

Tribunal fédéral – 4D_49/2022
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 7 juin 2023 (f)

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Stéphanie Perrenoud, De l'étendue du droit des mères qui allaitent de se dispenser de travailler : quelques éléments de réponse issus de l'interprétation de l'art. 35a al. 1-2 LTr ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4D_49/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2023

Newsletter octobre 2023

Occupation durant la maternité ; résiliation immédiate du contrat de travail ; arbitraire.

**Art. 35a al. 1-2 LTr ;
337 CO.**

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



De l'étendue du droit des mères qui allaitent de se dispenser de travailler : quelques éléments de réponse issus de l'interprétation de l'art. 35a al. 1-2 LTr ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4D_49/2022 du 7 juin 2023

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

I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 4D_49/2022 du 7 juin 2023, le Tribunal fédéral a considéré que c'est sans arbitraire que la juridiction cantonale a interprété l'art. 35a LTr¹ en ce sens qu'il ne reconnaît pas formellement aux mères qui allaitent un droit à se dispenser de travailler après la seizième semaine suivant la naissance de leur enfant et que, passé ce délai, si les mesures proposées par l'employeur ne permettent pas à la travailleuse d'allaiter son nourrisson à satisfaction, celle-ci peut demander à être dispensée de travailler (en invoquant l'art. 35a al. 2 LTr ; cons. 3.2). En application de l'art. 35a al. 2 LTr, si les femmes enceintes peuvent, sur simple avis, se dispenser d'aller au travail ou le quitter, les mères qui allaitent peuvent seulement disposer du temps nécessaire à l'allaitement, si bien que la demande de dispense doit être en relation avec l'allaitement de l'enfant, ce qui n'est pas le cas lorsque la mère invoque des problèmes de garde de l'enfant (consid. 3.3.3). Il n'est pas non plus arbitraire d'interpréter l'art. 337 CO² en ce sens que l'employeur est autorisé à licencier avec effet immédiat une travailleuse qui allaite et qui prétend (à tort) être libre de se dispenser d'aller au travail et de le quitter sur simple avis conformément à l'art. 35a al. 2 LTr, en cas d'absence de toute prise en considération des difficultés organisationnelles de l'employeur et de réponse aux instructions de celui-ci (consid. 4.4).

¹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11.

² Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A compter du 1^{er} avril 2015, A. a travaillé pour le compte de B., en qualité de gérante d'une boutique sise à U., à un taux de 80 %, pour un salaire mensuel de CHF 3'561.80. Le 27 octobre 2017, B. a résilié le contrat de travail le liant à A., en raison de la fermeture de ladite boutique. Durant la période entre la fermeture de la boutique et la fin du contrat, B. a demandé à A. de travailler au magasin sis à V. Compte tenu de la grossesse de la travailleuse et de la naissance de son enfant le 16 août 2018, le contrat de travail devait prendre fin le 28 février 2019.

Le 17 septembre 2018, B. a informé A. que son retour au travail était attendu le 6 décembre 2018. Le 31 octobre 2018, la travailleuse a demandé à bénéficier de son solde de vacances et d'heures supplémentaires afin de reprendre son activité le 7 janvier 2019. B. a refusé cette requête. Malgré les explications de B., selon lesquelles il était impératif que A. reprît le travail le 6 décembre 2018 afin de remplacer une tierce personne devant se faire opérer, A. a indiqué à plusieurs reprises qu'un retour au travail avant le mois de janvier 2019 n'était pas envisageable. Le 6 décembre 2018, A. ne s'est pas présentée au magasin. Le même jour, B. l'a informée par courrier que, faute de reprendre son poste d'ici au 11 décembre 2018, elle serait licenciée avec effet immédiat. Le 11 décembre 2018, constatant que A. n'était pas venue travailler, B. lui a signifié son licenciement avec effet immédiat.

Statuant le 2 février 2022 sur la demande de A. tendant à ce que son employeur soit condamné à lui verser la somme de CHF 29'474.40, le Tribunal des prud'hommes de la Sarine l'a partiellement admise. Il a condamné B. à verser à A. les montants de CHF 7'123.60 et CHF 3'561.80, soumis aux déductions sociales. Par arrêt du 8 août 2022, la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a admis l'appel formé par B. et rejeté la demande.

Le 13 septembre 2022, A. a formé un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral, en concluant à ce que l'arrêt entrepris soit annulé et réformé, en ce sens que le jugement de première instance est confirmé, et, subsidiairement, que la cause est renvoyée au Tribunal cantonal pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Par arrêt 4D_49/2022 du 7 juin 2023, le Tribunal fédéral a rejeté le recours, dans la mesure de sa recevabilité.

B. Le droit

En l'espèce, l'objet du litige portait sur le point de savoir si la résiliation immédiate des rapports de travail notifiée par B. le 11 décembre 2018 reposait sur de justes motifs. Dans ce contexte, A. se prévalait d'une constatation arbitraire des faits, ainsi que d'une violation arbitraire, d'une part, de l'art. 35a al. 1-2 LTr (consid. 3) et, d'autre part, de l'art. 337 CO (consid. 4).

A. invoquait en premier lieu une interprétation arbitraire de l'art. 35a al. 1 et 2 LTr (consid. 3). Selon cette disposition, dont le Tribunal fédéral a rappelé la teneur (consid. 3.1), les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement (al. 1). Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement (al. 2). Les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement ; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent (al. 3).

Le Tribunal fédéral a rejeté l'argumentation de A. à l'appui d'une interprétation arbitraire de l'art. 35a al. 1 LTr (consid. 3.2). La travailleuse alléguait que cette norme confère aux mères qui allaitent le droit de se dispenser d'aller travailler, à tout le moins durant la première année de vie de l'enfant (cf. art. 60 al. 2 OLT 1³ ; consid. 3.2.2). Le Tribunal fédéral a considéré que l'interprétation de l'art. 35a al. 1 LTr effectuée par la juridiction cantonale n'était pas indéfendable et, donc, pas arbitraire, dès lors qu'elle reposait notamment sur le Commentaire de la loi sur le travail établi par le Secrétariat d'Etat à l'économie⁴ (SECO ; consid. 3.2.3). Les juges cantonaux avaient retenu que la loi ne reconnaît pas formellement aux mères qui allaitent un droit à se dispenser de travailler après la seizième semaine suivant la naissance de leur enfant et que, passé ce délai, si les mesures proposées par l'employeur ne permettent pas à la travailleuse d'allaiter son nourrisson à satisfaction, celle-ci peut demander à être dispensée de travailler en application de l'art. 35a LTr (cf. consid. 3.2.1).

