

07.455

**Initiative parlementaire
Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT
sur la protection de la maternité**

**Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique
du Conseil national**

du 10 novembre 2011

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons le projet d'arrêté fédéral que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet d'arrêté fédéral ci-joint.

10 novembre 2011

Pour la commission:

La présidente, Thérèse Meyer

Condensé

La convention n° 183 sur la protection de la maternité assure une protection étendue à toutes les femmes salariées, y compris celles qui se trouvent dans des situations de travail atypiques. Par ailleurs, le congé de maternité est fixé à 14 semaines. Certaines dispositions peuvent néanmoins être modérées par des lois nationales et après consultation des partenaires sociaux. Ainsi, l'employeur pourrait être directement sollicité, au lieu des assurances, durant le congé de maternité. Par ailleurs, certaines catégories de femmes pourraient être expressément exclues de la convention.

Dans son rapport du 15 juin 2001 (FF 2001 5601), le Conseil fédéral avait examiné la convention n° 183, mais il n'avait pu en proposer la ratification, faute d'une assurance maternité en Suisse à cette époque. Depuis lors, la situation a évolué et la ratification de cette convention de l'OIT est désormais possible. En effet, le droit suisse remplit quasi intégralement les exigences de la convention; pour des raisons de sécurité juridique, la seule lacune mineure de notre législation devant être comblée consiste à fixer une fois pour toute, dans la loi fédérale sur le travail, le principe de la rémunération des pauses d'allaitement.

Le présent rapport a été soumis à la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT. Cette commission extra-parlementaire, composée de membres de l'administration fédérale et de partenaires sociaux, a pris note du rapport. Les employeurs ont exprimé leur désaccord quant à la ratification de la C 183 et à la modification de la LTr et de la OLT 1. Les travailleurs ont soutenu la ratification de la C 183 et les modifications législatives proposées dans le rapport.

Rapport

1 Genèse du projet

Le 5 novembre 2008, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) a donné suite à l'initiative parlementaire 07.055 n, déposée le 22 juin 2007 par la conseillère nationale Liliane Maury Pasquier, par 12 voix contre 8 et 3 abstentions. Le 15 février 2010, son homologue du Conseil des Etats s'est ralliée à cette décision par 5 voix contre 2 et 3 abstentions. Le 14 octobre 2010, la CSSS-N a chargé son secrétariat ainsi que l'administration d'élaborer un arrêté fédéral et un rapport explicatif. Le 12 mai 2011, la commission a approuvé les deux documents par 12 voix contre 11; elle a alors ouvert la procédure de consultation, qui a duré jusqu'au 31 août 2011.

Les résultats de la consultation reflètent en partie le point de vue de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT. Dix-huit cantons sont favorables à la ratification de la convention n° 183 et deux s'y opposent. S'agissant des partis, l'UDC et les Libéraux-Radicaux ne souhaitent pas de ratification, tandis que les autres partis qui ont pris part à la consultation soutiennent cette option. Quant aux organisations de travailleurs, elles sont clairement favorables à une ratification, à l'inverse des organisations d'employeurs et de certaines associations économiques, qui s'y opposent nettement. Les positions sont quasiment identiques en ce qui concerne la modification de la loi sur le travail.

Après avoir pris connaissance des résultats de la consultation, la commission a approuvé, le 10 novembre 2011, le projet d'acte et le rapport susmentionnés, qui sont donc soumis au Conseil national pour examen et au Conseil fédéral pour avis.

Une minorité propose de ne pas entrer en matière.

2 Grandes lignes du projet

La convention n° 183 (*ci-après C 183*) porte révision de la convention (n° 103) sur la protection de la maternité de 1952.

L'adoption de la convention sur la protection de la maternité est le résultat des importants efforts déployés par le BIT depuis le milieu des années quatre-vingt-dix pour évaluer la pertinence et l'efficacité des normes internationales du travail afin de veiller à ce qu'elles soient en phase avec le monde d'aujourd'hui. En effet, depuis l'adoption de la convention n° 103 en 1952, le rôle des femmes dans la société a changé, la structure de l'emploi a considérablement évolué et le taux d'activité des femmes a beaucoup progressé, d'où l'importance accrue de protéger la maternité des travailleuses.

