

Tribunal cantonal neuchâtelois –
CDP.2024.36
Arrêt du 27 juin 2024

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Jean Christophe Schwaab, commentaire de l'arrêt du Tribunal cantonale neuchâtelois CDP.2024.36 du 27.06.2024, Newsletter DroitDuTravail.ch Novembre 2024

Newsletter novembre 2024

La pause-toilettes est-elle vraiment une pause au sens de l'art. 15 LTr ?

Art. 8, 27 Cst. ; 6, 15 LTr ;
13 al. 1, 18 al. 1 et 2
OLT 1 ; 324a, 328 CO ;
3 LEg

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail



La pause-toilettes est-elle vraiment une pause au sens de l'art. 15 LTr ? ;
commentaire de l'arrêt du Tribunal neuchâtelois CDP.2024.36 du 27 juin 2024

Jean Christophe Schwaab, Dr. en droit

I. Objet de l'arrêt

Dans un arrêt abondamment commenté dans les médias, le tribunal cantonal neuchâtelois a considéré qu'une courte interruption du travail pour se rendre aux toilettes est comparable à une pause-cigarette ou au temps consacré à un appel téléphonique privé et doit donc être assimilée à une pause au sens de l'art. 15 LTr. En conséquence, le tribunal a jugé qu'il était licite de faire timbrer les travailleurs concernés lorsqu'ils se rendent aux toilettes, afin que le temps qu'ils y passent ne compte pas comme temps de travail.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

L'entreprise A. SA est active dans le secteur de l'horlogerie. Lors d'un contrôle en 2021, l'Office cantonal neuchâtelois des relations et conditions de travail (ORCT) a constaté que, dans un « manuel du personnel » daté du 1^{er} septembre 2021, A. imposait le timbrage des pauses toilettes, sans toutefois que le motif de la pause ne soit identifiable. S'appuyant sur l'avis du Seco, l'Office a considéré que cette obligation ne respectait pas la LTr, en particulier la protection de la personnalité des employés, et qu'aucun intérêt légitime prépondérant de l'employeur ne le justifiait. Il a sommé A. de modifier sa pratique et de lui communiquer les mesures prises. Cette dernière a indiqué en février 2022 qu'elle n'entendait pas donner suite à ces exigences. En substance, elle a fait valoir que l'obligation de timbrer toutes les pauses, incluant celles liées à la nécessité de soulager des besoins physiologiques et à fumer des cigarettes, ne heurtait pas l'obligation générale de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur, qu'elle permettait d'éviter les abus et visait également une certaine égalité de traitement entre les collaborateurs.

Par décision du 6 avril 2022, l'ORCT a interdit à A. d'imposer à ses employés le timbrage des pauses toilettes, au motif que « cette obligation se heurtait à l'article 6 LTr, que l'employeur est tenu de concevoir des horaires de travail de manière à ce que ces derniers ne soient pas nocifs pour la santé des travailleurs et que les interruptions de travail répondant à des besoins

physiologiques ne pouvaient pas être considérées comme pauses à mesure qu'elles n'avaient pas pour but la récupération. L'obligation de timbrage allait ainsi à l'encontre du principe de protection de la santé des travailleurs, puisqu'elle pouvait inciter le personnel à se retenir ou à ne pas s'hydrater, pouvant conduire à des troubles physiologiques graves »¹.

A. a déféré ce prononcé au Département de l'emploi et de la cohésion sociale (DECS). Elle a fait valoir en substance « que la notion de pause au sens de l'article 15 LTr se définissait justement comme étant des interruptions de travail nécessaires pour des raisons physiologiques qui servaient à l'alimentation, à la détente et permettaient de rassembler de nouvelles forces, que la pause se définissait ainsi par opposition aux interruptions intervenant pour des raisons techniques dans les processus de travail et qui ne permettaient pas de récupérer, que le fait de se rendre aux toilettes correspondait à un besoin physiologique et donc au but d'une pause au sens de l'article 15 LTr, que l'argument selon lequel l'obligation de timbrage pourrait inciter les travailleurs à renoncer à s'hydrater ou à se rendre aux toilettes n'était que pure spéculation, que ses collaborateurs disposaient d'une grande liberté durant leur temps de pause, que la durée des pauses était laissée à l'appréciation de chaque collaborateur, que le temps utilisé pour se rendre aux toilettes devait par conséquent être qualifié de temps de pause au sens de l'article 15 LTr. Elle a expliqué que le système de timbrage ne lui permettait pas de connaître le motif de l'interruption de travail de ses collaborateurs, que l'obligation de timbrage ne violait par conséquent pas son obligation de respect de la personnalité des travailleurs et qu'elle permettait au contraire de garantir une pleine égalité de traitement entre les collaborateurs. Elle en déduisait ainsi un intérêt privé prépondérant justifiant l'obligation de timbrage de toute pause. Elle a également soutenu que la décision attaquée violait la liberté économique, la base légale invoquée par l'ORCT n'étant pas suffisamment précise, et était contraire au principe de la proportionnalité, l'office n'ayant pas examiné si d'autres mesures étaient envisageables »². Par décision du 11 janvier 2024, le DECS a rejeté ce recours, au motif que l'organisation de travail mise en place peut constituer un risque pour la santé des travailleurs, en ce sens qu'elle est de nature à créer une pression de temps pour les travailleurs, qui peuvent renoncer à se rendre aux toilettes ou à s'hydrater suffisamment afin d'éviter de prolonger les journées de travail. Le Département en a déduit que le fait de se rendre aux toilettes doit être considéré comme temps de travail.

