 324a al. 1 CO), il a été retenu que, conformément à l'obligation légale prévue par les art. 276, 163 et 328 CC, ce terme recouvrait spécifiquement l'hypothèse de la présence d'un parent auprès de l'enfant lorsque la vie de celui-ci était en danger (CAPH/184/2008).

S'exprimant sur la question d'une éventuelle obligation de rémunérer le temps consacré à l'allaitement par l'employée sur son lieu de travail au terme du congé-maternité, certains auteurs préconisent l'application de l'art. 324a al. 1 CO (BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., p. 124, no 7 ad art. 324a CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le Contrat de travail annoté, note 3.1. ad art. 324a CO).

En revanche, aucune obligation de payer le salaire durant le temps consacré à l'allaitement ne résulte de l'art. 324a al. 1 CO, selon WYLER (op. cit., p. 212) et CARRUZO (Le Contrat individuel de travail, Zurich 2009, p. 226 infra). Dans le même sens, dans son commentaire sur la LTr, le SECO précise que le loi n'impose pas la rémunération du temps pendant lequel l'intéressé n'occupe pas son poste de travail pour une des raisons énoncées aux al. 1 à 3 de l'art. 35a LTr (pce 3.4. int.).

3. En l'espèce, la recourante ne prétend pas que son enfant a été malade durant la période litigieuse, de sorte que l'application de l'art. 324a CO au titre d'un tel cas de figure n'entre pas en ligne de compte.

Elle invoque néanmoins l'accomplissement d'une obligation légale envers son enfant. Cependant, bien qu'elle ait effectivement le devoir légal de le nourrir et de lui prodiguer des soins, ni le droit suisse ni le droit international applicable en Suisse ne prévoient une obligation d'allaitement pour les mères, pas plus qu'un droit de l'enfant à être allaité. Par voie de conséquence, l'allaitement est, en Suisse en tout cas, un choix personnel.

Or, en l'état du droit et de la jurisprudence relative à l'art. 324a al. 1 CO, le fait que la recourante avait le choix d'allaiter ou non exclut la survenance d'un empêchement de travailler au sens de cette disposition. Il ne convient donc pas de suivre l'avis des quelques auteurs qui préconisent de fonder sur l'art. 324a CO la rémunération du temps consacré à l'allaitement sur le lieu de travail au terme du congé-maternité. Étant donné que l'allaitement relève d'un choix personnel, la réalisation d'une quelconque discrimination de la recourante par rapport aux hommes est, en outre, inexistante. Par ailleurs, l'argument tiré d'une prétendue inégalité de traitement par rapport aux fumeurs tombe à faux car le cas d'une femme qui allaite ne peut pas, au regard de la jurisprudence, être valablement comparé à celui des fumeurs, ces deux situations n'étant pas semblables (ATF 130 I 65 consid. 3.6). Au demeurant, il n'a pas été établi, ni même allégué, que l'intimée verserait le salaire à ceux de ses employés qui quitteraient leur lieu de travail, en dehors des pauses, pour fumer. Cette situation, purement hypothétique, n'a donc pas à être examinée ici.

4. Il n'est pas perçu de frais (art. 15 al. 3 LACC). Par ailleurs, des dépens ne sont pas alloués (art. 17 al. 2 LACC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes:**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par B _____ contre le jugement TRPH/113/2011 rendu le 15 février 2011 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/16045/2010.

Au fond :

Confirme le jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : Monsieur Pierre CURTIN, président, Madame Denise BOËX, juge employeur, Madame Béatrice BESSE, juge salariée, Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière

Indication des voies de recours et valeur litigieuse

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à fr. 15'000.-.