Zeitschrift: Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse
Herausgeber: Union syndicale suisse
Band: 83 (1991)
Heft: 6

Artikel: Maternité, protection contre le congé, droit au salaire
Autor: Gloor, Werner
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-386404

Nutzungsbedingungen
Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation
L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use
The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 20.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Maternité, protection contre le congé, droit au salaire

*Werner Gloor**

La maternité,[1] c'est-à-dire la période comprenant la grossesse et les 16 semaines suivant l'accouchement, est d'actualité. En effet, depuis le 1er janvier 1989, date d'entrée en vigueur du nouveau droit du licenciement, les travailleuses bénéficient, en cas de maternité, d'une protection contre le congé renforcée. La nouvelle réglementation, *euro-compatible* dans son principe, soulève cependant, dans sa mise en œuvre, quantité de problèmes. Elle laisse ouverte la question du droit au salaire, de la couverture perte de gain – un domaine régi, en l'absence d'une assurance-maternité obligatoire, par une multitude de normes fort disséminées et mal coordonnées.
Nous examinerons, ci-après, des problèmes qui se sont posés, ou risquent encore de se poser, dans la pratique des tribunaux de travail et tenterons d'y apporter des éléments de réponse, en tenant compte des solutions adoptées à l'étranger.

I Protection contre le congé

Le régime suisse de la protection contre le licenciement en cas de maternité tient en deux alinéas: «Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement» (art. 336c al. 1 lit. c CO); «Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période» (art. 336c al. 2 CO).
L'article 336c consacre, d'une façon générale, la protection des travailleurs contre les congés donnés en temps inopportun; ainsi, cette disposition prévoit d'autres périodes de protection (service militaire, accident, maladie); elle est relativement impérative, c'est-à-dire qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur (art. 362).

1. Conditions d'application

La protection s'exerce si six conditions sont réunies: 1) les parties sont liées par un contrat de durée indéterminée; 2) le congé émane de l'employeur; 3) le congé est reçu après le temps d'essai; 4) le congé est reçu en période de maternité/la maternité survient avant la fin du préavis; 5) il s'agit d'un congé ordinaire ou d'un congé immédiat sans justes motifs; 6) la salariée se prévaut de son état.

* D.E.S., avocat au Barreau de Genève, greffier au Tribunal des Prud'hommes.
[1] Terme consacré par la loi, cf. art. 12 LAM; art. 13 OACI (voir notre liste d'abréviations en fin de cet article).

1.1 Contrat de durée indéterminée

La protection contre le congé en cas de maternité suppose la présence d'un contrat de durée indéterminée. La protection ne joue pas lorsque les parties ont conclu un contrat de durée déterminée;[2] ce contrat prend fin sans préavis, à la date prévue, qu'il y ait maternité ou non. Le contrat conclu pour une durée minimale, c'est-à-dire excluant le congé pendant une période initiale, est considéré comme contrat de durée indéterminée.[3] Le contrat conclu pour une durée maximale, mais résiliable à tout moment, moyennant préavis ordinaire, est qualifié de contrat de durée déterminée;[4] toutefois, en cas de congé avant terme, l'article 336c est appliqué.[5] Les contrats en chaîne, c'est-à-dire des contrats de durée déterminée successifs, conclus dans le but notamment de priver le travailleur de la protection de l'article 336c, sont considérés comme un seul et unique rapport de travail, conclu pour une durée indéterminée.[6] La protection s'applique également en cas de travail à temps partiel et de travail sur appel,[7] de même, si l'engagement est d'une durée indéterminée, pour le travail temporaire.[8]

1.2 Congé donné par l'employeur

La protection prévue à l'article 336c s'applique si le congé émane de l'employeur, mais non pas lorsque c'est la salariée qui met fin au contrat,[9] fût-ce par démission, départ négocié, résiliation ordinaire, résiliation immédiate sans justes motifs ou abandon d'emploi. Notons que derrière la démission, le départ négocié ou le congé donné par la salariée, peut se cacher un licenciement de fait «contructive dismissal», auquel cas l'article 336c reste applicable! En effet, le geste accompli sous la contrainte,[10] la renonciation à la protection de l'article 336c sans contre-prestation équitable,[11] sont dépourvus de valeur juridique. Enfin, l'abandon d'emploi, au sens de l'article 337d CO, suppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur de poursuivre l'exécution du travail confié;[12] la salariée enceinte ou allaitante qui, sur simple avis, quitte son travail, exerce un droit et n'abandonne pas son emploi.[13]

[2] Streiff/Kaenel, «Arbeitsvertragsrecht», Zurich, 1992, N. 2 ad art. 336c CO.
[3] Message, FF 1984 II 616.
[4] ATF, 114 II 349.
[5] Message, FF 1984 II 617.
[6] ATF, 101 Ia 465; JAR, 1989 97; Ekonomi/Rehbinder «Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge», Berne, 1978, pp. 45, 61.
[7] JAR, 1989 94 = JAP, 1990 129.
[8] Brühwiler, «Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) auf den temporären Arbeitsvertag», in RSJ, 1991, p. 226.
[9] Streiff/Kaenel, op. cit. N. 2 ad art. 336c CO; JAR, 1991 235; la salariée qui, après avoir résilié son contrat, se rend compte de sa grossesse, peut encore, pendant le préavis, invalider sa manifestation de volonté pour erreur essentielle (art. 24 al. 1 ch. 4 CO; cf. JAR, 1986 117).
[10] P. ex. ATF, 107 IV 35, contrainte, art. 181 CPS; ATF, SJ 1987 562, crainte fondée, art. 29, 30 CO.
[11] ATF, 110 II 168 = JAR, 1985 229; Aubert, «Quatre cents arrêts sur le contrat de travail», Lausanne, 1984, Nr. 180 (= ATF du 17.3.1983); cf. art. 341 al. 1 CO. Très contestable: JAR, 1984 183. Est abusif le procédé consistant à obtenir la démission de la salariée enceinte, en échange de la promesse de réengagement après la période de protection (cf. ATFA, 20.11.1990 ARV/DTAC 1990 Nr. 19, p. 128 pour un cas voisin).
[12] ATF, 112 II 41.
[13] Cf. art. 35 al. 1 LT; art. 67 al. 2 OLT I; Riemer-Kafka Gabrielle, «Rechtsprobleme der Mutterschaft», thèse, Zurich, 1987, p. 215; SJ, 1989 679.

La salariée qui a mis fin à son contrat avec effet immédiat pour de justes motifs bénéficie des mêmes droits que sa collègue victime d'un licenciement immédiat sans justes motifs (cf. infra).

1.3 Congé reçu après le temps d'essai

L'article 336c entre en action si le licenciement intervient après le temps d'essai légal ou contractuel.[14] Si les parties ont supprimé le temps d'essai, la protection s'exerce dès l'entrée en service de la salariée.[15] La salariée qui tombe enceinte avant la fin de la période d'essai n'est pas protégée contre le licenciement. Le congé doit lui parvenir au plus tard le dernier jour du temps d'essai;[16] s'il est reçu ultérieurement, la salariée bénéficie de la protection de l'article 336c. La maternité n'a pas l'effet de prolonger le temps d'essai au sens de l'article 335b al. 3 CO.