A. a interjeté recours devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal contre la décision du DECS, en concluant à la constatation que l'obligation de timbrage des pauses toilettes est conforme au droit. Le DECS renvoie à sa décision et conclut au rejet du recours. La Cour de droit public admet le recours, annule les décisions de l'ORCT et du DECS et renvoie la cause à l'ORCT au sens des considérants.

¹ Consid. A. de l'arrêt commenté, disponible sous https://jurisprudence.ne.ch/scripts/omnisapi.dll?OmnisPlatform=WINDOWS&WebServerUrl=&WebServerScripT=%2Fscripts%2Fomnisapi.dll&OmnisLibrary=JURISWEB&OmnisClass=rtFindinfoWebHtmlService&OmnisServer=JURISWEB%2Clocalhost%3A7000&Parametername=NEWEB&Schema=NE_WEB&Source=&Aufruf=getMarkupDocument&cSprache=FRE&nF30_KEY=12685&nTrefferzeile=3&Template=search_result_document.html (tous les sites ont été consultés en novembre 2024)

² *Ibid.*

B. Le droit

En préambule, la Cour se penche sur la notion de pause au sens de l'art. 15 LTr. Elle commence d'une part par un rappel de toutes les normes légales en vigueur à propos des pauses, de leur durée, de leur moment et de leur répartition tout au long de la journée de travail. D'autre part, elle rappelle les obligations de l'employeur en matière de locaux sanitaires (vestiaires, lavabos, douches, toilettes), leur nombre et leur localisation³. Elle poursuit avec un très bref survol du commentaire du Seco et de la doctrine. Etonnamment elle ne relève pas le caractère particulier de ce dernier en matière d'interprétation de la LTr, notamment le fait qu'il s'agit d'une ordonnance administrative qui, si elle ne lie pas les tribunaux, ne peut être écartée par ceux-ci sans raison valable⁴. Elle n'explique pas plus pourquoi elle trouve matière à contredire la doctrine (il est vrai peu abondante). La Cour relève que, selon ces avis, les pauses servent à se reposer et à se restaurer, respectivement que ce n'est que lorsque c'est bien le cas qu'une interruption du travail peut être considérée comme pause. Elle relève aussi que, toujours selon le commentaire du Seco, lorsque l'interruption du travail est trop courte ou trop imprévisible pour atteindre les objectifs précités, il ne saurait s'agir d'une pause⁵. Elle ne fait toutefois pas de lien – lequel devrait pourtant sauter aux yeux – avec le besoin de se rendre aux toilettes, qui est en général imprévisible, parfois urgent et, nous y reviendrons, certainement pas propice au repos.

La Cour examine ensuite ce qu'il faut entendre par durée du travail au sens de l'art. 13 OLT 1. Elle rappelle que le temps de travail au sens de la LTr est le temps pendant lequel le travailleur se tient à la disposition de l'employeur. Elle relève que le Commentaire du Seco prescrit que les activités et mesures prises ou effectuées pour des raisons de sécurité et d'hygiène avant l'acte de travail proprement dit comptent comme temps de travail⁶. Elle n'évoque toutefois aucune des autres mesures de santé et de sécurité au travail qui interrompent l'exécution de celui-ci mais comptent tout de même comme temps de travail. Nous reviendrons sur cette nuance importante dans la partie consacrée à l'analyse. Elle conclut que, sous réserve de la situation prévue à l'art. 15 al. 2 LTr (cas du travailleur qui n'est pas autorisé à quitter sa place de travail pendant sa pause), les pauses ne sont pas du temps de travail⁷.

En interprétant LTr et OLT 1, la Cour constate que la législation suisse « ne fait pas allusion au droit des salariés d'aller aux toilettes, alors qu'il s'agit pourtant d'un besoin physiologique élémentaire ». Elle conclut qu'il s'agit là d'une lacune proprement dite devant être comblée par le juge, car « le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire ». La Cour ose alors le constat de « la grande diversité des activités entrepreneuriales soumises à la LTr et [de] l'impossibilité de légiférer sur les spécificités de chacune »⁸.