En relation avec la violation de l'art. 35a al. 2 LTr (consid. 3.3), A. reprochait à la juridiction cantonale d'avoir arbitrairement constaté les faits et interprété le devoir de simple avis qu'exigerait d'elle cette disposition. Sous l'angle de la constatation arbitraire des faits, la travailleuse faisait en substance valoir qu'elle n'était pas de langue maternelle française, qu'elle avait avisé B. du fait qu'elle allaitait son enfant et qu'elle se voyait par conséquent dans l'impossibilité de reprendre le travail, tout en se prévalant également du fait que B. ne l'avait pas informée, comme elle le devait, de son droit de refuser de travailler (consid. 3.3.2). Le Tribunal fédéral a considéré que la critique de la recourante était irrecevable, dès lors, d'une part, qu'elle se contentait de substituer son appréciation des preuves à celle de la cour cantonale, qui avait retenu qu'elle avait exclusivement invoqué des problèmes de garde de l'enfant (cf. consid. 3.3.1), et, d'autre part, qu'elle se fondait sur des faits qui n'avaient pas été constatés par l'instance précédente en ce qui concernait l'information donnée par B., dont elle ne sollicitait pas valablement le complètement (consid. 3.3.2). Le Tribunal a également nié que la recourante pût se prévaloir d'une interprétation arbitraire de l'art. 35a al. 2 LTr. A ce propos, il a considéré qu'elle alléguait en vain que l'avis au sens de la disposition précitée n'était soumis à aucune forme et que la juridiction précédente avait manifestement versé dans l'arbitraire en subordonnant ledit avis à l'existence d'un motif justificatif (consid. 3.3.3). Il a admis que le raisonnement des juges cantonaux, selon lequel A. ne bénéficiait pas de la protection de l'art. 35a al. 2 LTr car elle se prévalait uniquement d'un problème de garde et non d'une nécessité d'allaiter son enfant, n'était pas insoutenable. Le Tribunal fédéral a insisté sur le fait que si l'art. 35a al. 2 LTr autorise les femmes enceintes à se dispenser d'aller au travail ou à le quitter, sur simple avis, pour leur part, les mères qui allaitent peuvent seulement disposer du temps nécessaire à l'allaitement (consid. 3.3.3). Dans ce contexte, il a indiqué ne pas voir en quoi la garde d'un enfant par une maman de jour invoquée par la travailleuse serait intimement liée à l'allaitement de l'enfant (et donc, de nature à permettre l'application de la disposition précitée ; consid. 3.3.3).

Le Tribunal fédéral a finalement rejeté le grief de A. tiré d'une constatation arbitraire des faits et d'une violation arbitraire de l'art. 337 CO (consid. 4.). En bref, il a admis qu'en ce qu'elle

³ Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

⁴ SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2 (consultable à l'adresse : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen_zum_Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html).

prétendait qu'elle était libre de se dispenser d'aller au travail et de le quitter sur simple préavis, la recourante se fondait sur une interprétation de l'art. 35a al. 2 LTr dont le sort avait déjà été réglé (cf. consid. 3.3 et 4.3) et que sa critique tombait en partie à faux (consid. 4.4). Au vu des faits constatés par la juridiction cantonale, soit, en substance, l'absence de toute prise en considération des difficultés organisationnelles de l'employeur et de réponse aux instructions de celui-ci (cf. consid. 4.2), le Tribunal fédéral a considéré que la travailleuse n'établissait pas que l'interprétation de l'art. 337 CO effectuée par le Tribunal cantonal était arbitraire (consid. 4.4). Partant, il n'y avait pas lieu de s'écarter de son appréciation quant au caractère justifié de la résiliation immédiate des rapports de travail intervenue le 11 décembre 2018.

III. Analyse

Dans l'arrêt qui nous occupe, le Tribunal fédéral avait à répondre à la question de savoir si le refus, par la travailleuse, de reprendre son poste le 6 décembre 2018, à l'échéance de la seizième semaine suivant la naissance de son enfant en raison de problèmes liés à la garde de celui-ci, constituait un juste motif de licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO. Cet arrêt porte dès lors avant tout sur l'étendue du droit des mères qui allaitent de se dispenser de travailler et donc, sur l'interprétation de l'art. 35a al. 1-2 LTr. Or dans la mesure où la travailleuse avait formé un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113-119 LTF⁵), le Tribunal fédéral n'avait pas à rechercher la correcte interprétation de la disposition précitée. Il lui appartenait seulement d'examiner si l'interprétation effectuée par la juridiction cantonale de l'art. 35a al. 1-2 LTr était ou non arbitraire. En effet, lorsque, comme en l'espèce, la valeur litigieuse ne satisfait pas aux conditions du recours en matière civile (valeur litigieuse minimale de CHF 15'000.- selon l'art. 74 al. 1 lit. a LTF) et que le Tribunal fédéral est saisi d'un recours constitutionnel subsidiaire (cf. consid. 1), il n'examine que les griefs expressément soulevés et motivés par la partie recourante conformément au principe de l'allégation (art. 106 al. 2 et 117 LTF) et il lui appartient uniquement de dire si l'interprétation effectuée des dispositions légales en cause par la juridiction cantonale est défendable, sans examiner quelle interprétation correcte aurait dû être donnée (cf. consid. 2.1).

Si la recourante avait déposé un recours en matière civile (art. 72-77 LTF), ce qui aurait présupposé de démontrer que la contestation soulevait une question juridique de principe (cf. art. 74 al. 2 lit. a LTF ; *infra*, A.), le Tribunal fédéral aurait en revanche dû rechercher l'interprétation correcte qui aurait dû être donnée par l'instance précédente de l'art. 35a al. 1-2 LTr, sans limiter l'examen du litige au grief d'arbitraire dans l'application de l'art. 35a LTr soulevé par la recourante (*infra*, C.). Sous l'angle de l'arbitraire dans l'application du droit, l'interprétation de la disposition précitée par la juridiction cantonale ne prête pas le flanc à la critique, comme en a jugé le Tribunal fédéral (*infra*, B.). Il en va de même de l'interprétation de l'art. 337 CO, en ce sens que l'employeur est autorisé à licencier avec effet immédiat une travailleuse qui allaite et qui prétend (à tort) être libre de se dispenser d'aller au travail et de le quitter sur simple avis conformément à l'art. 35a al. 2 LTr, en cas d'absence de toute prise en considération des difficultés organisationnelles de l'employeur et de réponse aux instructions de celui-ci (*infra*, D.).