1.4 Maternité

La protection contre le licenciement que confère l'article 336c alinéa 1 lettre c suppose une maternité. La période de la maternité comprend la durée de la grossesse et les 16 semaines suivant l'accouchement. Pour déterminer la date de la conception, le juge, qu'il statue avant ou après l'accouchement, doit s'appuyer sur la date d'accouchement pronostiquée par le médecin pour remonter dans le temps, sur la base de la durée d'une grossesse normale, soit 280 jours.[17] Une erreur de pronostic du médecin quant à la date ou au principe de l'accouchement n'a pas d'importance. Qu'il y ait, par la suite, accouchement avant terme, fausse-couche ou avortement, c'est la date de la conception telle qu'elle a été déterminée ex ante qui est décisive. En cas d'avortement[18] ou de fausse-couche, la maternité et, partant, la période de protection
prend fin ipso facto. Si l'enfant est mort-né, il y a néanmoins accouchement au sens de la loi; la mère reste donc au bénéfice de la protection.[19] En cas de décès de la mère consécutif à l'accouchement, il convient de faire bénéficier le père de la protection instaurée par l'article 336c alinéa 1 lettre c. Le délai des 16 semaines subséquentes ne comprend pas le jour de l'accouchement.[20]

[14] Le temps d'essai légal est d'un mois (art. 335b al. 1 CO; il peut être, par écrit, supprimé ou prolongé jusqu'à trois mois au maximum; art. 335b al. 2 CO).

[15] Streiff/Kaenel, op. cit. N. 2 ad art. 336c CO.

[16] Fritz, «Les nouvelles dispositions sur le congé dans le droit du contrat de travail», Zurich, UCAPS, 1988, N. 2 ad art. 335b CO.

[17] Cf. art. 5 al. 2 MuSchG 1968; BAG 27.10.1983 EzA art. 9 MuSchG n. F. Nr. 25; Becker, «Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz», Neuwied, 1989, N. 64 ad art. 9 MuSchG; dans le même sens: Riemer-Kafka, «Der neurechtliche Kündigungsschutz bei Schwangerschaft und Niederkunft», in RSJ 1989, p. 59 et ATF, 111 V 329. Contra: JAR, 1989 207, pour appliquer l'ancien art. 336e CO, prône la prise en compte de la date d'accouchement effective; cette jurisprudence est devenue obsolète sous le nouveau droit, car elle ne permet pas de fixer la date de la conception dans le cas de l'avortement et de la fausse-couche.

[18] Becker, op. cit., N. 32 ad art. 9 MuSchG; CAPH GE, Gr. IX, 11.4.1991 Tavaro.

[19] Becker, op. cit., N. 31 ad art. 9 MuSchG.

[20] JAR, 1989 150.

1.5 Congé ordinaire – congé immédiat sans justes motifs
La protection prévue à l'article 336c s'exerce lorsque l'employeur résilie le contrat moyennant préavis, ainsi qu'en cas de licenciement immédiat sans justes motifs.[21] En revanche, la salariée, enceinte ou non, ne saurait bénéficier,ou continuer à bénéficier, de la protection de cette disposition en cas de renvoi immédiat pour de justes motifs[22] ou d'abandon d'emploi sans justes motifs.

1.6 La salariée se prévaut de son état.
L'application de l'article 336c alinéa 1 lettre c suppose enfin que la travailleuse licenciée informe l'employeur de l'état de grossesse, sans tarder, dès qu'elle en a acquis la certitude.[23] Il s'agit là d'une incombance, non pas d'un devoir. Un silence prolongé entraîne la péremption du droit;[24] l'ignorance du droit n'offre pas d'excuses.[25] C'est ce que prévoient les droits allemand et français, où la femme licenciée dispose d'un délai de 15 jours, à compter de la notification du licenciement, pour informer l'employeur de sa grossesse.[26] Cette information n'est pas nécessaire, lorsque l'état de grossesse, au moment du congé, était manifeste. A noter que la travailleuse non licenciée n'a pas à révéler à l'employeur son état de grossesse. Cet état fait partie de sa sphère privée jusqu'au moment où il entraîne des répercussions dans l'exécution du travail.[27] Si l'état de grossesse, indiqué par la salariée licenciée, reste controversé et n'a pu être confirmé par certificat médical jusqu'à la fin du préavis, il convient que l'employeur prolonge l'occupation de l'intéressée jusqu'au jour où l'absence de grossesse a pu être médicalement confirmée.[28]

2. Effets

La loi consacre le principe de la nullité et celui de la suspension du congé (art. 336c al. 2 CO). Le critère déterminant est celui de la date de la réception du congé .[29]

[21] JAR, 1986 146; TPH GE, Gr. VI du 7.3.1991 Da Costa.
[22] JAR, 1986 126; Streiff/Kaenel, op. cit., N. 4 ad art. 337 CO; Brand, «Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht», Muri b. Bern, USAM, 1991, N. 9 ad art. 337 CO.
[23] Cf. Riemer-Kafka, op. cit., RSJ 1991, p. 60; Riemer-Kafka, op. cit., 1986, p. 269.
[24] Cf. Projet du Conseil national prévoyant un délai péremptoire de 15 jours, BOCN, 1984, p. 1821. Cette solution ne nous paraît pas contraire à l'art. 341 CO; l'interdiction de renoncer ne concerne que les créances et positions juridiques nées (cf. ATF, 115 V 437, 446); or, à notre sens, la communication rapide de l'état de grossesse constitue une condition préalable à la naissance des droits découlant de l'art. 336c al. lit. c CO. Le TPH GE, Gr. VI, 15.3.1991 Terrattaz, a recouru à l'abus de droit, art. 2 al. 2 CC, solution préconisée par Riemer-Kafka, RSJ, 1991, p. 60: JAR, 1991 237; cf. aussi CAPH GE, 28.9.1988, JAP, 1989 302.
[25] Becker, op. cit., N. 55 ad art. 9 MuSchG; BAG 19.12.1968 EzA art. 9 MuSchG n. F. Nr. 6; cf. dans un domaine voisin, celui de l'omission de la mise en demeure de l'employeur, art. 324: ATF, 115 V 437, 446 et ATF du 24.10.1990 in ARV/DTAC, 1990, Nr. 16; plus nuancé: Pedergnana, «Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht», Recht, 1989, p. 43.
[26] L-122-25-2 Code du travail; art. 9 al. 1 MuSchG; Camerlynck, «Le contrat de travail», Paris, Dalloz, 1982, p. 327; Couturier, «Droit du travail», Paris, PUF, 1990, vol. 1, p. 325; Becker, op. cit., N. 46 ss ad art. 9 MuSchG.
[27] JAR, 1981 276; Brunner/Bühler/Waeber, «Commentaire du contrat de travail», Berne, USS, 1989, N. 11 ad art. 336c CO.
[28] Brand, op. cit., N. 17 ad art. 336c CO; Pedergnana, op. cit., p. 43. Notons que les tests de grossesse, en vente dans les pharmacies, s'avèrent très fiables.
[29] Manifestation de volonté sujette à réception; ATF, 113 II 259 = JAR, 1988 260; JAR, 1986 116.

