

Neuchâtel Tribunal Cantonal Cour de droit public 27.06.2024
CDP.2024.36 (INT.2024.373)
Neuenburg Cour de droit public 27.06.2024

Q.ENTSCHEIDSUCHE.CH



Divers. Aménagement des conditions de travail selon la LTr (timbrage des pauses toilettes). Discrimination indirecte.

A. _____ SA a pour but social notamment la fabrication et la commercialisation de produits horlogers. Lors d'un contrôle Covid-19 de la société en 2021, l'Office des relations et des conditions de travail (ci-après : ORCT) a constaté que l'entreprise imposait le timbrage des pauses toilettes. Par courrier du 27 janvier 2022, l'ORCT, s'appuyant sur l'avis du SECO, a considéré que cette obligation ne respectait pas les principes de la loi fédérale sur le travail (LTr), en particulier la protection de la personnalité des employés et que la dérogation à ces principes ne servait aucun intérêt légitime prépondérant de l'employeur. Il a en conséquence sommé la société de modifier sa pratique et de lui communiquer les mesures prises. Par courrier du 8 février 2022, celle-ci a indiqué qu'elle n'entendait pas donner suite aux exigences de l'ORCT. 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. _____ SA d'imposer à ses employés le timbrage des pauses toilettes. Il a considéré 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.

A. _____ SA a déféré ce prononcé au Département de l'emploi et de la cohésion sociale (ci-après : 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. Par décision du 11 janvier 2024, le DECS a rejeté le recours. En substance, il a retenu, à l'instar de l'ORCT, 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. Il en a déduit que le fait de se rendre aux toilettes doit être considéré comme temps de travail.

B. A. _____ SA interjette recours devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal contre la décision du DECS, dont il demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. Il conclut à la constatation que l'obligation de timbrage des pauses toilettes est conforme au droit. Reprenant les arguments qu'elle a fait valoir devant le DECS, elle reproche à celui-ci de ne pas avoir examiné certains griefs, en violation de son droit d'être entendue.

C. L'intimé renonce à déposer des observations. Le DECS renvoie à sa décision et conclut au rejet du recours.

CONSIDERANT

en droit

1. Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

2. La recourante se plaint tout d'abord d'une violation de l'article 29 al. 2 Cst. en alléguant que la décision du département n'est pas suffisamment motivée, en ce sens qu'elle ne discute pas tous les arguments qu'elle a invoqués devant lui, en particulier celui de la violation de sa liberté économique. Ce grief soulève des questions qui sont indissociables de l'examen de la cause au fond. Par conséquent, ce moyen, qui se confond largement avec la violation du droit, sera examiné ci-après avec le fond du litige. A toutes fins utiles, on notera que la Cour de céans examine la violation du droit, à l'instar du DECS, avec un plein pouvoir de cognition (art. 33 [LPJA](#)) et que, conformément à la jurisprudence, un renvoi de la cause sans examen du fond constituerait en l'occurrence une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable ([ATF 142 II 218](#) cons. 2.8.1).

3. a/aa) La LTr régleme la durée du travail (art. 9 à [13 LTr](#)) et le repos (art. 15 à 22 LTr). La durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail (art. 9 al. 1 let. a LTr); de 50 heures pour tous les autres travailleurs (art. 9 al. 1 let. b LTr).

a/bb) Aux termes de l'article [15 LTr](#), le travail sera interrompu par des pauses d'au moins : (a.) un quart d'heure, si la journée de travail dure plus de cinq heures et demie ; (b.) une demi-heure, si la journée de travail dure plus de sept heures; (c.) une heure, si la journée de travail dure plus de neuf heures (al. 1). Les pauses comptent comme travail lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place de travail (art. [15 al. 2 LTr](#)). L'article 18 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1), du 10 mai 2000, apporte des précisions suivantes quant aux pauses : les pauses peuvent être fixées uniformément ou différemment pour les travailleurs ou groupes de travailleurs (al. 1). Elles interrompent le travail en son milieu. Une tranche de travail excédant cinq heures et demie avant ou après une pause donne droit à une pause supplémentaire,

