

Tribunal fédéral – 4A_461/2023

I^{re} Cour de droit civil

Arrêt du 27 mars 2024 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Christine Sattiva Spring, Maternité et allaitement : les conséquences dommageables des absences liées à la grossesse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_461/2023, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2024

Newsletter octobre 2024

Maternité, discrimination dans l'attribution des tâches, allaitement, congé abusif et protection de la personnalité

Art. 336, 328 CO, 3 LEg



Maternité et allaitement : les conséquences dommageables des absences liées à la grossesse ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_461/2023

Christine Sattiva Spring, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'Université de Lausanne

I. Objet de l'arrêt et résumé des faits¹

Employée depuis 2007 au service de A. SA, la collaboratrice B a été promue le 1^{er} juillet 2010, puis à nouveau le 1^{er} mars 2013 en qualité de account manager ; elle bénéficiait d'un salaire annuel brut supérieur à CHF 100'000.- et d'une commission que son manager était chargé de définir par rapport aux objectifs posés. Son supérieur hiérarchique, C, a été remplacé en 2016 par D, dont le management était davantage orienté résultats.

En 2015, la collaboratrice avait 24 clients, soit un nombre relativement petit, contrebalancé par l'importance des revenus et de la complexité des dossiers en question. Ce portefeuille était diversifié, avec de gros clients au Tessin et d'autres clients conséquents à Genève. B faisait partie d'une équipe s'occupant de comptes importants et elle était appréciée de ses collègues.

En raison de sa grossesse, elle a été incapable de travailler pendant plusieurs mois et, après deux semaines déjà, alors qu'elle travaillait à temps partiel, ses clients ont été répartis entre deux collègues. Après son congé maternité, la collaboratrice a œuvré quelques semaines puis bénéficié d'un congé non payé avec l'accord de l'employeur pour réintégrer ensuite son poste ; elle a finalement repris son activité en janvier 2017, à 80 %, ses clients au Tessin lui ayant été enlevés pour lui épargner des déplacements.

La collaboratrice a considéré que son nouveau portefeuille n'était pas celui qu'elle aurait dû avoir, compte tenu du manque d'identité avec le précédent. En mai, elle s'est ouverte à son responsable de son inquiétude quant à sa rémunération future et aux annulations de contrats. Le supérieur de B a d'ailleurs souvent participé à des négociations ou discussions concernant

¹ L'arrêt commenté a été publié in extenso dans la Newsletter de droit du travail d'octobre 2024 ; il a paru sans pertinence d'en donner un résumé plus complet ici. Les éléments marquants sont repris dans l'analyse.

des annulations avec des clients. La collaboratrice s'est plainte auprès des ressources humaines en décembre 2017 et a été ensuite incapable de travailler.

Après l'expiration du délai de protection, elle a été licenciée par l'employeur qui faisait état de la nécessité de repourvoir le poste. Ultérieurement, les actifs de l'employeur ont été repris partiellement par un fond tiers, selon une annonce faite avant le licenciement de B.

La collaboratrice a saisi le Tribunal de Prud'hommes, en réclamant des soldes de salaire et commissions pour 2017 et 2018, une indemnité de licenciement abusif et un montant de CHF 20'000.- pour tort moral, ainsi qu'une indemnité de CHF 90'900.- pour perte de l'indemnité de licenciement liée à la restructuration. Elle s'est également prévaluée d'une violation de l'art. 3 LEg².

Le Tribunal de Prud'hommes lui a donné partiellement raison en ce sens qu'il a reconnu le caractère abusif du licenciement, mais l'a déboutée de toutes ses autres conclusions ; sur appel de la partie employeuse, la Chambre des Prud'hommes de la Cour de justice a quant à elle rejeté toutes les conclusions initialement présentées. Au TF, la collaboratrice a conclu au paiement des sommes objet de sa demande initiale.

II. Analyse

1. Une décision d'espèce à mettre sur le compte de problèmes procéduraux ?

La solution de l'arrêt analysée ici paraît d'emblée choquante, dans la mesure où il semble que toutes les misères dénoncées par la recourante sont à mettre en lien avec sa maternité. Ce nonobstant, il ne semble pas que les éléments primordiaux à invoquer auraient été dûment allégués dans les écritures. Pour que le TF puisse avoir l'occasion de se pencher sur le problème, il aurait été nécessaire que les questions juridiques soient discutées devant lui, soit que la partie recourante débattre les motifs de la décision entreprise et indique précisément en quoi elle estimait que l'autorité précédente avait méconnu le droit³. Par ailleurs, aux termes de l'art 105 LTF, celui qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst., doit satisfaire au principe d'allégation⁴. Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence ne sera pas recevable. Il faut donc se garder de tirer des conclusions hâtives de cette jurisprudence, qui s'inscrit toutefois dans une ligne assez dure suivie par les tribunaux cantonaux.

