

Résumé et analyse**Égalité entre hommes et femmes****Proposition de citation :**

Discrimination indirecte

Christine Sattiva Spring, Discrimination et maternité : la CEDEF fait une entrée timide – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_605/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch décembre 2017

Art. 8 Cst., 3 LEg

Discrimination et maternité : la CEDEF fait une entrée timide – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_605/2016

Christine Sattiva Spring, Dr en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Une employée des CFF soumet au TF la question de l'admissibilité, sous l'angle de la législation antidiscriminatoire, de l'instruction des CFF selon laquelle il n'y a pas d'augmentation de salaire individuelle en cas d'absence de plus de 6 mois durant l'année civile précédente pour cause de congé, de service obligatoire suisse – ou de maladie/d'accident.

II. Résumé

A. Faits et procédure

A. A est une salariée des CFF, au bénéfice d'un CDI depuis le 1^{er} septembre 2009, après une formation interne d'un an. Son taux d'activité est passé de 100% à 70% au 1^{er} février 2011. En 2010, en raison de sa grossesse, des dispositions prises pour la protection sur la maternité et du congé maternité, elle a été absente pendant 306 jours. En 2013, à la suite d'une seconde grossesse, elle a été absente pendant 187 jours, dont 122 de congé maternité. Elle n'a pas fait l'objet d'une notation d'évaluation pour 2010, mais bien pour 2013 (même note que 2011). Cependant, malgré sa demande expresse, elle n'a obtenu aucune progression salariale pour 2011 et 2014, selon la lettre j de l'annexe A de l'instruction K. 140.3 des CFF du 1^{er} janvier 2014 [ci-après: l'instruction K. 140.3], au motif qu'elle avait manqué son travail pendant plus de 6 mois au cours de la période d'évaluation.

B. A a recouru contre le refus d'augmentation salariale devant le Tribunal administratif fédéral en réclamant des augmentations de salaire conformément au système applicable aux CFF. Ayant été déboutée, elle saisit le Tribunal Fédéral d'un recours de droit public en concluant à l'annulation de l'arrêt et au renvoi de la cause pour que lui soient allouées ses augmentations de salaire.

B. Le droit

1. Le TF constate que le jugement du Tribunal fédéral administratif (ci-après TAF) a été rendu en matière de rapports de travail de droit public au sens de l'article 83 lit g LTF dans une contestation de nature pécuniaire, la différence annuelle de salaire revendiquée étant de fr. 3'717.00. La valeur litigieuse de fr. 15'000.00 est atteinte, puisque la différence salariale est susceptible de se reporter sur plusieurs années.
2. La décision entreprise se fonde sur une instruction des CFF du 1^{er} janvier 2014, aux termes de laquelle il n'y a pas d'augmentation de salaire individuelle, ni de part unique liée à la prestation en cas d'absence de plus de six mois durant l'année civile précédente pour cause de congé (payé ou non), de service obligatoire suisse – ou de maladie/accident. Pour les CFF, cette énumération n'est pas exhaustive et englobe les absences dues à la maternité. Or, le cumul compte tenu des absences maternité pour les années 2010 et 2013 a été supérieur à six mois, raison pour laquelle la recourante n'a pas pu bénéficier d'augmentation salariale pour chacune des deux années suivantes.
3. Selon le TAF, l'interprétation par les CFF de l'instruction K. 140.3 consacre une discrimination indirecte liée à la qualité de femme enceinte, puisqu'elle prend en compte le congé de maternité dans le calcul des absences de six mois excluant toute augmentation salariale. Pour l'autorité inférieure, cette discrimination est objectivement justifiée, car l'exigence d'un travail pendant six mois au moins est nécessaire à permettre d'évaluer les employés. Au surplus, on ne peut attendre de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire pour évaluer objectivement sur la base d'un laps de temps suffisant.
4. La recourante se prévaut pour sa part des art. 8 al. 3 Cst., 3 LEg, 8 et 14 CEDH.
5. Préliminairement, le TF considère que l'instruction des CFF vise effectivement tout type d'absence, congé-maternité inclus.
6. Après avoir rappelé la teneur de l'article 8 al. 3 Cst. et de l'article 3 LEg, le TF reprend la définition de la discrimination selon qu'elle est **directe** (lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe et qu'elle n'est pas justifiée objectivement) ou **indirecte** (lorsque le critère utilisé de démarcation 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 justifiée objectivement).
- 6.1 La Haute Cour rappelle également la portée de la notion de rémunération, qui englobe toute contre-prestation d'un travail effectué, soit notamment les composantes sociales du salaire (allocations familiales et prestations versées durant le congé-maternité), ainsi que les gratifications et bonus. Le TF évoque la doctrine qui condamne le comportement de l'employeur accordant des augmentations de salaire ou des gratifications sur la base des jours d'absence ou de présence, en prenant aussi en considération des absences liées à la grossesse et au congé-maternité.

