

Tribunal administratif fédéral
A-6157/2014, Cour I
Arrêt du 19 mai 2016 (f)

Newsletter novembre
2016

Résumé

Egalité entre hommes et
femmes ; congé
maternité et
augmentation salariale

Proposition de citation :

Dr Jérôme Candrian, juge au Tribunal
administratif fédéral ; présentation de l'arrêt
du Tribunal administratif fédéral A-
6157/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch
octobre 2016

Art. 8 CEDH ; art. 11
par. 2 de la Convention
sur l'élimination de
toutes les formes de
discrimination à l'égard
des femmes ; art. 8 al. 2
et 3 Cst. ; art. 3 LEg ;
art. 4 al. 2 let. d LPers



TAF A-6157/2014 du 19 mai 2016

Droit de la fonction publique ; égalité de traitement entre hommes et femmes ; droit à une augmentation salariale en cas de congé maternité ; art. 8 CEDH ; art. 11 par. 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; art. 8 al. 2 et 3 Cst. ; art. 3 LEg ; art. 29 LPers ; art. 4 al. 2 let. d LPers

L'assimilation des absences pour cause de congé de maternité aux absences maladie/accident dans le seuil des six mois d'absence par année, au-delà duquel toute augmentation salariale est exclue, crée certes une discrimination indirecte envers les salariées, mais constitue une mesure apte et indispensable pour permettre à l'employeur d'évaluer l'ensemble de ses employés objectivement, en toute connaissance de cause et en respectant l'égalité de traitement professionnel entre eux.

Présentation de l'arrêt TAF A-6157/2014

Dr Jérôme Candrian, juge au Tribunal administratif fédéral

Droit de la fonction publique ; égalité entre hommes et femmes ; prise en compte du congé maternité dans le calcul du seuil des six mois d'absence par année au-delà duquel toute augmentation salariale est exclue

I. Le litige

Résumé des faits : La requérante est employée à 100% comme agente commerciale des trains nationaux par les Chemins de fer fédéraux CFF. Elle a été absente en 2010 durant 306 jours, en raison d'une maladie (61 jours), d'un congé de maternité (101 jours) et d'une interdiction de travailler avant l'accouchement en raison de son travail pénible conformément aux directives des CFF (144 jours). En 2013, elle a été absente durant 187 jours en raison d'un congé de maternité (122 jours) et d'une maladie (65 jours). A la fin des deux années précitées elle a été évaluée par son employeur, sans toutefois bénéficier d'une augmentation salariale. La requérante s'est alors adressée à son employeur, en sollicitant une augmentation salariale pour les années 2011 et 2014 sur la base du travail effectué en 2010 et 2013. Son employeur, se fondant sur la lettre j de l'annexe A de l'instruction K. 140.3 des CFF, a rejeté sa requête,

en estimant que l'évaluation de l'intéressée – ayant été absente plus de six mois – ne pouvait engendrer une augmentation salariale, à l'instar des autres absences expressément listées.

La procédure de recours : L'employée a entrepris cette décision devant le Tribunal administratif fédéral en concluant, principalement, à la reconnaissance du droit aux augmentations de salaire, conformément au système applicable au sein des CFF, au vu des évaluations de son travail en 2010 et 2013. Elle a fait valoir pour l'essentiel que le refus d'admettre les augmentations salariales, en raison de ses congés de maternité, était discriminatoire par rapport à l'avancement d'une autre collaboratrice ou d'un collaborateur dans la même situation qu'elle en termes d'ancienneté et de résultat de l'évaluation personnelle.

Les CFF, autorité inférieure, ont conclu au rejet du recours en soulignant que l'augmentation du salaire n'était accordée que lorsque l'employé, malgré une absence prolongée, avait été présent suffisamment de temps durant la période d'évaluation pour que ses prestations, son comportement et ses capacités puissent faire l'objet d'une évaluation. Ainsi, dite autorité a considéré que l'absence pour congé de maternité devait être incluse par analogie dans la liste des absences qui, énumérées à la lettre j de l'annexe A de l'instruction K. 140.3, sont susceptibles d'empêcher toute évolution salariale si l'absence a duré plus de six mois, en particulier la maladie et l'accident.

