

NoteSalaires, monnaie
étrangère**Proposition de citation :**

Aurélien Witzig, « Discrimination des travailleurs européens : l'abus de droit à la rescousse ; note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_215/2017 », Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2019

Art. 9 de l'Annexe I ALCP

Discrimination des travailleurs européens : l'abus de droit à la rescousse ; note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_215/2017

Aurélien Witzig, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Genève et de Neuchâtel

Nous sommes ici en présence du deuxième arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 15 janvier 2019 sur la question des travailleurs frontaliers payés en euro. Le premier arrêt était rédigé en allemand et a été publié précédemment¹.

Ce deuxième arrêt présente une situation de fait à peu près similaire : un salarié, travaillant en Suisse et résidant dans un pays de l'Union européenne dont il possédait la nationalité, s'était vu informer par son employeur qu'il ne serait plus payé en francs suisses, comme prévu initialement dans son contrat, mais en euros, à partir du 1^{er} janvier 2012. Il avait ensuite signé un avenant, aux termes duquel il avait accepté que son salaire ne fût plus versé en francs suisses mais en euros à un cours bloqué si cette monnaie s'abaissait au-dessous d'un certain palier. Le taux fictif ainsi retenu avait été défavorable au salarié pendant plusieurs années. Ce dernier a alors réclamé à l'employeur la différence entre le montant effectivement perçu et le montant qui aurait été perçu sans l'instauration du taux fictif.

Le Tribunal cantonal jurassien a donné raison au travailleur. Il a jugé l'instauration du taux fictif à l'égard des seuls travailleurs frontaliers contraire à l'Accord de libre-circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne, en raison d'une discrimination indirecte. Le même tribunal a rejeté les motifs économiques soulevés par l'employeur pour justifier cette discrimination, de tels motifs ne constituant pas les « raisons impérieuses d'intérêt général » qui, seules, auraient autorisé l'employeur à ne pas respecter le principe de non-discrimination des ressortissants européens. Il a également analysé la question sous l'angle de la proportionnalité et a constaté que l'employeur « n'exposait pas avoir examiné si d'autres mesures non discriminatoires étaient envisageables pour atteindre le but recherché ». Le

¹ Il a fait l'objet d'une note dans une précédente newsletter : Aurélien Witzig, « L'introuvable effet direct du principe de non-discrimination des travailleurs européens ; note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_230/2018 », Newsletter droitdu travail.ch, avril 2019.

principe de non-discrimination des travailleurs européens étant d'effet horizontal direct et de nature impérative, le travailleur ne pouvait pas y renoncer, même par accord contractuel.

A l'encontre de cet arrêt cantonal, l'employeur plaidait, à titre principal, qu'il n'y avait pas de discrimination prohibée et, à titre subsidiaire, que des mesures objectives justifiaient la discrimination.

Le Tribunal fédéral juge que le principe de non-discrimination, directe ou indirecte, des travailleurs européens est directement applicable ; il ne s'oppose pas à l'idée que les employeurs privés soient assujettis à ce principe ; il relève que la discrimination ne se justifie, aux termes du droit communautaire, que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique et que, dans son arrêt *Angonese* du 6 juin 2000², la Cour de justice de l'Union européenne a admis qu'une mesure discriminatoire de l'employeur privé pouvait se justifier « si elle était fondée sur des considérations objectives »³.

Le Tribunal fédéral considère toutefois le raisonnement juridique ainsi mené comme non pertinent pour trancher le cas. Il relève, d'abord, que les gens avaient été informés, notamment par une dépêche de l'Agence télégraphique suisse intitulée « Le Conseil fédéral n'interdit pas les salaires en euros », que le versement de salaires en euros aux frontaliers pouvait enfreindre les accords bilatéraux avec l'Union européenne : les employés « ne pouvaient donc ignorer les interrogations que suscitait l'avenant au contrat de travail qui leur était soumis ». Il relève, ensuite, que « la mesure litigieuse a bel et bien été prise alors que l'employeuse se trouvait dans une situation financière très précaire, dans le contexte d'une crise monétaire qu'elle a invoquée pour expliquer la mesure ». Il relève, enfin, que « cette diminution de salaire n'était pas destinée à procurer un profit à l'employeuse aux dépens du travailleur frontalier, mais visait à permettre la survie de l'entreprise, et partant le maintien des emplois, qui étaient sérieusement menacés en raison de fluctuations monétaires extraordinaires ».