La Cour constate ensuite que « la période de travail comprend, d'une part, le temps de travail effectif et, d'autre part, les pauses, qui ne sont pas imputées sur le temps de travail (et donc en principe non rémunérées). » Elle en déduit que « les interruptions de travail de courte

³ Consid. 3. a/bb) de l'arrêt commenté.

⁴ A ce sujet : KASPER/WILDHABER in BLESIG, ALFRED/PIETRUSZAK, THOMAS/WILDHADER, ISABELLE, Arbeitsgesetz, Kurzkomentar, Bâle 2018 (cité : Kurzkomentar ArG), N 17 ad Art. 40 ArG et arrêt du TF 2C_462/2011 du 9.5.2012, c. 4.2.

⁵ Consid. 3 a/bb) de l'arrêt commenté.

⁶ Consid. 3. a/cc) de l'arrêt commenté.

⁷ Consid. 3. a/cc) i. f. de l'arrêt commenté.

⁸ Consid. 3 e/ et 4 b) de l'arrêt commenté.

durée, comme la pause toilettes, doivent ainsi nécessairement entrer dans l'une ou l'autre catégorie. » La notion de pause n'étant selon elle pas clairement définie dans la loi, le législateur n'a pas apporté de solution claire à ce sujet⁹.

La Cour examine alors si les « pauses toilettes »¹⁰ sont bien des pauses au sens de l'art. 15 LTr, puisque, selon elle, toute interruption du travail, respectivement tout ce qui n'est pas du travail effectif doit forcément être une telle pause. Elle assimile alors les interruptions du travail pour se rendre aux toilettes avec d'autres « pauses de courte durée », telles que téléphones privés ou pauses cigarettes. Celles-ci « constituent en principe des interruptions du travail, puisque le travailleur ne se tient pas à la disposition de l'employeur pendant cette période. » Or, selon la Cour « La LTr et ses ordonnances n'interdisent pas expressément à l'employeur d'imputer ces interruptions sur les temps de pauses, ni de contrôler strictement les durées d'absence au poste de travail, y compris pour satisfaire un besoin physiologique, en dehors des temps de pause réglementaires, notamment afin d'éviter les abus. La conclusion est la même si l'on se réfère aux travaux préparatoires. Les sociétés sont ainsi libres de déterminer si ces interruptions constituent du temps de travail (rémunérées) ou des pauses (non rémunérées) »¹¹.

La Cour explique ensuite que les conditions de travail d'une entreprise « jouent un rôle sur son attractivité dans un marché concurrentiel », mais sans expliquer s'il s'agit là de son attractivité en tant qu'employeuse dans un contexte de pénurie de main d'œuvre qualifiée ou de l'attractivité financière des biens et services qu'elle propose sur le marché. La Cour relève toutefois que les décisions des entreprises en matière de conditions de travail « ne doivent pas se heurter aux principes de la LTr et aux libertés fondamentales. » Elle conclut que « l'employeur conserve son pouvoir de contrôle durant le temps de travail même lorsque le salarié s'absente momentanément de son poste de travail [et] peut ainsi mettre en place un dispositif de contrôle et de comptabilisation de ces durées d'absence »¹². Elle relève enfin que la règle imposée par A. à son personnel est souple en matière d'horaire, car elle permet à un travailleur d'interrompre brièvement son travail à plusieurs reprises tout en fournissant le nombre d'heures exigé¹³, sans toutefois détailler les conditions concrètes de cette souplesse.

L'OCRT et le DECS avancent que l'obligation de l'obligation de timbrer les « pauses toilettes » crée une pression de temps pour les travailleurs ce qui pourrait les pousser à renoncer à se rendre aux toilettes ou à s'hydrater suffisamment afin d'éviter de prolonger les journées de travail. A leurs yeux, cette solution peut constituer un risque pour la santé des travailleurs violant l'art. 6 al. 1 et 2 LTr, aux termes duquel l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs (art. 6 al. 1 LTr), notamment en préservant autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage (art. 6 al. 2 LTr). La Cour balaie cette argumentation en se ralliant à l'avis de A. qui considère que ce risque n'est que « théorique » et que, partant, lui interdire de faire timbrer les « pauses toilettes » viole sa liberté économique (art. 27 al. 1 Cst.) de manière

⁹ Consid. 4 b) de l'arrêt commenté.

¹⁰ Nous mettons ici des guillemets, car, comme nous le développerons par la suite, une « pause toilette » n'est pas une pause au sens de la LTr.

¹¹ Consid. 4 b) de l'arrêt commenté.

¹² Consid. 4 b) de l'arrêt commenté.

¹³ Consid. 5 a/aa) de l'arrêt commenté.

disproportionnée¹⁴. Bien que la formulation générale de l'art. 6 LTr constitue une base légale suffisante pour limiter la liberté économique, les mesures à prendre pour protéger la santé au travail doivent être nécessaires, applicables en fonction de la technique et adéquates au vu des particularités de l'entreprise¹⁵.