En l'espèce, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice reproche à la collaboratrice de n'avoir fait que critiquer de manière toute générale la décision attaquée, se limitant à des affirmations sans démontrer les failles du raisonnement du Tribunal de première instance, ce qui l'a conduite à refuser d'entrer en matière sur différents points.

La critique de la procédure est encore plus sévère devant le TF, qui relève d'abord que l'appel cantonal ne comportait pas une motivation suffisante, puis souligne que certains faits n'auraient pas été régulièrement allégués, alors qu'on sait que les voies de droit cantonales

² Loi sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité, LEg), RS 151.1.

³ ATF 142 III 364, consid. 204 et réf cit. ; TF 5A_302/2020 du 12 juillet 2021 ; TF 4A_185/2024 du 10 septembre 2024.

⁴ ATF 144 II 246, consid. 6.7.

doivent avoir été non seulement utilisées sur le plan formel, mais aussi épuisées sur le plan matériel⁵.

Quoi qu'il en soit, on ne peut que regretter que la procédure n'ait pas été plus complète, en se rappelant au surplus que le TF n'est pas lié par les arguments juridiques des parties⁶.

2. Le cœur du litige selon la recourante et les tribunaux

Il résulte de l'arrêt fédéral que le cœur du litige, selon la recourante, serait constitué par le refus de la Cour cantonale de voir dans le licenciement qui lui a été signifié un congé abusif ; le déni de cette qualification procéderait d'une appréciation arbitraire des moyens de preuve et d'une violation de l'art. 328 CO.

On est surpris que, pour la collaboratrice, le litige se résume à cette simple constatation, dans la mesure où il semble que d'autres éléments auraient pu être évoqués devant l'autorité cantonale puis devant le TF.

A cet égard, on est immédiatement frappé, à la lecture de l'arrêt du TF, tout comme de celui de la Chambre des Prud'hommes, de ne trouver finalement aucune considération liée à l'art. 3 LEg dans les considérants en droit. Si la Cour de justice mentionne que la recourante s'est initialement fondée sur cette disposition, elle constate que la collaboratrice ne prétend plus avoir fait l'objet de discrimination sexiste dans sa réponse à l'appel, ni dans l'appel joint. Pourtant, diverses considérations reproduites dans l'état de fait cantonal parlent assez clairement pour l'intégration, dans l'examen des autorités d'appel et de recours, de la problématique de la discrimination due à la grossesse, à fortiori compte tenu du principe « *jura novit curia* ».

On reviendra sur cet élément ultérieurement.

3. La motivation du recours

a. Les absences de la recourante liées à la grossesse et la maternité

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de la collaboratrice de manière assez expéditive, mettant en avant le fait que le congé avait été signifié pour des raisons organisationnelles et par rapport aux clients, motif qui n'était pas discuté par la collaboratrice, laquelle imputait toutefois à son employeur la responsabilité de la dégradation de son état de santé, prélude de sa longue absence.

Le TF se fonde sur les constatations de la Cour cantonale, qui a relevé les périodes d'incapacité de travail de la collaboratrice ; aux près de 6 mois d'arrêt au cours de la grossesse se sont ajoutés le congé maternité, soit environ 3 mois et demi, puis le congé non payé de 4 mois et demi, étant précisé qu'elle est revenue travailler quelques semaines pendant l'été.

Si cette constatation n'est pas contestée et ressort effectivement de l'arrêt entrepris, elle étonne néanmoins. En effet, à l'origine de l'absence de la collaboratrice se trouvent sa grossesse, puis la maternité qui l'a suivie. Or, reprocher à une collaboratrice une absence liée

⁵ ATF 146 III 203, consid.3.3.4 entre autres.

⁶ TF 4A_539/2023, du 4 septembre 2024.

