

Résumé et commentaire**Proposition de citation :**

Christine Sattiva Spring, Egalité
cyclothymique pour une rétroactivité à la
carte : commentaire de l'arrêt du Tribunal
fédéral 8C_504/2020, Newsletter
DroitDuTravail.ch novembre 2021



Egalité cyclothymique pour une rétroactivité à la carte, TF 8C_504/2020 du 24 juin 2021

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

I. Objet de l'arrêt

Voir Newsletter droit du travail d'août 2021.

II. Résumé sommaire de l'arrêt

A. Les faits

Une centaine de collaborateurs de ce qui était l'Etablissement hospitalier multisite cantonal de Neuchâtel (actuellement Réseau hospitalier neuchâtelois RHNe), réuni dans un groupement, avait saisi le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel en 2009 pour se plaindre de la transposition salariale effectuée au 1^{er} janvier 2007, dans le cadre de laquelle chaque employé a été intégré dans une nouvelle fonction et une nouvelle classe de traitement avec transposition au franc pour franc. Les demandeurs faisaient valoir que le système de rémunération de la CCT santé 21, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, n'avait pas été respecté en ce qui les concernait ; ils demandaient que leur échelon correspondant à leurs années d'expériences, selon le système de l'art. 5.1 du Règlement sur la rémunération de la CCT, soit modifié avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2007. Par arrêt du 29 octobre 2012, la Cour de droit public du canton de Neuchâtel avait constaté que le système de transposition appliqué était constitutif d'une égalité de traitement entre les anciens employés de l'EHM et ceux qui avaient été engagés depuis le 1^{er} janvier 2007 et renvoyé le dossier à l'employeur ; après confirmation de la décision cantonale par le TF¹, la solution imaginée par l'employeur a pris la forme d'un rattrapage partiel entre la date de saisine de la Cour neuchâteloise et le 31 décembre 2013. Pour les collaborateurs qui n'avaient pas contesté leur classification, aucun effet rétroactif n'interviendrait dans la correction de leur salaire, effective au plus tard en 2015.

¹ TF 8C_969/2012 du 2 avril 2013.

Les recourants ont alors saisi une deuxième fois la Cour de droit public du canton de Neuchâtel, qui a rejeté la demande par arrêt du 17 juin 2020, jugeant admissible le rattrapage échelonné et progressif consistant à compenser 20 % pour la perte de salaire de mai à décembre 2009, 40 % pour 2010, 60 % pour 2011, 80 % pour 2012 et 100 % pour 2013.

Les recourants saisissent le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public en concluant principalement à ce que l'employeur soit condamné à transposer leurs salaires à l'échelon correspondant à leurs années d'expérience dès le 1^{er} janvier 2007 et subsidiairement à la réforme de l'arrêt entrepris en tant qu'il les astreint au paiement de frais judiciaires et de dépens.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral a entièrement avalisé la manière de procéder de l'autorité cantonale sur le point de l'effet rétroactif de la modification des traitements des demandeurs et recourants, rappelant en particulier que si la garantie générale de l'égalité de traitement de l'art. 8 al. 1 Cst. entraîne l'obligation de l'employeur public de rémunérer un même travail avec un même salaire, les autorités disposent d'une grande marge d'appréciation dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire. Les inégalités de traitement ont paru suffisamment motivées et limitées en l'espèce pour être admissibles.

III. Commentaire

1. La présente cause présente l'intérêt de soumettre au TF la mesure de l'égalité qui doit être respectée conformément à l'art. 8 al. 1 Cst. au moment où un système de rémunération est modifié. Elle permet de faire quelques constats généraux, applicables à tout le moins lorsque la Haute Cour doit juger si un système introduit par un employeur public cantonal respecte ou non les exigences constitutionnelles d'égalité.

2. Avec les autorités cantonales, le TF rappelle un certain nombre de préceptes applicables en matière d'égalité fondée sur l'art. 8 al. 1 Cst., en particulier le principe selon lequel une norme viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer, ou lorsqu'elle 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 ou lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente².

S'agissant de la rémunération, la Haute Cour rappelle ainsi le principe de l'absence, en droit suisse, de norme générale d'égalité salariale pour tous les collaborateurs. Cela étant, en matière de droit public, ceux-ci peuvent se fonder sur l'art. 8 al. 1 Cst. pour démontrer que la solution retenue en matière cantonale ou communale a des effets à tel point constitutifs d'inégalité qu'elle ne peut être admise et doit être corrigée d'une manière ou d'une autre.

3. Toujours au chapitre des rappels, le TF réaffirme la différence de traitement à opérer selon que l'inégalité salariale intervient entre personnes du même sexe ou entre femmes et hommes : dans cette dernière hypothèse, la situation doit être corrigée sans délai, puisque la Constitution postule une rémunération égale de l'homme et de la femme³, garantie encore

² TF 8C_582/2013 du 2 mai 2014.

³ Art. 8 al. 3 Cst.

explicitée par la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes⁴. Ainsi, celui qui invoque qu'un collaborateur de l'autre sexe, disposant d'une formation et d'une expérience comparable, utile pour l'emploi exercé, bénéficie d'une meilleure rémunération, obtiendra un traitement égal à la personne mieux payée.

