

Tribunal fédéral – 8C_376/2015, destiné à la publication

1^{ère} Cour de droit social

Arrêt du 24 mars 2016 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Christine Sattiva Spring, Discrimination salariale : la *probatio diabolica* ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_376/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch mai 2016

Newsletter mai 2016

Discrimination salariale :
la *probatio diabolica*

Art. 8 al. 3 Cst. ; 3 al. 2,
5 al. 1 et 6 LEg



Discrimination salariale : la *probatio diabolica* ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_376/2015

Christine Sattiva Spring, docteur en droit, avocate à Lausanne, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral examine le caractère prétendument discriminatoire du salaire d'une collaboratrice en le comparant à celui de la personne qui l'a précédée et de son remplaçant, compte tenu des dispositions de la législation cantonale en matière de fonctions publiques. Le TF a confirmé le caractère non discriminatoire du salaire touché par la recourante, quand bien même elle n'a jamais bénéficié des primes accordées à son prédécesseur et à son successeur.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Au moment de son engagement comme responsable du service du personnel de l'administration cantonale de Bâle-Campagne, A. a été intégrée dans la classe de salaire 6, niveau 4. Le 1^{er} août 2007, elle a été promue en classe salariale 5, niveau 6. Une promotion de niveau 4, qui correspondait à la classe salariale de celui qui l'avait précédée, était envisagée à moyen terme. Par convention du 9 novembre 2010, les parties ont mis fin aux rapports de travail pour le 28 février 2011, A. étant immédiatement libérée de l'obligation de travailler, et mise au bénéfice d'une indemnité de départ ainsi que d'une prime de prestations. La question de l'égalité salariale n'était pas l'objet de l'accord intervenu.

Après avoir vainement saisi la Commission de conciliation LEg, A. a requis la direction des finances et des églises du canton de Bâle-Campagne de rendre une décision constatant qu'elle n'avait pas été l'objet d'une discrimination salariale. En raison du refus auquel elle s'est heurtée, A. a saisi le Tribunal cantonal d'une demande tendant à une modification de l'accord du 9 novembre 2010, en ce sens qu'il lui était versé un montant supplémentaire à titre de salaire depuis son engagement ; l'autorité cantonale a rejeté le recours.

A la requête de A, le gouvernement cantonal de Bâle-Campagne a constaté, par décision du 30 octobre 2012, qu'il ne l'avait pas discriminée sur le plan salarial. A. a alors saisi le Tribunal cantonal d'un recours contre cette décision, déclaré irrecevable par l'autorité cantonale, puis par le TF.

L'audience de conciliation du 6 juin 2014, intervenue ultérieurement, n'a pas permis aux parties de trouver un accord. A. a dès lors attaqué la décision du 30 octobre auprès du Tribunal cantonal en concluant à l'octroi d'un supplément de salaire, motif pris de ce que tant le fonctionnaire qui l'avait précédée que celui qui l'avait remplacée bénéficiaient l'un et l'autre d'un salaire plus important que le sien. Rejeté par le Tribunal cantonal, le recours a été porté au Tribunal fédéral. Appelé à se déterminer, le Bureau fédéral d'égalité entre femmes et hommes s'est prononcé en faveur de l'admission du recours.

B. Le droit

A l'appui de son recours en matière de droit public, A. fait valoir principalement que la dernière instance cantonale a limité son pouvoir d'examen de manière inadmissible, violant par-là les art. 8 al. 3 Cst., 3 al. 2, 5 al. 1 et 6 LEg en ne prenant pas en considération tous les éléments. Les principaux considérants seront résumés ci-dessous.

Etendue du pouvoir d'examen (consid. 4)

L'art. 8 al. 3 Cst. implique que le tribunal jouisse d'un minimum de pouvoir d'appréciation. Pour les rapports de travail du personnel des cantons et des communes, les voies de droit et la procédure sont régies par les lois cantonales d'organisation judiciaire et de procédure administrative. Celles-ci sont complétées par les articles 6 et 7 LEg, mais la loi sur l'égalité ne contient aucune disposition relative à l'étendue du pouvoir d'examen des tribunaux. L'art. 110 LTF exige que les cantons instituent une autorité judiciaire de dernière instance qui examine librement les faits et applique d'office le droit, de manière à pouvoir mener un contrôle de la conformité au droit fédéral extensif. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas le pouvoir de contrôler l'opportunité et doit se contenter d'examiner si l'instance précédente a mal usé de son pouvoir d'appréciation, parce qu'elle l'aurait restreint ou dépassé.

