

# **BGer 4C.36/2007 vom 26. März 2007**

Bundesgericht, 2007-03-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.36\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.36_2007)

FR: TF 4C.36/2007 du 26 mars 2007

IT: TF 4C.36/2007 del 26 marzo 2007

## **Regeste**

contrat de travail; grossesse de la travailleuse | Droit des contrats

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'arrêt dont est recours a été rendu avant l'entrée en vigueur, au 1er janvier 2007, de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RO 2006 p. 1242). En vertu de l'art. 132 al. 1 de cette loi, la cause demeure soumise à la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ).

### **E. 2**

Le recours est formé par une partie qui a succombé dans des conclusions concernant sa situation juridique personnelle. Il est dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal suprême ( art. 48 al. 1 OJ ), dans une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 8'000 fr. ( art. 46 OJ ). Déposé en temps utile ( art. 54 al. 1 OJ ) et dans les formes requises ( art. 55 OJ ), il est en principe recevable. Le recours en réforme peut être exercé pour violation du droit fédéral, à l'exclusion des droits constitutionnels et du droit cantonal ( art. 43 al. 1 OJ ; ATF 127 III 248 consid. 2c et les arrêts cités). Sous réserve d'exceptions qui ne sont pas réalisées dans la présente affaire, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits constatés dans la décision attaquée ( art. 63 al. 2 et 64 OJ ; ATF 130 III 102 consid. 2.2 p. 106, 136 consid. 1.4 p. 140). Il n'est pas lié par l'argumentation des parties ( art. 63 al. 1 OJ ) et il apprécie librement la portée juridique des faits (art. 43 al. 4, 63 al. 3 OJ); néanmoins, d'ordinaire, il se prononce seulement sur les questions juridiques que la partie recourante soulève conformément aux exigences de l' art. 55 al. 1 let . c OJ concernant la motivation du recours ( ATF 117 II 199 consid. 1 p. 200; 116 II 92 consid. 2 p. 94). Le Tribunal fédéral peut admettre un recours pour des motifs autres que ceux invoqués par la partie recourante; il peut aussi rejeter un recours en opérant une substitution de motifs, c'est-à-dire en adoptant un raisonnement juridique autre que celui de la juridiction cantonale ( ATF 130 III 136 consid. 1.4 in fine).

### **E. 3**

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail et que leur relation était soumise à la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés conclue le 6 juillet 1998, ci-après la convention ou CCT, dont le Conseil fédéral a étendu le champ d'application par arrêtés du 19 novembre 1998 (FF 1998 p. 4856) et du 8 décembre 2003 (FF 2003 p. 7409).

### **E. 4**

L'employeur qui conclut une assurance indemnité journalière insuffisante doit fournir lui-même les prestations prescrites dans le présent article. Art. 24 Grossesse / maternité 1. Si l'employée est déclarée médicalement inapte au travail pendant sa grossesse, les prestations sont fournies en vertu de l'art. 23. ... 3. L'employeur doit contracter une assurance maternité qui couvre pendant au moins 70 jours les mêmes prestations que l'assurance indemnité journalière en cas de maladie. Les prestations doivent s'étendre au moins sur six semaines ... après l'accouchement. Pendant le délai d'attente, l'employeur est tenu de verser 88% du salaire brut. ... Dès le 1er juillet 2005, la convention a été adaptée à l'introduction du congé de maternité donnant droit aux allocations pour perte de gain. De l'art. 24 CCT, seul subsiste le premier alinéa; il est déplacé à la suite de l'art. 23 al. 1 CCT et les mots « en vertu de l'art. 23 » sont remplacés par « en vertu du présent article ». Les art. 23 et 24 CCT appartiennent aux clauses normatives de la convention, destinées à régir les relations entre employeurs et travailleurs assujettis; ils s'interprètent donc de la même manière que des dispositions légales ( ATF 127 III 318 consid. 2a p. 322; voir aussi ATF 130 V 309 consid. 5.1.2 p. 314) et, compte tenu que le champ d'application de la convention est étendu, ils appartiennent au droit fédéral selon l' art. 43 al. 1 OJ ( ATF 98 II 205 consid. 1 p. 207; voir aussi ATF 120 II 341 consid. 2 in fine p. 344). On relève que déjà avant le 1er juillet 2005, la convention distinguait clairement entre l'hypothèse où la grossesse constituait objectivement un empêchement de travailler, hypothèse régie par l'art. 23 CCT, et celle où la travailleuse enceinte décidait librement d'interrompre son activité, ses droits étant alors déterminés par l'art. 24 al. 3 CCT.