La C 183 présente des avancées importantes en étendant la protection accordée aux femmes pendant la grossesse et l'allaitement: elle accorde un congé de maternité de 14 semaines minimum à toutes les femmes salariées, y compris celles qui se trouvent dans des situations de travail atypiques. De plus, la C 183 contient des normes relatives à la protection de la santé, au congé en cas de maladie ou de complications,

s'applique en principe à toutes les entreprises publiques ou privées qui emploient un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire (art. 1, al. 1 et 2, LTr). Selon le CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire; entre également dans la notion de contrat de travail le travail à temps partiel (art. 319 CO). Le champ d'application de la convention recouvre donc celui de la LTr et du CO.

Le par. 2 de l'art. 2 autorise 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.

La LTr exclut de son champ d'application non seulement certaines catégories de personnes (en particulier les travailleurs à domicile, voir art. 3 LTr), mais également certains types d'entreprises (notamment les entreprises agricoles, les transports publics et les administrations publiques, voir art. 2 LTr). Pour les administrations publiques toutefois, il convient de préciser qu'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.

Le par. 3 de l'art. 2 prévoit les modalités d'application du précédent paragraphe.

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 art. 3 et éventuellement 10 de la C 183.

Art. 3

L'art. 3 est une disposition générale concernant la protection de la santé de la mère et de l'enfant durant la maternité. Il exige que des mesures soient prises par les Etats membres, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, afin que les femmes enceintes ou qui allaitent ne soient pas contraintes d'accomplir un travail préjudiciable à leur santé ou à celle de leur enfant ou comportant un risque significatif pour la santé de la mère ou celle de l'enfant.

Selon l'art. 35, al. 1, de la Loi fédérale sur le travail (LTr), 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. En outre, l'art. 35, al. 2, LTr, précise que 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. Selon l'art. 62, al. 3, de l'ordonnance du 10 mai 2000 relative à la LTr (OLT 1) on entend par «travail pénible et dangereux» toute activité dont l'expérience a démontré l'impact préjudiciable sur la santé des femmes enceintes et des femmes qui allaitent ou sur la santé de leurs enfants. Ces activités font l'objet d'un approfondissement et d'une évaluation dans une ordonnance spécifique (Ordonnance du DFE du 20 mars 2011 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité; RS 822.111.52). La protection assurée à la femme enceinte par le droit positif suisse est compatible avec les exigences de l'art. 3 de la C 183.

Art. 4

L'art. 4 traite du congé de maternité proprement dit. Toute femme à laquelle la convention s'applique a droit à un congé de maternité d'une durée de quatorze semaines au moins (par. 1). Le congé de maternité doit comprendre une période de congé obligatoire de six semaines après l'accouchement, à moins qu'à l'échelon national il n'en soit convenu autrement par le gouvernement et les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs (par. 4).

L'art. 329f CO prévoit un congé d'au moins 14 semaines *après l'accouchement*. Le droit suisse ne prévoit pas de *congé de maternité prénatal* à proprement parler. L'obligation de prévoir une partie du congé de maternité *avant l'accouchement* ne ressort pas clairement de la C 183, mais on pourrait la déduire du par. 5 de l'art. 4 qui prévoit le prolongement du *congé de maternité prénatal* de la durée écoulée entre la date présumée et la date effective de l'accouchement. Afin d'éviter tout malentendu sur cette question, nous avons demandé un avis juridique au Bureau international du Travail à Genève en date du 5 décembre 2007. Le BIT nous a communiqué sa réponse le 24 janvier 2008: la convention ne prévoit pas l'établissement d'un congé prénatal et n'oblige pas les Etats à prévoir un tel congé.

La LTr interdit l'emploi des femmes durant les huit semaines suivant l'accouchement; ensuite et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent être occupées que si elles y consentent (art. 35a, al. 3, LTr).

Le droit positif suisse satisfait aux exigences de l'art. 4 de la C 183.

Art. 5

Selon l'art. 5, un congé doit être accordé en cas de maladie, complications ou risque de complications résultant de la grossesse ou de l'accouchement. En Suisse, ce congé ne relève pas du régime des APG, mais du CO (voir *infra* ch. 3.6 ad art. 6).

Art. 6

L'art. 6 règle la question de l'octroi de prestations en espèces et en nature pendant le congé visé aux art. 4 et 5.