à une grossesse est absolument contraire aux valeurs que véhicule l'art. 3 LEg, soit l'interdiction de discriminer les travailleurs à raison du sexe, directement ou indirectement, notamment en se fondant sur l'état civil, la situation familiale ou, s'agissant de femmes, la grossesse⁷.

En l'espèce, il résulte des faits non contestés qu'à tout le moins pour une période de 9 mois et demi, l'absence est uniquement liée à une grossesse ; on pourrait même considérer qu'il faut encore englober le congé non payé dans cette durée, ce qui la porterait à 14 mois.

b. Les causes de l'absence ayant débuté en décembre 2017

Devant les différentes instances, la recourante a plaidé que son absence dès le mois de décembre 2017 était due à l'employeur qui n'avait pas pris les mesures nécessaires pour la protéger comme l'art. 328 CO l'y oblige pourtant ; c'est ainsi qu'elle a justifié sa principale conclusion pécuniaire.

Pourtant, il semble qu'elle avait bien fait état de problèmes liés à sa qualité de jeune mère d'une enfant qui ne dormait pas la nuit. C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles la recourante n'a pas été suivie par les juridictions d'appel et recours, pour qui tout lien de causalité entre la dégradation de l'état de santé de la collaboratrice et les éventuels manquements de l'employeur devait être nié ; ceux-ci ont cependant été retenus par le tribunal de première instance, qui a jugé le congé comme abusif au motif que l'employeur n'avait pas pris les mesures suffisantes pour adapter le travail aux circonstances. Or, admettre qu'il fallait adapter le travail aux circonstances constitue une reconnaissance, certes partielle, du fait que la recourante n'a pas été traitée comme elle l'aurait dû à la suite de sa grossesse. On s'interroge dès lors sur la raison pour laquelle les premiers juges ont écarté la LEg, sinon parce que la recourante n'avait pas pu montrer que des collaborateurs auraient été mieux traités qu'elle.

c. La jurisprudence fédérale en matière de licenciement après une maternité

Dans diverses décisions qu'elle a pu rendre en matière de licenciement et maternité, notre Haute Cour a généralement paru considérer que le point important pour juger du caractère admissible ou abusif d'un licenciement était le moment auquel l'employeur avait pris la décision de se séparer d'une collaboratrice.

En l'espèce, il est exact que la recourante n'a pas été licenciée dès le jour de son retour de maternité, même si son départ avait manifestement été envisagé par l'employeur en lien avec son congé non payé. Ce nonobstant, il est capital de déterminer si la grossesse est à l'origine du licenciement ou si d'autres facteurs le justifient. Pour comprendre la position de notre Haute Cour, faisons un petit tour de la jurisprudence.

Dans un arrêt du 25 octobre 2010⁸, le TF a dû examiner si un licenciement après une longue période d'absence pour maladie, puis congé maternité, était ou non discriminatoire. En l'espèce, il a considéré que l'employeur avait raison d'indiquer qu'il ne pouvait admettre un emploi à temps partiel pour une déléguée médicale et que la décision de la licencier n'avait

⁷ Art. 3 al. 1 LEg.

⁸ TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010.

pas été prise après sa demande de pouvoir allaiter son enfant à la reprise du travail, mais antérieurement. Les tribunaux s'étaient déjà fondés sur la longue absence de la collaboratrice, qui avait manqué le travail déjà avant sa grossesse et n'était pas au courant de la nouvelle organisation.

Quelques années plus tard, dans un arrêt du 27 janvier 2014, la Haute cour a considéré la position de l'employeur comme fondée, rien ne révélant de manière indiscutable que la grossesse fût le motif du congé⁹.

Cette même année, il a jugé non discriminatoire un congé dont les motivations étaient liées à des difficultés économiques¹⁰.

Plus récemment, le licenciement signifié au retour du congé maternité d'une responsable de communication a été considéré comme discriminatoire, en se fondant notamment sur son certificat de travail excellent. Le TF a rappelé alors qu'il fallait examiner si la collaboratrice aurait été licenciée même en l'absence de grossesse. Dans cet arrêt, il a également relevé qu'il ne suffisait pas de remplacer la collaboratrice par autre personne plus qualifiée qui viendrait prendre le poste de la jeune mère de retour de congé maternité pour que le congé soit admissible. En l'espèce, il paraît s'être très largement fondé sur les excellentes appréciations que la collaboratrice avait obtenues jusque-là¹¹.