II. Le dispositif de l'arrêt

Statuant à 5 juges en délibération publique le 19 mai 2016, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours, en considérant à la majorité du collège que la solution adoptée par les CFF était justifiée et ne constituait pas une discrimination à raison du sexe. Il a été jugé que le fait de tenir compte du congé de maternité, à l'instar des absences maladie/accident, dans le calcul du seuil d'absence excluant toute augmentation salariale n'allait pas à l'encontre de la garantie du maintien de la rémunération consacrée par le droit international et le droit constitutionnel et n'était pas constitutive d'une discrimination au sens de l'art. 3 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), dans la mesure où le fait d'assimiler le congé de maternité aux autres absences permet à l'employeur de disposer d'une période minimale de six mois en vue de pouvoir évaluer chaque employé en équiparité, dès lors que le congé de maternité n'équivaut – à lui seul – qu'à quatre mois d'absence.

Pour leur part, les juges minoritaires ont soutenu que la discrimination n'était pas objectivement justifiée car le fait d'introduire le congé de maternité dans le seuil des six mois d'absence, au-delà duquel toute augmentation salariale paraît exclue, n'était ni apte ni indispensable à l'employeur afin de lui permettre de disposer d'une période minimale de six mois en vue de pouvoir évaluer l'employé, dès lors que le congé de maternité n'équivaut – à lui seul – qu'à quatre mois d'absence.

III. La motivation de l'arrêt (extraits des considérants)

A. La disposition à interpréter (consid. 3.2)

Les parties n'attribuent pas le même sens à la lettre j de l'annexe A de l'instruction K. 140.3 du 1^{er} janvier 2014 des CFF, qui dispose que les absences de plus de six mois durant l'année civile précédente « *pour cause de congé (payé ou non), de service obligatoire suisse et/ou de maladie/accident* » ne permettent pas d'augmentation de salaire. Selon la recourante, le fait que le congé de maternité ne figure pas dans la liste des absences précitées, signifie qu'une

telle absence doit suivre un régime particulier et, partant, donner droit à une augmentation salariale au vu de la qualification à donner à son travail, faute d'y voir le siège d'une discrimination à raison du sexe. En revanche, l'autorité inférieure souligne que, bien que non mentionné, le congé de maternité doit être traité de la même manière que les autres absences listées, sous peine de créer une inégalité de traitement envers d'autres collaborateurs, malades ou accidentés, par exemple.

B. Le cadre normatif (consid. 4)

L'objectif poursuivi par les CFF en adoptant la lettre j de l'annexe A de l'instruction K. 140.3 doit être apprécié à la lumière de la réglementation en matière d'égalité des sexes.

L'art. 11 par. 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 26 avril 1997 (RS 0.108), prévoit qu'afin de 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 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 (let. b).

A titre comparatif, en droit communautaire, la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** prévoit, en son art. 23 § 1, que l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. A teneur de l'**art. 15 de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail**, une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence.

Au principe d'égalité de traitement consacré par l'art. 8 al. 1 Cst., **l'art. 8 al. 2 Cst.** ajoute une interdiction des discriminations. Le principe de non-discrimination n'interdit toutefois pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst., mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible. Les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent dès lors faire l'objet d'une justification particulière, comme il résulte aussi de **l'art. 8 al. 3 Cst.**

La disposition constitutionnelle précitée a été concrétisée, quant à la discrimination à raison du sexe, par **l'art. 3 LEg**. L'art. 3 al. 1 LEg énonce une interdiction absolument impérative, qui vise toute discrimination, aussi bien directe qu'indirecte, ce qui signifie que toute dérogation (prévue dans une convention collective, un contrat-type de travail, un contrat individuel de travail) est, de plein droit, sanctionnée de nullité. L'alinéa 2 prévoit que l'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnel, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail.

L'art. 3 LEg n'est pas plus concret que l'art. 8 Cst. et ne contient, sur le plan matériel, rien de plus que la disposition constitutionnelle. Cela étant, il découle de la jurisprudence et de la doctrine que les deux dispositions interdisent toute discrimination directe et indirecte entre hommes et femmes dans les relations de travail.

D'une part, une *discrimination est directe* lorsqu'elle crée une différence de traitement qui se fonde explicitement sur le critère du sexe et qui n'est pas justifiée objectivement. Une différence de traitement basée sur le sexe ou sur un critère comme la grossesse ne peut s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et induit ainsi une présomption d'illicéité que seule la preuve d'une justification objective permet de renverser. **La maternité dans son ensemble** (grossesse, convalescence *post partum*, période d'allaitement, notamment) représente un **critère de distinction prohibé pouvant engendrer une discrimination directe à défaut de justification objective**.

