

Stéphanie Perrenoud, Protection contre le licenciement en temps inopportun en cas de maternité – début de la grossesse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_400/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2017

Protection contre le licenciement en temps inopportun en cas de maternité – début de la grossesse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_400/2016

Stéphanie Perrenoud, docteure en droit, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel (UNINE)

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se prononce sur le début de la protection contre le licenciement en temps inopportun en cas de maternité (art. 336c al. 1 lit. c CO¹), c'est-à-dire sur le *dies a quo* de la grossesse en droit du travail. Les juges parviennent à la conclusion que le point de départ d'une grossesse coïncide, dans ce domaine, avec la fécondation de l'ovule et non pas avec l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus (nidation), comme c'est le cas en droit pénal.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 3 décembre 2009, X. a débuté une activité de secrétaire et de réceptionniste pour le compte d'une clinique dentaire, moyennant le versement d'un salaire mensuel brut de CHF 4'875.- (treizième salaire compris). Ayant été licenciée le 24 janvier 2011 pour le 31 mars 2011, X. a contesté le motif de son licenciement en date du 21 mars 2011, et, par courrier du 5 mai 2011, elle a informé son employeur du fait qu'elle était enceinte au moment où les rapports de travail devaient prendre fin.

X., qui a accouché le 23 décembre 2011, considère qu'étant donné que la conception de l'enfant (ou fécondation de l'ovule ; « Befruchtung ») a eu lieu avant le 31 mars 2011 à minuit, elle doit être mise au bénéfice de la protection contre le licenciement en temps inopportun en cas de maternité (art. 336c al. 1 lit. c CO), et donc, que la fin des rapports de

¹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

travail a été reportée au 30 avril 2012 et qu'elle a droit au salaire convenu jusqu'à cette date.

L'employeur soutient, en revanche, que le début de la grossesse correspond à l'implantation de l'œuf dans l'utérus (ou nidation ; « Einnistung »), étape qui intervient six à sept jours après la fécondation et donc, que X. n'était pas encore enceinte le 31 mars 2011. La protection de l'art. 336c al. 1 lit. c CO n'étant pas applicable en l'espèce, les rapports de travail ont valablement cessé le 31 mars 2011.

Le 9 janvier 2012, X. a saisi la juridiction prud'homale, afin que son employeur soit condamné à lui verser la somme de CHF 63'375.- (CHF 4'875.- x 13), montant incluant les salaires afférents aux mois d'avril 2011 à avril 2012, treizième salaire compris. La procédure a été limitée à la question de la fin des rapports de travail. Le Tribunal des prud'hommes a reconnu, par jugement du 15 octobre 2014, que la protection contre le licenciement en temps inopportun pendant la maternité sort ses effets dès la fécondation de l'ovule et qu'en prenant ce moment-là comme référence, il convenait d'admettre que la grossesse de X. était antérieure au 31 mars 2011 à minuit, de sorte que la fin des rapports de travail devait être fixée au 30 avril 2012. La Cour de justice a confirmé ce jugement par un arrêt rendu le 30 avril 2015².

Dans un arrêt du 9 juin 2015, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours formé par l'employeur, au motif qu'il s'agissait d'une décision préjudicielle et que les conditions d'un recours immédiat (art. 93 al. 1 lit. b LTF³) n'étaient pas réalisées.

Par jugement du 7 janvier 2016, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeur à verser à X. un montant de CHF 57'565.-, sous déduction des charges sociales et légales usuelles. Ce jugement a été confirmé par la Cour de justice par un arrêt du 7 juin 2016.

Invoquant une violation de l'art. 336c al. 1 lit. c CO, l'employeur a porté la cause devant le Tribunal fédéral, par le biais d'un recours en matière civile. L'employeur a conclu à l'annulation de l'arrêt cantonal et à ce qu'il soit prononcé que le *dies a quo* de la protection contre le licenciement en temps inopportun pendant la maternité coïncide avec l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus (nidation), étape qui, en l'espèce, n'avait pas encore été atteinte le 31 mars 2011, de sorte que X. ne devait pas être considérée comme étant enceinte au moment où les rapports de travail devaient prendre fin, ceux-ci ayant donc valablement cessé avec effet au 31 mars 2011. X. a pour sa part conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt entrepris.