2.1 Nullité

Le congé reçu pendant la maternité est nul, même s'il est donné pour un terme postérieur à la période de protection,[30] et il doit en principe être renouvelé, par l'employeur, après l'écoulement de la période de protection.[31] Toutefois, dans la pratique les tribunaux tendent à appliquer – notamment lorsque la volonté de rupture est manifeste – la théorie de la conversion,[32] c'est-à-dire le congé, momentanément inefficace, est censé déployer ses effets dès la fin du délai de protection.[33] Notons qu'un licenciement ordinaire ou immédiat sans justes motifs prononcé en dépit d'une maternité dûment communiquée peut valoir, à l'employeur indélicat, des sanctions pénales et civiles.[34]

2.2 Suspension

Lorsque la maternité tombe durant une période de préavis, le cours du délai de congé est interrompu; il ne continue à courir qu'après la fin de la période de protection. La suspension intervient, rétroactivement, dès la date de la conception. Il arrive que l'employeur n'apprenne l'état de grossesse, survenu pendant le préavis, qu'après le terme escompté du délai de congé. Si la salariée licenciée a fait preuve de diligence dans la transmission de l'information (certificat médical à l'appui), l'employeur doit la réintégrer dans l'entreprise jusqu'à la fin du préavis prolongé, ou lui offrir un dédommagement équitable basé sur l'article 337c alinéas 1 et 2 CO.[35]

3. Cumul et chevauchement

3.1 Cumul

Les différentes périodes de protection mentionnées à l'article 336c peuvent se cumuler.[36] Ainsi, une période de protection maternité (art. 336 al. 1 lit. c) peut être précédée ou suivie d'une période de protection maladie ou accident (art. 336c al. 1 lit. b),[37] d'une période de protection service militaire (art. 336c al. 1 lit. a CO), voire d'une autre période de protection maternité.

[30] Brand, op. cit., N. 6 ad art. 336c CO; Becker, op. cit., N. 83 ad art. 9 MuSchG.

[31] Becker, op. cit., N. 70 ad art. 9 MuSchG.

[32] Déjà prônée par Oser/Schönenberger, «Zürcher Kommentar», 1936, N. 16 ad art. 347 CO 1912; cf. aussi ATF, 47 II 298; ATF, 107 II 194; 104 II 341; cf. art. 266a al.2 CO 1990.

[33] JAR, 1986 146; JAR, 1987 228; CAPH GE, Gr. IX., 22.6.1989 VTT; CAPH GE, Gr. V, 30.10.1990, Mathez; en effet, comme les congés nuls sont rarement renouvelés après la période de protection, on risque de voir les contrats intacts, avec toutes les difficultés découlant de l'art. 324 CO, alors que, de fait, lors de l'action en justice, les rapports de travail ont pris fin depuis des mois, voire des années. Contra: JAR, 1981 151.

[34] Par exemple en provoquant, de la sorte, une fin prématurée de la maternité (avortement, fausse-couche, accouchement précoce). Sanction pénale: menace, art. 180 CPS; sanctions civiles: dommages-intérêts; dommages-intérêts pour violation du contrat, art. 97 et art. 328 CO; réparation pour tort moral, art. 49 CO; pénalité pour congé abusif, art. 336a CO ou pour renvoi sans justes motifs, art. 337c al. 3 CO; JAR, 1991 276, 280.

[35] La communication sans retard, certificat médical à l'appui, de l'état de grossesse, vaut, dans la règle, pour mise en demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO.

[36] Cumul tant «interlittéral» que «intralittéral», sauf en cas de rechute d'une maladie; cf. Weber, «Le cumul des périodes de protection de l'art. 336c CO» in Plädoyer 1989/1, p. 54 ss.; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., N. 16 ad art. 336c CO.

[37] Cf. ATF, 113 II 259; TPH GE, 9.3.1988 Stöckli = JAP, 1989 957; JAR, 1983 170; Streiff/Kaenel, op. cit., N. 4 ad art. 336c CO.

3.2 Chevauchement

Une période de protection peut en chevaucher une autre. C'est le cas lorsque une maladie ou un accident survient pendant la maternité. Une maladie (ou un accident) survenant pendant la maternité n'entame pas le délai de protection maladie (accident) prévu à l'article 336c alinéa 1 lettre b CO. Ainsi, une salariée, tombée enceinte pendant le préavis, tombée malade pendant la grossesse, bénéficie, après la fin de la maternité, lorsque le délai de congé reprend son cours, d'une période de protection maladie intacte.[38]

4. Licenciement immédiat

Le licenciement immédiat, avec ou sans justes motifs, qu'il survienne avant, pendant ou après une période de maternité, met un terme de facto et de jure aux rapports de travail.[39] Le congé donné par l'employeur, avec effet immédiat et, sans justes motifs, en période de maternité, n'est donc pas nul et n'a donc plus besoin d'être répété après la fin de cette période.[40] A ceci près, la résiliation immédiate sans justes motifs doit être convertie en un congé ordinaire, censé déployer ses effets dès la fin de la période de protection.[41] La salariée, victime d'un licenciement immédiat injustifié en période de maternité, a droit à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé reporté en vertu de l'article 336c, (cf. art. 337c al. 1 CO), sous déduction des gains réalisés ailleurs (art. 337c al. 2 CO). En outre, vu les circonstances, elle peut légitimement prétendre au paiement d'une pénalité maximum de six salaires mensuels, telle que la prévoit l'article 337c alinéa 3 CO.[42] Lorsque, de surcroît, ce renvoi immédiat a été prononcé à cause de la maternité, l'on serait tenté de cumuler la pénalité de l'article 337c alinéa 3 avec celle de l'article 336a CO, ce que malheureusement le législateur ne permet pas de faire.[43]

5. Licenciement abusif

On parle de licenciement abusif, lorsque l'employeur se sépare d'un travailleur pour un motif que notre ordre juridique et l'éthique occidentale réprouvent. Ainsi, est abusif le congé donné pour une raison inhérente à la person-

[38] Toute autre solution désavantagerait la salariée malade pendant sa maternité par rapport au salarié malade pendant son service militaire.

[39] Message, FF 1984 II 635; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., N. 2 ad art. 337c CO; Fritz, op. cit., N. 1 ad art. 337c CO; Rehbinder, «Schweizerisches Arbeitsrecht» , 10. Auflage, Berne, 1991, p. 121; hésitant: Brand, op. cit., N. 30.

[40] TPH GE, Gr. VI, 7.3.1991 Da Costa; d'où l'intérêt de la théorie de la conversion. Il nous paraît incongru d'exiger de l'employeur qui résilie, moyennant préavis, le contrat en période de protection, de renouveler ce congé à l'issue de cette période, alors qu'on en dispense son collègue qui licencie pendant la même période, avec effet immédiat et sans justes motifs. . .

[41] Cf. Message, FF 1984 II 635; JAR, 1986 146; TPH Gr., VI. 7.3.1991 Da Costa.

[42] D'un façon générale, un congé immédiat et injustifié de la part de l'employeur donne lieu à une indemnité en faveur du travailleur (cf. ATF, 116 II 300 = JdT, 1991 317).