D'autre part, est constitutive d'une *discrimination indirecte* à raison du sexe une différence de traitement qui se fonde sur un critère, neutre en apparence, mais qui a ou peut avoir pour résultat de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifiée objectivement. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au principe constitutionnel d'égalité entre hommes et femmes (art. 8 al. 3 Cst.), une différence de traitement fondée sur le sexe est admissible lorsque des différences biologiques ou fonctionnelles excluent absolument une égalité de traitement. Alors que la capacité des femmes à enfanter est conçue comme une différence biologique justifiant une protection spéciale des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes, le critère de la force physique ne permet en revanche plus de fonder une différence entre femmes et hommes.

Pour qu'une différence de traitement soit justifiée, il ne suffit pas que l'employeur invoque n'importe quel motif. Il doit au contraire démontrer qu'il poursuit un but objectif qui répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité. L'employeur qui traite une salariée différemment de ses collègues masculins en raison du fait qu'elle est en situation de maternité, ne saurait, toutefois, systématiquement se voir reprocher un comportement prohibé. **Le critère du sexe n'est en effet que potentiellement discriminatoire, ce qui signifie qu'une différence de traitement fondée sur le sexe est admissible, en présence d'une justification objective**. Tel est le cas par exemple lorsque la distinction est exigée par l'exécution du travail. La discrimination est également objectivement justifiée lorsqu'elle poursuit un but légitime, sans rapport avec la répartition des rôles entre les sexes, par exemple un objectif de politique sociale. Dans ce domaine, il convient cependant de faire preuve de vigilance car une motivation apparemment objective peut fort bien cacher un stéréotype sexuel. Le juge devra donc procéder à une pesée des intérêts en présence sous l'angle du principe de la proportionnalité. **Il ne suffit pas que le but poursuivi soit objectivement justifié, encore faut-il que le critère utilisé soit nécessaire et propre à atteindre ce but et que l'on puisse raisonnablement exiger de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire ou qu'il prenne des mesures afin de réduire l'effet discriminatoire**.

Enfin, l'art. 3 LEg interdit également à l'employeur de réduire la rémunération d'une salariée en raison du fait qu'elle est enceinte ou qu'elle a accouché. **La notion de rémunération ne se limite pas au salaire au sens étroit ; elle englobe toute rémunération fournie en contrepartie du travail effectué, notamment les composantes sociales du salaire** (allocations familiales et prestations versées durant le congé de maternité) et les gratifications et bonus. Adopte ainsi un comportement prohibé, l'employeur qui accorde des augmentations de salaire ou des gratifications sur la base des jours d'absence ou de présence de son personnel, en prenant aussi en considération les absences liées à la grossesse et au congé de maternité. Il est par exemple usuel qu'un employeur procède, lors de l'évaluation annuelle de ses employés, à une

augmentation de salaire en fonction de leurs prestations quantitatives et/ou qualitatives effectuées durant l'année écoulée. **Afin d'éviter toute discrimination, l'employeur aura intérêt à procéder à une pondération des prestations quantitatives d'une travailleuse qui a dû interrompre son activité en raison de sa grossesse.**

S'agissant plus précisément du droit du personnel, l'art. 4 al. 2 let. d LPers prévoit que l'employeur emploie son personnel de façon adéquate, économique et responsable sur le plan social ; il met en œuvre les mesures propres à assurer l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre femmes et hommes. **Les CFF sont en outre signataires d'une convention collective de travail 2015 (CCT CFF 2015), dont l'art. 27 § 1 dispose qu'ils s'engagent à réaliser l'égalité, activement et dans les faits, en particulier lors de l'engagement, de la classification des postes, de l'aménagement des conditions de travail, de la rémunération ainsi que dans le développement du personnel et la promotion.** L'art. 8 de l'annexe 6 de la CCT CFF 2015 prévoit en outre que la collaboratrice a droit à un congé de maternité payé de quatre mois.