conformément à l'article [15 de la loi](#) (art. 18 al. 2 OLT 1). Les pauses de plus d'une demi-heure peuvent être fractionnées (art. 18 al. al. 3 OLT 1). En cas d'horaire variable tel que l'horaire de travail mobile, la durée des pauses est déterminée sur la base de la durée moyenne du travail quotidien (art. 32 al. 4 OLT 1). Est réputé place de travail, au sens de l'article [15 al. 2 LTr](#), tout endroit où le travailleur doit se tenir pour effectuer le travail qui lui est confié, que ce soit dans l'entreprise ou en dehors (art. 18 al. 5 OLT 1). L'article 32 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (OLT 3) est consacré aux toilettes; les travailleurs doivent disposer d'un nombre suffisant de toilettes à proximité des postes de travail, des locaux de repos, des vestiaires et des douches ou des lavabos (art. 32 al. 1 OLT 3). Le nombre de toilettes est fonction du nombre de travailleurs occupés simultanément dans l'entreprise (art. 32 al. 2 OLT 3). Dans son commentaire (Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail, disponible sur internet), le SECO indique que, dans la mesure du possible, les toilettes seront réparties dans l'entreprise et disposées de façon que les travailleurs n'aient pas à sortir des bâtiments. En outre, elles ne doivent pas être trop éloignées, ni des postes de travail, ni des locaux sociaux (vestiaires, lavabos, douches, réfectoires et locaux de repos). Leur éloignement des postes de travail ne devrait dépasser ni 100 mètres, ni un étage (p. 332).

Dans son message à l'intention de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral a défini les pauses comme des relâches de travail nécessaires pour des raisons physiologiques (FF 1960 II 885, p. 953). Selon certains auteurs (**Müller**, in Commentaire LTr, 2005, ad art. 15 ch. 2, cf. également les autres références citées dans la note de bas de page), les pauses sont des interruptions du travail qui servent au repos, à la détente, ainsi qu'à l'alimentation, ceci afin d'éviter les surcharges et le risque d'accidents de travail en découlant. Dans son commentaire (Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, disponible sur internet), le SECO considère comme pause toute interruption de travail pendant laquelle le travailleur peut se nourrir et se reposer. Par contre, ne sont pas considérées comme pauses toutes les interruptions intervenant pour des raisons techniques dans les processus de travail et qui ne permettent pas de récupérer, par exemple parce que leur durée est trop courte ou le moment de la reprise du travail est imprévisible (p. 118). Certains auteurs excluent des pauses celles qui sont de courte durée (inférieures à 15 mn) et sporadiques, comme par exemple les pauses toilettes, les appels téléphoniques qui ne peuvent pas être reportés et les pauses cigarettes, etc. (**Gross/Frunz/Marro**, Kurzkomentar Arbeitsgesetz, 1^{ère} édition, 2018 ad art. 15 ch. 6).

a/cc) L'article [13 OLT 1](#) définit ce qu'il faut entendre par durée du travail, à savoir le temps pendant lequel le travailleur se tient à la disposition de l'employeur (al. 1). Dans son commentaire (Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2), le SECO précise qu'il s'agit de toutes les activités et mesures qui doivent être effectuées ou prises, par exemple pour des raisons de sécurité ou d'hygiène au travail (habillage et changement de vêtements nécessaires au processus de travail, etc.), avant que l'acte de travail à proprement dit puisse débuter comptent comme temps de travail (p. 113). Il ajoute que les règles prescrites par la loi et ses ordonnances en matière de temps de travail ont pour finalité la prévention des atteintes à la santé, notamment grâce à l'observation des durées maximales du travail quotidien et du travail hebdomadaire et de la durée minimale du temps de repos (p. 113-114).

Sous réserve de la situation prévue à l'article [15 al. 2 LTr](#), les pauses ne constituent pas du temps de travail. La période de travail se calcule ainsi d'après le temps de travail effectif sous déduction des pauses insérées dans ce laps de temps mais en incluant les pauses durant lesquelles le travailleur n'a pas le droit de quitter sa place de travail (**Müller**, op. cit., ad art. 15 ch. 10; **Gross/Frunz/Marro**, op. cit., ad art. 15 ch. 7).

b) Sous réserve d'exceptions qui n'entrent pas en ligne de compte ici, l'obligation pour l'employeur de consigner les temps de travail du personnel tant en ce qui concerne leur durée que leurs coordonnées temporelles, mais aussi de fournir quantité d'autres indications telles que les pauses d'une durée égale ou supérieure à une demi-heure, ou encore les jours de repos ou de repos compensatoire, découle des articles 46 LTr et 73 OLT 1. Cette obligation est dictée par le besoin de protéger la santé des collaborateurs. L'employeur doit en effet enregistrer le temps de travail de ses employés pour vérifier le respect des exigences légales en matière de temps de travail, de temps de repos et de pauses. La loi prévoit une durée minimale des pauses en fonction de la longueur de travail. Une durée de pause plus longue peut ainsi être convenue (**Müller**, op. cit., ad art. 15 ch. 12).