L'article 45 de la loi bâloise du 16 décembre 1993 sur la procédure constitutionnelle et administrative ne prévoit pas, en matière d'égalité des sexes, un pouvoir d'appréciation en opportunité.

Tant l'autorité cantonale que le Tribunal fédéral examinent librement, et sans se limiter à l'arbitraire, si une disposition salariale est contraire à la constitution ou à l'égalité constitutionnelle. Le droit fédéral est violé lorsque l'autorité cantonale admet une appréciation discriminatoire ou juge discriminatoire une évaluation qui ne l'est pas. Le Tribunal fédéral rappelle que la LEg ne permet pas de déterminer quel est le salaire « correct » mais uniquement si le sexe a une incidence discriminatoire sur le salaire. L'examen de cette question juridique ne saurait être limité compte tenu de la garantie de l'art. 8 al. 3 3^{ème} phrase Cst.

Le problème de la prescription des créances LEg (consid. 5)

Une prétention en salaire non discriminatoire constitue un droit individuel auquel s'applique la prescription de l'art. 128 ch. 3 CO, en l'absence de toute réglementation spéciale dans la LEg. Certes, le § 56 al. 1 du décret sur le personnel prévoit que les prétentions pécuniaires des

collaborateurs contre le canton en lien avec les rapports de travail doivent être introduites dans l'année depuis le moment où ils ont connaissance de la possibilité d'élever une prétention, mais au plus tard dans les cinq ans depuis la naissance de celle-ci. Les dispositions cantonales ne sauraient toutefois rendre plus difficile la possibilité de faire valoir des prétentions tirées de l'art. 8 al. 3 Cst. et de l'art. 3 al. 2 LEg.

Fardeau de la preuve de la discrimination (consid. 6)

Selon l'art. 6 LEg, il y a renversement du fardeau de la preuve lorsque les faits allégués au regard d'indices objectifs donnent l'impression d'une certaine vraisemblance de discrimination. En présence d'une différence salariale de 15 à 25% pour un travail égal ou de valeur égale, il y a en principe vraisemblance de discrimination, même s'il ne s'agit là que d'un ordre de grandeur et que d'autres éléments peuvent fonder une présomption de discrimination. Il appartient alors à l'employeur d'établir qu'il ne s'agit pas d'une discrimination due au sexe, mais d'une différence justifiée par des motifs objectifs. Ceux-ci sont d'abord les éléments qui influencent la valeur du travail ou les risques, les motifs de politique sociale ou encore les facteurs liés à la situation conjoncturelle. 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. Des motifs objectifs ne peuvent généralement légitimer une différence de rémunération que dans la mesure où ils influent sensiblement sur la prestation de travail et sa rémunération par l'employeur. En matière de rapports de travail de droit public, l'autorité jouit d'une marge d'appréciation considérable, limitée par l'interdiction de la discrimination à raison du sexe.

Vérification de la vraisemblance de discrimination salariale (consid. 7)

L'autorité cantonale a comparé le salaire initial de la recourante avec celui qu'avait touché initialement son prédécesseur et constaté une différence de 11,5%, après avoir adapté le salaire au renchérissement. En confrontant son salaire initial avec le salaire final de son prédécesseur, la recourante parvient à une différence de 43%. L'autorité cantonale a refusé cette comparaison au vu du système de classes et par échelons dans les rapports de droit public, et en raison notamment des annuités qui augmentent la rémunération tout au long des rapports de travail. Le TF a constaté que si l'on ne pouvait effectivement prendre en compte le salaire final du prédécesseur, le caractère considérable de la différence entre salaire final et salaire initial, de plus de 40%, et l'écart notable entre les salaires initiaux (11,5% bruts ou 8.6% nets) et la situation au moment du recrutement de la recourante (différences salariales de plus de 40%), établit la vraisemblance de la discrimination.

S'agissant du salaire du successeur, l'autorité cantonale a constaté que son salaire initial correspondait pratiquement au salaire final de la recourante. Même en tenant compte du renchérissement lié à l'indexation du salaire initial, une différence salariale supérieure à 15% en faveur de son successeur masculin est bien présente, qui rend vraisemblable la discrimination salariale due au sexe.