Si elle n'exclut pas que des employés renoncent à se rendre aux toilettes en raison de l'obligation de timbrage, la Cour considère, sans toutefois étayer ses propos, qu'il s'agit là d'un « comportement qui doit rester marginal » et qu'il ne saurait justifier à lui seul l'interdiction générale imposée à A. Puis, abandonnant brutalement la problématique des besoins naturels que l'on ne peut, pour des raisons d'hygiène et de décence, assouvir qu'aux toilettes, pour passer à l'une des causes de l'un de ces besoins, la Cour avance que « la sensibilisation des employés au sujet de l'importance de s'hydrater peut à cet égard jouer un rôle préventif permettant de limiter ce type de comportement ». Et quoi qu'il en soit, la pause de 15 minutes « offerte » par l'employeur et dont les travailleurs peuvent disposer librement permet à ceux-ci de fractionner cette pause tout au long de la journée de travail pour satisfaire leurs besoins physiologiques. Ni nécessaire, ni adéquate, l'interdiction de faire timbrer les « pauses toilettes » ne peut donc pas être imposée à l'employeur¹⁶.

Cependant, la Cour relève qu'imposer le timbrage lors des « pauses toilettes » pourrait être contraire au principe constitutionnel de l'égalité entre femmes et hommes (art. 8 al. 2 Cst.) et à l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte liée au sexe sur le lieu de travail (art. 8 al. 3 Cst., art. 3 al. 1 LEg). Selon la Cour, « il est en effet de nature à désavantager une plus grande proportion de femmes par rapport aux hommes, sans être justifié objectivement et peut ainsi constituer une discrimination indirecte. Les femmes sont confrontées au cycle menstruel, qui débute par la menstruation. Ce phénomène physiologique nécessite de respecter des règles d'hygiène élémentaires et, par conséquent, des passages plus fréquents, voire plus longs aux toilettes, indépendamment des autres besoins physiologiques. (...) Il est probable que, d'un point de vue de la proportionnalité, une interdiction généralisée de timbrer les pauses toilettes pour ce motif ne soit pas soutenable. Des mesures compensatoires peuvent par exemple être envisagées, étant précisé que l'égalité de traitement parfaite dans un tel contexte n'est pas possible et qu'il s'agit de veiller à réduire autant que faire se peut les inégalités que le timbrage des pauses toilettes engendre. » La Cour enjoint donc l'ORCT, à qui la cause est renvoyée, d'inviter A. à proposer des mécanismes compensatoires destinés à réduire ces inégalités¹⁷. Elle ne se penche toutefois pas sur d'autres motifs en lien avec l'état de santé des travailleurs (liés ou pas à leur sexe) qui les obligeraient à se rendre aux toilettes fréquemment, voire dans l'urgence.

III. Analyse

A. Se rendre aux toilettes est-il synonyme de pause ?

La première question que se pose la Cour est une bonne question : une « pause toilette » est-elle bien une pause au sens de l'art. 15 LTr ? Etant donné qu'en principe, le temps de pause

¹⁴ Consid. 5 b) de l'arrêt commenté

¹⁵ Consid. 5 c/aa) de l'arrêt commenté. Relevons ici que la Cour se fonde non pas sur le texte clair (et quasiment synonyme) de l'art. 6 al. 1 LTr, mais sur un avis de doctrine.

¹⁶ Consid. 5 c/bb) de l'arrêt commenté.

¹⁷ Consid. 5 d/ de l'arrêt commenté.

ne fait pas partie du temps de travail au sens de l'art. 13 OLT 1 (art. 15 al. 2 a *contrario* LTr), il est clair que, si une interruption du travail pour se rendre aux toilettes est considérée comme une pause, l'exigence de l'employeur de timbrer son début et sa fin sera licite. En revanche, et c'est le point de vue que nous allons développer, si de telles interruptions ne doivent pas être considérées comme des pauses, il s'agira alors d'examiner si le temps qui leur est consacré doit être considéré comme du temps de travail, ce qui rendrait le timbrage illicite.

Le Message de la LTr de 1960 est peu détaillé sur la question des pauses. Il contient toutefois un élément déterminant : le travail doit être interrompu par des pauses « pour que le travailleur puisse se nourrir, dormir et se délasser normalement. »¹⁸ Il évoque ensuite qu'elles doivent servir à assouvir des besoins « physiologiques »¹⁹, mais sans préciser s'il s'agit de la totalité de ces besoins (ce qui y inclurait le fait de se rendre aux toilettes) ou seulement de ceux précédemment évoqués, à savoir le repos et la nourriture (ce qui l'exclurait). A notre sens, en raison de la logique de construction du texte, la deuxième interprétation s'impose.