C. La reconnaissance de la discrimination indirecte (consid. 5. 1 à 5.5.4)

L'interprétation littérale de la lettre j de l'instruction K. 140.3 ne permet pas à elle seule de dégager le sens clair de la norme. Le congé de maternité ne peut en effet être assimilé à un congé payé, dès lors qu'il résulte d'une interdiction de travailler découlant de la loi. Cela étant, ce constat ne suffit pas à évincer l'hypothèse selon laquelle un tel congé doit être soumis au même régime que les autres absences et être pris en compte dans le calcul du seuil des six mois d'absence au-delà duquel toute augmentation salariale est exclue. En effet, rien ne permet d'écarter l'existence d'une lacune, proprement dite ou improprement dite, dans la réglementation en question. Ainsi, seule une interprétation plus précise de la disposition paraît susceptible de permettre d'en définir le sens.

Il convient ensuite de relever que les circonstances dans lesquelles l'annexe A à l'instruction K. 140.3 a été élaborée et arrêtée par les CFF peuvent être aisément déduites de la disposition sur laquelle elle se fonde, à savoir l'art. 29 LPers. Toutefois, cette norme ne se prononce pas sur la question interprétative posée. En effet, elle se limite à déléguer la compétence de prévoir les normes d'exécution relatives aux prestations dues à l'employé en cas d'empêchement de travailler. En outre, ni le message du Conseil fédéral relatif à la LPers ni les travaux parlementaires n'apportent de solution convaincante à la question soulevée.

Il est vrai qu'il existe en droit interne l'art. 15 al. 3*bis* de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers), qui prévoit que le salaire des employés ayant eu des absences de longue durée pendant la période d'évaluation n'évolue que s'ils ont néanmoins été présents assez longtemps pour que leurs prestations, leur comportement et leurs capacités puissent être évalués. Mais cette disposition n'apporte pas de solution convaincante, puisqu'elle est formulée de manière encore plus générale que la norme litigieuse, et ne prévoit pas l'origine des absences susceptibles d'exclure toute augmentation salariale. En outre, il convient de rappeler que l'OPers ne régit pas les rapports de travail des employés des CFF et ne saurait donc trouver application en l'espèce.

Les normes doivent être interprétées dans leur contenu les unes par rapport aux autres (interprétation systématique). A cet égard, il résulte certes de la systématique de la CCT CFF 2015 – convention sur laquelle se fonde l'instruction interne litigieuse – que les dispositions relatives à la protection de la santé en cas de grossesse et de maternité font l'objet d'un chapitre particulier et sont séparées des autres dispositions (art. 145 à 149 CCT CFF 2015). Il en va d'ailleurs de même des normes consacrées au congé de maternité qui, elles aussi, sont

distinguées des autres motifs de congé payés ou non (art. 8 de l'annexe 6 CCT CFF 2015). Il serait ainsi possible de déduire de cette structure juridique que le législateur a souhaité instituer des règles spéciales régissant le congé de maternité et la protection de la santé en cas de grossesse. Il serait toutefois trop hâtif de déduire de cette seule constatation, le fait qu'un congé de maternité soit soustrait du régime applicable aux autres congés, de sorte qu'il n'entrerait pas en ligne de compte dans le calcul de la durée des absences empêchant l'évaluation personnelle d'influer sur le salaire.

L'interprétation téléologique de la disposition litigieuse permet toutefois d'apporter une réponse convaincante à la question posée.

Le Tribunal déduit en effet du cadre juridique qui précède qu'il existe **une volonté accrue de protéger la femme enceinte et de lui assurer à son retour de congé de maternité son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence**. Cette injonction législative permet d'éviter tout désavantage lié au congé de maternité, et s'inscrit ainsi dans l'optique de prohiber toute discrimination salariale et d'assurer l'égalité des rémunérations entre salariés et salariées pour un même travail ou un travail de valeur égale.

En outre, et contrairement à ce que tend à prétendre l'autorité inférieure, **le régime de protection particulier dont bénéficie la femme enceinte se différencie à plusieurs titres de celui applicable aux absences pour raison de maladie**, et ce – il faut le rappeler – principalement en raison des caractéristiques liées au motif en question.

L'état de grossesse ne peut donc être assimilé à un état pathologique, a fortiori à une indisponibilité d'origine non médicale. A cet égard, d'ailleurs, une maladie trouvant son origine dans une grossesse ou un accouchement ne doit pas être distinguée de toute autre maladie, de sorte qu'un tel état pathologique relèverait du régime applicable au cas de maladie. En effet, il n'y aurait là aucune discrimination puisque tant les travailleurs féminins que masculins sont exposés à la maladie, ce qui n'est évidemment pas le cas de la grossesse. Les considérations qui précèdent peuvent être appliquées par analogie à l'évolution salariale. **Ainsi, une augmentation salariale pourrait être refusée à un salarié ou une salariée absente pour une durée de plus de six mois en raison de maladie, étant souligné que le motif d'absence n'est pas lié au sexe**. Une telle pratique ne s'avérerait donc pas discriminatoire.