c) Toute entreprise industrielle est tenue d'avoir un règlement d'entreprise (art. 37 al. 1 LTr) qui doit être soumis à l'autorité cantonale; lorsqu'une autorité constate que les prescriptions du règlement d'entreprise ne sont pas compatibles avec la LTr, la procédure prévue à l'article 51 est applicable (art. 39 al. 1 LTr).

d) En cas d'infraction à la loi, à une ordonnance ou à une décision, l'autorité cantonale, l'Inspection fédérale du travail ou le service médical du travail signale l'infraction au contrevenant et l'invite à respecter la prescription ou décision qu'il a enfreinte (art. 51 al. 1 LTr). Si le contrevenant ne donne pas suite à cette intervention, l'autorité cantonale prend la décision voulue, sous menace de la peine prévue à l'article 292 du code pénal suisse (art. 51 al. 2 LTr). Lorsqu'une décision rendue en vertu de l'article 51 al. 2 LTr n'est pas observée, l'autorité cantonale prend les mesures nécessaires pour rétablir l'ordre légal (art. 52 al. 1 LTr). Lorsque l'inobservation d'une décision selon l'article 51 al. 2 LTr met sérieusement en danger la vie ou la santé de travailleurs ou le voisinage de l'entreprise, l'autorité cantonale peut, après sommation écrite, s'opposer à l'utilisation de locaux ou d'installations et, dans les cas particulièrement graves, fermer l'entreprise pour une période déterminée (art. 52 al. 2 LTr).

e/aa) Conformément à la jurisprudence constante, 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 la véritable portée de la norme en la dégagant 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 s'écarter de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste ([ATF 144 V 333](#) cons. 10.1).

e/bb) L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le

sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution ([ATF 142 IV 389](#) cons. 4.3.1).

4. a) Dans le cas d'espèce, la recourante a adopté un manuel du personnel, daté du 1^{er} septembre 2021. Selon ce manuel toutes les interruptions de travail doivent être timbrées. Le temps de pause offert, donc comptabilisé comme heures de travail effectuées, est de quinze minutes par jour pour l'horaire normal et de dix minutes par jour pour les horaires en équipe. Les pauses peuvent être fractionnées et le temps de pause offert peut être supprimé en fonction de la marche des affaires. L'horaire normal (8 heures quotidiennes) doit être effectué entre 6 h 30 et 17 h, période composée de plages variables et de plages fixes, une pause de 30 minutes au minimum devant être prise durant la période de midi. Le manuel renvoie à la convention collective s'agissant de la durée du travail, à savoir la Convention collective de travail des industries horlogères et microtechniques suisses (ci-après : CCT). La durée hebdomadaire de travail est en l'occurrence de 40 heures (art. 13.1 CCT). La CCT ne contient pas de dispositions spécifiques relatives aux pauses. Les pauses toilettes sont par conséquent considérées comme interruptions de travail au sens du manuel.

Le litige porte sur la question de savoir si le timbrage des pauses toilettes est conforme au droit.

b) Il suit des principes dégagés au considérant 3 ci-dessus que la loi suisse ne fait pas allusion au droit des salariés d'aller aux toilettes, alors qu'il s'agit pourtant d'un besoin physiologique élémentaire. En effet, si l'OLT 3 exige des employeurs la mise à disposition de toilettes propres en nombre suffisant, séparées pour hommes et femmes, rien n'est cependant spécifié sur leur utilisation. 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). Les interruptions de travail de courte durée, comme la pause toilettes, doivent ainsi nécessairement entrer dans l'une ou l'autre catégorie. La notion de pause n'est pas clairement définie dans la loi. Le législateur n'a donc pas apporté de solution claire à ce sujet. La doctrine n'en donne pas non plus une définition uniforme (cf. cons. 3a/bb ci-dessus). Il s'agit d'une lacune proprement dite, en ce sens que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire. Cela peut s'expliquer par la grande diversité des activités entrepreneuriales soumises à la LTr et l'impossibilité de légiférer sur les spécificités de chacune.

