

M^e Sophie Leuenberger
avocate
t +41 21 317 50 83
e s.leuenberger@collectifave.ch

M^e Luisa Bottarelli
avocate
t +41 21 317 50 73
e l.bottarelli@collectifave.ch

M^e Laurinda Konde
avocate
t +41 21 317 50 84
e l.konde@collectifave.ch

M^e Elisabeth Chappuis
avocate, spécialiste FSA
droit du travail
t +41 21 317 50 80
e e.chappuis@collectifave.ch

M^e Christophe Tafelmacher
avocat
t +41 21 317 50 72
e ch.tafelmacher@collectifave.ch

M^e Jean-Michel Dolivo
avocat-conseil
e jm.dolivo@collectifave.ch

M^e Joëlle Druey
avocate, spécialiste FSA
droit de la famille
t +41 21 317 50 81
e j.druey@collectifave.ch

M^e Mehdi Benani
avocat-stagiaire
t +41 21 317 50 82
e m.benani@collectifave.ch

Avis de droit

A l'attention de la fédération syndicale SUD

Introduction

La Fédération syndicale SUD est régulièrement interpellée sur la question de l'allaitement au travail. En effet, des femmes membres du syndicat souhaitent allaiter sur le lieu de travail et/ou durant le temps de travail et rencontrent des difficultés du côté des directions d'établissement.

Le présent avis répond ainsi aux principales questions, listées ci-dessous, soulevées par la Fédération syndicale SUD dans le cadre des courriels transmis au mois de mars et avril 2020 ainsi qu'au cours de la conférence téléphonique du 7 septembre 2022.

Questions examinées

1. Est-il légal que l'Etat de Vaud (la DGEO en particulier) impose aux enseignantes de prendre les temps nécessaires pour l'allaitement au sens de l'art. 60 OLT 1 (RS 822.111) sur leur temps librement géré prévu par l'art. 75a LS (RSV 400.01) et refuse ainsi de modifier leur horaire d'enseignement ?
2. La DGEO ne devrait-elle pas rémunérer ce temps d'allaitement à défaut de le libérer ?
3. Les dispositions légales et les raisonnements relatifs au temps devant être mis à disposition pour l'allaitement sont-ils transposables au temps pour tirer le lait ?
4. Quid de l'obligation de l'employeur de mettre à disposition un local approprié pour l'allaitement ?

La législation applicable

Afin de répondre aux deux premières questions susmentionnées, il convient dans un premier temps d'examiner ce que prévoient la législation fédérale et la législation cantonale en matière du temps d'allaitement pour les enseignantes ainsi qu'en matière de temps de travail des enseignants.

A. La législation fédérale

Il convient à titre préliminaire de rappeler que seules les dispositions de la Loi fédérale sur le travail (LTr) relatives à la protection de la santé, à savoir les art. 6, 35 et 36 LTr, s'appliquent aux employeurs publics et donc aux personnes enseignantes de l'école publique (art. 3 let. e et 3a let. c LTr).

Selon l'art. 35 al. 1 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 ».*

L'art. 35 LTr est applicable aux enseignantes. Les articles de l'OLT 1 qui mettent en œuvre cette disposition légale sont par conséquent applicables aux enseignantes visées par la protection de l'art. 35 LTr.

L'art. 60 OLT 1 consacre en droit interne le contenu de la Convention n° 183 de l'OIT, ratifiée par la Suisse, sur la protection de la maternité et en particulier son article 10 prescrivant que : *« La femme a droit à une ou plusieurs pauses quotidiennes ou à une réduction journalière de la durée du travail pour allaiter son enfant »* (al. 1) et que : *« 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 du travail doivent être déterminés par la législation et la pratique nationales. Ces pauses ou la réduction journalière du temps de travail doivent être comptées comme temps de travail et rémunérées en conséquence »* (al. 2).

Selon l'art. 60 al. 1 OLT : *« il est interdit de prolonger la durée ordinaire convenue de la journée de travail des femmes enceintes et des mères qui allaitent ; cette durée n'excède en aucun cas 9 heures ».*

Selon l'art. 60 al. 2 OLT 1 : *« Les mères qui allaitent peuvent disposer des temps nécessaires pour allaiter ou tirer leur lait. Au cours de la première année de la vie de l'enfant, le temps pris pour allaiter ou tirer le lait est comptabilisé comme temps de travail rémunéré dans les limites suivantes :*

- pour une journée de travail jusqu'à 4 heures : 30 minutes au minimum (let. a) ;
- pour une journée de travail de plus de 4 heures: 60 minutes au minimum (let. b) ;
- pour une journée de travail de plus de 7 heures: 90 minutes au minimum (let. c) »,

B. La législation cantonale

La LPers, applicable aux enseignantes (art. 2 al. 1 LPers et art. 72 LS), de même que son règlement d'application, ne prévoient pas de règles spéciales en matière du temps d'allaitement.