Le Seco, autorité d'exécution de la LTr dont les commentaires de la LTr et des OLT ont valeur d'ordonnances administratives²⁰, postule dès lors qu'une pause sert à se reposer et à se restaurer. A contrario, le Seco ne considère pas comme pause au sens de l'art. 15 LTr une interruption du travail brève et imprévisible, car elle ne permet pas de récupérer²¹. Comme on le verra ci-après, cette interprétation est conforme à la logique de la loi, qui impose une certaine prévisibilité aux pauses. Selon cette interprétation, une interruption du travail pour se rendre aux toilettes ne saurait être considérée comme une pause, étant donné que cela ne permet ni de se reposer et encore moins de se restaurer. Certes, la généralisation des téléphones connectés et de leurs applications récréatives rend envisageable que se tenir assis (même inconfortablement) dans quelques mètres carrés de faïence à dérouler les derniers « réels » d'un réseau social, ou à admirer les « stories » des influenceurs les plus en vogue puisse s'apparenter à du repos. Vu le caractère addictif, si ce n'est néfaste pour la santé, des applications à la mode²², il est toutefois permis d'en douter. Et si un employeur devait être confronté à des abus, par exemple celui d'un travailleur se rendant aux toilettes fréquemment et pour une durée qui dépasse de loin celle des besoins naturels dans l'unique but d'y consulter son téléphone, nul doute qu'il pourrait y mettre fin par une mesure bien moins chicanière que le timbrage des « pauses toilettes », à commencer par une directive ordonnant de cesser ces agissements.

Par ailleurs, une pause au sens de l'art. 15 LTr contient un élément de prévisibilité. Selon l'art. 18 al. 2 1^{re} phrase OLT 1, « [les] pauses interrompent le travail *en son milieu* » (nous mettons en évidence). Cette disposition a pour but de permettre aux travailleurs de « souffler » à intervalles réguliers et de se restaurer en respectant le rythme physiologique et social qui prescrit un repas après une première série d'efforts, généralement (pour les travailleurs qui

¹⁸ FF 1960 II 885, O. 953

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Cf. ci-dessus II. B. et ndbp 4.

²¹ Seco, Commentaire LTr, OLT 1 et OLT 2, p. 118-1 à l'art. 18 OLT 1. Cette position est soutenue par le seul avis de doctrine cité au consid. 3 a/bb) de l'arrêt commenté, à savoir GROSS/FRUNZ/MARRO, Kurzkomentar ArG, N 6 ad Art. 15 ArG.

²² Nous pensons notamment au réseau social « TikTok », dont le caractère addictif et stressant est désormais notoire, même si aucune des plaintes d'utilisateurs déposées dans divers pays n'a encore été tranchée par la justice, cf. p. ex. « Le Temps » du 5.11.2024.

ont une activité diurne) en milieu de journée. Cela exige une certaine planification des horaires de travail et des moments où ils sont entrecoupés par des pauses. S'il n'est pas indispensable que ce « milieu » soit calculé exactement (à la minute près), cette disposition exige que la plage de travail avant la pause soit à peu près aussi longue que celle qui vient après. Cette exigence de prévisibilité est encore renforcée par l'art. 18 al. 1 OLT 1, qui stipule que « les pauses peuvent être fixées uniformément ou différemment pour les travailleurs ou groupes de travailleurs. » L'emploi du verbe « fixer », qui, selon Le Robert, signifie notamment « régler d'une façon déterminée », entraîne indéniablement un élément d'anticipation, de planification. Le Commentaire du Seco interprète cette exigence en en donnant aux travailleurs ou à leurs représentants la possibilité de donner au préalable leur avis sur les horaires des pauses²³. Or, de par leur nature même, les interruptions du travail pour se rendre aux toilettes ne peuvent respecter cette exigence de planification, car, même pour un travailleur en bonne santé, le besoin peut survenir à n'importe quel moment de la journée, sans la moindre régularité. Et, comme on le verra ci-après (C.), il est fortement recommandé par le corps médical de ne pas attendre pour l'assouvir.

B. La comparaison avec la pause cigarette ou l'appel téléphonique privé

1. La pause cigarette.

Contrairement à uriner ou aller à la selle, fumer n'est pas besoin physiologique fondamental de l'être humain. C'est même une activité déconseillée par les autorités sanitaires et le corps médical, sur la base de travaux de recherche unanimes et exempts d'ambiguïté. Elle est d'ailleurs interdite dans la quasi-totalité des lieux de travail fermés²⁴ et rien n'oblige les employeurs à prévoir des locaux fumeurs, ni même des lieux adéquats pour les pauses cigarettes (p. ex. lieu extérieur doté de cendriers). Enfin, la personne nicotinomane qui se prive de fumer pendant quelques heures ne met généralement pas en danger sa santé. Et si tel devait exceptionnellement être le cas, des alternatives (comme des patchs ou des chewing-gums à la nicotine) permettent au travailleur d'éviter d'interrompre son travail pour aller fumer et d'assouvir son besoin sans porter atteinte à son obligation de fidélité. La comparaison que fait la Cour avec l'interruption du travail pour se rendre aux toilettes n'est donc pas pertinente²⁵. Cette dernière est en effet inévitable au risque de porter atteinte à sa santé (cf. ci-après C.), voire à la capacité du travailleur de remplir ses obligations.

