

Tribunal fédéral – 4A_427/2023
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 8 novembre 2023 (f)

Newsletter mars 2024

Contrat de travail ;
discrimination à raison
du sexe

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Christine Sattiva Spring, Discrimination
salariale : le TF aveuglé par le masque de
l'arbitraire ; analyse de l'arrêt du Tribunal
fédéral 4A_427/2023, Newsletter
DroitDuTravail.ch mars 2024

Art. 3, 5 et 6 LEg

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail



Discrimination salariale : le TF aveuglé par le masque de l'arbitraire ; analyse de l'arrêt 4A_427/2023

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 faits

La recourante a été engagée par la banque intimée comme auditrice interne en CDI, au bénéfice d'un bachelor en management et d'un master en droit, criminalité et sécurité des nouvelles technologies. Elle avait auparavant travaillé comme chargée de sécurité informatique et organisatrice de projet de sécurité en technologie de l'information, domaine dans lequel elle était chargée de cours depuis 2011. Elle a été promue cheffe d'une équipe SOC nouvellement créée en 2014, poste qui exigeait un degré universitaire en sécurité de l'information et une expérience de deux à trois ans en IT ou sécurité de l'information.

Ses prestations ont toujours été jugées très favorablement, elle a rapidement été nommée fondée de pouvoirs et a perçu des rémunérations annuelles qui ont augmenté au cours du temps. Plusieurs de ses subordonnés ont cependant perçu une rémunération annuelle globale supérieure à la sienne, tout comme le collaborateur chef d'équipe de l'autre entité existant au sein du département auquel elle appartenait. Elle a résilié ses rapports de travail en 2018. Son successeur, engagé quelques mois plus tard, a eu droit à une rémunération globale légèrement supérieure à la sienne.

La recourante a ouvert action devant les tribunaux de Prud'hommes genevois en réclamant un montant de plus de CHF 800'000.- en raison de plusieurs discriminations à raison du sexe, notamment une discrimination en matière de rémunération et à la promotion, en sus du paiement d'heures supplémentaires notamment.

II. Analyse ¹

L'arrêt en question a été rendu à trois juges, toutes trois femmes ; il ne constitue pas un changement de jurisprudence, même s'il paraît constituer un retour en arrière pour

¹ Le texte entier de cet arrêt a été publié dans la newsletter de droit du travail de janvier 2024.

l'interprétation de la LEg. Pour le surplus, compte tenu de la hauteur des conclusions, la recevabilité du recours ne fait aucun doute.

1. L'établissement des faits

Il résulte de l'arrêt attaqué que la recourante n'a probablement pas respecté les exigences jurisprudentielles pour critiquer, sur plus de 28 pages, la constatation des faits par la cour cantonale. Or, il est nécessaire d'établir le caractère extrêmement lacunaire ou incomplet de l'état de fait cantonal pour se prévaloir de l'arbitraire des premiers juges dans la constatation des faits ; par ailleurs, ce qui est arbitraire devrait pouvoir être démontré relativement aisément².

2. Le rappel des principes relatifs à l'interdiction de la discrimination salariale

Dans son considérant 4.1, la Haute Cour a rappelé les principes relatifs à l'existence d'une discrimination salariale. Partant du fondement constitutionnel, elle expose à juste titre qu'indépendamment du sexe une travailleuse a le droit à un salaire égal à celui d'un travailleur s'ils accomplissent tous deux, dans des conditions égales, des tâches semblables ou des travaux ayant une valeur identique même s'ils sont de nature différente. L'art. 3 LEg concrétise ce principe dont la violation peut être réparée par l'art. 5 al. 1 lit. d LEg.

La Haute Cour retrace ensuite, de manière extrêmement claire, comment fonctionne le système de l'art. 6 LEg, soit la présomption de discrimination qui inclut le renversement du fardeau de la preuve pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende plausible.

Rappelant qu'il appartient au travailleur de rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination, ce qui est une question de droit, le TF relève que le juge devra simplement disposer d'éléments objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure que la situation puisse être différente.

Si ces rappels sont bienvenus, ils n'en constituent pas moins une simple confirmation de la jurisprudence fédérale. La Haute Cour continue d'ailleurs à réaffirmer sa jurisprudence en reprenant le pourcentage de 15 à 25 %³ de rémunération inférieure pour qu'une femme puisse se prévaloir d'une vraisemblance de discrimination salariale lorsqu'elle se compare à un collègue masculin qui accomplit un travail de même valeur.