Alors que le *par. 1* de l'art. 6 pose le principe, les *par. 2 à 4* fixent les critères relatifs au niveau des prestations en espèces à assurer. Ce niveau doit être tel que la femme peut subvenir à son entretien et à celui de son enfant dans de bonnes conditions de santé et selon un niveau de vie convenable (*par. 2*). Lorsque les prestations versées au titre du congé de maternité visé à l'art. 4 sont déterminées sur la base du gain antérieur, le montant de ces prestations ne doit pas être inférieur aux deux tiers du gain antérieur de la femme ou du gain tel que pris en compte pour le calcul des prestations (*par. 3*). Lorsque les prestations sont déterminées par d'autres méthodes, leur montant doit être du même ordre de grandeur que celui qui résulte en moyenne de l'application du *par. 3* (*par. 4*). Tout Etat partie doit garantir que les conditions requises pour bénéficier des prestations en espèces puissent être réunies par la grande majorité des femmes auxquelles la convention s'applique (*par. 5*).

Pour ce qui est des prestations en espèces versées pendant le congé visé à l'art. 4 (congé de maternité à proprement dit), les art. 16b et ss LAPG sont applicables. Depuis la révision de cette loi entrée en vigueur en juillet 2005, le régime des APG prévoit une allocation de maternité en faveur des femmes exerçant une activité

lucrative égale à 80 % du revenu antérieur. Ce taux est supérieur à celui exigé par la C 183.

En ce qui concerne les prestations en espèces versées pendant le congé visé à l'art. 5 (congé en cas de maladie ou de complications), c'est le CO qui est applicable. Aux termes de l'art. 324a, al. 3, CO, une femme empêchée de travailler pendant sa grossesse a droit au paiement de son salaire pendant une période déterminée en fonction des années de service. Toutefois, si cette femme a déjà bénéficié de ce droit pendant l'année de sa grossesse, elle peut voir son droit au maintien du salaire réduit, voire épuisé. Elle n'aurait droit, dans ce dernier cas, à aucune prestation en espèces. A noter toutefois que de nombreuses travailleuses bénéficient d'une assurance perte de gain ou de conditions plus favorables prévues dans les conventions collectives de travail (CCT). Il n'est pas certain que la protection garantie par le droit suisse aux femmes en cas de congé dû à une maladie ou à des complications remplit les exigences de l'art. 6 de la C 183. Sur cette question également, nous avons demandé des éclaircissements au BIT qui nous a envoyé sa réponse le 24 janvier 2008. Selon le BIT, la législation suisse remplit les exigences de la C 183 sur ce point, puisqu'elle octroie un congé de maladie avec maintien du salaire pendant au moins trois semaines par année. Enfin, l'art. 35a, al. 2, LTr autorise dans tous les cas la femme enceinte à quitter son travail sur simple avis.

Le *par. 6* de l'art. 6 énonce le principe selon lequel une assistance sociale doit être garantie aux femmes qui ne satisfont pas aux conditions prévues pour bénéficier des prestations en espèces. En Suisse, l'assistance sociale relève de la compétence des cantons (art. 115 Cst.); elle intervient de manière complémentaire et subsidiaire et ne prend en charge que les personnes qui ne sont pas couvertes par les assurances sociales, qui ne le sont plus ou dont le revenu est insuffisant. En outre, le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse est garanti par l'art. 12 de la Constitution fédérale. Le droit suisse en matière d'assistance sociale est compatible avec ce qu'exige la convention.

Selon le *par. 7* de l'art. 6, des prestations médicales doivent être assurées à la mère et à son enfant, conformément à la législation nationale ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale. Ces prestations doivent comprendre les soins prénatals, les soins liés à l'accouchement, les soins postnatals et l'hospitalisation lorsqu'elle est nécessaire. En cas de maternité, la LAMal prévoit des prestations en nature octroyées dans le cadre de l'assurance des soins (assurance obligatoire pour toute la population). Cette assurance prend en charge les examens de contrôle effectués par un médecin ou une sage-femme ou prescrits par un médecin, pendant et après la grossesse; l'accouchement à domicile, dans un hôpital ou dans une maison de naissance, ainsi que l'assistance d'un médecin ou d'une sage-femme; une contribution de 100 francs pour un cours collectif de préparation à l'accouchement dispensé par une sage-femme; les conseils en cas d'allaitement s'ils sont prodigués par une sage-femme ou par une infirmière ayant suivi une formation spéciale dans ce domaine et les soins accordés au nouveau-né en bonne santé et son séjour, tant qu'il demeure à l'hôpital avec sa mère (art. 29 LAMal). Si la femme est malade durant la grossesse ou après l'accouchement, elle aura droit aux prestations générales en cas de maladie. La durée de prise en charge des soins médicaux et pharmaceutiques est illimitée. La législation suisse concernant l'assurance obligatoire des soins (LAMal, titre 2) est compatible avec ce paragraphe.