[43] Pour un cas de figure: CAPH GE, Gr. VII, 7.5.1991 Herren; BOCN, 1985 1151–1155; Meier/Oehmke, «Die neuen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts zum Kündigungsschutz», in Plädoyer 1988 5/6, p. 49; Pedergnana, op. cit., p. 46.

nalité de l'autre partie (art. 336 al. 1 lit. a CO), ou en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel (art. 336 al. 1 lit. b CO). Or, la maternité constitue, à n'en pas douter, une «raison inhérente à la personnalité» de la travailleuse; de même, être enceinte, avoir un enfant, c'est exercer un droit constitutionnel, celui de la liberté personnelle.[44] Certes, la maternité d'une travailleuse peut avoir une incidence sur le rythme et la rentabilité de la production dans une entreprise, mais en aucun cas il ne s'agit d'une «violation du contrat de travail»[45] ou d'un «préjudice grave au travail dans l'entreprise» au sens des clauses échappatoires de l'article 336 alinéas 1 a et b. Bref, un congédiement à cause de la maternité, qu'il soit maquillé en «licenciement pour restructuration économique» ou non, mérite sanction. L'article 336a prévoit une pénalité allant jusqu'à six mois de salaire.[46]

6. Dol: invalidation ou résiliation du contrat?

En principe, le contrat de travail, à l'instar de tout contrat, peut être invalidé, par l'une des parties, pour vice de volonté.[47] Ainsi, l'employeur est fondé à annuler le contrat lorsqu'il découvre avoir été intentionnellement trompé, par commission ou omission, sur un point essentiel, par le travailleur lors des pourparlers contractuels (art. 28 CO, dol).

Parmi les motifs d'invalidation invoqués figure fréquemment la réponse inexacte donnée, lors de l'entretien d'embauche, à une question relative à l'existence d'une grossesse. Or, la candidate à l'emploi n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, ni de donner une réponse exacte, lorsque, objectivement, la maternité n'empêche pas la bonne exécution du travail proposé[48] et que, visiblement, l'employeur outrepasse son droit de poser des questions. Inversément, la candidate doit spontanément révéler une grossesse existante lorsque, de façon reconnaissable, cet état empêchera rapidement la bonne exécution du travail proposé (mannequin, danseuse, actrice, entraîneur, hôtesse de l'air, serveuse).[49]

La Cour de Justice des Communautés Européennes a récemment jugé que, sauf exceptions rarissimes, l'employeur n'a pas le droit de poser des questions relatives à la grossesse, car, estime-t-elle, ce type d'enquête constitue une discrimination entre les deux sexes.[50]

[44] Cf. Müller, «Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung», Berne, 1991, p. 16.

[45] Sauf au cas où l'engagement s'est fait pour un poste où la maternité est incompatible avec le type de prestations demandées (cf. ci-après).

[46] Licenciement qualifié d'abusif, au sens de l'art. 336 al. 1 lit. d, d'une salariée pour avoir fait valoir, par erreur mais de bonne foi, un droit au paiement d'une indemnité perte de gain maternité, non prévue dans l'assurance collective: CAPH GE, Gr. IX, 7.3.1991.

[47] Rehbinder, «Die Anfechtung des Arbeitsvertrages», in Ekonomi/Rehbinder, op. cit., p. 72 ss.

[48] JAR, 1987 106; JAR, 1987 112; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., N°s 8, 9 ad art. 320 CO; Rehbinder in Ekonomi/Rehbinder, op. cit., p. 88; Becker, op. cit., N. 139 ad art. 9 MuSchG; Rechsteiner, «Etes-vous enceinte?» in RSS, 1986, p. 173 ss.

[49] Obligation de révélation spontanée («Offenbarungspflicht»): ATF JAR, 1984 95, jugeant cette activité physiquement éprouvante. A noter que le travailleur, candidat à l'embauche, n'a pas à révéler son service militaire imminent, à moins d'avoir été interrogé sur ce point; cf. PKG, 1988 Nr. 26, p. 105 = JAR, 1990 119.

[50] CJCE, arrêt du 8.11.1990, Dekker, cause C-177/88; Wissmann, «EuGH: Neues zur Geschlechtsdiskriminierung», in Der Betrieb, 1991, p. 650 ss.

Théoriquement, la partie qui se prévaut d'un vice de volonté lors de la conclusion du contrat dispose d'un délai d'un an, à compter de la découverte de l'erreur, pour invalider le contrat (art. 31 CO). Toutefois, en droit du travail, l'importance de ce délai de «réflexion» paraît exagéré, par comparaison avec l'exigence jurisprudentielle d'une décision immédiate[51] en cas de découverte de motifs justifiant une résiliation immédiate des rapports de travail (art. 337 CO). Dès lors, la partie qui entend invalider le contrat de travail pour vice de volonté doit, à notre sens, communiquer à l'autre partie cette volonté sans tarder, dès la découverte de l'erreur, sous peine de péremption du droit. L'invalidation du contrat de travail, contrat de durée, entraîne sa nullité avec ex nunc. Les prestations échangées n'ont pas à être répétées (art. 320 al 3 CO). L'auteur du dol ne saurait bénéficier d'un préavis, et encore moins d'un délai de protection. De fait, ce type d'invalidation correspond, dans ses effets, voire dans sa motivation, à un licenciement immédiat pour justes motifs; et dans la règle, les employeurs, victimes d'un dol au sens de l'article 28 CO, préfèrent recourir à l'article 337 CO.[52]

II Droit au salaire

A Rappel des principes

Le droit au salaire est un droit relatif. Pas de travail, pas de salaire; le travailleur en demeure de fournir sa prestation contractuelle n'a pas droit à rémunération (art. 82, 102 CO).[53] Cette règle souffre cependant de deux exceptions;[54] le salaire reste dû dans les cas suivants: a) Le salarié est empêché de travailler sans faute de sa part pour une cause inhérente à sa personne (art. 324a CO); b) L'employeur est en demeure d'accepter les services régulièrement offerts (art. 324 CO).

1. Droit au salaire basé sur l'article 324a CO

1.1 Empêchement de travailler

La maternité comporte au moins une période d'incapacité de travail, celle liée à la grossesse et à l'accouchement; elle peut en comporter d'autres, dues à une maladie, à un accident ou à l'accomplissement d'une obligation légale. L'incapacité de travail due à la grossesse et à l'accouchement ne débute, dans la règle, pas avant la quatrième semaine précédant l'accouchement et dure, après l'accouchement, ex lege huit semaines au moins.[56]

[51] Streiff/Kaenel, op. cit., N. 17 ad art. 337 CO.
[52] Rehbinder, op. cit., p. 105. Exemple: ATF JAR, 1984 95.
[53] ATF, 115 V 437, 442.
[54] Nous ne parlons pas de l'impossibilité subséquente d'exécution imputable à personne (art. 119 al. 2 CO) ni de l'impossibilité subjective subséquente du salarié imputable à la faute de l'employeur (non réglée dans la loi, cf. ATF, 114 II 274).
[55] Cf. art. 14 al. 4 LAMA; les incapacités de travail antérieures, liées à la grossesse, sont traitées comme cas de maladie; cf. Riemer-Kafka, op. cit., 1986, p. 145.
[56] Les accouchées ne peuvent être occupées pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement (art. 35 al. 2 LT).

L'empêchement doit être dû à une «cause inhérente» à la personne du salarié. En fait, la maternité montre que tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, la jeune mère célibataire ne disposera pas toujours, au point nommé, d'une nourrice ou d'une autre personne qualifiée pour s'occuper du bébé; le retour au travail se trouve fréquemment interrompu du fait des soins à prodiguer à l'enfant malade. Ce faisant, elle accomplit, au demeurant, une obligation légale[57] au sens de l'article 324a alinéa 1 CO.

1.2 Obligation de l'employeur à payer le salaire

Le travailleur empêché de travailler sans faute de sa part pour une cause inhérente à sa personne a droit à ce que l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, 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 CO).