Le Tribunal observe que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé, dans une affaire en renvoi d'interprétation de dispositions de la législation allemande, que l'exclusion des périodes travaillées aux fins de l'octroi d'une prime visant à rémunérer le travail accompli, discriminerait le travailleur féminin en sa seule qualité de mère, puisque – si elle n'avait pas été enceinte – lesdites périodes auraient dû être comptées comme périodes travaillées. En d'autres termes, **l'employée a droit à toutes les augmentations de salaire se rapportant à sa période d'absence justifiée par la protection de la maternité** (arrêt de la CJUE C-333/97 du 21 octobre 1999 consid. 15). Ainsi, poursuit la CJUE, **les périodes de protection de la mère (interdiction de travail) doivent être assimilées aux périodes travaillées, dans la mesure où la prime doit être qualifiée de rémunération rétroactive du travail accompli au cours de l'année d'octroi de la prime** (cf. arrêt de la CJUE C-333/97 du 21 octobre 1999 consid. 38 à 43). Par conséquent, dès lors que la prestation versée pendant le congé de maternité est calculée sur la base du salaire moyen perçu par le travailleur féminin à un moment donné lorsqu'il occupait effectivement son poste de travail, le principe de non-discrimination exige

que le travailleur féminin – qui continue à être lié à son employeur par le contrat ou la relation de travail durant le congé de maternité – puisse bénéficier, même de manière rétroactive, d'une augmentation de salaire intervenue entre le début de la période couverte par le salaire de référence et la fin du congé de maternité, comme tout autre travailleur (cf. à ce sujet l'arrêt de la CJUE C-147/02 du 30 mars 2004 consid. 47).

Le Tribunal ne méconnaît pas qu'**en droit suisse aucune disposition ne prévoit expressément le droit au maintien au retour du congé de maternité de l'emploi ou d'un emploi équivalent à des conditions qui ne soient pas moins favorables, ni le droit de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle l'employée aurait eu droit durant son absence**. Cela étant, il sied de considérer que la Suisse est partie à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et n'a émis aucune réserve quant à cette question, de sorte qu'elle est pleinement applicable. En outre, il y a lieu de rappeler que la Suisse reconnaît au droit international une validité immédiate sur le plan interne. Il est donc déterminant quant à l'interprétation des dispositions législatives qui le mettent en œuvre.

Or, il ressort clairement de la doctrine en la matière que l'employeur qui accorde des augmentations de salaire ou des gratifications sur la base des jours d'absence ou de présence de son personnel, en prenant aussi en considération les absences liées à la grossesse et au congé de maternité adopte un comportement prohibé. **Afin d'éviter toute discrimination, l'employeur doit donc procéder à une pondération des prestations quantitatives d'une travailleuse qui a dû interrompre son activité en raison de sa grossesse, ce qui permet clairement de conclure que les absences pour congé de maternité ne peuvent être imputées à l'employée et, le cas échéant, entraîner un refus d'augmentation salariale en cas d'absence prolongée de la travailleuse.**

En résumé, il convient d'admettre que **l'interprétation de la lettre j de l'instruction K.140.3 faite par l'autorité inférieure constitue, au vu de l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine précitée, une discrimination indirecte liée à la qualité de femme enceinte de la salariée.**

D. Le caractère objectivement justifié de la discrimination indirecte (consid. 5.6)

Il convient de procéder à une pesée des intérêts en présence sous l'angle du principe de la proportionnalité. A cet effet, il ne suffit pas que le but poursuivi soit objectivement justifié et clairement délimité, encore faut-il que le critère utilisé soit nécessaire et propre à atteindre ce but sans l'outrepasser et que l'on puisse raisonnablement exiger de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire ou qu'il prenne des mesures afin de réduire l'effet discriminatoire.