⁵ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

A. L'existence d'une question juridique de principe

Pour qu'une « question juridique de principe » (selon l'art. 74 al. 2 lit. a LTF, p. ex.) puisse être admise, il ne suffit pas qu'elle n'ait encore jamais été réglée par le Tribunal fédéral⁶. Encore faut-il qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral⁷. La question doit ainsi avoir valeur de principe et la contestation doit soulever celle-ci. Pour avoir une « valeur de principe », la question doit être de portée générale, ce qui signifie qu'il faut que l'on demande au Tribunal fédéral de donner une réponse qui ne vaut pas seulement pour le cas d'espèce, mais permet de résoudre un nombre indéterminé de cas futurs ; dans la mesure où la question doit être propre à orienter la pratique, en permettant aux instances inférieures de trancher de nombreux cas similaires, elle ne peut donc pas porter simplement sur l'application de règles connues à un cas particulier, même atypique⁸. La contestation soulève une question juridique de principe lorsqu'il est indispensable de trancher cette question pour résoudre le cas d'espèce⁹.

La jurisprudence se montre restrictive pour admettre l'existence d'une question juridique de principe et celle-ci s'apprécie en fonction de l'objet du litige soumis au Tribunal fédéral¹⁰, étant précisé que ce dernier jouit d'une grande marge d'appréciation en la matière¹¹. A moins que la question de principe s'impose avec évidence, il incombe à la partie recourante d'en démontrer l'existence, sous peine d'irrecevabilité (cf. art. 42 al. 2 LTF)¹².

En l'espèce, il ressort du consid. 1 de l'arrêt 4D_49/2022 que la recourante a seulement interjeté un recours constitutionnel subsidiaire. Elle n'a pas déposé de recours en matière civile de manière simultanée (cf. art. 119 LTF), pour lequel la valeur litigieuse n'aurait pas été atteinte (valeur litigieuse minimale de CHF 15'000.- selon l'art. 74 al. 1 lit. a LTF), et n'a pas prétendu ni démontré que l'affaire présenterait une question juridique de principe (cf. consid. 1).

Si la recourante avait formé un recours en matière civile, la question juridique de principe qu'elle aurait dû invoquer (selon l'art. 74 al. 2 lit. a LTF) aurait porté sur l'interprétation de l'art. 35a LTr, singulièrement sur le point de savoir si la loi reconnaît formellement aux mères qui allaitent un droit à se dispenser de travailler après la seizième semaine suivant la naissance de leur enfant (cf. consid. 3.2.1 et 3.2.2) et si la dispense doit nécessairement être justifiée par l'allaitement (cf. consid. 3.3.3). A cet égard, on précisera que si le Tribunal fédéral a considéré que la demande de dispense doit être en relation avec l'allaitement de l'enfant, il s'est prononcé sous l'angle uniquement de l'art. 35a al. 2 LTr, sans aborder cette question en relation avec l'art. 35a al. 1 LTr (cf. consid. 3.3.3). Une valeur de principe doit de notre point

⁶ TF, arrêt 9C_659/2022 du 18 juillet 2023, consid. 1.3.1.

⁷ TF, arrêt 9C_659/2022 du 18 juillet 2023 et les arrêts cités. Cf. aussi, p. ex., TF, arrêt 4A_313/2023 du 26 juillet 2023, c. 4.2 ; ATF 144 III 164, consid. 1.

⁸ Cf. TF, arrêt 4A_457/2021 du 18 février 2022, consid. 1.3 et les arrêts cités ; TF, arrêt 5A_172/2019 du 13 juin 2019, consid. 1.2.3.

⁹ Cf. TF, arrêt 4A_251/2019 du 26 novembre 2019, consid. 1.3 et les arrêts cités.

¹⁰ TF, arrêt 9C_659/2022 du 18 juillet 2023, consid. 1.3.1.

¹¹ TF, arrêt 9C_659/2022 du 18 juillet 2023, consid. 1.2.

¹² TF, arrêt 9C_659/2022 du 18 juillet 2023, consid. 1.2 et l'arrêt cité.

de vue être reconnue à ces questions. D'une part, elles n'ont pas été tranchées par le Tribunal fédéral et ont une portée générale. D'autre part, trancher ces questions était indispensable pour résoudre le cas d'espèce, c'est-à-dire pour répondre à la question de savoir si le licenciement avec effet immédiat de la travailleuse était ou non justifié. Dans la mesure où la recourante alléguait que son refus de travailler n'était pas un juste motif de licenciement immédiat, dès lors qu'elle était libre de se dispenser d'aller au travail et de le quitter sur simple avis conformément à l'interprétation qu'elle faisait de l'art. 35a al. 2 LTr (cf. consid. 4.3), il était nécessaire de connaître l'interprétation correcte de l'art. 35a LTr pour résoudre le cas d'espèce. En effet, une absence du travail résultant de l'exercice d'un droit conféré par les dispositions de la LTr protégeant les femmes enceintes et les mères qui allaitent (art. 35-35b LTr) ne constitue pas un juste motif de licenciement immédiat¹³. La contestation soulevait donc, de notre point de vue, une question juridique de principe.

B. L'interprétation « non arbitraire » de l'art. 35a al. 1-2 LTr selon l'arrêt 4D_49/2022

Dans l'arrêt que nous commentons, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'est pas arbitraire d'interpréter l'art. 35a LTr en ce sens qu'il ne reconnaît pas formellement aux mères qui allaitent un droit à se dispenser de travailler après la seizième semaine suivant la naissance de leur enfant et que, passé ce délai, si les mesures proposées par l'employeur ne permettent pas à la travailleuse d'allaiter son nourrisson à satisfaction, celle-ci peut demander à être dispensée de travailler (en application de l'art. 35a al. 2 LTr ; cf. consid. 3.2.3 en relation avec le consid. 3.2.1). S'il a certes justifié son point de vue de manière succincte, en indiquant que dans la mesure où « l'interprétation de l'art. 35a al. 1 LTr effectuée par la cour cantonale repose notamment sur le commentaire du SECO, ce que la recourante ne remet pas en cause, cette interprétation n'est pas indéfendable et, donc, n'est pas arbitraire » (consid. 3.2.3), cette considération ne prête cependant pas le flanc à la critique. En présence d'opinions contradictoires, il n'est en effet pas arbitraire de se fonder sur un avis plutôt que sur un autre, dans la mesure où ce choix est motivé et où aucune circonstance pertinente n'est négligée¹⁴.