1.3 Durée du droit au salaire

Sous réserve de délais plus longs fixés par accord 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 (art. 324a al. 2 CO). Pour déterminer «équitablement» la durée de l'obligation de payer le salaire, les tribunaux ont établi des échelles.[58]
Les absences dues aux différentes causes d'empêchement énoncées à l'article 324 alinéa 1 s'additionnent. Le travailleur dispose, pour chaque année de service, d'un crédit annuel, déterminé par l'«échelle bernoise», en jours payés pour ce type d'absences.[59] Un travailleur dont l'incapacité de travail se prolonge dans l'année de service suivante – et dont le droit au salaire de l'article 324a avait été épuisé – retouche son salaire dès la nouvelle année de service.[60]

1.4 Grossesse et accouchement

L'article 324a alinéa 3 CO précise ceci: «En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur à les mêmes obligations». La portée exacte de la mention à part de cette incapacité de travail est trés controversée. Certains y voient la base légale pour un droit au salaire distinct des autres causes d'empêchement; bref, la travailleuse incapable de travailler pour cause de gros-

[57] Cf. art. 276 al. 1 CC; dans ce sens: ArG ZH JAR, 1988 197 = RSJ, 1988 49 = trad. fr. in JAP, 1988 274; cf. aussi CAPH, Gr. V, 17.9.1990 Isgro; Brand, op. cit., N. 12 ad art. 324a CO.

[58] Les tribunaux de la Suisse romande s'en tiennent à l'«échelle bernoise», cf. Rehbinder, «Berner Kommentar», 1985, N. 28 ad art. 324a CO.
Celle-ci prévoit la progression suivante:

Années de service	*durée du droit au salaire*
Pendant la 1re année	3 semaines
Pendant la 2e année	1 mois
Pendant la 3e et la 4e année	2 mois
Dès la 5e et jusqu'à la fin de la 9e année	3 mois
Dès la 10e et jusqu'à la fin de la 14e année	4 mois
Dès la 15e et jusqu'à la fin de la 19e année	5 mois

[59] JAR, 1990 243; CAPH GE, Gr. IX, 15.4.1991 Tavaro;Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., N. 15 ad art. 324a CO; Streiff/Kaenel, op. cit., N 25 ad art. 324a/b CO.

[60] JAR, 1990 243; JAR, 1982 115; JAR, 1981 136; CAPH GE, Gr. IX, 15.4.1991 Tavaro; Streiff/Kaenel, op. cit., N. 8 ad art. 324a/b CO.

sesse et d'accouchement bénéficierait d'un «crédit annuel distinct», c'est-à-dire d'une deuxième «échelle bernoise».[61] La jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent en revanche que cet alinéa ne fonde pas un droit au salaire distinct;[62] pour elles, l'intention du législateur de 1972 était de supprimer une fois pour toutes l'idée, encore reçue à l'époque, d'une grossesse «fautive».
Dans la logique du premier courant d'opinion, la salariée débite, en période de maternité, un compte «crédit annuel» distinct, si l'empêchement est lié à la grossesse et à l'accouchement. Les absences dues à une maladie non liée à la grossesse sont, elles, imputées sur le compte «crédit annuel» ordinaire. Cela impliquerait que les médecins étoffent leurs certificats médicaux.

1.5 Assurance perte de gain

L'obligation de continuer à payer le salaire en cas d'incapacité de travail peut être réglée différemment, dans un accord écrit, dans un contrat-type de travail ou dans une convention collective (art. 324a al. 4 CO). Dans la pratique, l'employeur conclut, sur la base d'un accord écrit avec les travailleurs ou en exécution d'une obligation découlant d'une convention collective,[63] une assurance perte de gain individuelle ou collective, à primes partagées, auprès d'un assureur social (caisse-maladie reconnue, LAMA), ou auprès d'un assureur privé (LCA).
En général, les assurances conclues couvrent le risque perte de gain en cas de maladie; la couverture peut être étendue à la part de perte de gain non prise en charge par l'assureur LAA en cas d'accident. Rares sont les employeurs qui concluent, en sus, une assurance perte de gain en cas de maternité.[64] L'employeur diligent remet au travailleur, lors de l'engagement, copie de la police et des Conditions Générales d'Assurance. Pour dissiper une fausse attente, il

[61] Berthoud, «Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler», étude des articles 324a et 324b CO, thèse, Lausanne, 1976, p. 49 et p. 75, et Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., N. 16 ad art. 324a CO; Aubert, in «Deuxième Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale», Zurich, 1991, p.115. A notre connaissance, cette thèse n'est pas suivie par les tribunaux; cf. toutefois CAPH GE, Gr. X, 13.11.1991, Mme B., reconnaissance d'un crédit distinct en cas de maternité.

[62] TC VD, RSJ 1991 395; JAR, 1983 170; CAPH GE, Gr. IX, 11.4.1991 Tavaro; OFIAMT in ARV/DTAC, 1975 88; Streiff/Kaenel, op. cit., N. 25 ad art. 324a/b CO; Rehbinder, «Berner Kommentar», 1985, N 6 ad art. 324a CO; Staehelin, «Zürcher Kommentar», 1983, N. 40 ad art. 324a CO; Riemer-Kafka, op. cit., 1986, p. 259; Schweingruber, «Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations», Berne, USS, 1975, N. 5 ad art. 324a CO; Brühwiler, «Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag», Berne, UCAPS, 1978, N. 10b ad art. 324a CO; Brand, op. cit., N. 18 ad art 324a CO; Kuhn/Koller, «Droit du travail actuel dans les entreprises», Zurich, 9/3.5, p. 4, 43e mise à jour 1989; Schürer, «Arbeit und Recht», Zurich, SKV/SSEC, 1989, p. 76.s.

[63] Le non-respect de cette obligation peut coûter cher à l'employeur; il constitue une violation du contrat et entraîne des dommages-intérêts équivalents au total des prestations que l'assureur aurait versées, si le travailleur avait été assuré (cf. ATF, 116 II 89 = JdT, 1990 584; ATF SJ, 1982 572 = JAR, 1983 245; voir aussi ATF, 115 II 251 = JAR, 1990 397 = SJ, 1990 39). Si l'employeur a contractuellement garanti les prestations de l'assureur, ou promis des prestations comparables, il ne saurait vouloir abréger la durée de ses obligations en licenciant le salarié incapable de travailler dès la fin de la période de protection, cf. BJM, 1987 p. 243; PKG, 1975 No. 23, p. 79.

[64] La Convention collective nationale de travail (CCNT) pour les hôtels, restaurants et cafés du 6.9.1988, étendue par arrêté du Conseil fédéral, oblige les employeurs de conclure une assurance perte de gain en cas de maternité (art. 45a CCNT); les prestations de l'assurance doivent se conformer à la durée prévue à l'art. 14 al. 6 LAMA, c'est-à-dire s'étendre sur 10 semaines (70 jours), dont au moins 6 semaines (42 jours) suivront l'accouchement. (cf. aussi ATFA du 14.5.1990, Krankenkasse KFW in 80 Pra 1991 No. 128). Rappelons que l'assurance perte de gain (collective ou individuelle) conclue au près d'une caisse-maladie reconnue couvre ex lege non seulement le risque maladie, mais aussi le risque maternité, cf. art. 14 al. 1 LAMA).

doit informer la personne engagée de la formulation, par l'assureur, d'une réserve,[65] et s'agissant d'une travailleuse, la prévenir de l'absence d'une assurance perte de gain en cas de maternité.[66]
L'assurance perte de gain en cas de maladie, ou l'assurance perte de gain en cas de maternité, ne sont pas prescrites par la loi.