Le *par. 8* de l'art. 6 prévoit, d'une part, que les prestations afférentes au congé doivent être assurées par une assurance sociale obligatoire, par prélèvement sur des fonds publics ou d'une manière déterminée par la législation et la pratique nationales. D'autre part, cette disposition prescrit que l'employeur ne doit pas être tenu personnellement responsable du coût direct de toute prestation financière de ce genre due à une femme qu'il emploie sans y avoir expressément consenti. Deux exceptions à la non-responsabilité de l'employeur du coût des prestations financières dues à une salariée sont prévues: premièrement, un Etat membre qui aurait été doté d'un tel système avant le 15 juin 2000 (date d'adoption de la convention) peut le conserver et ratifier la convention sans avoir à amender sa législation; deuxièmement, un Etat membre ayant ratifié la convention peut, ultérieurement, adopter un tel système, sous réserve que le gouvernement ait l'accord des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs. La convention comporte une grande souplesse sur ce point, permettant de tenir compte de différents systèmes.

Les prestations en nature sont garanties par l'assurance obligatoire des soins et les prestations en espèces durant le congé de maternité par le régime APG, toutes deux sont des assurances sociales obligatoires. Pour ce qui est des prestations versées durant le congé en cas de maladie ou de complications, l'art. 324a CO met le versement du salaire à la charge de l'employeur. Comme l'art. 324a CO dans sa teneur actuelle est en vigueur depuis 1972, l'exception prévue à l'art. 6, par. 8, let. a de la convention peut s'appliquer. L'art. 324a, al. 4, CO autorise aussi l'employeur à conclure une assurance indemnités journalières dont le financement peut incomber pour moitié au travailleur.

Art. 7

L'*art. 7* introduit une clause de souplesse destinée à préserver la situation des pays dont l'économie et le système de sécurité sociale sont insuffisamment développés. Cet article ne saurait être invoqué par la Suisse.

Art. 8

L'*art. 8* vise à garantir une protection suffisante de l'emploi.

En vertu du *par. 1*, 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 complications 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. La charge de la preuve incombe à l'employeur. Conformément à l'art. 336c, al. 1, let. c, CO, l'employeur ne peut pas résilier un contrat de travail pendant la grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement. Un congé donné durant la période de protection de 16 semaines est nul de plein droit (art. 336c, al. 2, CO). En revanche, un contrat peut être résilié pour justes motifs; sont considérés comme justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337, al. 2, CO). C'est à l'employeur d'apporter la preuve de l'existence de justes motifs. Notre législation nationale est compatible avec la convention.

Le droit suisse va aussi plus loin que la convention car il exige de justes motifs de résiliation alors que la convention admet tout motif qui n'a pas de lien avec la grossesse, la naissance de l'enfant et ses suites et l'allaitement.

Pourtant, une question devait encore être examinée, et elle concerne conjointement les art. 8 et 9 de la convention: il s'agissait d'une part de savoir si la protection contre le licenciement prévue par ces deux dispositions 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. D'autre part, il s'agissait de déterminer si les sanctions prévues par le droit suisse sont suffisantes pour donner effet à ces deux articles. Une fois encore, nous avons requis l'avis du BIT, qui nous a fourni, le 16 novembre 2010, les éclaircissements suivants:

En ce qui concerne la protection contre le licenciement, notamment pour cause d'allaitement, les art. 8 et 9 établissent des régimes juridiques complémentaires qui diffèrent en ce qui concerne la période de protection, les mesures de protection et les sanctions.

En ce qui concerne la période de protection, l'art. 8 étend la protection à la période strictement liée à la grossesse, au congé de maternité et à une période suivant le retour de congé à déterminer par la législation nationale. La protection établie par l'art. 9 s'étend, quant à elle, sur une période plus large qui encadre celle de l'art. 8 puisqu'elle débute avec l'embauche de la femme et perdure jusqu'au terme de la relation d'emploi.

Cette différence dans l'application temporelle est la raison pour laquelle les art. 8 et 9 établissent également des mesures de protection différentes contre le licenciement et la discrimination fondés sur la maternité. L'art. 8 ne concerne que le licenciement alors que l'art. 9 vise tous les actes discriminatoires envers les travailleuses. Pour la période limitée, l'art. 8, par. 1 établit expressément le principe de l'interdiction des licenciements liés à la maternité. Pour la période étendue, l'art. 9 prévoit l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures propres à garantir que la maternité (y compris à raison des naissances passées) ne constitue pas un motif de discrimination.