Le Tribunal fédéral opère ensuite une distinction entre « d'autres interdictions de discriminer », qui revêtent le caractère d'un droit de l'homme, et l'interdiction de discriminer les travailleurs européens, qui revêt au premier chef un caractère économique.

² C-281/98.

³ Rappelons que, dans cet arrêt, la CJUE a admis que pouvait se justifier l'exigence, posée par une banque de Bolzano/Bolzen (ville du Haut-Adige aux trois quarts italophone et au quart germanophone), que les candidats à un emploi en son sein possèdent un niveau suffisant en italien et en allemand. Comme le souligne la doctrine, il est évident qu'une telle exigence peut être posée par un employeur (cf. DENIS MARTIN, « Comments on *Angonese*... », *European Journal of Migration and Law*, 2, 2000, p. 433) et qu'elle ne saurait être considérée comme une discrimination prohibée. Un cas similaire avait d'ailleurs été précédemment jugé par la Cour (28 novembre 1989, *Groener*, C-379/87) et un cas semblable s'est présenté par la suite concernant l'établissement d'un dentiste, à propos duquel il a été jugé que les compétences linguistiques de l'Etat considéré étaient nécessaires à l'exercice de sa profession (9 février 1994, *Haim*, C-424/97). En réalité, il semble que l'on se trouve, dans ces questions de compétences linguistiques, tout autant en présence d'une « raison impérieuse d'ordre public » (voire de « santé publique » dans le cas du dentiste qui ne parlerait pas la langue locale) que pour les autres affaires jugées par la Cour de justice en matière de discrimination des travailleurs communautaires.

Au total, le travailleur a, selon le Tribunal fédéral, détourné de son but l'institution de l'interdiction de discriminer, « [en dissuadant] l'employeuse de prendre d'autres mesures de sauvetage qui auraient pu le cas échéant entrer en considération ».

Dans notre précédente note, nous avons déjà exprimé notre étonnement de juriste à l'égard d'une telle motivation. D'une part, est-il juridiquement acceptable de paralyser l'application d'une convention internationale directement applicable et impérative par le recours à la figure de l'abus de droit, alors qu'il est de jurisprudence constante que le travailleur est placé par le contrat de travail dans une situation telle qu'il lui est particulièrement difficile de faire valoir ses droits durant le rapport de travail ? D'autre part, est-il de la responsabilité du travailleur de veiller à ne pas dissuader l'employeur dans ses choix de gestion économique de l'entreprise, alors que la loi suisse ne donne aucun pouvoir d'intervention concret au travailleur à ce sujet ?

En définitive, le Tribunal fédéral reproche au travailleur de ne pas s'être opposé de front à son employeur, autrement dit de ne pas avoir pris le risque d'apparaître comme un revendicateur désagréable et de risquer un licenciement, alors même que la situation juridique n'était pas tranchée (et qu'elle ne l'est d'ailleurs toujours pas après l'arrêt du Tribunal fédéral). Il convient d'insister sur le fait que le travailleur ne savait pas s'il lui était juridiquement possible de revendiquer l'application du principe de non-discrimination dans sa situation. Le Tribunal fédéral cite une dépêche de l'ATS dont le titre est précisément l'inverse : « Le Conseil fédéral n'interdit pas les salaires en euros »... Quant à la question économique, la raison pour laquelle l'employeur n'aurait pas pu, pour résoudre ses difficultés, choisir une mesure non discriminatoire est laissée de côté par cet arrêt. Le droit du travail suisse est suffisamment souple pour autoriser l'employeur à modifier les contrats lorsqu'il subit des difficultés économiques. Aucun élément de l'état de fait de l'arrêt ne permet de comprendre pourquoi il aurait fallu impérativement ne baisser que les salaires des frontaliers étrangers.

On ose dès lors se demander si le raisonnement a été mené sur un plan purement juridique ou s'il a été influencé par des considérations politiques.