On précisera qu'à la lecture de l'arrêt entrepris devant le Tribunal fédéral (cf. consid. 2.1.1 de l'arrêt de la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 8 août 2022 [102 2022 42]), il apparaît que les juges cantonaux ont examiné si la LTr reconnaît formellement aux mères qui allaitent un droit à se dispenser de travailler après la seizième semaine suivant la naissance de leur enfant. Considérant que la loi « ne l'exprime pas de manière explicite », ils ont examiné la doctrine relative à l'art. 35a LTr. Ils ont constaté que si la doctrine majoritaire est d'avis que l'art. 35a LTr permet aux mères qui allaitent non seulement de bénéficier de temps pour allaiter durant la première année de vie de leur enfant (cf. art. art. 35a al. 2 LTr, en relation avec l'art. 60 al. 2 OLT 1), mais également de se dispenser d'aller au travail ou de le quitter sur simple avis (art. 35a al. 1 LTr)¹⁵, d'autres auteurs sont plus

¹³ Cf. TF, arrêt 4C.271/2000 du 15 février 2001, consid. 2b. Cf. aussi PERRENOUD Stéphanie, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015, p. 1085, ainsi que la jurisprudence cantonale et la doctrine citées en nbp 4353.

¹⁴ Cf., p. ex., TF, arrêt 4A_82/2023 du 8 août 2023, consid. 4.3.4.

¹⁵ Cf., notamment, GUIGNARD Marie-Thérèse, La rémunération du temps consacré à l'allaitement (art. 60 al. 2 OLT 1), in : Rémy Wyler (éd.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 1-53, pp. 23-26. Cf. également JUILLERAT Odile, Les droits de la mère qui allaite, in : Rémy Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012, pp. 348-377, pp. 359-360 ; PERRENOUD, La protection de la maternité (note 13), p. 1084 ; PERRENOUD Stéphanie, Les obligations salariales de l'employeur pendant la maternité, in : Rémy Wyler (éd.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 55-81, pp. 65-66.

réservés quant à un droit des mères qui allaitent de se dispenser de travailler au-delà de la seizième semaine *post partum*¹⁶. On précisera à cet égard que certains auteurs nient expressément l'existence d'un tel droit¹⁷. Examinant ensuite l'opinion du SECO dans le commentaire de la LTr, les juges cantonaux en ont déduit que « l'exercice de l'activité professionnelle des femmes enceintes et des mères qui allaitent est subordonné à leur consentement jusqu'à la 16^e semaine qui suit la naissance de l'enfant uniquement (art. 35a al. 1 LTr) » et que passé ce délai, le SECO « préconise un retour au travail avec la prise d'aménagements pour accorder aux travailleuses qui allaitent le temps de le faire (art. 60 al. 2 OLT 1), étant précisé que l'activité professionnelle ne doit pas porter atteinte à la santé des employées ou empêcher les mères d'allaiter leur enfant si elles le souhaitent ». A la lecture du commentaire de la LTr, on constate que le SECO semble en effet apparemment subordonner le droit des mères qui allaitent de se dispenser de travailler au-delà de la seizième semaine suivant l'accouchement à l'existence de contraintes particulières ou de troubles de la santé. En lien avec l'art. 35a al. 1 LTr, le SECO indique que « L'exercice de l'activité professionnelle représentant dans le contexte de la grossesse et de la période d'allaitement une lourde contrainte, il exige le consentement formel de l'intéressée ». Dans le commentaire relatif à l'art. 35a al. 2 LTr, il expose ce qui suit : « Si, au cours de la grossesse ou de la période de l'allaitement, la travailleuse éprouve, malgré la prise d'éventuelles mesures et malgré les égards particuliers à son sujet, trop de difficulté à exercer son activité ou ressent certains troubles de santé, elle est en droit de ne pas se présenter à son travail ou de le quitter à tout moment après en avoir averti son employeur. L'employeur est tenu d'accorder aux mères qui allaitent le temps nécessaire pour le faire (cf. art. 60 OLT 1). Leur activité professionnelle ne doit en effet nullement les empêcher d'allaiter leur enfant si elles le souhaitent ».

En présence d'avis contradictoires sur la question qu'elle avait à résoudre, la juridiction cantonale devait nécessairement opérer un choix. Or elle a donné la préférence à l'opinion du SECO, en motivant les raisons pour lesquelles cet avis emportait sa conviction et en se référant aussi à la lettre de la loi (qui n'indique pas expressément si les mères qui allaitent ont le droit de se dispenser de travailler après la seizième semaine suivant la naissance de leur enfant, ni, s'agissant de l'art. 35a al. 1 LTr, si l'exercice de ce droit est subordonné à l'existence d'un motif en relation avec l'allaitement). L'interprétation faite par les juges cantonaux de l'art. 35a LTr ne peut donc pas être qualifiée d'arbitraire, comme en a jugé le Tribunal fédéral (cf. consid. 3.2.3). Ayant soulevé le grief d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application du droit, la recourante était en effet tenue d'expliquer, sur la base de la subsomption opérée dans le cas concret, en quoi la décision attaquée méconnaissait gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurtait de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, étant rappelé que l'arbitraire prohibé par l'art. 9 Cst. ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable (cf. consid. 2.1)¹⁸.

¹⁶ Cf., p. ex., BEYELER Jean-Marc, Quelques questions concernant les travailleuses qui allaitent, Questions de droit, n° 71-2011, pp. 3-7, pp. 3-4.

¹⁷ Cf., p. ex., SUBILIA Olivier/DUC Jean-Louis, Droit du travail, éléments de droit suisse, Lausanne 2010, n°s 11-13 ad art. 329f CO, pp. 405-406.

¹⁸ Sur ces aspects, cf. ATF 144 III 145 consid. 2 ; ATF 132 I 13 consid. 5.1.

Si l'interprétation faite par la juridiction cantonale de l'art. 35a LTr ne peut pas être qualifiée d'arbitraire, cela ne signifie toutefois pas encore qu'il s'agisse de l'interprétation correcte à donner à la disposition précitée.