1.6 Equivalence
Les prestations assurées doivent, dans une optique abstraite, être équivalentes (art. 324a al. 4 CO) à celles que le travailleur toucherait de l'employeur en application de l'«échelle bernoise». Il y a équivalence lorsque l'assurance prévoit, à primes partagées entre l'employeur et le salarié, une couverture de 80% du salaire à partir du 1er jour d'incapacité de travail pour une durée de 720 jours au moins dans une période de 900 consécutifs[67] et que le salarié dispose d'un droit d'action direct contre l'assureur.[68] L'équivalence suppose, en outre, que l'assureur continue à verser les indemnités journalières au-delà de la fin des rapports de travail, tant que dure le sinistre ou jusqu'à épuisement du droit. Enfin, ce n'est pas la conclusion d'une assurance jugée équivalente qui libère l'employeur, mais seul le versement effectif, par l'assureur, des prestations assurées.[69]
Lorsque l'assurance perte de gain, à primes partagées, ne couvre que le risque maladie, mais non pas la maternité, l'employeur reste face à ce dernier risque lié par les obligations découlant de l'article 324a alinéa 1 CO. Il doit à la salariée incapable de travailler pour cause de grossesse et d'accouchement le salaire intégral[70] pendant la durée limitée prévue par «l'échelle bernoise». Ce salaire reste dû, même si la travailleuse touche des indemnités journalières maternité de son propre assureur. Il appartient à l'assureur, et non pas à l'employeur, de réduire ses prestations pour éviter une surindemnisation.[71]

2. Droit au salaire basé sur l'article 324 CO

2.1 Principe
Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive fournir son travail (art. 324 al. 1 CO).

[65] ATF, 116 II 189 = JdT, 1990 584; JAR, 1985 152; JAP, 1985 809.
[66] Cf. CAPH, Gr. IX, 7.3.1991 Hoefflin.
[67] JAR, 1990 172. Les assureurs privés s'en tiennent, eux aussi, à l'art. 12 bis al. 3 LAMA; BJM, 1987 243; Viret, «La situation du travailleur en cas de maladie» SZS, 1979, p. 13. Les polices d'assurances collectives perte de gain prévoient fréquemment, à la demande de l'employeur, un délai de carence de 15 à 30 jours; le principe d'équivalence exige, dans ce cas, que pendant ce délai de carence, le 80% du salaire soit pris en charge par l'employeur lui-même; BJM, 1991 235.
[68] JAR, 1984 132 = JAR, 1985 293.
[69] ZR, 1989 Nr. 70; JAR, 1987 167; JAR, 1986 146, 150; JAR, 1981 261.
[70] Des absences antérieures, dans la même année de service, dues à la maladie, auront été prises en charge par l'assurance perte de gain en cas de maladie, et non par l'employeur; elles n'entament pas, par conséquent, le crédit annuel en jours d'absences payés, prévu, par l'«échelle bernoise», dans le domaine des causes d'empêchement non assurés. Contra: Kuhn/Koller, op. cit., chap. 9/3.5, p. 6, 43e mise à jour.
[71] Cf. art. 26 al. 1 LAMA; art. 16 OLAMA III; Maurer, «Schweizerisches Sozialversicherungsrecht», Bd. II, Berne, 1981, pp. 387–388; Riemer-Kafka, op. cit., 1986, p. 122.

L'employeur peut se trouver en demeure d'acceptation par sa faute (négligence, incurie), par la réalisation d'un risque d'exploitation, ou encore par sa décision délibérée. Concrètement, il s'agit du refus, ou de l'impossibilité de l'employeur, d'accomplir les actes préparatoires nécessaires à l'exécution du travail.
Il n'y a pas de demeure sans mise en demeure. L'employeur ne peut être mis en demeure que si le travailleur, capable de travailler, lui a clairement offert ses services.[72]

2.2 Application
Il y a demeure d'acceptation lorsque l'employeur omet, en violation des prescriptions de droit public et de droit privé,[73] de prendre les mesures de sécurité et de protection adéquates pour la vie et la santé du travailleur; ce dernier est alors fondé de suspendre l'exécution du travail, sans perdre son droit au salaire.[74]
La loi accorde une protection particulière aux femmes enceintes et aux mères qui allaitent. Ces salariées ne peuvent être occupées à des travaux notoirement nuisibles à la santé, à la grossesse et à l'allaitement. A leur demande, elles doivent être dispensées, sans perte de salaire, des travaux qui leur sont pénibles.[75]
Il y a demeure d'acceptation, en outre, lorsque l'employeur renvoie la travailleuse enceinte, mais capable de travailler, à la maison, sous prétexte que l'on ne saurait imposer à sa clientèle la vision d'un ventre bombé.[76]
Enfin, l'employeur qui dispense le salarié licencié d'effectuer son préavis se met en demeure d'acceptation volontaire; le salaire afférent au délai de congé est dû, sans que le salarié congédié ait encore besoin d'offrir ses services.[77]

2.3 Imputation
Le travailleur doit se laisser imputer sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé (art. 324 al. 2 CO). Si l'employeur a dispensé le travailleur d'effectuer le préavis, en lui payant, d'avance et sans conditions, le salaire afférent au délai de congé, le gain que ce dernier aura réalisé ailleurs, pendant cette période, n'a pas à être imputé sur le salaire.[78]

[72] ATF, 115 V 437 cons. 5 a, all. = ARV/DTAC, 1989 No. 9, p. 78 = Plädoyer 1990/1, p. 66; ATF, du 24.10.1990, fr. in ARV/DTAC, 1990 No. 15, p. 92; JAR, 1990 243; JAR, 1986 97; Vischer, «Le contrat de travail», Fribourg, TDPS, 1982, p. 120; Streiff/Kaenel, op. cit., N. 9 ad art. 324 CO.
[73] Cf. art. 6, art. 29 ss LT; art. 81 ss LAA; art. 328 al. 2 CO.
[74] Rehbinder, «Berner Kommentar», 1983, N. 24 ad art. 328 CO; ATF, rr, du 27.4.1989 L c. Etats-Unis, non publié.
[75] Art. 67 al. 1 OLT I; Hug, «Commentaire de la loi fédérale sur le travail», Berne, 1971, N. 9 ad art. 35 LT.
[76] Cf. JAR, 1984 125 par analogie.
[77] JAR, 1984 179; Rehbinder, op. cit., N. 15 ad art. 324 CO; ATF, 99 Ib 139; JAR, 1989 201.
[78] Streiff/Kaenel, op. cit., N. 13 ad art. 324 CO.

B Problèmes liés au licenciement

Le droit au salaire basé sur l'article 324 CO, ou basé sur l'article 324a CO, redouble en complexité une fois le contrat de travail résilié.

Notons d'emblée ceci: il convient de distinguer le droit au salaire afférent au délai de résiliation («Kündigungslohn»), d'avec le droit au salaire pendant une période d'incapacité de travail («Verhinderungslohn»).[79]

La prolongation du contrat de travail par le mécanisme de protection de l'article 336c CO ne signifie pas forcément la prolongation parallèle du droit au salaire.[80]

1. Licenciement ordinaire avant la maternité

1.1 Dispense d'effectuer le préavis

Si la grossesse survient pendant le délai de résiliation du contrat, la fin des rapports de travail est reportée de 13 mois au moins, par le jeu de l'article 336c alinéa 1 lettre c CO. La travailleuse, bien que libérée de son poste de travail, doit informer l'employeur, si elle entend se mettre au bénéfice de cette protection, de son état de grossesse, et cela dès qu'elle en aura la certitude, sans tarder, sous peine de péremption du droit (cf. supra, chap. I 1.).