En particulier, la LPers ne contient aucune disposition complétant le temps minimal mis à disposition de la mère allaitante.

Dès lors, l'on doit uniquement se référer à l'art. 60 OLT 1 comme règle applicable aux enseignantes du Canton de Vaud s'agissant du temps d'allaitement ou du temps dévolu pour tirer le lait.

S'agissant du temps de travail des enseignants, l'art. 75a de la Loi scolaire vaudoise (RSV 400.01) dispose que « l'activité professionnelle de l'enseignant comprend le travail d'enseignement (let. a) et le travail hors enseignement, lequel prend deux formes (let. b) : d'une part le travail non librement géré (en particulier : activités liées au fonctionnement de l'établissement, conférences des maîtres, examens, réunions de parents, concertations, formations continues collective obligatoire, séance de travail), d'autre part, le travail librement géré, individuellement ou collectivement (par exemple : préparations, corrections, entretiens avec les parents, formation continue individuelle). »

Discussion et analyse des questions soulevées

1. Possibilité pour la DGEO de refuser de modifier les horaires des enseignantes allaitantes et de leur imposer de prendre les temps nécessaires pour l'allaitement au sens de l'art. 60 OLT 1 (RS 822.111) sur leur temps librement géré prévu par l'art. 75a LS (RSV 400.01)

Comme précisé ci-dessus, l'art. 60 al. 2 OLT 1 précise que la mère allaitante doit disposer des temps nécessaires pour allaiter ou tirer son lait. La formulation de l'art. 60 al. 2 OLT 1 ne permet pas de déterminer ce que le législateur entend par temps nécessaire.

Néanmoins, il ressort clairement de l'interprétation littérale de cette norme que le temps nécessaire pour allaiter ou tirer son lait doit être distingué du temps minimal d'allaitement sujet à rémunération selon cette même norme (30, 60 et 90 minutes selon la durée de la journée de travail).

L'art. 60 al. 2 OLT I fait uniquement référence à des minimas de temps de travail rémunérés. Dans les cas où les besoins physiologiques de l'enfant l'exigent, il est possible pour la mère qui allaite de pouvoir disposer des périodes plus longues (cf. aussi art. 35a LTr). Les temps qui vont au-delà des minimas mentionnés aux lettres a, b et c ne sont pas considérés comme du temps de travail rémunéré, sauf accord contraire entre l'employeur et les travailleuses directement concernés¹.

¹ Commentaire SECO art. 60 OLT 1, mai 2014, p. 2.

Il faut ainsi comprendre par temps nécessaire que les mères ne disposent pas d'un temps limité pour l'allaitement. L'employeur ne peut pas limiter la période d'allaitement ni imposer une durée d'allaitement².

Cette interprétation est encore soutenue par le texte de l'art. 35a al. 1 LTr qui dispose que les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement.

A cet égard, il faut noter que la législation cantonale adoptée dans d'autres cantons conforte également l'interprétation selon laquelle le temps d'allaitement ne peut pas être limité par l'employeur.

Ainsi, l'art. 75b de la loi sur le statut de la fonction publique du Canton de Neuchâtel ne prévoit pas de limite quotidienne du temps d'allaitement mais un aménagement du temps de travail. Le canton prévoit seulement qu'il convient d'essayer, dans la mesure du possible, de tirer le lait ou d'allaiter durant les pauses qui sont suffisamment longues pour cela (midi, heure blanche) et de discuter avec la direction afin de mettre en place une organisation optimale au niveau de l'horaire et de la surveillance des élèves.³

En l'espèce, en imposant aux enseignantes de procéder à l'allaitement durant leur temps de travail librement géré, la DGEO instaure une pratique susceptible de ne pas leur permettre de disposer des temps nécessaires au sens de l'art. 60 al. 2 OLT 1 pour procéder à l'allaitement.

En effet, la pratique de la DGEO contraint les enseignantes à ne pas pouvoir allaiter dans le cadre d'une période d'enseignement ou dans le cadre de leur temps de travail non librement géré et peut ainsi aboutir à les empêcher de disposer du temps nécessaire pour procéder à l'allaitement.