C. L'interprétation correcte de l'art. 35a al. 1-2 LTr

Rechercher l'interprétation correcte de l'art. 35a al. 1-2 LTr – ce que le Tribunal fédéral n'était en l'espèce pas tenu de faire puisqu'il avait été saisi d'un recours constitutionnel subsidiaire (*supra*, A.) –, présuppose de recourir aux méthodes d'interprétation de la loi. A cet égard, on rappellera que conformément à la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste¹⁹.

L'interprétation littérale de l'art. 35a LTr ne permet pas de répondre à la question de savoir durant combien de temps une mère qui allaite peut se dispenser d'aller au travail ou le quitter. En effet, si selon l'art. 35a al. 1 LTr, les mères qui allaitent ne peuvent pas être occupées sans leur consentement, cette disposition est muette quant à la durée de ce droit. La disposition ne permet du reste pas non plus de trancher le point de savoir si l'absence du travail doit nécessairement trouver sa cause dans l'allaitement, au même titre que les absences avalisées par l'art. 35a al. 2 LTr. Dans la mesure où cette dernière norme prévoit que les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement, il apparaît en revanche clairement que son application n'est possible que pour des absences en relation avec l'allaitement, ce qui n'est pas le cas lorsque la travailleuse invoque des difficultés en lien avec la garde de son enfant par une maman de jour, comme en a jugé le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4D_49/2022 (consid. 3.3.3). L'application de l'art. 35a al. 2 LTr est du reste possible durant la première année de vie de l'enfant (cf. art. 60 al. 2 OLT 1).

Dès lors que l'interprétation littérale de l'art. 35a al. 1 LTr ne permet pas de répondre aux questions qui nous occupent (durée du droit des mères qui allaitent de pas être occupées sans leur consentement et existence d'un motif justificatif en lien avec l'allaitement comme condition d'application de la disposition précitée), il y a lieu de procéder à l'interprétation historique (*infra*, 1.), systématique et téléologique (*infra*, 2.) de cette norme. A ce propos, dans son écriture de recours, la travailleuse avait en particulier allégué qu'il ressortait, selon elle, d'une interprétation historique de l'art. 35a al. 1 LTr, qu'une mère qui allaite ne peut pas être privée de son droit de se dispenser de travailler au-delà de la seizième semaine suivant la naissance de l'enfant, dès lors que « la loi et le Message du Conseil fédéral » ne prévoient aucune limite temporelle (consid. 3.2.2). La recourante s'était également référée à des éléments d'interprétation systématique, en exposant que l'art. 35a al. 1 LTr n'aurait aucune

¹⁹ Cf., p. ex., ATF 149 IV 9, consid. 6.3.2.1 et les arrêts cités.

raison d'être si le droit qu'il confère était limité à la seizième semaine *post partum* puisque les mères qui allaitent bénéficieraient automatiquement de la protection prévue pour les accouchées selon l'art. 35a al. 3 LTr (« Les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent »). Dans ce contexte, l'intéressée alléguait encore que l'art. 35a al. 1 LTr devait être lu en lien avec l'art. 60 al. 2 OLT 1, qui prévoit dans quelle mesure le temps pris par les mères pour allaiter ou tirer leur lait est comptabilisé comme temps de travail rémunéré au cours de la première année de vie de l'enfant. Selon elle, s'il devait y avoir une limite temporelle au droit d'une mère qui allaite de se dispenser d'aller travailler, il s'agirait d'une limite maximale d'une année (consid. 3.2.2).

1. L'interprétation historique

L'art. 35a LTr (relatif à l'« Occupation durant la maternité ») est entré en vigueur le 1^{er} août 2000²⁰. Il a succédé à l'art. 35 aLTr, intitulé « Protection des femmes enceintes et des mères », dont la teneur, entre le 1^{er} février 1966 et le 31 juillet 2000, était la suivante : « Les femmes enceintes ne peuvent être occupées que si elles y consentent et jamais au-delà de l'horaire ordinaire de travail. Sur simple avis, elles peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter (al. 1). Les accouchées ne peuvent être occupées pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement ; à leur demande, l'employeur peut toutefois raccourcir cette période jusqu'à six semaines, à condition que le rétablissement de la capacité de travail soit attesté par un certificat médical (al. 2). Même après huit semaines dès l'accouchement, les mères qui allaitent leur enfant ne peuvent être occupées que si elles y consentent. L'employeur leur donnera le temps nécessaire pour l'allaitement »²¹. Depuis le 1^{er} août 2000, les principes posés par l'art. 35 al. 3 aLTr figurent à l'art. 35a al. 1-2 LTr. De ce qui précède, on constate que la disposition à laquelle l'art. 35a al. 1 LTr a succédé (art. 35 al. 3 aLTr) ne prévoyait pas non plus formellement de limite temporelle au droit des travailleuses qui allaitent de ne pas être occupées sans leur consentement ni n'indiquait si l'absence du travail devait nécessairement trouver sa cause dans l'allaitement.

A la lecture du Message du Conseil fédéral du 30 septembre 1960, on ne discerne pas la volonté de soumettre la protection garantie par l'art. 35 al. 3 aLTr aux mères qui allaitent à des restrictions (temporelles ou quant à l'existence d'un motif en lien avec l'allaitement permettant de justifier l'absence du travail)²². En relation avec l'« Obligation de l'employeur de prendre soin des femmes (art. 31, 1^{er} al., et 33²³) », le Conseil fédéral a en effet seulement indiqué ce qui suit : « Les prescriptions spéciales assurant la protection des femmes enceintes et des mères complètent les prescriptions de la loi sur les fabriques en ce sens que les femmes enceintes ne peuvent être occupées que si elles y consentent et jamais en dehors de l'horaire habituel de travail. Non seulement les accouchées mais également les mères qui allaitent leurs enfants bénéficient de la protection spéciale de la loi (art. 33) »²⁴. Quant aux Chambres fédérales, qui n'ont pas modifié la teneur de cette disposition au cours des délibérations

²⁰ Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 2000 1569.

²¹ RO 1966 57.

²² Cet avis est partagé par JUILLERAT (note 15), p. 359.

²³ L'art. 35 aLTr correspond à l'art. 33 du projet qui accompagnait le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 30 septembre 1960 (FF 1960 II 885 [1024]).