Le TF rappelle encore que, pour décider si un salaire déterminé ou si une différence est discriminatoire, il est nécessaire d'examiner des questions de fait, soit en particulier le montant de la rémunération, l'importance de la différence salariale, l'existence de circonstances justifiant des différences de salaire telles que la formation, l'âge, la qualification, le domaine concret d'activité, les risques et le cahier des charges, tout comme certaines préoccupations sociales ou des occasions de négociation résultant de fluctuations conjoncturelles particulières ; il relève par ailleurs que si l'employeuse apporte la preuve d'un facteur objectif justifiant une différence de traitement, l'ampleur de cette différence doit encore respecter le principe de la proportionnalité. Enfin, les juges réaffirment que l'admissibilité des critères d'appréciation ou de différenciation représente une question de

² Pourtant, on est parfois étonné à la lecture de certains arrêts.

³ Ce qui tient non de la vraisemblance, mais pratiquement de la certitude.

droit. La précision est de taille, puisqu'elle va déterminer le pouvoir d'appréciation de la Haute Cour.

3. La position des juridictions cantonales

La recourante plaidait devant le tribunal de prud'hommes une discrimination salariale et à la promotion, réclamant une expertise pour déterminer l'équivalence des fonctions. Dans le cadre de la discrimination salariale, elle se comparait d'une part à un collègue qui avait comme elle une position de chef d'équipe de l'autre section de son département, et d'autre part à des subordonnés qui avaient été, pendant une période, gratifiés de salaires supérieurs au sien, à hauteur de 20 % dans un cas ; elle relevait aussi le salaire initial de celui qui l'avait remplacée. Les juridictions genevoises ont considéré que le collègue qui était chef d'équipe n'avait pas les mêmes tâches que la recourante et que l'employeuse avait établi des motifs justificatifs pour la quotité de la rémunération de ses subordonnés, niant ainsi toute discrimination salariale, après avoir entendu 19 témoins et rejeté la requête d'expertise présentée ; elles ont de plus considéré que la recourante n'avait pas été victime d'une discrimination à la promotion.

La recourante saisit le TF des questions de discrimination salariale, discrimination à la promotion et de violation du droit à la preuve. On discutera dès lors principalement ces trois questions.

4. Le rejet de la requête d'expertise

Le TF a rejeté toute violation du droit fédéral liée à la négation du bien-fondé de la demande d'expertise. Rappelant que le tribunal de première instance avait instruit la question de l'équivalence des fonctions par l'audition de nombreux témoins et la consultation de pièces, il considère que la cour ne se trouvait pas dans un cas où elle n'avait pas les connaissances scientifiques pour élucider une éventuelle discrimination liée au sexe.

A cet égard, on rappelle pourtant les considérants du TF dans une cause qui lui a été soumise en 2007 ; la Haute Cour relevait alors qu'un devoir d'examen étendu s'impose à l'autorité cantonale en ces termes : « *Ainsi le juge qui refuse d'ordonner une expertise requise par une partie pour établir l'équivalence entre les différentes fonctions d'une même entreprise ne satisfait en principe pas à son devoir d'examen*⁴. *Son raisonnement, dépourvu de toute approche méthodologique et scientifique, est du reste fondé sur un choix de critères vagues. Il est tout particulièrement significatif à cet égard que la Cour d'appel a attribué une grande importance à l'ancienneté au sein de la compagnie...* » Dans cette cause, l'autorité de première instance avait également entendu 19 témoins ...

A l'évidence, dans les procès en discrimination salariale, l'audition de témoins ne permet pas toujours de se faire une idée claire de la situation, ce d'autant que les personnes à entendre sont souvent bien choisies par l'employeuse, tout comme les pièces remises au tribunal.

Même certains experts ont été considérés comme incapables de restituer une image claire et précise de la question soumise à leurs connaissances spécifiques, influencés qu'ils avaient été

⁴ ATF 133 III 545, consid. 4, p. 551-2, arrêt du 3 juillet 2007.

par le matériel et les éléments présentés à leur examen⁵. Enfin, on ne saurait dire ici que l'expertise portait sur un point mineur et semblait inutile⁶.