Dès lors, il appartient au canton d'établir la preuve stricte que la rémunération moindre de la recourante obéit à des motifs objectifs.

Comparaison avec le salaire du prédécesseur (consid. 8)

Au moment de son entrée en fonction, le prédécesseur de la recourante a bénéficié de la même classe de salaire, mais d'un échelon supérieur en raison de la formation meilleure de celui-ci (licence en droit et brevet d'avocat). Cette formation supérieure du prédécesseur a au surplus été fort utile à la résolution de différents problèmes juridiques complexes et l'a mené à sa nomination comme chef de projet de la révision du droit du personnel et du système des rémunérations. Du fait de ses nouvelles fonctions, il a été promu en classe 5 en 1998 et en classe 4 en 2000. Selon l'autorité cantonale, l'employeur avait un intérêt évident à conserver à son service le prédécesseur de la recourante, en raison de ses connaissances spécifiques et des projets en cours. Pour cette raison, il a perçu une prime fondée sur le § 24 al. 1 du décret du personnel, qui n'est clairement pas liée au sexe.

L'autorité cantonale a ensuite examiné l'évolution du salaire de la recourante, chargée de projet dans le domaine du management de personnel (management des ressources humaines et nouvelle organisation du service du personnel), avec cette conséquence qu'elle a été promue en classe 5 plus rapidement que ne l'avait été son successeur. L'expérience professionnelle de l'un et de l'autre paraît comparable pour les activités qu'ils ont menées. Une promotion de la recourante en classe 4 à fin 2009, envisagée, ne s'est pas réalisée en raison d'un problème de communication entre le service du personnel et la direction. Cette non-promotion de la recourante est lié à l'absence des conditions y relatives et dès lors à des motifs objectifs. La recourante n'ayant pas été promue de son seul fait, il n'y a pas lieu à poursuivre la comparaison avec son prédécesseur. Il tombe sous le sens que l'on ne peut sans autre comparer le salaire final du prédécesseur avec le salaire initial de la recourante. Le canton a ainsi apporté la preuve de l'absence de discrimination fondée sur le sexe.

Comparaison avec le salaire du successeur (consid. 9)

Le salaire du successeur de la recourante était pratiquement identique à celui qu'elle avait eu en fin de rapports de travail, et cela sans même compter la prime de 6,5% qui lui a été allouée en sus. En comparant les salaires initiaux, le successeur a gagné 26,7% de plus, pourcentage qui se réduirait à 15% en faisant abstraction de la prime. L'autorité cantonale a, à juste titre, examiné si cette prime, de 6,5% du salaire annuel, reposait sur des motifs objectifs ou non. Le TF ajoute que si la prime devait être considérée comme partie du salaire, on ne verrait pas nécessairement pour quelle raison il ne devrait pas en aller de même pour l'indemnité de départ et la prime reçue par la recourante.

9.3 : s'agissant du salaire initial du successeur de la recourante, l'autorité inférieure a établi qu'à la suite d'une nouvelle évaluation des postes de cadres par une société externe, les responsables d'offices avaient été enclassés en classe 5 ou 4 depuis le 1^{er} juillet 2009, sans plus de possibilité de figurer en classe 6 comme cela avait été le cas de la recourante et de son prédécesseur. Cette nouvelle classification constituerait un critère objectif justifiant un salaire initial supérieur à celui dont avait bénéficié la recourante.

Par ailleurs, le successeur de la recourante bénéficiait au moment de son arrivée de plus d'expérience, en raison d'une différence d'âge et d'une pratique professionnelle plus importante et plus diversifiée, ayant occupé plusieurs postes de direction dans le domaine du personnel, avec cette conséquence qu'il disposait d'expériences plus étendues et multiples. Le Tribunal fédéral constate que l'autorité cantonale a examiné la problématique avec une

cognition étendue et s'est convaincu que l'intimé avait apporté la preuve d'une différence de rémunération non due au sexe.