B. Le droit

La question que le Tribunal fédéral a été appelé à trancher est celle du *dies a quo* de la période de protection contre le licenciement en temps inopportun instaurée par l'art. 336c al. 1 lit. c CO, soit le point de savoir quand débute à proprement parler une grossesse au sens de la disposition précitée.

Pour rappel, l'art. 336c al. 1 lit. c CO interdit à l'employeur de licencier une employée « pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement ». Cette

² GE, Cour civil – Chambre des prud'hommes, arrêt du 30 avril 2015 (CAPH/70/2015).

³ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

protection, qui ne s'applique qu'une fois le temps d'essai écoulé, est assortie de deux conséquences distinctes : lorsqu'un licenciement intervient pendant la période de protection, celui-ci est de plein droit frappé de nullité ; dans l'hypothèse où le congé a été notifié avant la période de protection et que le délai de congé n'a pas encore expiré avant le début de ladite période, le délai est alors suspendu et ne recommence à courir qu'à l'issue de la période de mise à l'abri (art. 336c al. 2 CO). Le cas d'espèce est une illustration de la seconde hypothèse, puisque X. n'était pas enceinte au moment où son licenciement lui a été signifié.

Étant donné que l'art. 336c al. 1 lit. c CO ne contient aucune indication sur le début de la période de grossesse, le Tribunal fédéral se livre à une interprétation historique de la disposition en cause et recherche la volonté du législateur dans les travaux préparatoires⁴. Pour ce faire, les juges se réfèrent au Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984⁵, dans lequel le Conseil fédéral fait remonter le début de la grossesse à la conception de l'enfant (c'est-à-dire à la fécondation de l'ovule). Bien que le Conseil fédéral ait relevé qu'il n'existe pas de « certitude immédiate sur le moment de la conception »⁶, le Tribunal fédéral juge que cette incertitude ne porte que sur la détermination du moment précis de la conception (laquelle intervient, en moyenne le 14^e jour à partir des dernières règles)⁷ et que l'on ne saurait dès lors en tirer un quelconque argument pour remettre en cause le critère de la conception de l'enfant (fécondation) comme point de départ de la grossesse, critère « auquel se réfère expressément le législateur »⁸. Le Tribunal fédéral s'appuie par ailleurs également sur la doctrine, qui reconnaît de manière unanime que le commencement de la grossesse remonte à la fécondation de l'ovule⁹.

Le Tribunal fédéral explique ensuite que le point de départ de la grossesse au sens de l'art. 336c al. 1 lit. c CO est différent de celui qui est propre à la notion de grossesse utilisée dans le Code pénal s'agissant des dispositions relatives à l'interruption de grossesse (art. 118-120 CP¹⁰) et insiste sur le fait que cette distinction est justifiée¹¹. En droit pénal, en effet, si la grossesse ne débute pas au moment de la fécondation, mais plus tard seulement, lors de l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus (ou « nidation », laquelle intervient six à sept jours après la fécondation), il s'agit, par ce biais-là, de soustraire du champ d'application des art. 118 ss CP les méthodes contraceptives faisant obstacle à la nidation de

⁴ TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.1.1.

⁵ Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, FF 1984 II 574 (630).

⁶ FF 1984 II 574 (630-631).

⁷ Au sujet du début de la grossesse et des diverses étapes qui interviennent ensuite de la fécondation, cf. PERRENOUD Stéphanie, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, IDAT n° 39, Staempfli, Berne 2015, pp. 5-12.

⁸ TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.1.1.

⁹ TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.1.2.

¹⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

¹¹ TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.2.

l'ovule fécondé, telle que, par exemple, la pilule du lendemain¹².

