

Tribunal fédéral – 8C_90/2016

destiné à la publication
1^{ère} Cour de droit social
Arrêt du 11 août 2016 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Stéphanie Perrenoud, Droit au salaire en cas d'incapacité de travail de la mère pendant la période de report de l'allocation de maternité ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_90/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2016

Newsletter octobre 2016

Protection de la maternité ; salaire en cas d'incapacité de travailler ; égalité de traitement

**Art. 8, 49 Cst. ; art. 16c
LAPG ; art. 35a LTr ;
BesVO/TG**



Droit au salaire en cas d'incapacité de travail de la mère pendant la période de report de l'allocation de maternité ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_90/2016

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

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral examine, sous l'angle de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.¹), la validité d'une réglementation cantonale qui distingue, en matière de droit au salaire, entre les incapacités de travail consécutives à un accouchement et celles découlant d'une maladie ou d'un accident. Les juges parviennent à la conclusion qu'aucune raison ne permet de justifier objectivement qu'un droit au salaire soit nié, au motif que la cause de l'incapacité réside dans un accouchement. Le principe de l'égalité de traitement exige ainsi que la mère, qui se retrouve en incapacité de travail pendant la période de report de son droit aux allocations de maternité, se voie reconnaître un droit au salaire.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 1^{er} septembre 2014, A., qui est née en 1973 et travaille au sein du Service de l'économie et du travail du canton de Thurgovie depuis 2001, a donné naissance à une petite fille. Un certificat médical atteste que A. a été en incapacité de travailler pendant plusieurs semaines durant la période qui a précédé et suivi son accouchement. Etant donné que, pour des raisons médicales, son enfant a dû demeurer à l'hôpital jusqu'au 31 octobre 2014, A. a demandé le report de son droit aux allocations de maternité jusqu'au jour de la sortie de

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

l'enfant de l'hôpital (intervenue, *in casu*, le 1^{er} novembre 2014), comme le permet l'art. 16c al. 2 LAPG².

Durant la période de report de l'allocation de maternité, A. n'a perçu ni salaire, ni indemnités journalières d'une assurance perte de gain collective, et ce, bien qu'elle fût elle-même en incapacité de travail au cours des semaines ayant suivi son accouchement. Une directive émanant du Service de l'économie et du travail du canton de Thurgovie du 10 septembre 2014 prévoit, en effet, qu'il n'existe aucun droit au salaire en cas de report du droit aux allocations de maternité, seul un congé non payé pouvant être accordé pendant cette période.

Par décision du 20 février 2015, la commission de recours du personnel du canton de Thurgovie a confirmé la validité de ladite directive, niant à A. tout droit à une rémunération durant la période de report.

Le 25 novembre 2015, le Tribunal administratif thurgovien a confirmé la décision de la commission de recours, rejetant ainsi le recours formé par A.

Par le biais d'un recours de droit public, A. a porté la cause devant le Tribunal fédéral, afin qu'il annule le jugement de l'instance cantonale et conclue à l'existence d'un droit au salaire pendant la période d'ajournement de l'allocation de maternité durant laquelle elle était en incapacité de travail.

B. Le droit

La question que le Tribunal fédéral a été appelé à trancher est celle de savoir si un droit au salaire doit être reconnu à A. pour la durée de son incapacité de travail qui coïncide avec la période d'ajournement des allocations de maternité (soit, *in casu*, pour la période allant du 1^{er} septembre au 31 octobre 2014, et qui correspond à 8 semaines et 5 jours).

Après avoir rappelé les principes de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. Cst.) et de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) et exposé les dispositions légales pertinentes (art. 16c LAPG et 35a al. 3 LTr³),⁴ le Tribunal a présenté le droit cantonal applicable en la matière⁵.

Conformément à l'art. 20 al. 1 du Règlement du Grand Conseil du canton de Thurgovie du 18 novembre 1998 relatif aux appointements du personnel de l'Etat (Besoldungsverordnung, BesVO)⁶, en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident, les travailleurs ont droit au versement de leur plein salaire pendant 12 mois ; durant les 12 mois suivants, leur salaire leur est versé à hauteur de 80 %. L'art. 22 BesVO précise que les employées qui remplissent les conditions pour bénéficier des allocations de maternité fédérales selon les art. 16b ss LAPG, perçoivent leur plein salaire pendant un congé de maternité de

² Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG) du 25 septembre 1952, RS 834.1.

³ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr), RS 822.11.

⁴ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 4.1-4.4.

⁵ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 4.5.

⁶ Verordnung des Grossen Rates des Kantons Thurgau vom 18. November 1998 über die Besoldung des Staatspersonals (Besoldungsverordnung, BesVO), RB 177.22.

16 semaines (art. 22 al. 1 BesVO) ; ce congé débute, en règle générale, 2 semaines avant la date pronostiquée de l'accouchement (art. 22 al. 2 BesVO) et le Conseil d'Etat est compétent pour régler le début du droit au congé de maternité dans les cas spéciaux (art. 22 al. 3 BesVO). Sur la base de cette délégation de compétence, le Conseil d'Etat a adopté l'art. 39a al. 3 RRVBesVO⁷, qui prévoit que lorsqu'une travailleuse demande le report du droit aux allocations de maternité, la période durant laquelle le nouveau-né est hospitalisé permet de prétendre à un congé non payé⁸.

Le Tribunal fédéral a jugé que le fait de distinguer, en matière de droit au salaire, les incapacités de travail médicalement attestées consécutives à l'accouchement (pour lesquelles, seul l'octroi d'un congé non rémunéré est prévu), des incapacités de travail pour cause de maladie ou d'accident (qui permettent de prétendre au versement du plein salaire pendant les 12 premiers mois d'incapacité), défavorise les employées soumises au droit de la fonction publique cantonal qui ont accouché par rapport aux autres travailleuses et travailleurs du canton⁹. Considérant qu'aucune raison ne permet de justifier objectivement qu'un droit au versement du salaire soit nié, en raison du fait que la cause de l'incapacité de travail réside dans un accouchement (et non dans une maladie ou un accident), le Tribunal fédéral a jugé cette règle contraire à l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) et estimé qu'un droit au versement de son plein salaire devait être reconnu à A. pour la durée de son incapacité de travail qui, en l'espèce, se confond avec la période de report du droit aux allocations de maternité¹⁰. Les juges ont ajouté que cette solution est en accord avec les intentions du législateur qui, lorsqu'il a introduit l'allocation de maternité, souhaitait que les mères bénéficient d'une période de repos après leur accouchement (nécessaire tant pour récupérer de la grossesse et de l'accouchement que pour établir des liens affectifs avec l'enfant), tout en étant assurées de percevoir un revenu de substitution durant ce laps de temps¹¹.

Le Tribunal fédéral a également relevé que la règle cantonale contrevient au droit fédéral (cf. art. 49 al. 1 Cst.), en ce qu'elle entrave la mère, dont l'enfant est hospitalisé durant les semaines suivant la naissance, dans sa liberté de décider si elle va ou non faire usage de la possibilité que lui confère l'art. 16c al. 2 LAPG d'ajourner le début du droit aux allocations de maternité ; il se peut, en effet, que pour des raisons financières, la mère doive se résoudre à ne pas demander le report de son droit aux allocations de maternité¹².

Si le Tribunal fédéral a encore ajouté que la reconnaissance d'un droit au salaire en cas

⁷ Verordnung des Thurgauer Regierungsrates vom 21. September 1999 zur Besoldungsverordnung (RRVBesVO), RB 177.223.

⁸ Art. 39a RRVBesVO : « *Schiebt die Mitarbeiterin den Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung gemäss dem Bundesgesetz über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz (Erwerbsersatzgesetz) wegen längeren Spitalaufenthalts des Neugeborenen auf, wird der bezahlte Urlaub unterbrochen und es wird für diese Zeit unbezahlter Urlaub gewährt* ».

⁹ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 5.3 et 7.1.

¹⁰ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 5.3 et 7.1. Etant parvenus à la conclusion que la réglementation cantonale contrevient au principe de l'égalité de traitement, les juges n'ont pas examiné la question sous l'angle de l'interdiction de la discrimination à raison du sexe (art. 8 al. 3 Cst.). Cf. TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 7.2 : « *Da sich die Lohnfortzahlungspflicht bereits aus den genannten Gründen ergibt, erübrigt sich eine Prüfung des Falles unter dem Aspekt der Geschlechtergleichbehandlung wie es die Beschwerdeführerin geltend macht* ».

