

Tribunal administratif fédéral – A-6157/2014
Cour I
Arrêt du 19 mai 2016

Fonction publique ; égalité
entre hommes et femmes

Congé maternité ;
augmentation salariale

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



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.

Composition

Jérôme Candrian (président du collège), Maurizio Greppi, Claudia Pasqualetto Péquignot, Kathrin Dietrich, Christoph Bandli, juges,

Cécilia Siegrist, greffière.

Parties

X.,
représentée par le Syndicat du personnel des transports SEV, Secrétariat central, Steinerstrasse 35,
Case postale, 3000 Bern 6,
recourante,

contre

Chemins de fer fédéraux suisses CFF,

HR, Politique du personnel, Partenariat social/Droit du travail, Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,
autorité inférieure.

Objet

Principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Faits :

A.

A.a Par contrat de durée déterminée du 1er septembre 2008, X. (ci-après aussi: l'employée) a été engagée par les Chemins de fer fédéraux suisses CFF (ci-après aussi: l'employeur), en tant qu'agente commerciale des trains nationaux, à un taux d'activité de 100%, à l'échelon de fonction 9. La durée

des rapports de service était limitée à la durée de la formation d'agente commerciale des trains que devait suivre l'employée, soit jusqu'au 31 août 2009, sous réserve d'une prolongation éventuelle du contrat précité.

A.b En date du 1er septembre 2009, un contrat de travail de durée indéterminée a été conclu entre l'employeur et X., qui a été engagée aux mêmes conditions que lors des précédentes relations de travail.

A.c Le 1er février 2011, un nouveau contrat de durée indéterminée a été conclu entre l'employeur et X.. Le taux d'engagement de l'employée est, à cette occasion, passé de 100% à 70%.

B.

B.a Lors de l'année de travail 2010, X. a été absente de son travail – pour les raisons qui suivent – durant une période de 306 jours.

Du 21 septembre au 31 décembre 2010, l'employée s'est retrouvée, suite à une première grossesse, en congé de maternité (101 jours, cf. annexe 1 de la duplique de l'employeur). Préalablement audit congé, X. a été empêchée de travailler pour cause de maladie pendant une période de 61 jours en février, mars et avril (cf. annexe 1 de la duplique de l'employeur). En outre, et dans l'optique de respecter les dispositions sur la protection de la maternité au sein des Chemins de fer fédéraux suisses CFF, l'employée a été – préalablement à son congé de maternité – libérée de l'obligation de fournir ses services à bord des trains, du 22 avril au 21 septembre 2010 (144 jours; cf. annexe 3 de la duplique de l'employeur). Ces derniers jours d'absence ont été, selon l'employeur, assimilés à des jours de congé payé (cf. mémoire de duplique de l'employeur p. 2).

B.b Lors de l'année 2013 et suite à une deuxième grossesse, X. a été absente du travail durant 187 jours. Le congé de maternité s'est étendu sur une période de 122 jours et l'employée a été malade durant l'année précitée pendant 65 jours.

C.

Il ressort des diverses évaluations dont X. a fait l'objet, qu'elle a été évaluée pour l'année 2010, sans toutefois se voir attribuer une note ainsi qu'une augmentation de salaire en 2011. En outre, la feuille d'évaluation contient la mention "non relevant". S'agissant de l'année 2013, X. s'est vu attribuer l'échelon C (notation de A à F), mais n'a bénéficié d'aucun avancement salarial en 2014 (cf. annexes 3.2 et 3.4 de la réponse de l'employeur).

D.

Par courrier du 12 mars 2014, X. a sollicité de son employeur une augmentation salariale pour les années 2011 et 2014 liée aux évaluations 2010 et 2013.

E.

Par décision du 24 septembre 2014, l'employeur a refusé de prendre en compte l'évaluation personnelle 2013 de X. afin de lui accorder une augmentation de salaire en 2014. A l'appui de ladite décision, il a estimé que l'évaluation de l'intéressée – ayant été absente plus de six mois en 2013 – ne pouvait engendrer une augmentation salariale.

F.

Par mémoire du 23 octobre 2014, X. (ci-après: la recourante) a interjeté recours à l'encontre de la

décision des Chemins de fer fédéraux suisses CFF (ci-après aussi: l'autorité inférieure) auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après: le Tribunal).

A l'appui de son recours, elle conclut principalement à la reconnaissance par le Tribunal du droit aux augmentations de salaire conformément au système applicable aux Chemins de fer fédéraux suisses CFF pour les années 2011 et 2014. Elle fait valoir pour l'essentiel que le refus d'admettre l'augmentation salariale en raison de ses absences dues à ses congés de maternité est 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. Elle souligne le fait que cette inégalité résulte de ses deux grossesses et des congés de maternité ayant suivi, ce qui engendrerait une discrimination salariale illicite.