Par ailleurs dans un arrêt de 2017 qui concernait une collaboratrice des CFF¹², la Haute Cour s'est demandé si la prise en compte des absences liées à la maternité dans la période de présence permettant d'obtenir un bonus constituait une discrimination indirecte liée à la qualité de femme enceinte de la salariée ; la question a toutefois été laissée ouverte.

Le TF aurait peut-être eu l'occasion de revenir sur cette question épineuse et de la trancher si la procédure de recours lui en avait donné l'occasion.

d. Et si la la situation d'espèce avait été résolue au travers du prisme de la LEg ?

La recourante paraît s'être plainte de discrimination en première instance, peut-être maladroitement puisque sa critique n'a pas eu d'écho dans la première décision.

Pourtant, le tribunal de Prud'hommes a considéré que la procédure était gratuite, ce qui, compte tenu de la valeur litigieuse, ne peut qu'être mis en relation avec la LEg, par le biais de l'art. 114 lit. a CP. Dans cet ordre d'idée et dans ce cadre-là, les premiers juges ont dû admettre que certains chefs de conclusions relevaient effectivement de la loi sur l'égalité et les soumettre à la procédure simplifiée des art. 243 ss CPC, avec cet intérêt pour la recourante qu'elle devait bénéficier de la maxime inquisitoire sociale, se traduisant par une obligation d'interpellation accrue du tribunal¹³. L'intérêt d'une procédure simplifiée pour les éléments liés à la LEg est celui de permettre de réparer des omissions d'allégation puisque des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être introduits jusqu'aux délibérations.

⁹ TF 4A_507/2013 du 27 janvier 2014, consid. 4.

¹⁰ TF 4A_328/2014 du 6 octobre 2014.

¹¹ TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020.

¹² TF 8C_605/2016 du 9 octobre 2017

¹³ Art. 247 al. 2 lit. a CPC.

Il n'est pas certain que la recourante ait pu bénéficier de ces facilités de procédure, même s'il semble qu'elle n'a pas utilisé le recours à la LEg dans toute son ampleur. Quoiqu'il en soit, certaines critiques faites au conseil de la recourante n'auraient pas eu de raison d'être dans une procédure où se serait appliquée la maxime inquisitoire sociale.

S'il paraît avéré que la cause n'aurait pas bénéficié de l'allègement du fardeau de la preuve conformément à l'art. 6 LEg, compte tenu du peu d'effectivité de cette disposition, d'autres éléments auraient pu être pris en compte sous l'angle de l'interdiction de la discrimination. On a déjà évoqué ci-dessus le problème de l'absence ayant commencé en décembre, qui aurait pu être mise en lien avec la maternité et non seulement avec un burn-out imputé à l'employeur.

Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'art. 3 rappelle que la prohibition 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 à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. Sous cet angle, on aurait pu évoquer comme conséquence de la grossesse la modification radicale du portefeuille de la recourante. En effet, il est frappant de constater que ce portefeuille a été dispatché entre certains collègues avant même l'arrêt de travail à plein temps. Certes, l'employeur pouvait alléguer et probablement démontrer qu'il le faisait dans l'intérêt de sa collaboratrice, pour lui éviter des trajets. Cela étant, cette justification n'explique absolument pas pourquoi le portefeuille a été complètement modifié dans son essence même. En effet, il n'y avait plus une bonne vingtaine de gros clients pour une activité à 100 %, mais, pour un 80% de travail, un nombre beaucoup plus considérable de nouveaux clients, variant entre 60 et une centaine, à considérer comme des petits comptes qui étaient moins rémunérateurs, à fortiori en raison du fait qu'un certain nombre d'entre eux avaient été résiliés. Ces résiliations étaient intervenues avant même l'arrivée de la collaboratrice et ne peuvent lui être imputées ; quoi qu'il en soit, il paraît tout à fait inadmissible de redistribuer ainsi les cartes lorsqu'elle revient de son congé de maternité : ce faisant, elle a été privée du résultat de ses très nombreuses années d'activité au sein de A. SA.

On relève aussi que, dans les témoignages, une personne avait relevé l'absence de tout respect du supérieur de la collaboratrice pour le travail qu'elle accomplissait et le fait qu'elle était mise sous pression par ce supérieur, même à la maison ; un autre témoin avait fait état d'une différence de dynamisme et d'intérêt pour le business dans la répartition des portefeuilles selon le sexe des employés. Enfin, il semble que le supérieur de la recourante lui avait fait des critiques sur son organisation familiale et son taux d'activité réduit. Ces divers éléments sont typiques d'une organisation qui ne respecte pas l'interdiction de discrimination de l'art.3 LEg.