²⁴ FF 1960 II 885 (971).

parlementaires, elles n'ont pas abordé la question de l'étendue du droit des mères qui allaitent de n'être occupées que si elles y consentent à l'échéance de la huitième semaine *post partum*²⁵. Le Conseil fédéral et le Parlement n'ont par la suite pas davantage discuté d'éventuelles restrictions à apporter à ce droit lors de la substitution de l'art. 35a al. 1-2 LTr à l'art. 35 al. 3 aLTr, qui est intervenue le 1^{er} août 2000. Dans le projet accompagnant son Message du 2 février 1994, le Conseil fédéral avait en effet proposé l'introduction d'un art. 35a al. 1-2 LTr (dont la teneur correspond à celle actuellement en vigueur), en indiquant qu'il s'agissait en substance d'une reprise pour l'essentiel sans changement des prescriptions qui figuraient jusqu'alors à l'art. 35 al. 3 aLTr²⁶.

Par la suite, si la question de la rémunération du temps consacré à l'allaitement a été au cœur des travaux ayant mené à la ratification de la Convention de l'OIT n° 183²⁷, en revanche, l'étendue du droit conféré par l'art. 35a al. 1 LTr aux mères qui allaitent de n'être occupées que si elles y consentent, n'a pas été discutée dans ce cadre²⁸. La volonté d'apporter des restrictions à ce droit ne se retrouve pas non plus dans les travaux ayant abouti aux récentes modifications de la législation relative à la protection de la maternité (prolongation du congé de maternité et de la durée du versement de l'allocation de maternité en cas d'hospitalisation du nouveau-né [art. 329f al. 2 CO, art. 16c al. 3 LAPG²⁹] ³⁰ et octroi d'allocations supplémentaires en cas de décès de la mère ou de l'autre parent [art. 16c^{bis} et 16k^{bis} LAPG], notamment)³¹.

Compte tenu de ce qui précède, l'interprétation historique de l'art. 35a al. 1 LTr plaide, de notre point de vue, en faveur d'un droit des mères qui allaitent de demeurer inoccupées qui n'est pas limité aux seize premières semaines suivant l'accouchement, ni subordonné à l'exigence que l'absence trouve sa cause dans l'allaitement. Un motif en relation avec la maternité, à l'instar d'un problème de garde de l'enfant, semble donc tout à fait pouvoir entrer en ligne de compte.

²⁵ Cf. BO CN 1962, pp. 343-347 ; BO CE 1963, p. 53.

²⁶ Message du 2 février 1994, FF 1994 II 157 (167 et 219). Le Parlement n'a pas modifié l'art. 35a al. 1-2 LTr tel que proposé par le Conseil fédéral (cf. Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 17 novembre 1997, FF 1998 II 1128 [1138 et 1151-1152] ; BO CN 1997, pp. 2806-2810 ; BO CE 1998, p. 189).

²⁷ Convention n° 183 sur la protection de la maternité, conclue à Genève le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

²⁸ Cf. Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'Initiative parlementaire « Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité » du 10 novembre 2011, FF 2012 1597 (1607) ; Avis du Conseil fédéral relatif au rapport de la CSSS-CN du 15 février 2012, FF 2012 1623 (1624-1625).

²⁹ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain du 25 septembre 1952 (LAPG), RS 843.1.

³⁰ Modification de la LAPG du 18 décembre 2020, RO 2021 288. Cf. Message relatif à la modification de la loi sur les allocations pour perte de gain (Allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital) du 30 novembre 2018, FF 2019 141.

³¹ Modification de la LAPG du 17 mars 2023, FF 2023 783. Cf. Rapport de la CSSS-CN relatif à l'initiative parlementaire « Octroyer le congé de maternité au père en cas de décès de la mère » du 19 août 2022, FF 2022 2515 ; Avis du Conseil fédéral relatif au rapport de la CSSS-N du 26 octobre 2022, FF 2022 2742.

2. L'interprétation systématique et téléologique

L'interprétation historique de l'art. 35a al. 1 LTr à laquelle nous sommes parvenue nous paraît confirmée par des éléments d'interprétation systématique et téléologique.

Du point de vue de l'interprétation systématique, comme l'a fait valoir la recourante (consid. 3.2.2), l'art. 35a al. 1 LTr n'aurait en effet aucune raison d'être pour les mères qui allaitent si le droit qu'il garantit était limité aux seize premières semaines suivant la naissance d'un enfant. L'art. 35a al. 3 LTr, qui prévoit une interdiction de travailler durant les huit semaines qui suivent l'accouchement et subordonne ensuite l'occupation jusqu'à la seizième semaine au consentement de la travailleuse, s'adresse en effet aux accouchées, indépendamment du point de savoir si elles allaitent ou non³². A cet égard, dans un souci de cohérence, les différents droits accordés aux mères qui allaitent devraient pouvoir être exercés pendant la même période temporelle. Par analogie avec ce qui prévaut pour le droit de disposer du temps nécessaire à l'allaitement (art. 35a al. 2 LTr, en relation avec l'art. 60 al. 2 OLT 1), le droit des mères qui allaitent de ne pas être occupées sans leur consentement devrait valoir durant la première année de vie de l'enfant³³. Les al. 1 et 2 de l'art. 35a LTr nous paraissent en effet viser des situations complémentaires. Alors que l'art. 35a al. 1 LTr prévoit de manière générale le droit des mères qui allaitent (et des femmes enceintes) de ne pas être occupées sans leur consentement, en leur permettant de décider si elles souhaitent ou non se rendre au travail, l'art. 35a al. 2 LTr garantit aux mères qui allaitent le droit de disposer du temps nécessaire à l'allaitement, dans l'hypothèse où elles ont consenti à leur occupation. Sous l'angle de cette dernière disposition, le fait d'allaiter ne permet pas à une travailleuse de se dispenser de travailler, mais lui donne seulement le droit de disposer du temps nécessaire à cela (cf. consid. 3.3.1 et 3.3.3).