En communiquant à l'employeur, sans tarder, son état de grossesse, la travailleuse le met ipso facto en demeure d'accepter ses services pendant la durée de la maternité. Si l'employeur refuse de la reprendre à son service,[81] il lui doit le salaire, pendant la maternité et le solde du délai de congé, sur la base de l'article 324 CO (pendant les périodes de capacité de travail), et sur la base de l'article 324a CO («échelle bernoise» pendant les périodes d'incapacité et d'interdiction de travail).

La travailleuse enceinte dont l'offre de reprise d'activité, pour la durée de la maternité, a été rejetée, doit cependant se laisser imputer, sur son salaire, le gain qu'elle a réalisé, ou omis de réaliser, ailleurs (cf. art. 324 al. 2 CO). Toutefois, l'employeur ne saurait se prévaloir des prestations de l'assurance-chômage, ou de l'assurance-maternité conclue par la salariée à ses propres frais, pour réduire le montant du salaire dû.

La salariée licenciée qui, connaissant son état de grossesse, tarde, sans motifs justifiés, à informer l'employeur de son état de grossesse, perd la protection prévue à l'article 336c, ainsi que le droit au salaire corollaire, basé sur les articles 324 et 324a CO. Elle est censée avoir accepté la fin du contrat pour la date prévue.[82]

[79] JAR, 1990 243; JAR, 1986 97.

[80] CAPH, Gr. X, 10.9.1991, Suter; ce fait, fréquemment ignoré des justiciables, est à l'origine de bien des litiges évitables.

[81] Ce refus peut découler d'un motif sérieux: l'employeur a peut-être déjà repourvu le poste laissé vacant par une personne qu'il vient d'engager; son embarras fait cependant partie du risque d'entreprendre («Betriebs- bzw. Unternehmensrisiko»), et, vu l'art. 324 CO, c'est à lui, et non pas à la salariée enceinte, d'en assumer les conséquences.

[82] TPH GE, Gr. VI, 15.3.1991, Terrettaz; TC TI JAR, 1991 235 cons. 3; Riemer-Kafka, RSJ 1991, p. 60; cf. aussi ATF, 115 V 437, 446, et déjà ATF, 112 V 323.

1.2 Préavis à effectuer
Si la salariée licenciée n'a pas été dispensée d'effectuer son préavis, et que la grossesse survient pendant ce préavis, la situation est analogue à celle décrite précédemment, à la différence près qu'en l'espèce les parties n'auront pas à discuter d'une reprise du travail; en effet, l'employeur aura intérêt – un intérêt financier – à maintenir la travailleuse enceinte en place, au-delà de la fin escomptée du contrat, et de rompre, le cas échéant, le contrat déjà conclu avec la personne appelée à lui succéder.[83]
La travailleuse tenue d'effectuer son préavis devra, si elle entend garder son droit au salaire,[84] reprendre son activité, ou du moins offrir à nouveau ses services, et cela dès la fin de la huitième semaine suivant l'accouchement, sinon en tout cas dès la fin de l'incapacité de travail liée à l'accouchement, pour finir et la période de protection maternité et la période de préavis.

2. Licenciement ordinaire pendant la maternité
A titre de rappel: le licenciement ordinaire communiqué pendant la maternité est nul, et il doit en principe être renouvelé, par l'employeur, après l'écoulement de la période de protection prévue à l'article 336c alinéa 1 lettre c CO (cf. supra, chap. I, 2). Si la destinataire entend se mettre au bénéfice de cette protection, elle doit, ici aussi, se prévaloir, sans tarder, de son état de grossesse. Un silence prolongé entraîne la péremption du droit et le contrat prend fin à la date prévue.

2.1 Dispense d'effectuer le préavis
Le congé s'avérant nul, la dispense d'effectuer le préavis n'a pas, ou n'a plus, de raison d'être. La travailleuse enceinte, capable de travailler, continuera son travail, ou reviendra offrir ses services. Si l'employeur refuse de la garder ou de la reprendre à son service, il se met en demeure d'acceptation volontaire. Il lui doit alors le salaire sur la base de l'article 324, respectivement de l'article 324a, pendant le restant de la période de maternité et, à l'issue de la période de protection, une fois le congé renouvelé, pendant le délai de résiliation subséquent. La travailleuse, quant à elle, n'a plus à réitérer son offre de travail après sa maternité.

2.2 Préavis à effectuer
Lorsque la femme enceinte s'est vu notifier un congé sans dispense d'effectuer le préavis, il lui suffira d'informer l'employeur de sa grossesse et de continuer à travailler. Si, nonobstant la maternité confirmée, l'employeur persiste dans sa décision et, l'échéance venue, prie la salariée de quitter définitivement les lieux, il se met, ici aussi, en demeure d'acceptation. La travailleuse sau-

[83] La résiliation d'un contrat de travail avant le début de son exécution lui coûtera probablement moins que les conséquences de la demeure d'acceptation vis-à-vis d'une travailleuse enceinte, capable de travailler.
[84] ATF, 115 V 437, 445 = ARV/DTAC, 1989 No. 5, p. 78 = JAR, 1990 378; ATFA, du 24.10.1990 fr. in ARV/DTAC, 1990 No. 16, p. 92; GVP, 1983 104.

vegardera ses droits, basés sur les articles 324 et 324a CO, en envoyant à l'employeur une lettre de protestation contre ce départ forcé. Vu les circonstances, il n'est plus besoin qu'elle lui offre encore ses services.[85]

3. Licenciement immédiat sans justes motifs

A titre de rappel: le licenciement immédiat sans justes motifs, qu'il soit prononcé avant ou pendant une période de protection, met un terme de facto et de jure au contrat de travail.[86] Le travailleur renvoyé avec effet immédiat sans justes motifs n'a plus à offrir ses services;[87] l'envoi d'une lettre de protestation n'est pas non plus exigée,[88] mais peut se révéler utile pour démontrer qu'il y a eu renvoi, et non pas abandon d'emploi ou cessation consensuelle des rapports de travail.
Le salarié, victime d'un renvoi immédiat injustifié, a droit à ce qu'il aurait gagné s'il avait fait l'objet d'un licenciement ordinaire (art. 337c al. 1), sous déduction des gains réalisés ailleurs (art. 337c al. 2).[89] Il s'agit d'une créance en dommages-intérêts à connotation salariale qui englobe, bien évidemment, les prestations dues, ex lege et ex contractu pendant une éventuelle période de protection de l'article 336c CO.[90]

3.1 Renvoi avant la maternité

Si la travailleuse, après avoir été licenciée, avec effet immédiat et sans justes motifs, tombe enceinte pendant la période de préavis non respecté, elle doit en informer l'employeur, sans tarder, sous peine de péremption de ses droits découlant des articles 336c alinéa 1 lettre c et 324a CO. Vu les circonstances de son renvoi et, ce qui est probable, la procédure prud'homale en cours, elle n'a plus à réoffrir ses services. L'employeur lui doit son salaire afférent au préavis non respecté, ainsi que le salaire afférent à la période de maternité, basé pendant les périodes d'incapacité de travail (maladie, accident, incapacité liée à la grossesse et à l'accouchement), sur l'article 324a/b CO.[91]

[85] Ce type de congé se rapproche d'un renvoi immédiat sans justes motifs, car l'employeur ne renouvellera pas le congé à l'issue de la période de protection. Dès lors, à notre avis, la liquidation du rapport contractuel doit se faire sur la base de l'art. 337c. Au demeurant, la désinvolture, à peine masquée, du procédé mériterait, à elle seule, une sanction telle que la prévoit l'art. 337c al. 3 CO; pour un exemple sous l'ancien droit: LGVE, 1981 II No. 38, p. 237.