La discrimination ici en cause, consistant à introduire le congé de maternité dans le seuil des absences de six mois au-delà duquel toute augmentation salariale est exclue est objectivement justifiée. En effet, il paraît clair que le but général de la norme – comme l'interprétation de l'art. 29 LPers par l'art. 15 al. 3bis OPers permet de le confirmer – est de permettre à l'autorité inférieure, en tant qu'employeur, d'évaluer ses employés sur une période de six mois au minimum en vue de déterminer quelle est l'influence, positive ou négative, de cette évaluation, favorable ou défavorable, sur l'évolution du salaire. Il s'agit là d'un **but propre à assurer l'égalité entre l'ensemble des salariés**, en évitant que les salariés absents plus de six mois ne soient avantagés ou désavantagés par rapport à leurs autres collègues présents, évalués quant à eux sur des périodes plus longues. Le **but poursuivi**

répond par ailleurs à un besoin de l'entreprise en question – en l'occurrence les CFF – consistant à connaître la qualité des prestations fournies par ses employés, leur progression dans l'exécution de leur travail, ainsi qu'à déterminer les éventuelles mesures et conséquences découlant du résultat desdites évaluations.

Le Tribunal considère ensuite que **le critère discriminatoire choisi, soit en l'occurrence l'inclusion des absences pour cause de congé de maternité dans le seuil des six mois, est apte et indispensable afin de permettre à l'employeur d'évaluer son employé objectivement, en toute connaissance de cause et en respectant l'égalité entre les travailleurs.** Certes, un congé de maternité n'équivaut en principe qu'à quatre mois d'absence, de sorte que l'employeur dispose encore de huit mois pendant lesquels il peut évaluer le travail de son employée. Cela étant, dans l'hypothèse où ce congé se cumule à d'autres congés, tels que des congés non payés ou des congés de maladie, et que l'absence s'étend au-delà des six mois – comme c'est le cas en l'occurrence –, il devient difficile, voire impossible, d'évaluer l'employée. Une telle situation pourrait contraindre l'employeur, ne disposant de peu ou d'aucune base d'évaluation, à évaluer de manière subjective l'employée en se fondant sur des critères non pertinents. En outre, cela pourrait conduire l'employeur à évaluer son employée de manière négative et, le cas échéant, à procéder à une diminution de son salaire. L'employée, qui dans un premier temps se verrait protégée par toute une série de dispositions en raison de sa grossesse, se verrait toutefois, par la suite, clairement désavantagée par rapport à d'autres collègues ayant pu être évalués sur une période plus longue. Une telle situation s'avérerait contradictoire puisque, comme observé précédemment, il existe une volonté accrue de protéger la femme enceinte contre d'éventuelles discriminations.

Enfin, l'on ne peut attendre de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire afin d'atteindre le but visé, soit l'évaluation objective et sur la base d'un laps de temps suffisant de ses employés. En effet, la question qui se pose dans le cadre du présent litige est de savoir s'il faut intégrer les absences pour cause de maternité dans le seuil déterminant des six mois d'absence au-delà duquel toute augmentation salariale est exclue. Les réponses à cette question paraissent simples. Soit l'employeur tient compte de cette absence, soit il n'en tient pas compte. Or, en l'occurrence, le but poursuivi par l'employeur justifie clairement qu'il prenne lesdites absences en considération. L'on ne voit dès lors pas quelle autre mesure moins incisive ledit employeur pourrait entreprendre afin d'atteindre le but en question.

IV. La position des juges minoritaires exprimés en audience publique

Les deux juges minoritaires ont divergé de la majorité à partir du consid. 5.6 ci-dessus. Ils ont considéré à ce titre que la discrimination indirecte constatée n'était pas objectivement justifiée.

Le caractère injustifié de la discrimination constatée

A leur avis exprimé en audience, il convient de retenir que la femme enceinte subit un traitement moins favorable que si elle avait pu être présente et évaluée pour le travail qu'elle aurait fourni pendant son congé de maternité, dans la mesure où ses bonnes qualifications pendant sa période de présence réduite ne lui sont d'aucune utilité et ne peuvent pas être confirmées sur une plus longue période. Cette différence de traitement – qui découle de sa maternité – ne porte pas en soi atteinte à un droit à une augmentation de salaire, celui-ci dépendant du prédicat de l'évaluation, mais bien une atteinte à la potentialité que ce droit puisse se réaliser, ce que l'on pourrait assimiler à la perte d'une chance dont la réalisation

dépendrait du travailleur lui-même, soit de la qualité du travail qui aurait pu être fourni toute l'année, à l'instar de celui qui a été fourni pendant les mois de présence. Dès lors, si une salariée a droit, en application du droit international et du droit constitutionnel, au maintien de la totalité de sa rémunération, et si elle a également droit à toutes les augmentations de salaire se rapportant à sa période d'absence justifiée par la protection de la maternité, elle doit être considérée avoir droit à une augmentation de salaire *si l'évaluation de son travail pendant sa présence effective a été possible et s'est avérée positive*. Cela lui permet de ne pas être désavantagée par rapport à un collègue qui a pu travailler pendant toute l'année, et de l'avantager par rapport à un collègue malade, selon la durée des absences, vu la protection légale spéciale dont bénéficie la maternité.