S'agissant de la question de savoir si l'exercice, par une mère qui allaite, de son droit de ne pas être occupée sans son consentement (art. 35a al. 1 LTr), présuppose nécessairement un motif justificatif en lien avec l'allaitement, nous sommes d'avis qu'il convient d'y répondre par la négative³⁴. Pour les femmes enceintes, l'art. 35a al. 1 LTr ne subordonne pas une telle absence à un motif particulier³⁵. Du moment que la mère allaite, elle doit, selon nous, pouvoir se prévaloir du droit conféré par l'art. 35a al. 1 LTr, étant précisé que l'employeur est autorisé à exiger la remise d'un certificat médical attestant la poursuite de l'allaitement à intervalles réguliers³⁶. L'art. 35a al. 1 LTr se distingue sur ce point de l'art. 35a al. 2 LTr. Dans la mesure où cette dernière disposition prévoit que les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement, son application n'est en effet possible que pour des absences en relation avec l'allaitement, comme en a jugé le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4D_49/2022 (consid. 3.3.3). Par ailleurs, contrairement au temps passé à allaiter (art. 35a al. 2 LTr), qui est comptabilisé comme temps de travail rémunéré dans les limites fixées à l'art. 60 al. 2 OLT 1,

³² Sur ce point, cf. aussi GUIGNARD (note 15), p. 24 ; JULLERAT (note 15), p. 360.

³³ De cet avis, cf., notamment, GUIGNARD (note 15), pp. 26-28 ; PERRENOUD, La protection de la maternité (note 13), p. 1084 et la doctrine citée à la nbp 4348.

³⁴ De cet avis, cf., notamment, GUIGNARD (note 15), p. 24.

³⁵ Au sujet du consentement de la femme enceinte en tant que condition à son occupation (art. 35a al. 1 LTr) et de son droit de ne pas se rendre au travail ou de le quitter, cf. PERRENOUD, La protection de la maternité (note 13), pp. 749-753.

³⁶ De cet avis, cf. également GUIGNARD (note 15), pp. 25-26.

les absences du travail résultant de l'art. 35a al. 1 LTr ne donnent pas lieu au versement du salaire.

Sous l'angle finalement de l'interprétation téléologique, nous sommes d'avis que l'art. 35a al. 1 LTr a pour but de permettre aux mères d'allaiter leur enfant sans être soumises à des contraintes organisationnelles durant la période où l'allaitement est particulièrement recommandé, à savoir en tous les cas durant les premiers mois de vie de l'enfant et jusqu'à une année (voire plus, selon les recommandations)³⁷. Au regard des quatorze semaines du congé de maternité (art. 329f CO, art. 16b-h LAPG) que connaît la Suisse et de l'absence de congé parental, l'art. 35a al. 1 LTr présente un intérêt évident pour faciliter et encourager l'allaitement et partant, pour contribuer au bon développement et à la bonne santé de l'enfant, comme le souligne du reste le SECO³⁸. A cet égard, on relèvera que si dans son commentaire de la LTr, le SECO semble subordonner le droit des mères qui allaitent de se dispenser de travailler au-delà de la seizième semaine suivant l'accouchement à l'existence de contraintes particulières ou de troubles de la santé (*supra*, B.), il se prononce en revanche clairement, dans d'autres publications, en faveur d'un droit des mères qui allaitent de ne pas être occupées sans leur consentement (art. 35a al. 1 LTr), même après la seizième semaine *post partum* et sans condition³⁹.

En conséquence, nous considérons qu'une application correcte du droit exige d'interpréter l'art. 35a al. 1 LTr en ce sens que les mères qui allaitent ont le droit de ne pas être occupées sans leur consentement durant la première année de vie de leur enfant, sans devoir justifier leur absence par un motif en lien avec l'allaitement, mais à la condition qu'elles allaitent effectivement toujours l'enfant. Cela étant, ce droit doit être exercé en tenant compte également des intérêts de l'employeur en relation avec les besoins de l'entreprise s'agissant de l'organisation et de la planification du travail⁴⁰. Autrement dit, le droit des mères qui allaitent de ne pas être occupées sans leur consentement (art. 35a al. 1 LTr) n'est pas illimité.

³⁷ Concernant la durée de l'allaitement recommandée par l'Organisation mondiale de la santé et la Société Suisse de Nutrition, cf. GUIGNARD (note 15), pp. 27-28.

³⁸ A cet égard, selon le SECO, « Nul ne saurait contester les avantages de l'allaitement, ce qui explique les efforts accomplis à l'échelle mondiale pour l'encourager. L'allaitement a une influence importante sur la santé et le développement du nourrisson, pour des raisons alimentaires et immunologiques, et parce qu'il favorise la relation mère-enfant » (SECO, La protection de la maternité en entreprise. Guide pour les employeurs, Berne 2022, p. 13).

³⁹ Cf., notamment, SECO, Foire aux questions (FAQ) Maternité (consultable à l'adresse : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ_zum_privaten_Arbeitsrecht/schwangerschaft-und-mutterschaft.html) où, à la question 15 « J'ai accouché et j'ai terminé le congé de maternité de 14 semaines. Je suis en pleine forme, mais je souhaite néanmoins ne pas retravailler tout de suite et rester encore un peu avec mon enfant. En ai-je le droit ? », le SECO répond comme il suit : « Vous avez le droit de ne pas retourner travailler durant les 15^e et 16^e semaines après l'accouchement. Ensuite, vous devez travailler, sauf si vous êtes en incapacité médicale. Par contre, votre employeur ne doit pas vous payer le salaire durant ces deux semaines, puisque vous n'êtes plus en congé de maternité payé et que vous n'êtes pas empêchée de travailler. Par contre, si vous allaitez, l'employeur ne peut pas vous obliger à travailler, même après la 16^e semaine, si vous n'êtes pas d'accord, mais vous ne serez pas payée ». Cf. aussi SECO, « Travail et Santé. Grossesse. Maternité. Période d'allaitement », Berne, juin 2014 (consultable à l'adresse : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Broschuren/arbeit-und-gesundheit---schwangerschaft--geburt--stillzeit.html).

⁴⁰ Dans ce sens, cf. GUIGNARD (note 15), p. 25 ; WYLER Rémy/HEINZER Boris, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 283.

La disposition précitée ne leur permet en effet pas de déterminer unilatéralement leur horaire de travail sans égard aux intérêts de l'employeur. En particulier, une mère qui allaite doit informer suffisamment à l'avance son employeur de sa décision de ne pas reprendre le travail à l'échéance de la seizième semaine *post partum*. Elle ne saurait par ailleurs modifier son choix à sa libre guise, en prévenant son employeur de ses absences ou présences à la dernière minute, voire de manière chicanière. En tout état de cause, en cas de désaccord entre l'employée et son employeur quant à une ou plusieurs absences du travail postérieurement à la seizième semaine *postpartum*, il convient de procéder à une pesée de leurs intérêts respectifs pour déterminer si un licenciement peut entrer en ligne de compte⁴¹ et, le cas échéant, si le manquement est grave au point de pouvoir être sanctionné par un licenciement avec effet immédiat.