G.

Par réponse du 9 décembre 2014, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours. A l'appui de ses conclusions, dite autorité estime que l'origine des absences de la recourante réside tant dans ses congés de maternité que dans ses absences pour maladie. En outre, elle souligne que l'évaluation personnelle sert de base à l'évolution du salaire fondée sur les objectifs convenus en matière de prestations, de comportement et de capacité. De sorte, l'augmentation du salaire n'est – selon l'autorité inférieure – accordée que lorsque l'employé, malgré une absence prolongée, a 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. En l'occurrence, ladite autorité estime que l'évaluation sans effet sur le salaire est due au fait que la recourante a prolongé de son propre chef son congé de maternité et qu'elle a en outre été absente pour cause de maladie. Un congé de maternité de 14 semaines n'entraîne pas, de l'avis de l'autorité inférieure, une évaluation sans effet sur le salaire. Enfin, elle estime que toute absence de plus de six mois conduit à la suspension de l'augmentation générale du salaire, quelle que soit la cause de cette absence.

H.

Par réplique du 7 janvier 2015, la recourante a pour l'essentiel confirmé le contenu de son recours. Au surplus, elle souligne que dans la convention collective de travail des CFF 2011 (ci-après: CCT CFF 2011), il est stipulé que les collaboratrices ayant accouché ne peuvent pas être occupées pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement, de sorte qu'il serait choquant que cette disposition impérative de protection de la santé serve de base à l'application d'une disposition excluant le droit à l'augmentation de salaire pour la recourante.

I.

Par duplique du 9 février 2015, l'autorité inférieure a confirmé le contenu de ses précédentes écritures.

J.

Les parties ont ensuite été informées du changement de juge instructeur en la cause.

K.

Par ordonnance du 30 novembre 2015, le Tribunal a invité l'autorité inférieure à préciser si elle entendait étendre sa décision du 24 septembre 2014 – ne traitant que de la question de l'augmentation de salaire pour l'année 2014 – à l'année 2011 également, au vu de la demande y afférente que la recourante lui avait aussi faite.

L.

Le 10 décembre 2015, l'autorité inférieure a précisé que sa décision du 24 septembre 2014 portait également sur l'augmentation salariale pour l'année 2011.

M.

Les parties ont été informées, par ordonnance du 6 avril 2016, que le collège était porté à cinq juges conformément aux art. 21 al. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et 32 al. 3 du règlement du 17 avril 2008 du Tribunal administratif fédéral (RTAF, RS 173.320.1). Puis, par ordonnance du 22 avril 2016, elles ont été informées que la délibération du collège serait publique, conformément à l'art. 41 LTAF et à l'art. 33 RTAF.

N.

Le Tribunal a statué en délibération publique le 19 mai 2016.

O.

Les autres faits et arguments de la cause seront abordés, si nécessaire, dans les considérants en droit qui suivent.

Droit :

1. La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.1 Conformément à l'art. 31 LTAF, le Tribunal connaît, sous réserve des motifs d'exclusion matériels énoncés à l'art. 32 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises en matière de droit du personnel (art. 34 ss de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 [LPers, RS 172.220.1]).

1.1.1 Les rapports de travail du personnel des Chemins de fer fédéraux, au sens de la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux (LCFF, RS 742.31), sont régis par la LPers (art. 2 al. 1 let. d LPers et art. 15 al. 1 LCFF). Les CFF constituent, à ce titre, une autorité dont les décisions en matière de droit du personnel sont sujettes à recours. Depuis le 1er juillet 2013, à la suite de la suppression de la possibilité de déposer un recours devant l'organe de recours interne des CFF, le Tribunal administratif fédéral connaît directement des recours contre les décisions prises par l'employeur (art. 36 al. 1 LPers). En l'occurrence, la procédure de recours, initiée par la recourante le 23 octobre 2014 devant le Tribunal de céans, est postérieure à l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2013 (RO 2013 1504), de la modification du 14 décembre 2012 de la LPers.