Ainsi « la clause du travailleur tiers le plus favorisé » trouve-t-elle pleinement application en l'espèce, dans la mesure où un travailleur présent toute l'année peut tirer profit d'une bonne évaluation pendant six mois (à condition qu'elle soit confirmée durant les six derniers mois), alors qu'une femme enceinte pourrait être privée de cette possibilité. Il ne s'agit pas non plus de faire bénéficier la femme enceinte d'un régime de faveur à rebours. Certes, un travailleur présent toute l'année sera évalué sur une année complète, et non sur six mois, mais son employeur n'a pas été interdit par la loi de l'employer au titre de sa qualité de femme enceinte. Certes encore, le travailleur absent pendant plus de six mois pour une maladie/accident ne peut demander à bénéficier de son évaluation sur sa période de présence, mais son absence n'a pas été imposée par la loi à son employeur en raison d'une qualité propre à la femme, à savoir la maternité. Il est vrai que ce constat pose la question de la situation du travailleur masculin qui serait absent plus de six mois pour raison de service obligatoire, mais cela sort du cadre de l'objet du présent litige. Certes enfin, le risque demeurerait alors qu'une évaluation négative sur une période de travail de moins de six mois puisse influencer négativement le salaire de la femme enceinte. Afin de l'éviter, il conviendrait de considérer que l'évaluation de la femme enceinte peut être prise en compte sur une période de moins de six mois, en cas de cumul d'autres absences, mais qu'il s'agit là d'un droit de la femme enceinte, qui concrètement ne sera exercé qu'en cas d'évaluation positive. En outre, il ne ressort pas de la réglementation au sein des CFF qu'une évaluation négative puisse réellement engendrer une diminution salariale, de sorte que la situation la moins favorable à laquelle pourrait se voir confrontée l'employée consisterait en un maintien de la rémunération actuelle.

En résumé, la lettre j de l'instruction K.140.3 ne contient – en elle-même – certes pas de discrimination. Cela étant, l'interprétation qu'en fait l'autorité inférieure constituée, au vu de l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine précitée en déclinaison du cadre normatif qui s'impose à la Suisse, une discrimination indirecte liée à la qualité de femme enceinte. Cette discrimination n'est en outre pas objectivement justifiée, car le fait d'introduire le congé de maternité dans le seuil des six mois d'absence au-delà duquel toute augmentation salariale paraît exclue n'est ni apte ni indispensable à permettre à l'employeur de disposer d'une période minimale de six mois en vue de pouvoir évaluer l'employé et de déterminer quelle est l'influence de ladite évaluation sur l'évolution de son salaire. En effet, force est d'admettre qu'un congé de maternité n'équivaut – à lui seul – qu'à quatre mois d'absence. Dès lors, l'employeur dispose encore de huit mois afin d'évaluer son employée, durée qui est amplement suffisante afin de juger le travail effectué. A l'inverse, les absences pour maladie, accident, congé (payé ou non) peuvent perdurer au-delà du seuil déterminant des six mois. Introduire de tels motifs d'absence dans la réglementation suscitée paraît donc objectivement

justifié, ce qui n'est en revanche pas le cas des absences liées au congé de maternité. De plus, et si – comme dans le cas d'espèce – l'absence pour congé de maternité est couplée à d'autres absences, pour cause de maladie par exemple, l'employeur demeure tenu de faire abstraction des périodes d'absence liées au congé maternité et, partant, d'évaluer la salariée sur la base du travail effectif qu'elle a pu fournir sur l'année considérée.

Selon les juges minoritaires, il résultait ainsi de l'interprétation de la lettre j de l'instruction K.140.3 que le fait de tenir compte du congé maternité dans le calcul du seuil d'absence excluant toute augmentation salariale allait à l'encontre de la garantie du maintien de la rémunération consacrée par le droit international et constitutionnel, et constitue par suite une discrimination indirecte à l'égard des femmes enceintes.