Il est ainsi facilement concevable que dans le cadre d'une journée de travail d'une enseignante allaitante prévoyant plusieurs périodes d'enseignement se succédant, celle-ci se trouve dans l'impossibilité de prendre le temps nécessaire pour tirer son lait ou allaiter.

L'on voit dès lors bien qu'en contraignant les mères allaitantes à n'allaiter ou tirer leur lait qu'au cours du temps librement géré, la DGEO instaure une pratique susceptible d'empêcher les enseignantes de prendre le temps nécessaire pour allaiter. Alors même qu'à teneur de la législation fédérale, le temps d'allaitement n'est pas limité.

² <https://www.lausanne.ch/vie-pratique/travail/protection-des-travailleurs/employeur/conditions-de-travail-en-entreprise-regles/maternite.html#pauses-allaitement-60-olt-1-0>

³ <https://www.ne.ch/autorites/DEF/SEEO/rh/Pages/Droits-du-personnel-enseignant.aspx>, consulté le 15 août 2022.

Une telle pratique contrevient ainsi à l'art. 60 al. 2 OLT lequel impose que la mère allaitante dispose du temps nécessaire pour allaiter.

Pour se conformer à la législation fédérale, la DGEO devrait ainsi envisager d'aménager l'horaire de l'enseignante allaitante afin que celle-ci dispose d'un temps nécessaire pour l'allaitement. Par exemple en permettant une rocade évitant que l'enseignante allaitante ne se retrouve avec plusieurs heures successives d'enseignement sans pause. La DGEO n'est toutefois pas tenue de modifier les horaires de travail de l'enseignante allaitante. Pour respecter l'art. 60 al. 2 OLT 1, elle pourrait également choisir de laisser à l'enseignante la possibilité de pouvoir allaiter au cours du temps non librement géré, voire au cours du temps d'enseignement si aucune autre solution n'est envisageable. Comme le prévoit le canton de Neuchâtel par exemple.

2. Rémunération du temps d'allaitement par la DGEO

Comme vu précédemment, l'art. 60 al. 2 OLT 1 ne prévoit la rémunération du temps d'allaitement que pour une durée minimale dépendant de la durée de la journée de travail.

Dans le canton de Vaud aucune législation ne complète l'art. 60 al. 2 OLT 1. Il faut donc s'en tenir aux minimas prévus par cette disposition.

Dès lors, le temps d'allaitement au cours de la première année de vie de l'enfant est comptabilisé comme temps de travail pour 30 minutes au minimum pour une journée de travail jusqu'à 4 heures, pour 60 minutes pour une journée de travail de plus de 4 heures et pour 90 minutes lorsque cette journée dépasse 7 heures.

Ainsi, dans l'hypothèse où il était confirmé que la pratique de la DGEO ne permet pas de prendre les temps nécessaires d'allaitement, la DGEO ne pourrait être contrainte de rémunérer les temps d'allaitement que dans la mesure du temps devant être rémunéré au sens de l'art. 60 al. 2 OLT 1.

Le temps d'allaitement dépassant les minimums prévus par l'OLT 1 devrait être accordé mais ne devrait pas obligatoirement faire l'objet d'une rémunération.

3. Les raisonnements ci-dessus sont-ils transposables s'agissant des femmes qui tirent leur lait ?

Selon le texte de l'art. 60 al. 2 OLT 1, les règles prévues par cette disposition s'appliquent à la mère allaitante aussi bien pour tirer son lait que pour allaiter.

4. De l'obligation de l'employeur de mettre à disposition un local approprié pour l'allaitement

Seul l'art. 34 al. 3 OLT, qui prévoit que les femmes doivent pouvoir s'allonger et se reposer dans des conditions adéquates, apporte une réponse à cette question.

Toutefois, dans la mesure où la LTr ne s'applique pas aux administrations cantonales, sous réserve de celles désignées par l'OLT 1 (art 2 al. 1 let. a LTr) et que les écoles publiques ne sont pas mentionnées dans l'OLT 1 comme étant soumises à la LTr (art. 4ss OLT 1 a contrario), on peut se demander si l'art. 34 OLT 3 s'applique aux établissements publics scolaires vaudois.

Cependant, les dispositions relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr) s'appliquent aux administrations cantonales, lesquelles incluent les écoles. Or l'art. 6 LTr instaure un devoir général de l'employeur de protection de la santé des travailleurs. De plus, l'art. 35 LTr se réfère spécifiquement à la protection de la santé des femmes allaitantes.