Dès lors, une discrimination liée au sexe paraît bien présente et elle trouve incontestablement son origine dans la grossesse de la collaboratrice.

e. La méconnaissance par l'employeur de certaines obligations légales liées à la maternité

On discerne clairement chez l'employeur, étonnamment suivi par les tribunaux¹⁴ une certaine méconnaissance de ses obligations à la suite d'une maternité. Ainsi, il est fait grand cas du fait que les horaires avaient été aménagés pour que la collaboratrice puisse allaiter son enfant.

¹⁴ Peut-être en raison des problèmes procéduraux relevés par les différentes juridictions.

On rappelle notamment que l'art. 35a LTr accorde aux mères qui allaitent la possibilité de disposer du temps nécessaire à l'allaitement. Plus spécifiquement, l'art. 60 OLT 1 prévoit, à son alinéa 2, que les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire pour allaiter ou tirer leur lait ; la disposition est complétée par le fait que doit être comptabilisé comme travail rémunéré un certain temps dévolu à l'allaitement, en fonction de la durée de la journée de travail¹⁵. On ne saurait dès lors mettre au crédit de l'employeur une générosité particulière, ce que les décisions judiciaires paraissent toutefois faire.

L'employeur a certes accepté d'accorder une réduction du temps de travail, et du salaire, ce qu'il n'a aucune obligation d'accorder à sa collaboratrice devenue jeune maman. En ce sens, il a effectivement fait un pas envers sa collaboratrice, laquelle s'est toutefois plainte d'être dérangée le soir et pendant son jour de congé ; l'employeur ne semblait pas respecter la limitation à 9 heures de travail, posée par l'art. 60 al. 1 OLT1 pour les femmes qui allaitent ni connaître le droit à la déconnexion.

Quoi qu'il en soit, le temps partiel constitue une des meilleures méthodes pour concilier vie familiale et travail, conciliation qui est à l'origine de nombreux changements dans les dispositions légales relatives aux soins à donner aux enfants au cours de ces dernières années.

On rappelle d'ailleurs qu'il s'agit d'un axe important de l'administration fédérale, pour qui la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle est primordiale tant pour les personnes ayant des responsabilités familiales que pour l'économie.

4. Conclusion

On ne peut que regretter ici que le TF n'ait pas eu à trancher le point de l'admissibilité de la prise en compte des absences directement dues à la grossesse et à la maternité sur la décision de l'employeur de licencier une jeune mère qui allaite encore son enfant. Les protections parentales ont été renforcées au cours de ces dernières années, tant sous l'angle du droit du travail que des assurances sociales, et il serait temps que cela se traduise en termes de défense contre les congés certes prononcés après l'expiration du délai de protection de l'art. 336c CO, mais dont il paraît certain qu'ils sont liés à la grossesse de la collaboratrice.

Une application un peu plus extensive de la loi sur l'égalité devrait permettre de sauver l'emploi de celle qui a donné toute satisfaction jusqu'à ce qu'elle annonce sa grossesse. A défaut, il ne sera pas possible de mieux concilier vie professionnelle et vie familiale et il appartient aux employeurs de faire comprendre à leurs cadres, dirigeants ou non, qu'on ne saurait faire des reproches aux employés qui ne travaillent pas à plein temps, mais « seulement » à 80%.

A la lecture de l'arrêt cantonal, il est frappant de constater que les témoins proches de la société employeuse ont paru plus crédibles que la collaboratrice et qu'il a été fait grand cas de ce que celle-ci ne paraissait pas spécialement malade lorsqu'elle s'est trouvée en arrêt de travail.

¹⁵ Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT1) du 10 mai 2000, RS 822.111 qui statue, à son article 60 al. 2, que le temps d'allaitement ou pris pour tirer le lait compte comme temps de travail à hauteur de 30 minutes pour une journée de travail jusqu'à 4 heures, à hauteur de 60 minutes pour une journée de travail de plus de 4 heures et à hauteur de 90 minutes au-delà de 7 heures de travail.

On garde ici la désagréable impression que les besoins prétendus de l'économie ont pris le pas sur la réglementation juridique.