

Article 64

Dispense de travailler et obligation de transfert

(art. 35 et 35a LTr)

- ¹ Les femmes enceintes et les mères qui allaitent sont dispensées, à leur demande, des travaux qui sont pénibles pour elles.
- ² Les femmes qui disposent d'un certificat médical attestant que leur capacité de travail n'est pas complètement rétablie au cours des premiers mois suivant l'accouchement ne peuvent être affectées à une activité outrepassant leurs moyens.
- ³ L'employeur transfère toute femme enceinte ou mère qui allaite à un poste équivalent mais qui ne présente aucun danger pour elle lorsque :
 - a. l'analyse de risques révèle un danger pour la sécurité ou la santé de la mère ou de l'enfant et qu'il est impossible d'appliquer les mesures de protection appropriées ; ou que
 - b. les substances ou micro-organismes au contact desquels se trouve l'intéressée ou les activités qu'elle exerce présentent manifestement un potentiel de risque élevé au sens de l'art. 62, al. 4.

Généralités

Une activité est considérée comme dangereuse ou pénible pour la femme enceinte ou pour la mère qui allaite lorsqu'elle répond à l'un des deux critères suivants. Le premier, objectif, est explicité par l'article 62, alinéa 3, lettres a à h, OLT 1, qui énonce les activités dangereuses ou pénibles. Le second est subjectif, puisqu'il repose sur l'appréciation personnelle de l'intéressée par rapport à l'aspect pénible de son activité, eu égard à son état de santé sur le plan physique ou psychique du moment. Cette distinction est déterminante dans la question du droit au salaire. En effet, l'occurrence d'un critère objectif oblige l'employeur à verser à la travailleuse qu'il n'est pas en mesure de transférer à un poste de travail équivalent 80% de son salaire (art. 35 LTr). A l'inverse, l'activité non exercée parce que considérée comme pénible sur la base d'un critère subjectif n'est pas rémunérée aux termes de l'article 35, alinéa 3, LTr, mais relève – pour autant qu'un salaire soit dû (cf. art. 324a CO) – des accords fixés sur la base du droit des contrats ou du droit des conditions d'engagement de droit public.

Alinéa 1

La travailleuse enceinte ou qui allaite peut exiger de la part de son employeur qu'il lui propose une affectation à une activité non dangereuse ou non pénible pour elle. Toutefois, l'impossibilité d'un tel transfert – lorsque, par exemple, l'intéressée exerçait des activités objectivement qualifiables de pénibles, mais que l'analyse des risques déclare non dangereuses ou autorise à poursuivre en les subordonnant à l'application de mesures de protection – n'appelle pas automatiquement le versement du salaire au sens de l'article 35, alinéa 3, LTr (voir l'art. 65 OLT 1 au sujet du salaire).

Alinéa 2

Il en va de même en cas de réduction de la capacité de travail de la mère au cours des premiers mois suivant l'accouchement. Un certificat médical doit en attester, et préciser les activités que l'intéressée est en mesure d'exercer et celles qu'elle ne peut assumer. Il doit, dans la mesure du possible, indiquer des activités de substitution appropriées (voir l'art. 65 OLT 1 au sujet du salaire).

Art. 64

OLT 1

Commentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail

Chapitre 5 : Protection spéciale des femmes
Section 3 : Restrictions à l'occupation et interdiction d'affectation
Art. 64 Dispense de travailler et obligation de transfert

Alinéa 3

Les raisons énoncées ici exigent le transfert de toute femme enceinte ou mère qui allaite à une

activité équivalente qui ne soit ni dangereuse ni pénible (cf. commentaire de l'art. 35*b*, al. 1, LTr pour les critères d'équivalence et art. 65 OLT 1 au sujet du salaire).