En l'espèce, le fait que le tribunal de prud'hommes a dû entendre 19 témoins et instruire l'affaire pendant 4 ans donne une idée claire de la difficulté de la tâche à laquelle il a été confronté et permet d'imaginer aisément que tous les éléments n'allaient pas dans le même sens. Connue des juges dès le départ, la circonstance particulière qu'il y avait une présomption de discrimination salariale avec les subordonnés de la recourante et une discrimination alléguée avec un collègue d'une autre équipe aurait dû les inciter à regarder de plus près la politique de rémunération de l'employeuse. Il ne semble pas que cela ait été fait. Au contraire, il résulte de l'arrêt cantonal que les premiers juges se sont fondés en particulier sur les déclarations de témoins dont l'indépendance vu leur rôle dans la hiérarchie de l'employeuse ne semble pas la qualité première. Le refus du tribunal de prud'hommes d'ordonner la production d'un certain nombre de pièces (notamment les contrats de travail) se rapportant à des personnes entendues comme témoins paraît d'autant plus étonnant⁷. On ne voit nulle part dans la succession des décisions que les autorités judiciaires se seraient posé la question de savoir si les conclusions auxquelles elles sont parvenues reposent sur des arguments économétriques neutres, ce qui devrait être garanti dans un procès en égalité salariale.

5. La discrimination salariale

Le TF a confirmé la position des autorités cantonales, tant sous l'angle de la rémunération supplémentaire qu'était autorisé à toucher le collègue de la recourante également chef d'équipe dans le même département qu'elle, qu'en ce qui avait trait aux salaires plus importants que le sien des subordonnés de la recourante.

En l'absence d'une politique salariale exposée de manière claire, il est difficile de savoir ce qu'il en est exactement de l'équivalence des fonctions entre la recourante et son collègue, chef d'équipe. Il semble établi que l'autre équipe avait un rôle moins opérationnel que celle de la recourante, même si, pour l'année 2014, le chef de l'autre équipe a dû faire appel aux compétences spéciales de sa collègue, ce qui signifie qu'il ne disposait pas lui-même des connaissances de la recourante. On voit là déjà un élément de flou dans le raisonnement, qui aurait dû inciter à la mise en œuvre d'une expertise. On rappelle également que, selon la jurisprudence fédérale, une certaine proportionnalité est de mise lorsque l'employeuse établit l'existence d'un juste motif d'inégalité salariale. Une rémunération doublée pour le chef d'équipe avec lequel se compare la recourante étonne dans ces conditions, même si, en l'état, il n'est pas aisé de savoir s'il fallait considérer que les activités étaient comparables⁸.

⁵ Une précédente affaire vaudoise avait donné lieu à deux expertises, dont la première avait été jugée non crédible par le TF et seconde avait été soumise au Prof. Flückiger et avait conduit à l'avènement de la méthode de régression pour juger de la politique salariale : ATF 130 III 145, du 22 décembre 2003.

⁶ Aubert/Lempfen, Commentaire de la loi sur l'égalité, 2011, N°24 ad art. 12 LEg.

⁷ On peut toutefois imaginer qu'il a été soucieux de ne pas prolonger encore la procédure, qui avait déjà beaucoup duré, en refusant des réquisitions de productions qui auraient sans doute pu être présentées antérieurement.

⁸ Il semble toutefois que le témoin encore engagé au sein de la Banque qui a été le premier interrogé sur la question (et n'a pu être préparé, contrairement éventuellement à ceux qui ont été auditionnés ensuite) a déclaré estimer que le travail était de valeur égale en termes de responsabilités et de charges.

La question est beaucoup plus simple et claire s'agissant des subordonnés de la recourante. En effet, leurs compétences étaient clairement moindres puisqu'ils n'étaient pas chefs d'unité avec les attributions y relatives, mais « simples collaborateurs ». S'ils avaient eu les compétences de la recourante, ce n'est pas elle qui aurait été nommée cheffe d'équipe. On a l'impression, tant à la lecture de l'arrêt fédéral que de l'arrêt cantonal, que l'âge des subordonnés, et leur expérience ainsi que leur ancienneté ont joué un rôle extrêmement important dans la valorisation de leur salaire. Or, en cumulant les facteurs d'âge, d'ancienneté et d'expérience, on retient à plusieurs reprises les mêmes éléments, compte tenu de la corrélation logique entre eux. La Haute Cour avait d'ailleurs eu l'occasion de juger, il y a une quinzaine d'années, que certains facteurs, tels l'ancienneté, perdaient de l'importance au fil du temps⁹. On ignore enfin quel poids a été donné auxdits critères, en l'absence de tout exposé de la politique salariale de l'entreprise. Quoi qu'il en soit, on ne devrait pas pouvoir admettre que la personne qui assume les tâches et les responsabilités de la conduite d'une équipe soit moins rémunérée que les membres de cette équipe.