Enfin, les régimes de sanction et/ou de réparations impliqués par ces deux dispositions diffèrent également. La violation de l'interdiction du licenciement établie par l'art. 8 entraîne, dans l'esprit de cette disposition, la nullité du licenciement, suivie, en principe, de la réintégration de la travailleuse dans ses fonctions antérieures. La réintégration de la travailleuse à l'issue du congé dans le même poste ou à un poste équivalent rémunéré au même taux constitue d'ailleurs le cas de figure normal expressément établi par l'art. 8, par. 2 de la convention. Il en va implicitement de même en cas de licenciement pendant la période limitée de protection établie par cette disposition. L'art. 9, pour sa part, ne définit pas ce que sont des «mesures propres» à garantir que la maternité ne constitue pas une source de discrimination. Il appartiendra donc à chaque Etat ayant ratifié la convention de démontrer dans le cadre de ses rapports au titre de l'art. 22 de la Constitution de l'OIT que les mesures prises sur le plan national s'avèrent suffisantes dans la pratique pour dissuader la discrimination fondée sur la maternité dans l'emploi et dans l'accès à l'emploi.

Il ressort de la communication du gouvernement que le droit suisse fait interdiction à l'employeur de résilier un contrat de travail pendant la grossesse et au cours d'une période de 16 semaines suivant l'accouchement. Un licenciement intervenant

durant la période de protection de 16 semaines est nul de plein droit s'il n'est pas fondé sur de justes motifs. Par ailleurs, tout refus d'embauche ou résiliation discriminatoire de contrat de travail donne lieu à une indemnité respectivement de 3 et 6 mois de salaire maximum. Il semble, par conséquent, que la sanction prévue par le droit suisse en ce qui concerne la sanction d'un licenciement intervenu pendant la grossesse et les 16 semaines suivant l'accouchement est conforme à la convention dans la mesure où la nullité de plein droit de tels licenciements semble exiger, lorsque cela est possible, la réintégration de la travailleuse licenciée dans son poste de travail. Pour ce qui est des licenciements discriminatoires prononcés en dehors des périodes protégées par l'art. 8, il appartiendra à l'Etat de démontrer, dans l'hypothèse d'une ratification de la convention, que les indemnités prévues sont «propres» à dissuader les comportements discriminatoires.

S'agissant de la question de savoir si la protection contre le licenciement prévue par l'art. 8 de la convention pour cause d'allaitement est valable pendant toute la durée de l'allaitement ou uniquement pendant une période limitée suivant le retour de la mère au travail après le congé de maternité, il convient d'observer que l'un des objectifs de cette disposition est de garantir une protection au-delà du congé de maternité aux femmes qui allaitent et leur permettre ainsi de concilier leurs nouvelles responsabilités familiales avec les exigences de leur travail sur le même ou un autre poste, compte tenu de leur état de santé et des risques présents sur leur lieu de travail (voir art. 3 de la convention). Néanmoins, cette disposition laisse le soin aux Etats qui ratifient la convention de déterminer ladite période de protection suivant le retour dans l'emploi et ne prévoit pas une obligation d'étendre cette période à toute la durée de l'allaitement. Il ressort de la communication du gouvernement que la protection contre le licenciement couvre les 16 semaines suivant l'accouchement (art. 336c, al. 2, CO). Le Bureau croit comprendre que la durée légale du congé de maternité en Suisse est de 14 semaines. Par conséquent, 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 (soit jusqu'à l'expiration de la seizième semaine après l'accouchement), voire davantage dans le cas où elle aurait choisi de prendre, comme la loi l'y autorise, 6 semaines de congé prénatal. En outre, la protection prévue par le droit suisse contre les licenciements discriminatoires couvre, comme le requiert l'art. 9 de la convention, les licenciements pour motifs liés à l'allaitement.

Le par. 2 prescrit qu'à l'issue du congé de maternité, la femme doit être assurée de retrouver le même poste ou un poste équivalent rémunéré au même taux. La protection générale donnée par le CO assure notamment à la femme qui reprend un travail après l'accouchement de retrouver son emploi aux mêmes conditions qu'avant l'accouchement. En effet, en droit suisse une modification du contenu du contrat de travail ne peut intervenir qu'avec l'accord du cocontractant.

Vu les explications qui précèdent, le droit positif suisse satisfait aux exigences de l'art. 8 de la C 183.

Art. 9

L'art. 9 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 (par. 1). Le principe de non-discrimination prévu par l'art. 8 de la Constitution

fédérale est notamment mis en œuvre par la LEg dont l'art. 3 interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, en particulier, s'agissant des femmes, en se fondant sur leur grossesse. A cet égard, nous renvoyons également aux art. 4, 5 et 6 LEg.