Les pauses toilettes, à l'instar d'autres pauses de courte durée (téléphones privés, cigarettes, etc.), constituent en principe des interruptions du travail, puisque le travailleur ne se tient pas à la disposition de l'employeur pendant cette période. 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). Les conditions de travail d'une entreprise jouent certainement un rôle sur son attractivité dans un marché concurrentiel. Elles restent par ailleurs soumises à un certain contrôle, en ce sens que l'administration, voire le juge en cas de recours, doivent examiner la légalité des solutions proposées (cons. 3c et 3d ci-dessus). En particulier, celles-ci ne doivent pas se heurter aux principes de la LTr et aux libertés fondamentales. Par conséquent, sous réserve de ces considérations, l'employeur conserve son pouvoir de contrôle durant le temps de travail même lorsque le salarié s'absente

momentanément de son poste de travail. Il peut ainsi mettre en place un dispositif de contrôle et de comptabilisation de ces durées d'absence.

5. a/aa) On notera en préambule que la souplesse d'horaire prévue par le manuel permet à un travailleur d'interrompre à plusieurs reprises brièvement son travail tout en fournissant le nombre d'heures exigé.

La recourante a par ailleurs présenté plusieurs exemples de fiches individuelles de timbrage tirées de l'outil de gestion du temps de travail, dont il ressort que les motifs des pauses ne sont pas identifiables. Sur ce point, la décision litigieuse a reconnu à juste titre que cette façon de procéder permet de respecter les droits de la personnalité des travailleurs (cons. 3.3). On peut y renvoyer.

a/bb) Le DECS, avec l'ORCT, considèrent que l'obligation de timbrer les pauses toilettes créent une pression de temps pour les travailleurs, qui pourraient 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 et viole l'article 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). Il 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 (art. 6 al. 2 LTr). La recourante s'en défend, en soutenant que ce risque est hypothétique. Elle invoque une violation de sa liberté économique et soutient dans ce contexte que l'article 6 LTr ne constitue pas une base légale suffisante.

b) Selon l'article 27 al. 1 Cst. féd., la liberté économique est garantie. Elle est invocable tant par les personnes physiques que morales et comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst. féd.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu ([ATF 142 II 369](#) cons. 6.2). Comme tout droit fondamental, la liberté économique peut être restreinte aux conditions fixées à l'article 36 Cst. féd. Selon cette disposition, toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale qui doit être de rang législatif en cas de restriction grave (al. 1); elle doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3).

c/aa) La LTr repose sur plusieurs dispositions constitutionnelles, parmi lesquelles l'article 110 al. 1 let. a et b Cst. féd. relatif à la compétence législative en matière de protection des travailleurs. Le but premier de la LTr est la protection des travailleurs et l'article 6 LTr est une de ses normes fondamentales (**Scheidegger/Pitteloud**, in Commentaire LTr, 2005, ad art. 6 ch. 7) répondant à un but de politique sociale. Les limitations de la liberté économique fondées sur cette disposition, malgré la formulation générale de l'article 6 LTr voulue par le législateur (**Scheidegger/Pitteloud**, op. cit., ad art. 6 ch. 2), reposent ainsi non seulement sur une base légale valable, mais ont également un fondement constitutionnel.

c/bb) Les mesures à prendre en application de l'article 6 LTr couvrent l'ergonomie et la protection de la santé, la prévention des influences physiques, chimiques et biologiques nuisibles à la santé, la prévention face à tout effort excessif (tel que le maintien de postures forcées) ou trop répétitif et l'organisation appropriée du travail (art. 2 OLT 3). Pour pouvoir être imposées aux employeurs, elles doivent remplir trois conditions cumulatives : être nécessaires, applicables en fonction de la technique et adéquates au vu des particularités de l'entreprise (**Scheidegger/Pitteloud**, op. cit., ad art. 6 ch. 15).

En l'occurrence, la recourante soutient avec raison que le risque évoqué par l'intimé et le DECS est théorique. Même s'il n'est effectivement pas exclu que des employés renoncent à se rendre aux toilettes ou à s'hydrater suffisamment afin d'éviter de prolonger les journées de travail, un tel comportement doit rester marginal et ne peut pas justifier à lui seul l'interdiction générale imposée à la recourante. 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. Les employés bénéficient en outre d'une pause offerte de 15 minutes, dont ils peuvent librement disposer (ch. 22.1 du manuel du personnel). Rien ne les empêche ainsi de fractionner cette pause pour satisfaire leurs besoins physiologiques tout au long de leur journée de travail. La limitation imposée n'est ainsi ni nécessaire, ni adéquate et ne peut par conséquent pas être imposée à l'employeur.

d/aa) Sous couvert de veiller à respecter l'égalité de traitement en imposant le timbrage de toutes les interruptions de travail, la recourante a créé d'autres inégalités.