1.1.2

1.1.2.1 Pour que le Tribunal soit compétent, il faut encore que le recours ne tombe pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF. En particulier, l'art. 32 al. 1 let. c LTAF prévoit que le recours devant le Tribunal administratif fédéral est irrecevable contre les décisions relatives à la composante

"prestation" du salaire du personnel de la Confédération, dans la mesure où elle ne concerne pas l'égalité des sexes (cf. aussi art. 36a LPers; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5339/2013 du 25 août 2014 con-sid. 1.2.2; sur la notion de composante "prestation" du salaire: MARTIN SCHEYLI, in: WALDMANN/WEISSENBERGER [éd.], Praxiskommentar VwVG [ci-après: VwVG], Zurich 2009, art. 72 PA n. 15 ss; TOMAS POLEDNA, Leis-tungslohn und Legalitätsprinzip, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St-Gall 1998, p. 276).

1.1.2.2 En l'espèce, la question principale qui doit être tranchée est de savoir si le congé de maternité doit être pris en compte dans le calcul du seuil des six mois d'absence au-delà duquel l'évaluation annuelle des prestations n'entraîne aucune augmentation de salaire (cf. lettre j de l'annexe A de l'instruction K. 140.3 des CFF du 1er janvier 2014 [ci-après: l'instruction K. 140.3]). Ainsi, le Tribunal de céans ne sera pas amené à statuer sur le montant des augmentations salariales sollicitées par la recourante, lesquelles dépendent des prestations de l'employée (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5339/2013 du 25 août 2014 consid. 1.2.2; décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel [CRP] du 26 mars 2004, publiée dans la Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.91 consid. 2c et d). En outre, et par surabondance de motifs, il sied de souligner que la recourante se prévaut – à l'appui de son recours – d'une discrimination salariale et d'une inégalité à raison du sexe. Par conséquent, le recours ne tombe manifestement pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 al. 1 let. c LTAF, de sorte que le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent litige.

1.2 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant destinataire de la décision attaquée qui la déboute, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elle a donc qualité pour recourir.

1.3 Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours est ainsi recevable.

2.

2.1 Selon l'art. 49 PA, le Tribunal administratif fédéral contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). En droit du personnel, le Tribunal examine avec une certaine retenue les questions ayant trait à l'appréciation des prestations des employés, à l'organisation administrative ou à la collaboration au sein du service et, sous réserve d'une constatation exacte et complète de l'état de fait, ce qui suppose que l'autorité inférieure ait procédé aux éclaircissements nécessaires avec soin et complétude, ne substitue pas son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative qui a rendu la décision, laquelle connaît mieux les circonstances particulières de l'espèce (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3; ATAF 2007/34 consid. 5 p. 422 s.; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6410/2014 du 1er septembre 2015 consid. 2.1, A-5046/2014 du 20 mars 2015 consid. 2, A-6990/2014 du 5 mars 2015 consid. 2 et réf. cit.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2ème éd., Bâle 2013, n. 2.160 ; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, Bâle 2013, n. 191 p. 113 s.).

2.2 Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les

motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.165). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 135 I 91 consid. 2.1; ATAF 2014/24 consid. 2.2 et réf. cit).

3.

3.1 L'objet du litige consiste à déterminer si l'absence due à un congé de maternité doit être prise en compte dans le calcul du seuil des six mois d'absence au-delà duquel toute augmentation salariale liée à l'évaluation

personnelle est exclue. Comme souligné précédemment, il n'appartient pas au Tribunal de céans de statuer sur le montant des augmentations salariales sollicitées par la recourante, lesquelles dépendent des prestations de l'employée (cf. consid. 1.1.2.2 ci-avant).

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 1er janvier 2014, 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 qu'elle a obtenue, faute d'y voir le siège d'une discrimination à raison du sexe. L'autorité inférieure, quant à elle, souligne que le congé de maternité, bien que n'étant pas mentionné dans la disposition, 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.

3.3 Le Tribunal retient qu'il importe peu de savoir – sous l'angle du droit intertemporel – quelle version de ladite instruction est applicable au cas d'espèce, étant souligné que la norme litigieuse n'a pas subi de modifications substantielles, dès lors qu'elle ne mentionnait pas non plus – dans sa version en 2011 – le congé de maternité dans les absences susceptibles d'empêcher une augmentation salariale. Il en va de même de la CCT CFF 2015 qui n'a fait l'objet – par rapport à sa version en 2011 – d'aucune modification relative aux dispositions pertinentes pour la résolution du cas d'espèce.

4. Avant de procéder à l'interprétation de la disposition susmentionnée, il convient de définir le *cadre normatif général* dans lequel s'inscrit son adoption. En effet, 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, puisque l'affaire concerne une allégation de discrimination au détriment des salariées.

4.1 S'agissant du droit international applicable et, à titre comparatif, du droit communautaire, il y a lieu de se référer aux dispositions suivantes.

4.1.1 L'art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) prévoit que les lois fédérales et le droit international s'imposent au Tribunal fédéral et aux autres autorités appliquant la loi (ATF 137 V 334 consid. 6.1.2). A cet égard, 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).