9.4 : s'agissant de la prime supplémentaire équivalant à 6,5% du salaire annuel, l'autorité cantonale a constaté qu'elle était justifiée en raison des qualifications particulières du successeur, que l'intimé tenait à engager et de la pression temporelle, du fait que la recourante avait quitté sa place depuis quelque temps déjà. Fondée sur le § 24 al. 1 du décret du personnel, la prime accordée au successeur selon cette disposition ne constitue pas une classification salariale particulière, mais uniquement une prestation supplémentaire à la rémunération conforme au système de classification. L'autorité compétente jouit dans ce contexte d'un très grand pouvoir d'appréciation et l'autorité de recours ne peut que vérifier s'il a été outrepassé ou mal utilisé. S'il est vrai que la recourante n'a jamais requis une prime comme celle de son successeur, il n'a jamais été question de lui en accorder une au moment de son engagement, dont les circonstances concrètes étaient différentes de celles du successeur. Compte tenu des compétences personnelles, professionnelles et de direction du successeur de la recourante, l'octroi d'une prime est admissible. La disposition légale exige que le Conseil d'Etat vérifie périodiquement si les conditions de cette attribution subsistent. Compte tenu du fait que le successeur de la recourante a quitté son poste après une année et demie, toute comparaison de l'évolution de salaire est rendue impossible. Compte tenu de l'existence de motifs justifiant une différence salariale, il n'y a pas lieu d'entrer plus en matière.

10 : en résumé, le recours apparaît comme infondé et doit être rejeté.

III. Analyse

L'arrêt résumé ci-dessus est intéressant à plusieurs titres.

1. Tout d'abord, sous l'angle de la **prescription**, il confirme que la LEg peut rendre inefficaces les délais de procédure contenus dans certaines lois cantonales sur le personnel, comme il l'avait déjà fait dans une affaire vaudoise en 2012¹.
2. Sous l'angle de l'art. 6 LEg, le Tribunal fédéral semble relativiser les pourcentages relativement stricts de différence salariale entre les parties au profit des circonstances concrètes de vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe.
3. On peut certes se féliciter de la position de la Haute Cour en tant qu'elle a admis la vraisemblance de discrimination pour les 2 personnes ayant occupé le poste de la recourante, avec cette conséquence qu'il appartenait au canton d'établir l'absence de discrimination ou le motif objectif justifiant cette différence. De même, il apparaît intéressant de comparer les évolutions des salaires de comparaison sur la carrière des personnes intéressées, malgré le risque que cela ne permette de justifier un salaire initial inférieur des femmes.
4. Le résultat auquel est parvenu le TF, à la suite de l'autorité cantonale, étonne toutefois. Tout d'abord, et quand bien même il s'en défend, le TF a fait preuve d'une extrême bienveillance dans l'appréciation du système cantonal, en particulier en tant qu'il laisse

¹ TF, arrêt du 26.11.2012, 8C_943/2011.

presqu'aveuglément la possibilité à l'autorité d'engagement d'attribuer des primes ou suppléments salariaux sans déroger au système de rémunération. Il est douteux qu'un employeur privé serait traité avec la même mansuétude s'il indiquait avoir rémunéré un collaborateur notablement plus que les autres parce qu'il tenait à l'attirer ou à le garder ; le TF a eu l'occasion de tancer les autorités vaudoises lorsqu'elles avaient accepté qu'un salarié soit sensiblement mieux rémunéré qu'une collègue alors même que l'employeur était intéressé au potentiel de clients nouveaux que l'employé pouvait amener².

5. Sous l'angle des motifs objectifs justifiant une différence salariale figure au premier plan la formation. Si l'on peut admettre que la formation différente du prédécesseur lui a permis de bénéficier d'un échelon supérieur au moment de l'engagement, et ce malgré quelques années de moins que la recourante, on constate que les tribunaux ont attaché une extrême importance à la formation juridique, au détriment de compétences plus relationnelles, qui sont souvent l'apanage des femmes. Il apparaît que les prestations de la recourante dans le domaine du management de personnel ne sont pas valorisées de la même manière que le savoir juridique de son prédécesseur, qui a été nommé chef de projet pour diverses opérations d'envergure. De telles promotions, conduisant au versement de primes et à une revalorisation salariale, n'ont pas été proposées à la recourante.
6. Quoi qu'il en soit, une meilleure formation de base ne permet pas, selon la jurisprudence fédérale, de justifier n'importe quelle différence de salaire³. A cet égard, on notera que le prédécesseur de la recourante n'a pas acquis de nouvelles compétences au cours du temps, outre bien évidemment une expérience dans le poste plus étendue. Le fait que sa rémunération ait pu atteindre 43% de plus que celle de la demanderesse lorsqu'elle a commencé son activité interpelle. On peut légitimement s'interroger sur la raison pour laquelle le TF a passé si rapidement sur la question des primes supplémentaires touchées par le prédécesseur, seul leur principe ayant été abordé sans que la question de la quotité ne soit examinée sous l'angle de la proportionnalité.
7. La Haute Cour paraît reprocher à la recourante d'être à l'origine de la discrimination salariale dont elle se plaint, du fait de la non-réalisation des conditions qui auraient permis une promotion en classe 4. Or, en juillet 2009, une nouvelle classification des fonctions des chefs de service était entrée en vigueur et il ne semble pas que la recourante en aurait bénéficié. Quoi qu'il en soit, la lecture de l'arrêt ne permet pas de déterminer dans quelle mesure on peut lui imputer à faute les problèmes de communication entre son service et la direction.
8. Plus étonnante encore est la position du TF par rapport au successeur de la recourante. En effet, la jurisprudence récente a rappelé que le principe d'égalité salariale consacré à l'art. 8, al. 3 Cst. ne s'applique pas uniquement au salaire au sens étroit, mais vise toute rémunération fournie en contrepartie du travail effectué, y compris les composantes