Aux termes de l'article 8 al. 2 Cst. féd., nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son sexe. L'interdiction de discrimination protège surtout les personnes physiques et vise à la fois les discriminations directes et celles qui sont indirectes. Ces interdictions sont garanties de manière indépendante, si bien qu'un justiciable directement ou indirectement discriminé est légitimé à fonder son action en justice sur le seul article 8 al. 2 Cst. féd., étant précisé que les discriminations indirectes des travailleurs – des travailleuses généralement – à raison du sexe sont expressément interdites par la loi sur l'égalité (**Martenet**, in Commentaire romand sur la Constitution fédérale, 2021, ad art. 8 ch. 56, 59).

L'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte des employés liée au sexe figure également à l'article 8 al. 3 Cst. féd. L'article 3 al. 1 LEg met en œuvre ce principe constitutionnel. Selon cette disposition, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse. L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'aménagement des conditions de travail (art. 3 al. 2 LEg).

Une discrimination est dite "directe" lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement. La discrimination est en revanche qualifiée d'"indirecte" lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement (cf. le message du Conseil fédéral du 24.02.1993 concernant la loi sur l'égalité [ci-après : le Message], in FF 1993 I 1163 ss, spécialement p. 1210; [ATF 145 II 153](#) cons. 4.3.4, [144 II 65](#) cons. 4.1).

d/bb) On notera en préambule que les limitations de la liberté économique reposent sur un fondement constitutionnel (art. 8 al. 2 et 3 Cst. féd.), applicable directement, ainsi que sur la LEg, en particulier l'article 3, qui met en œuvre le principe constitutionnel d'interdiction de discrimination entre l'homme et la femme.

d/cc) En l'occurrence, force est de constater que le timbrage des pauses toilettes tel qu'il est proposé par l'employeur est problématique sous l'angle des principes dégagés ci-dessus. 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. Cette discrimination n'a pas été discutée par l'intimé et la recourante. 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. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de céans d'examiner plus concrètement cette question, mais à l'ORCT, à qui la cause est renvoyée. Celui-ci devra en particulier inviter la recourante à proposer des mécanismes compensatoires destinés à réduire ces inégalités. En cas de besoin, il procédera à nouveau selon la procédure de l'article 51 LTr.

6. Pour ce motif, le recours est bien fondé, la décision attaquée, de même que la décision de l'ORCT du 6 avril 2022 sont annulées et la cause renvoyée à l'intimé, dans le sens des considérants. Il est statué sans frais, les autorités cantonales et communales n'en payant pas (art. 47 al. 2 [LPJA](#)). La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, à charge de l'ORCT, déterminés sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige (art. 58 al. 2 [LTFrais](#), par renvoi de l'art. 67 [LTFrais](#)). Son mandataire n'ayant pas déposé un état des honoraires et frais permettant de se rendre compte de l'activité déployée effectivement, il convient de statuer sur la base du dossier (art. 64 al. 2 [LTFrais](#), par renvoi de l'art. 67 [LTFrais](#)). En l'occurrence, l'activité essentielle déployée peut être estimée à quelque 6 heures - dès lors que le recours reprend largement les arguments invoqués devant le DECS - à un tarif horaire de l'ordre de 280 francs (CHF 1'680). A cela s'ajoutent des frais forfaitaires de 10 % (art. 63 [LTFrais](#), par renvoi de l'art. 67 [LTFrais](#), CHF 168), ainsi que la TVA au taux de 8,1 %, les activités ayant été menées après le 1^{er} janvier 2024 (CHF 149.70). C'est ainsi un montant global à l'997.70 francs qui sera alloué à la recourante à titre de dépens. La cause est renvoyée au DECS pour nouvelle décision sur les frais et dépens à allouer devant lui.

Par ces motifs,

LA COUR DE DROIT PUBLIC

1. Admet le recours, annule la décision attaquée, de même que la décision de l'ORCT du 6 avril 2022 et renvoie la cause à l'ORCT au sens des considérants.
2. Statue sans frais et ordonne la restitution à la recourante de son avance.
3. Alloue à la recourante une indemnité de dépens de l'997.70 francs, à la charge de l'ORCT.
4. Renvoie la cause au DECS pour nouvelle décision sur les frais et dépens à allouer devant lui.

Neuchâtel, le 27 juin 2024