4.1.2 Le Tribunal observe qu'en droit communautaire, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO 2000/C 364/01) 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 (JO L 204 du 26 juillet 2006, pp. 23-36), 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.

4.2 En droit interne, les dispositions de la Convention précitée du 18 décembre 1979 sont mises en œuvre par les normes qui suivent.

4.2.1 Le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. est violé par une décision ou un arrêté lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Au principe d'égalité de traitement, l'art. 8 al. 2 Cst. ajoute une interdiction des discriminations. Aux termes de cette disposition, nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou physique. On est en présence d'une discrimination selon l'art. 8 al. 2 Cst. lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation. 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 (ATF 137 V 334 consid. 6.2.1 et les réf. cit.).

4.2.2 La disposition constitutionnelle précitée a été concrétisée, quant à la discrimination à raison du sexe, par l'art. 3 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg, RS 151.1). A teneur de l'alinéa premier de cette norme, 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'alinéa 2 prévoit, quant à lui, 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 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 (cf. ATF 130 III 145 consid. 3.2, ATF 127 III 207 consid. 4b; STÉPHANIE PERRENOUD, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg in: JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN/ PASCAL MAHON [éd.], L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 74).

4.2.3 Il sied de constater que l'art. 3 LEg n'est pas plus concret que l'art. 8 al. 2 Cst. et qu'il contient, sur le plan matériel, rien de plus que la disposition constitutionnelle (arrêt du Tribunal fédéral non publié 1A.132/2000 et 1P.210/2000 du 20 novembre 2000 consid. 3a). 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, 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 (ATF 129 I 265 consid. 3.2, 125 I 21 consid. 3a; arrêts du Tribunal fédéral 8C_119/2015 du 7 décembre 2015 consid. 4.2, 8C_36/2014 du 1er décembre 2015 consid. 6.1.2, 1A.132/2000 et 1P.210/2000 précités consid. 3b; KARINE LEMPEN, in: GABRIEL AUBERT/KARINE LEMPEN, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, 2011, pp. 36 ss).

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 (ATF 130 III 145 consid. 5.2 et les réf. cit. ; Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi sur l'égalité, FF 1993 I 1211). 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. Le sexe peut en effet représenter un facteur déterminant pour l'exécution du travail dans les métiers du spectacle ou de la mode (acteurs, comédiens, chanteurs, mannequins, modèles etc.), où pour des raisons d'authenticité, il arrive qu'un emploi ne puisse être occupé que par une personne de sexe féminin ou masculin. 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 (ATF 130 III 145 consid. 5.2; STÉPHANIE PERRENOUD in: JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN/ PASCAL MAHON [éd.] op. cit., p. 75).

4.2.4 Enfin, l'art. 3 LEg interdit également à l'employeur de réduire la rémunération d'une

travailleuse 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 (STÉPHANIE PERRENOUD in: JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN/ PASCAL MAHON [éd.], op. cit. p. 85, CHRISTIAN GIAUQUE in: RÉMY WYLER [éd.], Panorama II en droit du travail, Berne 2012, p. 159).

4.2.5 L'art. 6 LEg prévoit à ce titre un allègement du fardeau de la preuve, en ce sens que l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Ainsi, le requérant doit apporter la preuve d'effets préjudiciables disproportionnés sur une groupe déterminé, faisant naître une présomption de discrimination indirecte ; il incombe ensuite à l'employeur de réfuter cette présomption en démontrant que la différence de traitement est le résultat de facteurs objectifs qui ne sont pas liés au facteur indiqué par le requérant (cf. aussi arrêt de la Cour EDH Di Trizio contre Suisse du 2 février 2016 ch. 84, requête n° 7186/09).

4.3 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 oeuvre 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.

5.

5.1 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si son texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celle-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est 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) (cf. ATF 141 III 444 consid. 2.1, et réf. cit.). Si aucune méthode d'interprétation n'est privilégiée, il convient de s'inspirer d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. En particulier, le Tribunal ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 138 IV 65 consid. 4.3.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-469/2013 du 27 septembre 2013 consid. 5).

5.2 Force est dans un premier temps de constater que 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.

5.3 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, force est d'admettre que cette norme ne se prononce pas sur la question interprétative posée. En effet, la disposition précitée 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. 3bis de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers, RS 172.220.111.3), 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. Il sied cependant de préciser que 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 (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6263/2013 du 15 mai 2014 consid. 4.2).

5.4 Comme il a été vu, 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 précisément 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.