L'interdiction des tests de grossesse est l'une des mesures énoncées au *par. 2* de l'art. 9 comme donnant effet au principe consacré par le *par. 1*. Toutefois, cette disposition autorise que des tests de grossesse soient exceptionnellement pratiqués pour des raisons de sécurité et de santé. Selon la législation suisse, l'interdiction d'un test de grossesse découle implicitement des dispositions sur la protection de la personnalité (notamment de l'art. 328 CO). De plus, l'art. 3, al. 1 et 2, LEg interdit toute discrimination à raison du sexe lors de l'embauche ou de l'attribution des tâches, et en particulier toute discrimination fondée sur l'état civil, la situation familiale ou la grossesse. Des tests de grossesse pourraient toutefois être considérés comme une mesure objectivement justifiée, et par conséquent admissible, pour des travaux qui ne peuvent être exercés en étant enceinte (mannequins, danseuses, activités nocives pour le déroulement de la grossesse, etc.).

Compte tenu des éléments figurant sous ch. 3.8, le droit positif suisse satisfait aux exigences de l'art. 9 de la C 183.

Art. 10

L'*art. 10* garantit à la femme le droit à une ou plusieurs pauses quotidiennes ou à une réduction journalière de la durée du travail pour allaiter son enfant (*par. 1*) qui doivent être comptées comme temps de travail et rémunérées en conséquence (*par. 2*). Selon l'avis juridique du BIT du 16 novembre 2010, ce *par. 2* est subdivisé en deux phrases: la première prévoit que la législation et la pratique nationales doivent déterminer la période durant laquelle les pauses d'allaitement ou la réduction journalière du temps de travail sont permises, le nombre et la durée de ces pauses ainsi que les modalités de la réduction journalière du temps de travail. La deuxième phrase prévoit que le temps d'allaitement ou la réduction journalière du temps de travail doivent être comptés comme temps de travail et rémunérés en conséquence, sans toutefois indiquer de manière expresse que cela doit être prévu par la législation nationale. L'art. 12 prévoit la mise en œuvre de la convention par tout moyen tel que la législation, les conventions collectives, les sentences arbitrales, les décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale.

En ce qui concerne le temps consacré par les mères à l'allaitement de l'enfant, l'art. 35a, al. 2, LTr prévoit que «les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement.» Les conditions édictées à l'art. 60, al. 2, OLT 1 précisent dans quelles circonstances le temps pour l'allaitement est compté comme temps de travail: 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; la moitié du temps consacré à l'allaitement est réputée temps de travail lorsque la travailleuse quitte son lieu de travail pour allaiter.

La LTr et l'OLT 1 ne règlent pas directement la question de la rémunération du temps consacré à l'allaitement. Afin de favoriser la sécurité juridique, nous vous proposons d'adapter en conséquence la LTr.

Art. 11

Aux termes de l'*art. 11* de la convention, tout Etat partie doit examiner périodiquement, en consultation avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, l'opportunité d'étendre la durée du congé de maternité et d'augmenter le montant ou le taux des prestations en espèces.

3.1 Dispositions finales

Les *art. 12 à 21* comportent les dispositions finales habituelles, qui n'appellent pas de commentaire particulier. Seul l'*art. 13* de la convention mérite d'être relevé, dans la mesure où il prévoit que la convention n° 183 remplace la convention n° 103, et ceci dès son entrée en vigueur.

3.2 Conclusion

Six ans après l'entrée en vigueur de la modification de la LAPG, introduisant en Suisse une allocation de maternité versée pendant 14 semaines, la protection de la maternité a été en quelque sorte ancrée dans notre législation. La nécessité d'affirmer l'importance d'une protection efficace de la maternité reste en tous les cas d'actualité et la ratification de la C 183 de l'OIT sur la protection de la maternité donne à la Suisse la possibilité de réaffirmer à la fois sa volonté d'assurer la protection de la maternité et son attachement aux instruments de l'OIT dont le siège se trouve sur son territoire. Pour favoriser la sécurité juridique quant au régime de rémunération des pauses d'allaitement et la conformité du droit suisse avec la C 183, l'*art. 35a*, al. 2 LTr est modifié (voir ch. 4.2).

4 Conséquences

4.1 Modification du droit national

Vu les explications figurant sous ch. 3.10, la présente révision vise l'harmonisation du droit fédéral avec la convention.