Finalement, le Tribunal fédéral expose qu'en fixant le point de départ de la grossesse en droit du travail au moment de la fécondation, le législateur tient compte du sens attribué par le corps médical à la notion de grossesse¹³. Pour la médecine, en effet, si l'existence d'une grossesse ne peut être établie scientifiquement qu'à partir de l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus (nidation) – date à compter de laquelle il est possible de détecter une hormone spécifique dans l'urine ou le sang de la femme enceinte –, il n'en demeure pas moins que le terme de la grossesse est fixé en partant, soit de la fécondation, soit du premier jour des dernières règles (alors que la première méthode permet d'exprimer la durée de la grossesse en semaines de grossesse réelle, la seconde rend compte de l'avancement de la grossesse en semaines d'aménorrhée)¹⁴. Les juges insistent encore sur le fait que lors de l'adoption de l'art. 336c al. 1 lit. c CO, le législateur n'entendait pas reprendre le moment auquel il était possible, d'un point de vue scientifique, d'établir l'état de grossesse, « mais bien de désigner le début de la période de protection au moyen d'un critère reconnaissable pour les destinataires concernés », raison pour laquelle il sied de retenir que le législateur a « fixé le début de la protection au moment de la fécondation, ce rattachement (comme celui, intimement lié, basé sur l'aménorrhée) étant notoirement utilisé dans la pratique des médecins, en particulier en vue de communiquer à la femme enceinte (en faveur de laquelle le législateur a rédigé la disposition légale) le terme (projeté) de son accouchement »¹⁵.

III. Analyse

Dans l'arrêt qui nous occupe, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur le *dies a quo* d'une grossesse en droit du travail. Si les juges font remonter le point de départ d'une grossesse en cas de fécondation naturelle au moment de la conception de l'enfant, la question du commencement d'une grossesse induite par une fécondation *in vitro* au sens de l'art. 2 lit. c LPMA¹⁶ a en revanche été laissée ouverte¹⁷.

La solution à laquelle parvient le Tribunal fédéral ne surprend guère, dès lors qu'elle découle en effet de la volonté clairement exprimée par le législateur et faisait déjà l'unanimité au sein de la doctrine.

Par ailleurs, les arguments des recourants visant à rattacher le début de la grossesse au moment de l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus ne convainquent pas. En particulier, l'argument selon lequel, pour la médecine, une grossesse n'existerait qu'au moment où la présence de celle-ci peut être scientifiquement attestée au moyen d'un test

¹² TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.2 et 2.3.2 : « Pour le droit pénal, le critère de l'implantation a été retenu, afin de permettre la sanction de l'interruption de grossesse (au sens de l'art. 118 CP) tout en excluant de la portée de cette infraction les méthodes de contraception alors connues ».

¹³ TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.3.2.

¹⁴ TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.3.2. Sur ce point et au sujet de la durée de la grossesse, cf. également PERRENOUD, pp. 7-10.

¹⁵ TF, arrêt 4A_400/2016 du 26 janvier 2017, c. 2.3.2.

¹⁶ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA), RS 810.11.

¹⁷ De notre point de vue, en cas de fécondation *in vitro*, le début de la grossesse doit coïncider avec le transfert de l'embryon dans l'utérus. Sur ce point, cf. PERRENOUD, p. 6. Cf. aussi MANNSDORFER Thomas M., *Pränatale Schädigung – Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Fribourg 2000, n° 34, p. 13.

de grossesse (ce qui n'est possible qu'à compter de l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus) apparaît pour le moins fantaisiste, puisque l'on sait que la science médicale mesure la durée de la grossesse et calcule la date pronostiquée de l'accouchement en référence au moment de la conception de l'enfant.

En définitive, les juges confirment qu'une grossesse débute au moment de la fécondation de l'ovule, tant dans le domaine médical qu'en droit du travail. Ce n'est qu'en droit pénal, où afin d'éviter que certaines méthodes de contraception (stérilet et pilule du lendemain, p. ex.) ne tombent sous le coup de l'infraction réprimée par l'art. 118 CP, que la grossesse est réputée débiter plus tardivement, soit lors de la nidation.