2. L'appel privé.

Il convient tout d'abord de différencier deux types d'appels privés. Le premier, l'appel privé urgent qui répond à une obligation personnelle impérieuse du travailleur²⁶ (p. ex. l'appel concernant un enfant ou conjoint malade ou accidenté, respectivement la transmission de cette information à un tiers lié par les mêmes obligations ou en mesure d'assumer cette obligation à la place du travailleur). Ces appels, de par leur caractère personnel et impérieux, font partie des congés payés au titre de l'art. 324a CO (une disposition qui ne prévoit pas de

²³ Seco, Commentaire LTr, OLT 1 et OLT 2, p. 118-1 ad art. 18 OLT 1.

²⁴ Art. 1^{er} al. 1 et 2 al. 1 de la Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.13).

²⁵ Opinion contraire GROSS/FRUNZ/MARRO, Kurzkomentar ArG, N 6 ad Art. 15 ArG, qui nuancent toutefois en classant dans les pauses au sens de l'art. 15 LTr (donc ne faisant pas partie du temps de travail) les pauses-cigarettes qui atteignent la durée d'une vraie pause, à savoir 15 minutes.

²⁶ Dans le même sens, GROSS/FRUNZ/MARRO, Kurzkomentar ArG, N 6 ad Art. 15 ArG, qui parlent d'appels privés « indéplaçables ».

seuil minimum d'incapacité de travail²⁷ et qui peut donc s'appliquer aux quelques minutes que dure un appel). Pour autant que l'appel en question ne peut attendre un moment où il n'est plus à la disposition de son employeur, tels que la pause du milieu de la plage de travail (cf. ci-dessus A.) ou la fin des horaires, c'est un moment où le travailleur est libéré de son obligation de travailler, car celle-ci n'est, pour une raison inhérente à sa personnalité, pas raisonnablement exigible²⁸. La comparaison avec l'interruption du travail pour se rendre aux toilettes est ici admissible du strict point de vue de la LTr ; il ne s'agit alors effectivement pas de temps de travail (puisque le travailleur est en incapacité de travail, même si c'est pour une durée très brève), mais ce temps doit tout de même être rémunéré aux conditions de l'art. 324a CO, ce qui contrevient assurément à l'objectif du timbrage (cf. aussi ci-après C.).

Deuxième cas, l'appel privé non-urgent ou non justifié par un besoin personnel impérieux. En raison de son obligation de fidélité (art. 321a al. 1 CO), le travailleur doit renoncer de propre chef à passer ce genre d'appel pendant son temps de travail. L'employeur peut certes l'autoriser, mais comme il s'agit d'un moment où, pour une raison non-impérieuse, le travailleur n'est de facto plus à sa disposition, il ne s'agit pas de temps de travail et l'employeur peut donc obliger à timbrer avant et après (indépendamment de la faisabilité pratique d'un tel timbrage). Il peut aussi purement et simplement interdire ce genre d'appels. Comme il s'agit ici d'un besoin non-impérieux du travailleur et qui peut, sans mettre en danger sa santé (cf. ci-après C.), attendre la fin d'un moment où il doit se tenir à la disposition de son employeur, la comparaison avec une « pause toilette » n'est donc pas pertinente.

C. Les risques pour la santé de ne pas se rendre aux toilettes

La recherche médicale est unanime sur les risques pour la santé que provoque le fait de renoncer à aller aux toilettes. Ainsi, se retenir d'uriner peut provoquer des infections urinaires. Sur le long terme, cela peut même causer des problèmes rénaux. Enfin, trop se retenir finit par affaiblir la vessie, ce qui peut mener paradoxalement à l'incontinence. Même si ces conséquences sont rares, le corps médical recommande d'uriner à chaque fois qu'on en ressent le besoin, sans attendre²⁹. Ce besoin peut d'ailleurs varier d'une personne à l'autre, certaines vessies étant plus petites³⁰. Quant à se retenir d'aller à la selle, cela peut mener à l'incontinence fécale, ou au contraire à la constipation, voire une perforation de l'intestin, une dilatation du rectum ou une inflammation bactérienne, ce qui augmente le risque de cancer du côlon³¹. Là encore, il est fortement déconseillé de se retenir.

Relevons enfin que, dans bien des cas, se rendre aux toilettes plus fréquemment, plus longtemps et de façon encore plus urgente que d'habitude peut être le symptôme d'une

²⁷ Longchamp, Guy in DUNAND, JEAN-PHILIPPE/MAHON, PASCAL, Commentaire du contrat de travail, 2^e éd. Berne 2022, N 7 à l'art. 324a CO.