#### **E. 4.1**

Depuis le 1er août 2000, les art. 35, 35a et 35b de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après: la loi sur le travail ou LTr; RS 822.11) règlent les conditions d'emploi des travailleuses enceintes. Aux termes de l' art. 35 al. 1 LTr , l'employeur doit occuper les femmes enceintes de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises, et il doit aménager leurs conditions de travail en conséquence. Selon l' art. 35 al. 2 LTr , l'occupation de femmes enceintes à des travaux pénibles ou dangereux, travaux que le Conseil fédéral doit définir par une ordonnance, est interdite ou soumise à des conditions particulières. L' art. 35 al. 3 LTr prévoit que l'employeur doit payer le salaire au taux de 80% lorsque la travailleuse enceinte ne peut pas être occupée à des travaux pénibles ou dangereux et que l'employeur ne peut lui proposer aucun travail équivalent. Cette disposition suppose que la prestation habituelle de la travailleuse, à fournir par celle-ci selon le contrat, soit pénible ou dangereuse pour une femme enceinte, selon l' art. 35 al. 2 LTr . L'employeur doit alors, s'il est en mesure de la faire, proposer à la travailleuse un travail équivalent mais ni pénible ni dangereux, travail qui donnera droit au salaire complet; si l'employeur n'est pas en mesure de proposer ce travail équivalent, alors la travailleuse demeure inoccupée et l'employeur lui doit le salaire au taux de 80%. Si l'employeur est en mesure de proposer un travail à temps partiel seulement, la travailleuse doit l'accepter aussi; elle a droit au plein salaire pour le temps consacré à ce travail et au salaire réduit pour le temps où elle n'est pas occupée (Rémy Wyler, [commentaire de la] Loi sur le travail, Berne 2005, ch. 22 à 25 ad art. 35 LTr ). L' art. 35a al. 1 et 2 LTr exclut qu'une travailleuse enceinte soit occupée sans son consentement, quelle que soit l'activité à accomplir; sur simple avis, la travailleuse peut se dispenser d'aller au travail ou le quitter. L' art. 35b LTr concerne l'horaire de travail et n'est pas en cause ici.