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

5.5.1 Le Tribunal déduit 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 caracté-

ristiques liées au motif en question. A cet égard, le congé de maternité est un congé de repos et de disponibilités, octroyé après un accouchement (voire déjà quelques semaines avant cet événement), afin de permettre à la (future) mère de se reposer en vue de son accouchement, d'accoucher, puis de récupérer des fatigues liées à la grossesse et à l'accouchement et de s'occuper intensément de son enfant pendant les premières semaines de sa vie. Le congé de maternité est donc lié à un événement biologique; il est octroyé en raison de la maternité comprise dans sa dimension biologique, c'est-à-dire du fait de la grossesse et de l'accouchement. (STEPHANIE PERRENOUD, Le congé de maternité: une discrimination à l'égard des pères? In: PJA 2014 p. 1652, 1660).

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 (cf. à ce sujet arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne C-32/93 du 14 juillet 1994 consid. 25, C-179/88 du 8 novembre 1990 consid. 16). 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.

5.5.2 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).

5.5.3 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 (cf. à ce sujet: STÉPHANIE PERRENOUD in: JEAN-PHILIPPE DU-NAND/KARINE LEMPEN/ PASCAL MAHON [éd.], op. cit. p. 85, CHRISTIAN GIAUQUE in: RÉMY WYLER [éd.], Panorama II en droit du travail, Berne 2012, p. 159).

5.5.4 En résumé, il convient d'admettre que l'interprétation de la lettre j de l'instruction K.140.3 faite par l'autorité inférieure constituée, 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.

5.6 Il sied dès lors d'examiner si cette discrimination est objectivement justifiée (cf. consid. 4.2.3 ci-avant). Il appartient dans ce cadre au Tribunal 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, 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.

5.6.1 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, de l'avis de la Cour de céans, 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. Sur le vu de ce qui précède, le but poursuivi est donc objectivement justifié.

5.6.2 La Cour de céans 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.

5.6.3 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 posait dans le cadre du présent litige était de savoir s'il fallait 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.

5.6.4 Il ressort des considérations qui précèdent que la discrimination, consistant à tenir compte des absences pour cause de congé de maternité dans le calcul du seuil des six mois d'absence au-delà duquel toute augmentation salariale est exclue, est objectivement justifiée.

6.

6.1 Au cas d'espèce, il ressort du dossier de la cause que la recourante a été absente en 2010 durant 306 jours, dont 101 de congé de maternité. Par conséquent, elle ne peut voir son salaire augmenter pour l'année 2011. La recourante prétend toutefois que l'absence de 144 jours, assimilée par l'autorité inférieure à un congé payé, ne saurait être considérée comme tel et devrait être qualifiée d'interdiction de travailler en raison de sa qualité de femme enceinte, de sorte qu'elle ne pourrait, selon elle, être prise en compte. Or ce grief se confond avec celui de la justification de la discrimination indirecte en l'espèce, qui a consisté à déterminer s'il est conforme au droit de prendre en compte l'absence due à un congé de maternité dans le calcul du seuil des six mois d'absence au-delà duquel toute augmentation salariale liée à l'évaluation personnelle est exclue, question à laquelle le Tribunal a donné une réponse positive.

6.2 S'agissant de l'année 2013, il résulte de l'état de fait que la recourante a été en congé de maternité durant 122 jours et en congé de maladie pour une durée de 65 jours. Compte tenu des considérations qui précèdent, la durée du congé de maternité, cumulée aux absences maladie, exclut toute augmentation salariale pour l'année 2014, puisque le seuil de six mois est en l'occurrence dépassé.

7. Compte tenu de ce qui précède, il faut donc comprendre, au cas d'espèce, que la durée du congé de maternité doit bien être prise en compte dans le calcul du seuil des six mois d'absence empêchant que l'évaluation annuelle puisse avoir une incidence sur le salaire de la recourante.

Il s'ensuit que l'autorité inférieure a appliqué correctement le droit, de sorte que le recours doit être rejeté.

8.

Conformément à l'art. 34 al. 2 LPers, la procédure de recours est gratuite, de sorte qu'il n'est pas perçu de frais de procédure.

Le Tribunal peut allouer d'office ou sur requête à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été

occasionnés (art. 64 al. 1 PA, art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Aucune indemnité à titre de dépens ne sera allouée en l'espèce.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1. Le recours est rejeté.

2. Il n'est pas perçu de frais de procédure.

3. Il n'est pas alloué de dépens.

4. Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)

– à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)

– au Bureau de l'égalité entre femmes et hommes (pour information)

Le président du collège La greffière :

:

Jérôme Candrian

Cécilia Siegrist