¹¹ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 5.4.

¹² TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 6.

d'incapacité de travail de la mère pendant la période de report du droit aux allocations de maternité se justifie d'autant plus que les 8 premières semaines *post-partum* font l'objet d'une interdiction légale de travailler (art. 35a al. 3 LTr), il a toutefois refusé de trancher le point de savoir si cette interdiction légale trouve application dans le cas d'espèce¹³.

III. Analyse

Bien que l'arrêt rendu le 11 août 2016 mérite d'être salué, sa portée doit toutefois être relativisée. En effet, si le Tribunal fédéral a jugé qu'il convenait de reconnaître à A. un droit au versement de son salaire durant la période de report du droit aux allocations de maternité au cours de laquelle elle a été en incapacité de travail, il n'a pas tranché la question de savoir si la période de report permet, en tant que telle (c'est-à-dire en l'absence d'incapacité de travail médicalement attestée de la mère), de fonder l'obligation de l'employeur de verser le salaire¹⁴. Les juges ne se sont dès lors pas prononcés sur la compatibilité de la règle cantonale (qui prévoit l'octroi d'un congé non payé en cas de report du droit aux allocations de maternité) au principe de l'égalité de traitement, dans l'hypothèse où la mère ne serait pas en incapacité de travailler durant cette période ; ils ont ainsi refusé de déterminer si, au nom de l'égalité de traitement, un droit au salaire devrait être reconnu de manière générale pendant la période d'ajournement de l'allocation de maternité¹⁵.

Si nous regrettons que le Tribunal fédéral n'ait pas saisi cette occasion pour mettre un terme à la vive controverse doctrinale que soulève la question d'une éventuelle obligation de l'employeur de verser le salaire en cas d'ajournement des allocations de maternité¹⁶, cette insécurité juridique devrait toutefois prochainement disparaître puisqu'en date du 20 avril 2016, le Conseil fédéral a rendu un rapport dans lequel il analyse les possibilités de modifications législatives qui permettraient de garantir le droit à un revenu pendant la période de report des allocations de maternité¹⁷. Afin de garantir une meilleure répartition des coûts et d'inclure également les travailleuses de condition indépendante au sein des bénéficiaires potentielles d'un revenu pendant la période de report, le Conseil fédéral privilégie une alternative intéressante à la promulgation d'une obligation de l'employeur de verser le salaire, qui consiste en un amendement de la LAPG introduisant une prolongation du droit aux allocations de maternité en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né.

¹³ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 5.3. Dans les catégories d'entreprises qui n'entrent que partiellement dans le champ d'application de la LTr (tel est le cas, notamment, de l'administration fédérale, cantonale et communale), seules les dispositions sur la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr) sont en effet applicables (art. 2 al. 1 et 3a LTr). Dès lors que la liste des dispositions de protection de la santé contenue à l'art. 3a LTr est exhaustive, nous sommes d'avis que les autres dispositions, en particulier les art. 35a-b LTr, sont dépourvues de tout effet dans les entreprises partiellement soumises à la LTr.

¹⁴ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 7.2 : « *Ebenfalls braucht nicht geprüft zu werden, ob bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung auch ohne persönliche Arbeitsunfähigkeit der Mutter gestützt auf die elterliche Betreuungspflicht Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht* ».

¹⁵ TF, arrêt 8C_90/2016 du 11 août 2016, c. 5.5 : « *Ob diese Ungleichbehandlung allein genügt, um in allen Fällen des Aufschubs des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG einen Anspruch auf Lohnersatz zu begründen, kann offen bleiben, [...]* ».

¹⁶ Pour un aperçu des différentes opinions doctrinales, cf. PERRENOUD Stéphanie, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Staempfli, Berne 2015, pp. 1152-1156.

¹⁷ Rapport du Conseil fédéral « *Revenu de la mère en cas d'ajournement de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation prolongée du nouveau-né* » donnant suite aux postulats 10.3523 Maury Pasquier du 17.6.2010 et 10.4125 Teuscher du 17.12.2010, du 20 avril 2016.