D. L'existence d'un juste motif de licenciement immédiat

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a considéré que c'est sans arbitraire que la juridiction cantonale a retenu que la recourante avait commis une faute en décidant de ne pas se présenter au travail le 6 décembre 2018 (soit à l'issue de la seizième semaine suivant la naissance de son enfant) et que l'attitude qu'elle avait adoptée vis-à-vis de son employeur était incompatible avec la poursuite des rapports de travail (cf. consid. 4.4 en relation avec le consid. 4.2).

Pour ce faire, le Tribunal fédéral s'est fondé sur les faits établis par l'instance précédente (cf. art. 118 LTF), après avoir rappelé la réserve dont il fait preuve pour rectifier ou compléter ceux-ci (cf. consid. 2.2). Des constatations cantonales, il ressortait que la recourante avait fait fi des injonctions et des intérêts de l'employeur, en imposant ses choix de manière unilatérale, sans autres explications, et qu'elle n'avait en outre pas tenté de trouver un terrain d'entente ou une quelconque solution provisoire, s'étant abstenue de répondre aux interpellations de son employeur et, malgré la mise en demeure effectuée par celui-ci, n'ayant à nouveau pas donné suite à cette correspondance (cf. consid. 4.2). Le Tribunal fédéral a confirmé que l'abandon de ses obligations contractuelles par la travailleuse (qui n'était pas autorisée à se dispenser de travailler selon l'interprétation non arbitraire de l'art. 35a LTr effectuée par le Tribunal cantonal ; *supra*, B.) et son désintérêt vis-à-vis des difficultés organisationnelles de l'entreprise étaient de nature à rompre définitivement le lien de confiance entre les parties, de sorte que l'employeur était en droit de licencier A. avec effet immédiat, le 11 décembre 2018 (cf. consid. 4.2 et 4.4). A ce propos, il a rappelé que si l'existence de justes motifs⁴² doit être appréciée librement par le juge (art. 337 al. 3 CO), en application des règles du droit et

⁴¹ On rappellera à cet égard que les travailleurs sont protégés contre le licenciement abusif, notamment lorsque le congé est donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie (à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ; cf. art. 336 al. 1 lit. a CO) ou parce que le travailleur fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (congé-représailles ; cf. art. 336 al. 1 lit. d CO). Sur ces aspects, cf., p. ex., PERRENOUD Stéphanie, art. 336 CO N 10 ss, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éds), Code des obligations I, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021, pp. 2578 ss.

⁴² Conformément à l'art. 337 al. 2 CO, sont notamment considérés comme de justes motifs « toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail ».

de l'équité (art. 4 CC), il ne revoit qu'avec réserve la décision d'appréciation prise en dernière instance cantonale (cf. consid. 4.1)⁴³.

Comme déjà indiqué, si la recourante avait présenté un recours en matière de droit civil en exposant que la contestation soulevait une question juridique de principe (*supra*, A.), le Tribunal fédéral aurait été tenu de rechercher la correcte interprétation de l'art. 35a al. 1-2 LTr. A supposer qu'il soit parvenu au même résultat que celui que nous avons présenté (*supra*, C.), il aurait alors dû examiner si le comportement de la travailleuse, bien qu'autorisée à se dispenser de travailler en application du droit conféré par l'art. 35a al. 1 LTr (dès lors qu'il n'était pas contesté qu'elle allaitait son enfant), autorisait l'employeur à la licencier (qui plus est, avec effet immédiat, en l'occurrence).

A cet égard, à la lecture de l'arrêt cantonal (cf. consid. 2.1.2 de l'arrêt de la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 8 août 2022 [102 2022 42]), on constate que l'employeur était au courant que A. allaitait son enfant et connaissait des difficultés organisationnelles, puisqu'elle lui avait indiqué, le 30 octobre 2018, qu'elle n'était pas en mesure de venir travailler à la date requise (6 décembre 2018) car sa maman de jour n'était pas disponible avant le 7 janvier 2019. Après que son employeur lui avait répondu que son retour au travail le 6 décembre 2018 était indispensable, dès lors qu'une collaboratrice devait s'absenter durant tout le mois de décembre pour des motifs de santé, la travailleuse lui avait à nouveau indiqué, le 31 octobre 2018, qu'elle ne disposait pas d'une solution de garde pour ses enfants avant le 7 janvier 2019.

De notre point de vue, dès lors qu'il ressort des faits établis par la juridiction cantonale que la travailleuse avait informé son employeur de sa volonté de se dispenser de travailler pendant un mois (du 6 décembre 2018 au 6 janvier 2019), suffisamment à l'avance (plus d'un mois avant la date de la reprise du travail fixée par l'employeur au 6 décembre 2018), on ne saurait lui reprocher d'avoir exercé le droit que lui reconnaît l'art. 35a al. 1 LTr au mépris des intérêts de son employeur, dans une mesure justifiant un licenciement (avec effet immédiat). En effet, dûment informé, le 30 octobre 2018, de la volonté de la travailleuse de ne pas reprendre le travail avant le 7 janvier 2019, l'employeur disposait de temps pour organiser le remplacement de la collaboratrice qui devait s'absenter pour des raisons de santé durant tout le mois de décembre 2018. Par ailleurs, A. souhaitait exercer son droit de se dispenser de travailler pendant une période relativement courte (un mois) et elle n'était pas revenue unilatéralement sur son choix de reprendre le travail le 7 janvier 2019, en modifiant ultérieurement cette date, au jour le jour et au gré de ses envies. Dans ces circonstances et en tenant compte de l'interprétation « correcte » que nous proposons de l'art. 35a al. 1-2 LTr (*supra*, C.), nous sommes d'avis que les intérêts de l'employée à bénéficier de la protection légale l'emportent sur ceux de l'employeur, et donc, que le licenciement immédiat notifié le 6 décembre 2018 était dépourvu de justes motifs.

⁴³ Selon la jurisprudence, le Tribunal fédéral n'intervient que lorsque l'autorité précédente s'est écartée sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, lorsqu'elle s'est appuyée sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle ou, à l'inverse, a méconnu des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération. Il sanctionne en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (cf., p. ex., ATF 137 III 303, consid. 2.1.1 ; ATF 130 III 28, consid. 4.1 et les arrêts cités).