²⁸ BRUCHEZ, CHRISTIAN/MANGOLD, PATRICK/SCHWAAB, JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, 4^e ed., Lausanne 2019, N 12 à l'art. 324a CO ; STREIFF, ULLIN/VON KAENEL, ADRIAN/RUDOLPH, ROGER, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Bâle/Genève 2012, N 20 et 21 à l'art. 324a CO. Cf. aussi N 6 à l'art. 329 CO à propos de la distinction avec le congé usuel pour un besoin personnel (rémunéré seulement sur accord ou selon l'usage).

²⁹ Quelques résumés (avec d'autres références) : <https://www.keckmedicine.org/blog/is-it-dangerous-to-hold-in-your-pee/>, <https://www.medicalnewstoday.com/articles/321408>

³⁰ <https://www.ouest-france.fr/leditiondusoir/2019-11-15/est-ce-risque-pour-la-sante-de-se-retenir-duriner-2b748430-bed4-40c3-b647-8d7bd140d9f4>

³¹ Pour un résumé (avec d'autres références) : <https://www.medicalnewstoday.com/articles/is-it-bad-to-hold-your-poop>

maladie (p. ex. cystite, gastroentérite). On serait alors face à une incapacité de travail temporaire pour une cause inhérente à la personne du travailleur. Il ne s'agit alors certes pas de temps de travail (puisque le travailleur est en incapacité de travail), mais c'est du temps qui doit être rémunéré au titre de l'art. 324a CO (cf. aussi ci-dessus B.2.). L'employeur pointilleux (pour ne pas dire : tatillon) et qui ne serait pas effrayé par la distinction certainement bureaucratique entre passages aux toilettes « habituels » et ceux qui sont le symptôme d'une maladie, pourrait alors exiger le timbrage d'un tel passage aux toilettes selon les règles de la LTr, mais devrait tout de même payer le salaire selon celles du CO, ce qui contreviendrait certainement à l'objectif du timbrage.

D. L'interruption du travail pour se rendre aux toilettes : une mesure de protection de la santé

On l'a vu, ne pas se rendre aux toilettes lorsqu'un besoin naturel se fait sentir est néfaste à la santé. Les employeurs doivent d'une part prévoir des locaux adaptés en lieu et en nombre (art. 32 OLT 3). Ils ont en outre l'obligation légale de prendre toutes les mesures qui permettent de protéger la santé de leurs travailleurs (art. 6 LTr). Comme il s'agit aussi d'une obligation de limiter les risques³² (art. 6 al. 2 LTr. « L'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à *préserver autant que possible* les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage » nous mettons en évidence), l'employeur doit s'abstenir de prendre des mesures qui pourraient générer ou aggraver les atteintes à la santé. Cette obligation négative se retrouve dans plusieurs passages de la législation sur le travail, par exemple l'art. 6 al. 2bis 1^{re} phrase LTr : « L'employeur veille également à ce que le travailleur *ne soit pas obligé* de consommer des boissons alcooliques ou d'autres substances psychotropes dans l'exercice de son activité professionnelle. » ou encore l'art. 328 al. 1 CO « *En particulier*, il veille à ce que les travailleurs *ne soient pas* harcelés sexuellement (...) » (nous mettons en évidence). Comme le timbrage des « pauses toilettes » est de nature à porter atteinte à la santé des travailleurs, c'est donc une mesure à laquelle l'employeur doit renoncer.

Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les mesures de protection de la santé, que ce soit enfiler des équipements de protection (du travailleur ou de tiers) ou participer à un cours sur la sécurité au travail, cela se fait sur le temps de travail et ces mesures ne peuvent être mises à la charge des travailleurs (art. 5 al. 3 OLT 3), lesquels sont légalement tenus de seconder l'employeur (art. 6 al. 3 LTr). L'analogie avec le temps d'habillage de vêtement d'hygiène ou de protection, que le Seco considère comme faisant partie du temps de travail³³ est à notre avis pertinente. Si une mesure sert à protéger la santé et la sécurité, elle justifie une interruption du travail tout en étant considérée comme temps de travail. Comme se rendre aux toilettes lorsque le besoin s'en fait ressentir est une telle mesure, elle ne doit pas être déduite du temps de travail et il ne peut donc y avoir de timbrage.

La Cour élude hélas cette question en classant de manière à notre avis erronée les interruptions de travail en deux catégories seulement (temps de travail effectif et pauses)³⁴ alors qu'il en existe en réalité au moins trois (temps de travail effectif, temps de travail consacré à autre chose que le travail notamment les mesures de sécurité et pauses). Quoi qu'il

³² NÖTZLI, Kurzkomentar ArG, N 38 ad Art. 6 ArG.