#### **E. 4.2**

L' art. 324a al. 1 et 2 CO règle le droit du travailleur ou de la travailleuse de percevoir son salaire, pendant un temps limité, lorsqu'il est empêché de fournir sa prestation pour une cause inhérente à sa personne, telle que la maladie ou l'accident (al. 1). Pendant la première année de service, ce temps limité ne peut pas être inférieur à trois semaines; par la suite, il s'agit d'une période plus longue, à fixer équitablement d'après la durée des rapports de travail et les circonstances particulières (al. 2). Les absences qui surviennent dans la même année de service se cumulent et le droit au salaire prend fin dès le moment où leur durée totale excède la période ainsi fixée (arrêt 4C.419/1993 du 17 novembre 1994, consid. 2a/aa, in JAR 1995 p. 112; Ullin Streiff et Adrian von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 6e éd., 2006, p. 306 ch. 25). Dans sa teneur antérieure au 1er juillet 2005, l' art. 324a al. 3 CO prévoyait ce droit au salaire aussi en cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse. Dans l'année de service, les absences consécutives à ces événements s'additionnaient, le cas échéant, à celles causées par des maladies qui n'avaient pas de lien avec eux (ibidem). Depuis le 1er juillet 2005, l' art. 324a al. 3 CO est modifié et il ne vise plus que la grossesse; l'accouchement ouvre le droit à un congé non rétribué de quatorze semaines au moins ( art. 329f CO ) et il autorise la mère à percevoir les indemnités journalières prévues par la législation fédérale concernant les allocations pour perte de gain (modification de lois du 3 octobre 2003 in RO 2005 p. 1429). Selon la jurisprudence relative à l'ancienne réglementation, la travailleuse enceinte pouvait s'abstenir de travailler et, néanmoins, prétendre au salaire même si elle n'était pas objectivement inapte à son activité; il lui appartenait de décider librement si elle voulait continuer cette même activité ou, au contraire, mais avec un droit au salaire limité dans le temps, l'abandonner (arrêt 4C.280/1992 du 26 janvier 1993, consid. 2a, in SJ 1995 p. 789). Cette liberté de la travailleuse enceinte correspondait à son droit de n'être pas occupée sans son consentement, selon l' art. 35a al. 1 et 2 LTr (Christiane Brunner, Jean-Michel Bühler et al., *Commentaire du contrat de travail*, 3e éd., 2004, p. 111/112). Si la future mère travaillait jusqu'à l'accouchement, son droit au salaire s'exerçait dans la période ultérieure de huit semaines prévue par l' art. 35a al. 3 LTr , où l'emploi d'une accouchée est absolument interdit. D'après certains auteurs, depuis le 1er juillet 2005, la grossesse n'est plus suffisante, à elle seule, pour justifier une absence rémunérée selon l' art. 324a al. 3 CO ; il faut de plus qu'elle constitue objectivement un empêchement de travailler (Streiff/von Kaenel, op. cit., p. 296; Rémy Wyler, op. cit., ch. 10 ad art. 35a LTr ). Cela s'explique en considération de ce que cette règle n'est pas destinée à assurer, aux frais de l'employeur, un congé qui s'ajouterait à celui désormais prévu par l' art. 329f CO et donnant droit aux allocations pour perte de gain.

#### **E. 4.3**

L' art. 324a al. 4 CO permet qu'une convention collective de travail déroge aux dispositions de l'art. 324a al. 1 à 3, à condition que les travailleurs bénéficient de prestations au moins équivalentes. En l'occurrence, la convention collective comprenait, avant le 1er juillet 2005, les clauses ci-après: Art. 23 Assurance indemnité journalière en cas de maladie 1. L'employeur est tenu de souscrire une assurance indemnité journalière au bénéfice du collaborateur pour la couverture de 80% du salaire brut pendant 720 jours dans une intervalle de 900 jours consécutifs ... . Pendant un délai d'attente de 60 jours au maximum par année de travail, l'employeur doit verser 88% du salaire brut. ... ..

#### **E. 5**

Au premier chef, la demanderesse soutient qu'elle était « médicalement inapte au travail » aux termes de l'art. 24 al. 1 CCT, de sorte qu'elle avait droit aux indemnités journalières prévues par l'art. 23 al. 1 CCT. L'assureur ayant refusé de reconnaître cette incapacité de travail, la demanderesse tient la défenderesse pour débitrice selon l'art. 23 al. 4 CCT. Pour élucider le sens des mots « médicalement inapte au travail » dans la clause invoquée, il faut prendre en considération que les art. 23 et 24 CCT se substituent, pour les employeurs et travailleurs concernés, à l'art. 324a al. 1 à 3 CO. Ils visent ainsi, à l'instar de cette dernière disposition, des causes d'incapacité de travail inhérentes à la personne du travailleur, à l'exclusion d'autres sortes d'empêchements (Streiff/von Kaenel, op. cit., p. 274 ch. 6). L'inaptitude médicale de l'art. 24 al. 1 CCT trouve donc son origine, le cas échéant, dans l'état de santé de la travailleuse concernée. Or, selon les constatations de la juridiction cantonale, le docteur Z. \_\_\_\_\_ n'a pas établi son certificat d'incapacité de travail en raison de circonstances médicales propres à la demanderesse; il a seulement retenu qu'en général, l'exposition de la femme enceinte à la fumée de tabac engendre certains risques dans le cours de la grossesse et le développement du fœtus, et que, pour ce motif, il importait que la demanderesse mît fin à son activité. Ces considérations ressortissent bien au domaine médical et elles pourraient éventuellement conduire le Conseil fédéral à édicter, dans l'ordonnance prévue par l'art. 35 al. 2 LTr, qu'un emploi où la travailleuse enceinte est exposée à la fumée de tabac est dangereux selon cette même disposition; en revanche, les considérations précitées ne mettent pas en évidence une incapacité médicale qui fût particulière à la demanderesse. Dans ces conditions, l'art. 24 al. 1 CCT ne peut pas fonder les prétentions litigieuses. Il n'est pas nécessaire d'examiner si, dans l'affirmative, la défenderesse aurait pu être recherchée au delà de l'indemnisation qui est due par l'employeur aux termes de l'art. 23 al. 1 CCT, alors même que, selon les constatations cantonales, elle avait conclu une assurance d'indemnités journalières répondant entièrement aux exigences de la convention.