Dès lors, dans la mesure où l'art. 34 OLT 3 se rapporte aux modalités d'allaitement et met en œuvre l'art. 35 LTr, il paraît soutenable d'affirmer que cette norme s'applique indirectement aux administrations cantonales, à l'instar de ce qui prévaut pour l'art. 60 OLT 1

Une couchette confortable, dans un local séparé, où les facteurs climatiques (température, humidité, etc.) sont agréables, constitue une solution adéquate au sens de l'art. 34 OLT 3.⁴

Dans les petites entreprises occupant moins de 20 femmes, il serait disproportionné d'exiger un local séparé. Dans ces entreprises, la mise à disposition d'une couchette ou d'une chaise longue est le minimum requis.⁵

Les entreprises qui occupent plus de 20 femmes doivent disposer d'un local équipé d'au moins deux couchettes ou chaises longues. Le local peut être utilisé à d'autres fins pendant que personne ne s'y repose.⁶

En l'occurrence, tous les établissements scolaires employant plus de 20 femmes doivent disposer d'un local équipé d'au moins deux couchettes ou deux chaises longues.

S'agissant des établissements scolaires occupant moins de 20 femmes on pourrait toutefois se poser la question de savoir s'ils ne devraient pas également être soumis à l'obligation d'avoir un local séparé. En effet, dans la mesure où l'OLT 3 fait référence à la notion d'entreprise, il n'est ainsi pas

⁴ Commentaire SECO art. 34 OLT 3

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

possible de savoir si l'on doit considérer que l'entreprise est ici l'Etat de Vaud (employeur qui emploie plus de 20 femmes) ou chaque établissement scolaire.

En l'absence de toute précision à ce sujet dans le texte légal et conformément à la *ratio legis* de la norme, qui a pour but de mettre à disposition un local séparé si la taille « physique » de l'entreprise le permet, il apparaît plus conforme d'interpréter la norme en ce sens qu'un établissement scolaire employant moins de 20 femmes n'est pas soumis à l'obligation de mettre à disposition un local séparé et peut se contenter de mettre à disposition des femmes allaitantes une chaise longue ou une couchette, sans que celle-ci ne soit placée dans un local séparé.

Conclusion

A titre de conclusion, il peut être répondu aux questions 1 à 4 de la façon suivante.

1. Est-il légal que la DGEO impose aux enseignantes de prendre les temps nécessaires pour l'allaitement au sens de l'art. 60 OLT 1 sur leur temps librement géré prévu par l'art. 75a LS et refuse ainsi de modifier leur horaire d'enseignement ?

Cette question doit être distinguée de la question du temps d'allaitement donnant droit à rémunération. L'employeur peut en effet limiter le temps d'allaitement donnant droit à rémunération. Il ne peut toutefois pas limiter la période d'allaitement ni imposer une durée du temps d'allaitement. Dès lors, la pratique de la DGEO de n'autoriser les enseignantes à allaiter ou à tirer leur lait que dans le cadre de leur temps de travail librement géré est susceptible de contrevenir à l'art. 60 al. 2 OLT 1, lequel impose que la mère allaitante dispose du temps nécessaire pour allaiter. Pour se conformer à la législation fédérale, la DGEO devrait ainsi envisager une modification des horaires des enseignantes allaitantes ou à tout le moins les autoriser à allaiter au cours de leur temps non librement géré, voire au cours du temps d'enseignement si aucune autre solution n'est envisageable.

2. La DGEO ne devrait-elle pas rémunérer ce temps d'allaitement à défaut de le libérer ?

Le temps nécessaire d'allaitement non accordé par la DGEO ne devrait faire l'objet d'une rémunération que dans la mesure des minimums soumis à rémunération prévus par l'art. 60 al. 2 OLT 1.

3. Les dispositions légales et les raisonnements relatifs au temps devant être mis à disposition pour l'allaitement sont-ils transposables au temps pour tirer le lait ?

Le temps nécessaire pour l'allaitement peut également être mis à disposition pour tirer le lait.

4. Quid de l'obligation de l'employeur de mettre à disposition un local approprié pour l'allaitement ?

Les établissements scolaires employant plus de 20 femmes doivent disposer d'un local équipé d'au moins deux couchettes ou deux chaises longues. Dans les petites entreprises occupant moins de 20 femmes, la mise à disposition d'une couchette ou d'une chaise longue est le minimum requis

Lausanne, le 23 septembre 2022

Christophe TAFELMACHER, av.