La rémunération du temps consacré à l'allaitement peut découler en droit suisse de l'*art. 324a* CO. Toutefois, aucune pratique, du Tribunal fédéral en particulier, n'existe sur cette question. De plus, le droit au salaire peut, selon les cas, être restreint ou épuisé (voir ci-dessus ch. 3.6). Par conséquent, il n'est pas certain que notre droit positif soit conforme aux exigences posées par la C 183. Une modification de l'*art. 324a* CO visant à y prévoir expressément l'allaitement aurait pu satisfaire en grande partie aux exigences.

Une disposition expresse à l'*art. 35a*, al. 2 LTr prévoyant la rémunération du temps consacré à l'allaitement satisfera pleinement aux exigences de la convention et elle favorisera la sécurité juridique.

Par la même occasion, nous chargeons le Conseil fédéral de réglementer les détails quant à la durée des pauses d'allaitement rémunérées dans le cadre de l'al. 2 de l'art. 60 OLT 1. Une telle réglementation correspondrait à la pratique installée dans les différents Etats européens ayant ratifié la C 183. Voici quelques exemples:

L'*Autriche* prévoit une pause d'allaitement de 45 minutes si la journée de travail de la mère qui allaite dure plus de quatre heures et demi et deux fois 45 minutes ou une fois 60 minutes pour une journée de travail d'au moins huit heures (Mutterschutzgesetz, Art. 9 MSchG).

L'*Allemagne* prévoit soit une pause d'allaitement de 30 minutes au moins deux fois par jour, soit une pause unique d'1 heure. Si la journée de travail dure plus de 8 heures et que la mère qui allaite le demande, elle pourra bénéficier de deux pauses d'allaitement d'au moins 45 minutes ou d'une fois 90 minutes au minimum (Mutterschutzgesetz, Art. 7 MuSchG).

Au *Luxembourg*, le code du travail (Art. L. 336-3) donne droit à 1 h 30 de pause d'allaitement rémunérée par jour aux femmes allaitantes. Ce temps d'allaitement est réparti sur deux périodes de 45 minutes chacune, ou, si la journée de travail n'est interrompue que par une pause d'une heure, ces deux périodes peuvent être ramenées à un seul temps d'allaitement d'au moins 90 minutes.

4.2 Conséquences financières et effet sur l'état du personnel

Mis à part le reporting habituel sur les conventions ratifiées, la ratification de la convention n° 183 n'aura pas de répercussions sur les plans financier et du personnel.

4.3 Autres conséquences

La ratification de la C 183 par la Suisse n'entraîne aucune autre conséquence.

5 Relation avec le droit européen

Actuellement, la durée minimale du congé maternité est de 14 semaines dans l'Union européenne. Les députés européens ont proposé fin octobre 2010 de porter à 20 semaines la durée du congé de maternité dans l'UE et instauré le principe d'un congé de paternité. Aujourd'hui, la durée du congé de maternité varie de façon importante d'un Etat européen à un autre. Voici quelques exemples: Allemagne: 14 semaines pour la mère qui reçoit 100 % de son salaire; Belgique: 15 semaines (jusqu'à 19 semaines en cas de naissances multiples). Pendant le premier mois, une indemnité de 82 % du salaire est versée, ensuite celle-ci descend à 75 %. Le père dispose d'un congé de 10 jours; Danemark: 18 semaines. Les hommes disposent de deux semaines de congé après la naissance. Selon la plupart des conventions collectives, les indemnités versées aux parents représentent 100 % du salaire; Espagne: 16 semaines, dont une partie peut être transférée au père. L'indemnisation correspond à 100 % du salaire; France: 16 semaines, indemnisées à 100 % du salaire de