## **E. 6**

A défaut des prestations prévues par les art. 23 et 24 al. 1 CCT, la demanderesse réclame le salaire au taux de 80% qui est dû, éventuellement, selon l'art. 35 al. 3 LTr. Elle soutient que l'ordonnance édictée en exécution de l'art. 35 al. 2 LTr comporte une lacune en tant que l'exposition à la nicotine n'y est pas définie comme dangereuse pour une travailleuse enceinte, et qu'il appartient au juge de combler cette lacune. Il faudrait donc retenir, selon l'argumentation présentée, que l'emploi de serveuse au Sommet était dangereux selon cette disposition et que la demanderesse ne pouvait pas y être maintenue pendant sa grossesse. A supposer que le travail convenu soit effectivement dangereux pour une travailleuse enceinte, celle-ci ne peut pas réclamer à son choix un travail équivalent avec plein salaire ou, sans prestation de sa part, le salaire au taux de 80%. Au contraire, l'employeur est tenu de lui proposer un travail de remplacement équivalent, s'il est en mesure de le faire, et la travailleuse est alors tenue d'accepter ce travail, sans quoi elle perd toute rémunération (consid. 4.1 ci-dessus). Le droit au salaire au taux de 80% suppose donc que l'employeur se trouve en demeure, faute de possibilités dans l'entreprise, de proposer un travail équivalent à celui convenu. En l'occurrence, la demanderesse a mis fin à l'activité convenue et elle a annoncé, en remettant le certificat du docteur Z. \_\_\_\_\_, qu'elle se trouverait en incapacité de travail jusqu'à l'accouchement. Dans cette situation, la défenderesse était irrémédiablement dissuadée de proposer un éventuel travail de remplacement, même à temps partiel. Quelles que fussent les possibilités existant au Sommet, et pour une cause qui était personnelle à la demanderesse, la défenderesse était empêchée de satisfaire à ses

obligations concernant le travail de remplacement. En vertu de l' art. 96 CO , et compte tenu qu'elle n'était pas autorisée à se départir du contrat ( art. 336c al. 1 let . c CO), cette partie n'a pas pu se trouver en demeure au sujet du travail de remplacement (Rolf Weber, Commentaire bernois, 2e éd., 2005, ch. 25 ad art. 92 CO ; ch. 14, 26 à 29 ad art. 96 CO ). Au regard de cette situation, l' art. 35 al. 3 LTr ne peut pas non plus fonder les prétentions litigieuses. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans la discussion que la demanderesse propose au sujet des risques de la fumée de tabac pour les travailleuses enceintes.

#### **E. 7**

La demanderesse échoue à mettre en évidence une violation du droit fédéral, ce qui conduit au rejet du recours. Le montant de la demande initiale, déterminant la valeur litigieuse selon l' art. 343 al. 2 CO , était inférieur à 30'000 fr., de sorte que le Tribunal fédéral ne perçoit pas d'émolument judiciaire ( art. 343 al. 3 CO ; ATF 122 III 495 consid. 4). A titre de partie qui succombe, la demanderesse doit néanmoins acquitter les dépens auxquels l'autre partie peut prétendre.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.