- 6.2 Le TF relève qu'au plan international, la Convention internationale du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF ; RS 0.108) prévoit, à son art. 11 paragraphe 2, lettre b, que pour prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les Etats parties s'engagent notamment à prendre des mesures appropriées ayant pour objet d'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux. Certaines dispositions de cette convention internationale sont considérées en doctrine comme directement applicables.
7. La question de savoir si la prise en compte des absences liées à la maternité dans la période de six mois déterminante pour le refus de toute augmentation salariale constitue une discrimination indirecte liée à la qualité de femme enceinte restera ouverte pour les raisons exposées ci-dessous.
- 7.1. Le recours à une période de référence suffisamment longue pour assurer une évaluation la plus représentative qui soit est expressément institutionnalisé à l'art. 15, al. 3 bis de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 ; non directement applicable en l'espèce, cette ordonnance peut constituer un guide dans l'application de l'instruction K. 140.3.
- 7.2. Pour 2013, les 187 jours d'absence de la recourante ont néanmoins permis une évaluation, avec un échelon de notation C, et un commentaire la remerciant de son investissement. Il s'ensuit que l'employeur disposait nécessairement de tous les éléments pour procéder à une évaluation objective de ses prestations ; il ne pouvait donc lui opposer la règle des 6 mois sans enfreindre le principe de proportionnalité.
- 7.3. Pour 2010, la requérante a manqué plus de 300 jours de travail, avec cette conséquence que la période d'activité apparaît insuffisante pour permettre une évaluation fiable, même en qualifiant la prise en compte de cette absence de discrimination indirecte liée à la qualité de femme enceinte.
- 7.4. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée aux CFF pour nouvelle décision sur l'augmentation pour 2014, fondée sur l'évaluation de 2013.
8. La recourante se voit allouer une indemnité de dépens réduite pour l'instance fédérale et les frais judiciaires sont partagés entre les parties.

III. Analyse

L'arrêt résumé ci-dessus pose diverses questions qui, si elles n'ont pas été tranchées de manière claire par la jurisprudence fédérale, méritent cependant que l'on s'y arrête quelque peu.