L'arrêt étonne sur un autre point : le Tribunal paraît ainsi considérer qu'à compter du moment où le traitement des subordonnés de la recourante n'était plus supérieur à celui de cette dernière, il n'y avait pas de discrimination : rien n'est moins sûr, du fait de la qualité de cheffe d'équipe de la recourante, qui lui conférait des responsabilités particulières dont il a été établi qu'elle les remplissait à parfaite satisfaction, ce qui devait lui valoir une compensation supérieure à celle de ses subordonnés. On s'étonne également de constater que si l'existence d'une discrimination est admise par le Tribunal de Prud'hommes pour une année au moins, elle n'a pas été jugée inadmissible puisque le salaire de la recourante a été augmenté pour les années suivantes. Là encore, rien ne permet de dire que c'était bien la politique de l'entreprise que d'engager les gens avec un salaire inférieur à celui de leurs subordonnés ayant de l'expérience et de les augmenter ensuite relativement rapidement. Sous cet angle aussi, l'arrêt en question pêche, puisqu'il ne permet pas de revoir une situation qui paraît très particulière, au motif qu'il n'y aurait pas d'arbitraire.

Enfin, la comparaison avec la personne qui a remplacé la recourante n'a pas été admise, au motif que l'unité avait suffisamment grandi et les responsabilités du chef d'équipe suffisamment évolué pour empêcher la comparaison entre le début de l'activité de la recourante et la fin de son contrat. Pourtant, l'arrêt cantonal relève l'existence d'une modification de la structure de la banque employeuse, l'unité dans laquelle avait œuvré la recourante étant ensuite cantonnée dans un département plus opérationnel.

6. La discrimination à la promotion

Après avoir rappelé les principes en la matière, le TF relève que la recourante ne fait que critiquer l'appréciation des faits établis sans établir que la cour cantonale aurait enfreint le droit fédéral en retenant qu'elle n'avait pas rendu vraisemblable l'existence d'une discrimination à la promotion. Pourtant, de manière étonnante, la cour cantonale relève que des femmes ont été promues, ce qui n'a pas sa place dans l'appréciation du cas de la recourante.

⁹ TF, 4A_449/2008, du 25 février 2009, consid. 3.1 et 3.2.1.

Par ailleurs, l'affirmation qu'il n'appartient pas au juge de s'immiscer dans la conduite de l'entreprise et d'évaluer lui-même la prestation de l'employé démontre une certaine propension du tribunal de ne pas revoir l'appréciation de l'employeuse. Or, si une expertise avait pu mettre en lumière la politique de l'employeuse, le tribunal n'aurait pas eu besoin de cette remarque qui n'a pas de pertinence dans le cadre d'une action fondée sur la LEg et va à l'encontre du but de la loi.

7. Conclusions

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. On se trouve exactement dans ce cas de figure en l'espèce, à notre avis du fait du rejet de la requête d'expertise.

Si la juridiction fédérale ne se départit pas de sa réserve excessive face à l'appréciation des faits par les autorités cantonales, les discriminations interdites par la LEg auront encore de beaux jours devant elles. Pour empêcher un résultat qui va à l'encontre d'une loi déjà peu contraignante, il paraîtrait logique que les requêtes d'expertises soient admises beaucoup plus largement en première instance et que les premiers juges, dont ce n'est pas le métier, n'aient pas à recomposer quelques bribes, nécessairement lacunaires, de politiques salariales des parties défenderesses.

Dans le cas d'un organisme tel une banque, on peine à imaginer que le département des RH ne travaille pas sur la base d'échelles de salaires qui auraient pu simplifier la résolution du cas, pour un résultat probablement différent.