[86] Cf. Message, FF 1984 II 635, et supra, chap. I 5.

[87] Cf. Aubert, «Le licenciement immédiat», in Plädoyer 1989/1, p. 59; Brühwiler, «Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses», RSJ 1985, p. 74; Rapp, «Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages», BJM, 1978, p. 181.

[88] JAR, 1990 279; JAR, 1990 284; JAR, 1984 200;JAR, 1991 402.

[89] L'employeur ne saurait se prévaloir des prestations de l'assurance-chômage, ou de l'assurance-maladie/maternité conclue par la travailleuse à ses propres frais, pour réduire le montant des dommages-intérêts dus.

[90] Soit: salaire pour demeure d'acceptation, art. 324 CO, salaire pour incapacité de travail, art. 324a et 324b CO, Brunner/Bühler/Waeber, N. 3 ad art 337c CO. Sous réserve de l'art. 324a/b, les dommages-intérêts, au sens de l'art. 337c al. 2 CO, ne sont dus qu'au salarié capable de travailler; un travailleur en incapacité de travail définitive ne peut plus se prévaloir de cette disposition (cf. ATF, 111 II 356 fr.).

[91] Ces montants, dus en vertu de l'art. 337c CO, sont en principe exigibles immédiatement, sans escompte; cf. art. 339 al. 1 CO; ATF, 103 274 = JdT, 1978 94. Si le tribunal se trouve saisi du dossier avant la fin de la période litigieuse, il rendra un jugement sur partie, c'est-à-dire il statuera sur le caractère justifié ou non du renvoi immédiat, et, le cas échéant, n'allouera, à la demanderesse, qu'une partie des dommages-intérêts réclamés, quitte à en déterminer le montant définitif lors d'une audience ultérieure, une fois en possession des éléments définitifs (connaissance de la durée définitive de la période à indemniser, du dommage définitif, du gain réalisé à imputer).

3.2 Renvoi pendant la maternité

Si la travailleuse est licenciée avec effet immédiat, sans justes motifs, en période de maternité, la situation est analogue à celle décrite précédemment, à ceci près que l'employeur encourra en outre la sanction maximale prévue à l'article 337c alinéa 3 si, au moment de la décision, il avait connaissance positive de la maternité. Enfin, il s'expose à devoir payer, en sus, une importante indemnité pour tort moral[92] (atteinte illicite à la personnalité, art. 49 CO: art. 328 CO), notamment lorsque, par suite du stress émotionnel, la femme enceinte a dû avorter ou subir un accouchement prématuré.[93]

III. Conclusion

Le régime suisse de la maternité est archaïque et compliqué.

Le régime est archaïque: à une époque où l'Europe communautaire s'efforce d'harmoniser la législation sociale des pays membres, et s'apprête en particulier à coordonner les différents systèmes de congé-maternité payé,[94] la Suisse ne connaît toujours pas d'assurance-maternité obligatoire. Le projet de révision de l'assurance-maladie n'apporte, sur ce plan, pas de solution satisfaisante ni *eurocompatible*.[95] Pour le législateur suisse, la maternité n'est pas une chance pour la société, mais un sinistre économique qui doit être assumé par la salariée elle-même.[96] «Casum sentit dominus.»

Le régime est compliqué. L'absence d'un régime de congé-maternité payé, comparable au régime des allocations pour perte de gain en faveur des militaires, se fait sentir avec une acuité particulière depuis l'entrée en force du nouveau droit de résiliation. Les justiciables ont de la peine à admettre l'absence de parallélisme («Gleichlauf») entre la protection contre le congé et le droit au salaire. La situation actuelle est source d'insécurité juridique, pour tous: les salariés, les employeurs, les juges. Elle provoque des litiges de travail inutiles; n'est-il pas vrai que dans le doute, les plaideurs ont tendance à refuser tout et à réclamer n'importe quoi?

[92] ATF SJ, 1928 325; ATF SJ, 1984 554; Brehm «Berner Kommentar», N. 76 ad art. 49 CO.

[93] L'employeur fautif répondra, le cas échéant, des frais d'hospitalisation anticipée; il répondra également, si la causalité adéquate est établie, du tort moral éprouvé par les parents, du fait du décès de l'enfant ou de la mère (art. 47 CO).

[94] Commission des Communautés européennes, «Proposition de directive concernant la protection des femmes enceintes et venant d'accoucher», du 12 septembre 1990, COM(90)406 final. Le projet prévoit que les femmes enceintes doivent bénéficier d'un arrêt de travail comportant le maintien de la rémunération et/ou le versement d'une allocation équivalente d'au moins 14 semaines ininterrompues réparties avant et après l'accouchement.

[95] Révision de l'aassurance-maladie. Rapport et projet de la commission d'experts du 2 novembre 1990, Berne, OFAS, décembre 1990, 159 p. Ce projet maintient la notion d'assurance indemnité journalière facultative. Il est vivement critiqué par l'Union syndicale suisse (USS). L'organisation faîtière réclame une assurance indemnité journalière obligatoire qui inclue également des prestations relatives à la maternité (procédure de consultation, réponse de l'USS au Conseil fédéral, du 13 mai 1990).

[96] Le parlement fédéral semble avoir oublié le mandat constitutionnel datant de 1945: «La Confédération instituera, par voie législative, l'assurance-maternité.» (cf. art. 34quinquies al. 4 Cst. féd.)

Liste des abréviations

ARV/
DTAC: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (droit du travail et assurance-chômage) (OFIAMT)
ATF: Arrêts du Tribunal fédéral suisse (Lausanne)
AFTS: Arrêt du Tribunal fédéral des assurances (Lucerne)
ArG: Arbeitsgericht (Tribunal des prud'hommes)
BAG: Bundesarbeitsgericht (Tribunal fédéral, Allemagne)
BJM: Basler juristische Mitteilungen
BOCN: Bulletin officiel du Conseil national
CAPH: Chambre d'appel des prud'hommes
CJCE: Cour de justice des Communautés européennes (CE)
EzA: Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Recueil d'arrêts en matière de droit du travail, Allemagne)
FF: Feuille fédérale
GVP: Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons St. Gallen
JAR: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JAP: Journal des Associations patronales
LAM: Loi fédérale sur l'assurance-maladie (1912)
LGVE: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LT: Loi sur le travail (1964)
MuSchG: Mutterschutzgesetz (1968) (loi sur la protection de la maternité, Allemagne)
OACI: Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (1983)
OFAS: Office fédéral des assurances sociales
PKG: Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
RSJ: Revue suisse de jurisprudence
RSS: Revue syndicale suisse (USS)
SJ: Semaine judiciaire
SSEC: Société suisse des employés de commerce
SZS: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherungen und berufliche Vorsorge
TC: Tribunal cantonal
TPH: Tribunal des prud'hommes
UCAPS: Union centrale des associations patronales suisses
USAM: Union suisse des arts et métiers
USS: Union syndicale suisse
ZR: Blätter für zürcherische Rechtsprechung