1. La première est celle de l'interprétation de l'instruction K. 143.0 quant à son champ d'application. Le TAF avait examiné en détail¹ si la question de la grossesse et du congé maternité subséquent devait être réglée comme celle de la maladie/de l'accident ou du congé, en se penchant sur la CCT applicable, en exposant le droit international qu'il estimait pertinent et en tranchant finalement pour une interprétation téléologique qui n'est pas dépourvue de toute contradiction². Le TF ne s'est pas donné la peine de revenir sur ce point, n'a ainsi pas mis en perspective l'absence de mention explicite de la grossesse, d'une part, et la réglementation particulière liée à cet état, tant en ce qui concerne les vacances que la protection contre les congés, d'autre part. Il résulte pourtant à l'évidence du système législatif que la grossesse n'est pas assimilable à une maladie ; au surplus, la protection de la maternité, qui relève du droit public et de considérations de politique sociale, empêche la salariée de travailler pendant les 8 semaines suivant l'accouchement, indépendamment de sa volonté³. Enfin, l'impossibilité de mener certaines activités de front avec une grossesse, prévue par les articles 35 al. 2 et 3, 35a al. 4 LTr et 62 à 65 OLT1, laisse le choix à l'employeur de transférer sa collaboratrice dans une activité sans danger pour la mère et l'enfant à naître ou de la mettre en congé. Ainsi, c'est l'employeur qui tient le couteau par le manche et décide souverainement du cercle de personnes qui pourront, l'année suivante, être exclues des augmentations de salaire.
2. L'évaluation du TAF l'a conduit à qualifier la directive de discrimination indirecte en raison de la grossesse. Le TF n'est pas plus entré en matière sur cette appréciation, paraissant au contraire émettre des doutes sur ce point. On peut le regretter, dans la mesure où cela aurait probablement été une occasion de clarifier le pourcentage amenant au qualificatif de discrimination indirecte, tout comment d'apporter des précisions sur la composition du cercle de comparaison.
3. La jurisprudence résumée ci-dessus pose la question de l'acceptation dans l'ordre juridique suisse, en 2017, d'une réglementation retenue en principe discriminatoire à l'encontre des accouchées, ou plus exactement de l'existence d'une justification objective à la position choisie par l'employeur de cumuler le congé maternité et un ou des arrêts de travail totalisant quelque deux mois pendant la même année civile. En effet, une norme consacrant une différence de traitement peut s'avérer admissible en fonction d'éléments concrets particuliers, notamment lorsqu'elle poursuit un but légitime sans rapport avec la répartition des rôles entre les sexes. Le TAF a considéré que la justification avancée par l'employeur, soit la nécessité d'évaluer les employés sur une période de 6 mois au minimum pour déterminer leur évolution salariale, ne saurait être remise en cause, la mesure répondant aux critères de la proportionnalité. Sur ce point, le TF s'est montré plus concret en refusant d'avaliser la règle si l'employeur avait été en mesure de réaliser une évaluation du travail effectué. Le schématisme extrême de la solution adoptée par le TAF est ainsi fort heureusement infirmé.

¹ Arrêt du 19 mai 2006, Cour I, A-6157/2014

² En particulier en relevant qu'aucune disposition ne prévoit expressément le droit au maintien, au retour du congé maternité, de l'emploi ou d'un emploi équivalent, le tribunal ne donne pas à l'interdiction de la discrimination de l'art. 3 LEg la place qu'il convient de lui octroyer.

³ Art. 35a al. 3 LTr.

En effet, on ne saurait suivre le TAF lorsqu'il prétend que l'évaluation sur une période plus courte que 6 mois pourrait avoir pour effet de désavantager la collaboratrice et de conduire à une diminution de son salaire. Pendant la durée de la grossesse, du fait de la protection de la femme enceinte contre les congés, son salaire ne saurait être revu à la baisse. Dans la mesure où le salaire dépend de la prestation individuelle, il appartient à l'employeur de faire la part des choses et de procéder à l'évaluation des collaboratrices en distinguant la période de grossesse et le travail postérieur à l'accouchement. L'employeur est d'ailleurs outillé pour ce faire, puisqu'il évalue ses collaborateurs pendant la période d'essai pour décider ou non de leur adaptation au poste. Contrairement à l'opinion des premiers juges, la protection de la femme accouchée exige de ne pas lui imputer la durée du congé maternité. A défaut, on incite la salariée, pendant sa grossesse, à refuser les arrêts maladie qui paraîtraient opportuns pour elle et son enfant à naître ; après les 8 semaines d'interdiction légale de travailler, elle pourrait être tentée de reprendre son activité sans bénéficier de l'intégralité du congé maternité pour éviter de voir son salaire stagner. Ce risque n'a clairement pas été discuté par les autorités, alors qu'il va à l'encontre du système de la LTr visant à protéger la femme enceinte et à lui permettre de se rétablir complètement avant son retour au travail.

4. Les deux instances fédérales ont évoqué, dans leurs décisions, les règles de droit international en matière d'égalité entre les sexes et d'interdiction de la discrimination. Ainsi, elles rappellent la teneur de l'art. 11 paragraphe 2 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁴ et l'engagement pris par les Etats parties, pour prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité, d'instituer des congés de maternité payés ou ouvrant le droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux. Le TAF relève encore que le droit international s'impose au TF et aux autres autorités appliquant la loi⁵.