² TF, arrêt du 24.08.2011, 4A_261/2011.

³ TF, arrêt du 25.02.2009, 4A_449/2008, consid. 3.2.1 ; TF, arrêt du 24.08.2011, 4A_261/2011.

sociales du salaire, comme les allocations familiales⁴. Dans un arrêt d'une vingtaine d'années⁵, mais qui garde toute son actualité, le Tribunal fédéral avait indiqué que la prestation pécuniaire serait qualifiée de salaire au sens de l'art. 8 al. 3 3^{ème} phrase Cst. Si elle était en lien étroit avec le travail

9. Aujourd'hui, le Tribunal fédéral paraît revenir en arrière puisqu'il considère qu'une prime de prestations octroyée avant même le début des rapports de travail pour s'assurer les services d'un employé n'entre pas nécessairement dans la détermination du salaire. En déniaient cette qualification à toute contribution de l'employeur sur laquelle l'employé peut faire valoir un droit subjectif, les juges fédéraux ont méconnu la notion de salaire à prendre en compte dans le cadre de la LEg et renient sans raison apparente une jurisprudence bien établie.
10. On s'étonne également que la Haute Cour justifie l'absence de toute rémunération de type « prime » pour la recourante par le fait qu'elle ne l'aurait jamais demandée. Toutes les études démontrent que les hommes négocient mieux leur salaire que les femmes. Le simple fait que la recourante n'avait pas demandé de prime particulière, contrairement à celui qui l'a remplacée établit uniquement qu'il ne voulait pas toucher le salaire lié à son poste. Les échelles salariales des collectivités publiques devraient permettre de limiter le risque de discrimination salariale, ce qui est en l'espèce compliqué par les différentes primes que l'autorité d'engagement peut consentir. Ces primes pourraient échapper à tout contrôle quelconque et rendre vaine la lutte contre les discriminations salariales fondées sur le sexe. Le Tribunal fédéral est très sensiblement plus sévère à l'endroit des employeurs privés, mais s'impose vis-à-vis des collectivités publiques une réserve navrante. Il aurait été judicieux, en l'espèce, que le Tribunal se demande si une différence de plus de 26% entre le salaire de la recourante et celui de son successeur était ou non justifiée, en examinant la situation globalement.
11. En résumé, si l'arrêt paraissait prometteur notamment en tant qu'il admettait le renversement du fardeau de la preuve, son résultat est décevant puisqu'il fait marche arrière dans la composition du salaire de comparaison à prendre en compte. La discrimination salariale continuera donc à être très difficile à prouver si on admet que des contributions de l'employeur, versées mensuellement, restent en dehors du salaire.
12. Paradoxalement, les femmes seront mieux protégées dans le secteur privé, où les juridictions n'observent aucune retenue dans l'examen de la politique de rémunération. On ne peut que regretter cette évolution restrictive 20 ans après l'entrée en vigueur de la loi.

⁴ TF, arrêt du 12.02.2015, 4A_523/2014 et arrêt de l'Appellationsgericht du canton de Bâle-Ville ZB. 2013.33 (AG. 2014.431) du 26.03.2014.

⁵ ATF 126 II 217 consid. 8a.