³³ Seco, Commentaire LTr, OLT 1 et OLT 2, p. 113-2 ad art. 13 OLT 1.

³⁴ Consid. 4b) de l'arrêt commenté.

en soit, ce ne sont pas les employeurs qui sont libres de déterminer³⁵ si un moment fait partie de l'une de ces catégories, mais une interprétation correcte de la loi.

E. La preuve par l'égalité hommes-femmes

En admettant un risque pour la santé des femmes (et donc de discrimination indirecte contraire à l'art. 8 Cst. et à l'LEg)³⁶, la Cour contredit sa propre argumentation. Elle admet que l'obligation de timbrer en se rendant aux toilettes est « problématique » lorsque ce passage est justifié par certains besoins physiologiques impérieux (en l'espèce la menstruation) et qu'il s'agit d'un « désavantage » pour les travailleuses concernées. Elle considère que des mesures compensatoires peuvent être envisagées pour le palier, sans toutefois les détailler, la cause étant renvoyée à l'ORCT.

F. Sur l'atteinte à la liberté économique

Nul ne peut le nier, permettre à un travailleur d'abandonner son travail quelques minutes sans que cela ne soit déduit de son temps de travail est une atteinte à la liberté économique de l'employeur et à ses attentes légitimes de profit. Celui-ci se voit privé de la force de travail du travailleur qui va se soulager, voit l'exécution des tâches confiées à son personnel désorganisée par cette absence impromptue et doit même supporter les coûts en eau, en papiers-toilette, etc. que représente ce passage aux toilettes. Mais nul ne peut nier qu'il s'agit là d'une atteinte bien minime, laquelle ne saurait s'imposer face aux impératifs de protéger la santé des travailleurs, une tâche qui relève tant de la santé publique (art. 118 Cst.), notamment la santé au travail (art. 110 Cst.) que du droit individuel à la santé (art. 10 al. 1 Cst.). L'argumentation du tribunal nous semble bien faible lorsqu'il avance que ces atteintes seraient hypothétiques, voire carrément inexistantes en raison de l'obligation d'accorder de vraies pauses au sens de l'art. 15 LTr à des moments fixes de la journée de travail. En outre, dans sa très succincte analyse de la proportionnalité, la Cour ne tient pas compte du fait que le timbrage des « pauses toilettes » ne permet dans de nombreuses situations pas d'atteindre l'objectif que s'est fixé l'employeur, à savoir ne pas rémunérer ce temps (cf. ci-dessus B. 2 et C. i.f.). Toutefois, lorsque le droit fondamental à l'égalité (art. 8 Cst.) est en jeu, le tribunal fait une pesée d'intérêt plus poussée³⁷.

G. Quelques remarques finales

Cet arrêt n'est pas seulement regrettable sur le fond. Il l'est aussi sur la forme. Il est notamment préoccupant qu'un tribunal fasse un travail aussi peu soigneux alors qu'il se penche sur une question inédite et dont on pouvait aisément prévoir qu'elle serait scrutée par l'opinion publique.

On peut par exemple se demander si la question des pauses-toilettes est véritablement une lacune dans la LTr. En effet, selon la jurisprudence constante au Tribunal fédéral, « une lacune proprement dite suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi.³⁸ ». Or, une interprétation rigoureuse de la notion de pause d'une part et des autres possibilités

³⁵ Consid. 4b) de l'arrêt commenté.

³⁶ Consid. 5 de l'arrêt commenté.

³⁷ Consid. 5d) de l'arrêt commenté.

³⁸ Parmi les arrêts les plus récents : ATF 142 IV 389 c. 4.3.1 ; ATF 139 I 57, c. 5.2.

d'interrompre le travail d'autre part mènent à notre avis à la conclusion que le législateur ne s'est justement pas abstenu de traiter de cette question. Au contraire, il a défini si une interruption du travail est une pause qui ne doit pas être comptée comme temps de travail ou au contraire une mesure de protection de la santé, qui doit l'être. Cette interprétation se retrouve notamment dans le Commentaire du Seco qui a, rappelons-le, valeur d'ordonnance administrative dont les tribunaux ne peuvent s'écarter sans raison impérieuse ³⁹, un raisonnement dont on cherche désespérément la trace dans l'arrêt commenté.

Enfin, la Cour n'a pas intégré les dispositions du CO à sa réflexion. Certes, c'est la LTr qu'elle devait appliquer. Toutefois, une interprétation systématique ⁴⁰ de la protection des travailleurs ne saurait laisser de côté les règles du contrat individuel de travail, tant il est notoire qu'elles se complètent l'une l'autre, voire contiennent chacune des règles dont on pourrait légitimement penser qu'elles devraient plutôt se trouver dans l'autre.

³⁹ Cf. ci-dessus II. B. et nbdp 4.

⁴⁰ Cf. p. ex. ATF 140 III 315, c. 5.2.1. et les autres arrêts cités.