base. Le père dispose de 14 jours de congé (dont 11 de congé de paternité), et 21 en cas de naissances multiples; Italie: 5 mois rémunérés au moins à 80 % du salaire, mais souvent payés à 100 % par l'employeur. Il existe un congé de paternité applicable sous certaines conditions; Pays-Bas: 16 semaines avec versement du salaire à 100 %. Un congé de deux jours existe pour les pères; Pologne: de 22 à 40 semaines, selon le nombre d'enfants nés, et rémunérées à 100 % du salaire. Un congé paternité d'une semaine a été instauré récemment; Portugal: 6 mois ou 5 mois dont 30 jours peuvent être partagés avec le père de l'enfant. Le congé «parental» est rémunéré à 83 % du salaire de base; République tchèque: 28 à 37 semaines (selon le nombre de naissances) pendant lesquelles est versée une indemnité mensuelle représentant 69 % du salaire; Roumanie: 126 jours rémunérés à 85 % du salaire. Le père peut obtenir cinq jours de congé après la naissance de l'enfant; Royaume-Uni: le congé maternité est de 26 semaines, les six premières étant indemnisées à environ 90 % du salaire, les 33 suivantes plafonnées à 125 livres (environ 151 euros). Le congé de paternité est versé pendant deux semaines à hauteur de 90 % du salaire, plafonné à 125 livres; Slovaquie: 28 semaines. Les indemnités représentent 55 % du salaire et sont limitées à environ 500 euros par mois. Les pères peuvent bénéficier des mêmes conditions; Suède: 14 semaines. La Suède possède un système de congé parental flexible, qui peut être transféré au père, et qui peut aller jusqu'à 480 jours, payés à hauteur de 80 % du salaire.

6 Bases légales

6.1 Constitutionnalité et légalité

En vertu de l'art. 54, al. 1, de la constitution, les affaires extérieures relèvent de la Confédération. La compétence de l'Assemblée fédérale d'approuver des traités internationaux découle de l'art. 166, al. 2, Cst. Font exception les traités dont la conclusion relève de la compétence du Conseil fédéral en vertu de la loi ou d'un traité international.

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 à 3, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif s'ils sont conclus pour une durée indéterminée et ne peuvent pas être dénoncés, s'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou s'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

La C 183 peut, comme l'ensemble des conventions de l'OIT, être dénoncée au plus tôt dix ans après ratification (art. 16). Elle ne prévoit pas l'adhésion à une organisation internationale. Elle contient cependant des dispositions qui nécessitent l'adaptation de la LTr. De ce fait, elle est sujette au référendum selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3 Cst.

L'arrêté fédéral portant approbation de la C 183 est sujet au référendum et intègre, conformément à l'art. 141a, al. 2 Cst., la modification de la LTr liées à la mise en œuvre de cette convention, telles qu'explicitées au ch. 4.2 du présent rapport.

6.2 Forme de l'acte

L'arrêté fédéral portant approbation de la C 183 comprend trois articles: le premier porte approbation de la C 183 et autorise le Conseil fédéral à la ratifier; le second intègre la modification de l'art. 32a, al. 2 LTr. Le troisième article prévoit que l'arrêté est soumis au référendum facultatif, et il autorise le Conseil fédéral à fixer la date d'entrée en vigueur de la modification de la LTr.

6.3 Examens de conventions non ratifiées

La Suisse ayant ratifié la convention n° 144 de l'OIT sur les mécanismes de consultation tripartite relatifs aux normes de l'OIT (FF 2000 292), elle peut procéder à l'examen de la ratification d'anciennes conventions non ratifiées à ce jour.

7 Consultation de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT

Le présent rapport a été soumis à la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT, commission extraparlamentaire consultative qui regroupe des représentants de l'administration fédérale et des partenaires sociaux suisses. La commission a pris note du rapport. Les employeurs ont exprimé leur désaccord quant à la ratification de la C 183 et à la modification de la LTr et de la OLT 1. Les travailleurs ont soutenu la ratification de la C 183 et les modifications législatives proposées dans le rapport.

8 Avis de la minorité

Une minorité de la commission (Bortoluzzi, Borer, Estermann, Frehner, Kleiner, Parmelin, Scherer, Stahl, Triponez) propose de ne pas entrer en matière sur le projet d'acte. Elle souligne que de nombreux pays comparables à la Suisse – dont, étonnamment, les pays nordiques – n'ont pas encore ratifié la convention, alors que des pays tels que la Bulgarie et la Roumanie l'ont déjà ratifiée: il n'est donc pas nécessaire de précipiter le processus de ratification.

En outre, la minorité estime que ratifier dès à présent la convention serait contraire à la pratique usuelle, qui consiste à ne ratifier ce type de conventions qu'une fois que la législation suisse a intégralement répondu aux exigences qui y sont formulées. Or, cette condition n'est pas encore remplie dans le cas présent, attendu que l'arrêté fédéral prévoit en parallèle d'adapter la loi sur le travail. Par ailleurs, la minorité craint que les entreprises ne rencontrent des difficultés si les mères allaitent leurs enfants hors de l'entreprise et que cela est comptabilisé et intégralement rémunéré comme temps de travail. Enfin, il est difficile de déterminer les conséquences financières qu'aura cette adaptation de la loi sur le travail.