Dans son arrêt du 21 novembre 2011 relatif au recours contre le non-renouvellement de la Commission pour l'égalité entre homme et femme dans le canton de Zoug, le TF s'est déjà appuyé sur la CEDEF pour rappeler que la Confédération et les cantons ont la tâche d'éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes tant que le but n'est pas atteint, et ce en vertu du droit international et constitutionnel. Selon la jurisprudence fédérale, la CEDEF concrétise et complète le mandant constitutionnel relatif à l'égalité des sexes⁶ ; il n'est d'ailleurs pas insignifiant que le TF ait examiné les obligations de la Suisse à l'aune des recommandations générales du comité et des observations finales sur le rapport périodique de l'Etat⁷.

La question de l'applicabilité directe de la CEDEF peut dès lors se poser, compte tenu de la formulation du considérant 6.3 de l'arrêt discuté. Une réponse positive à cette

⁴ CEDEF, datant déjà du 18 décembre 1979, mais entrée en vigueur pour la Suisse seulement le 26 avril 1997 compte tenu des adaptations à faire en droit interne.

⁵ ATF 137 V 334 consid. 6.1.2.

⁶ ATF 137 I 305 consid. 3.2 ; pourtant, elle n'a pas permis à l'Université de Lausanne de refuser la reconnaissance à une association d'étudiants qui n'ouvre pas ses rangs aux femmes (arrêt du 21 mars 2014, 2C_421/2013, ATF 140 I 201)

⁷ ATF 137 I 305 consid. 6.

interrogation découle en particulier de la ratification du Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, en vigueur pour la Suisse depuis le 29 décembre 2008⁸. En effet, selon l'art. 2 de ce Protocole, des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un Etat Partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet Etat Partie d'un des droits énoncés dans la Convention. La voie est ainsi tracée pour une application directe de la CEDEF dans l'ordre juridique suisse, comme la doctrine l'a soutenu déjà depuis un certain temps⁹. On notera ici que le Message du Conseil fédéral relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, du 23 août 1995¹⁰, soulignait déjà qu'un certain nombre de dispositions étaient directement applicables et que même celles qui ne l'étaient pas relevaient de l'ordre juridique objectif, et devaient être prises en considération lors de l'interprétation du droit national, en vertu du principe de la primauté du droit international sur le droit interne¹¹. La ratification du protocole facultatif de 1999 a été proposée par le Conseil fédéral, attaché à l'idée que la mise en place d'instruments de contrôle efficaces constitue un moyen indispensable pour promouvoir le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales codifiés par le droit international¹².

5. Quoi qu'il en soit, il est de bon augure que les tribunaux se soient expressément référés à la CEDEF et plus particulièrement à son art. 11 paragraphe 2 lit. b, dont ils laissent penser qu'ils pourraient le considérer comme directement applicable dans les relations de travail. On ne peut, par ailleurs, qu'encourager les plaideurs à invoquer cette convention dans les prétoires, dont elle est encore trop largement absente. Si elle n'a pas permis de contrecarrer l'interprétation de l'instruction K. 140.3, elle devrait mener à juger plus sévèrement, à l'avenir, notamment dans le domaine des entreprises purement privées, les mesures prises par les employeurs constitutives de discrimination indirecte qui ne respectent pas le maintien des avantages qu'auraient eu les salariées sans la grossesse et le congé maternité subséquent. L'enjeu est de taille : il s'agit de respecter, sinon de rétablir l'égalité salariale et, partant, d'éliminer à tout le moins cette discrimination liée au fait d'être femme. C'est d'ailleurs le sens dans lequel voulait aller le Conseil fédéral en proposant la ratification du Protocole facultatif de 1999, pour mieux protéger les droits humains qui, en Suisse, doivent beaucoup au droit international.

⁸ RS 0.108.1.

⁹ Voir notamment ELISABETH FREIVOGEL, N. 160 ad art. 3, in CLAUDIA KAUFMANN/SABINE STEIGER-SACKMANN (éd), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2009

¹⁰ FF 1995 IV p. 869 ss.

¹¹ FF 1995 IV p. 893-4.

¹² FF 2006 p. 9253 ss.