Dans ce cadre-là, les autorités cantonales n'ont aucune marge d'appréciation : la Constitution fédérale et la LEg s'imposent à elles comme aux autorités judiciaires, tant en droit privé qu'en droit public⁵ ; du fait que le délai de prescription des créances salariales est de 5 ans⁶, la rétroactivité des prétentions s'impose⁷.

4.. A la suite de l'arrêt cantonal, le TF fait la part belle à l'autonomie de celui qui met en place un système de rémunération. L'employeur public dispose d'une large marge d'appréciation, reconnue déjà par le passé dans maints arrêts, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisations et de rémunérations⁸. La juridiction saisie doit observer une retenue particulière lorsqu'il s'agit non seulement de comparer deux catégories d'ayants droit mais de juger tout un système de rémunération, pour éviter de créer de nouvelles inégalités⁹.

Ainsi, la large marge de manœuvre permet à l'employeur d'avoir recours à tous les critères de distinctions objectivement soutenables¹⁰. L'employeur public peut notamment tenir compte de la situation du marché du travail et accorder des conditions salariales plus favorables au personnel nouvellement engagé, pour autant que les écarts de rémunérations restent dans les limites acceptables¹¹. En particulier, il a été jugé qu'une rétroactivité généralisée à l'ensemble des agents de la fonction publique pourrait impliquer une charge de travail disproportionnée¹². Par ailleurs, il a été admis que, dans le corps des enseignants et des préposés aux offices de poursuite et faillite, la détention de certains titres académiques permet de bénéficier d'une classe salariale plus élevée, indépendamment de l'expérience.

5. Dans le cadre de la liberté d'appréciation qui lui était laissée par l'arrêt de 2012, l'employeur devait prendre des mesures pour remédier à l'inégalité de traitement constatée à cette époque. Il devait éliminer à terme la discrimination salariale existant entre le personnel soignant en poste déjà avant 2007 et celui qu'il avait engagé depuis lors, en tenant compte du fait que, parmi les collaborateurs qui avaient contesté leur classification dans le cadre du groupement d'employés, certains avaient quitté leur travail depuis lors. La solution choisie par l'employeur a eu pour effet de créer, pendant une période intermédiaire, au moins trois catégories de collaborateurs : ceux qui avaient été engagés depuis 2007 aux nouvelles conditions salariales, ceux qui n'avaient jamais contesté leur collocation et ceux qui avaient saisi le tribunal en 2009 pour être reclassifiés. S'ajoutaient encore des collaborateurs qui avaient manifestement contesté de manière individuelle leur nouveau salaire, dont le tribunal a fait état.

⁴ Loi sur l'égalité (LEg), RS 151.1.

⁵ Art. 2 LEg.

⁶ Art. 5 LEg et 128 ch. 3 CO.

⁷ TF 8C_943/2011 du 26 novembre 2012.

⁸ TF 8C_582/2013 du 2 mai 2014, consid. 6.2.2 et réf. cit. ; 8C_649/2010 du 1^{er} mars 2011 et réf. cit.

⁹ TF 8C_631/2016 du 3 août 2017, consid. 10.2 et réf. cit.

¹⁰ TF 8C_582/2013 du 2 mai 2014, consid. 6.2.3 et réf. cit.

¹¹ TF 8C_649/2010 du 1^{er} mars 2011, et réf. cit.

¹² TF 8C_649/2010 du 1^{er} mars 2011, consid. 7.5 et réf. cit.

Cela étant, on doit constater que des variations de salaires importantes existaient déjà, puisque les pourcentages d'inégalités ne sont pas constants pour les différents membres du groupement ; on peut en particulier s'étonner que plus de 16 % de discrimination n'entraîne pas de sanction particulière de la part du tribunal de première instance, probablement toujours guidé par l'autonomie de l'employeur seul maître de son système de rémunération.

L'égalité postulée à l'art. 8 al. 1 Cst. n'y trouve assurément pas son compte, même si le raisonnement des différentes juridictions ne paraît pas autrement critiquable.

En effet, la prise en considération d'une notion de durée pour ramener les salaires à un niveau comparable (en baissant les uns ou en augmentant les autres) est inhérente à la correction de la discrimination salariale. Lorsque les conditions du marché font qu'il est difficile de recruter et que l'employeur doit ajuster à la hausse ses rémunérations pour trouver des collaborateurs, il lui est loisible de procéder ainsi même dans le cadre de l'art. 8 al. 3 Cst., à condition de revenir à des salaires conformes en principe dans un délai d'une année dès normalisation de la situation.

Ce qui peut étonner ici est le temps nécessaire à l'élimination des inégalités constatées judiciairement.

Deux problèmes (rétroactivité et rythme de la compensation) sont liés à ce délai, dont on rappelle qu'il doit être raisonnable pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle que l'inégalité salariale soit éliminée d'une manière appropriée.

S'agissant de la rétroactivité demandée au 1^{er} janvier 2007, il est vrai que le groupement n'a pas été très réactif en n'ouvrant action que plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle politique salariale. Les éléments qui ont justifié d'accorder un effet rétroactif dans le cadre de la LEG¹³ ne paraissent pas pouvoir être invoqués par le groupement, dont la force réside dans le nombre de ses membres, et il ne paraît pas choquant de refuser la rétroactivité, *a fortiori* totale, compte tenu de l'impact financier qu'elle comporterait. Le TF constate qu'il n'est pas insoutenable ni arbitraire de corriger une inégalité salariale avec effet seulement depuis le moment où l'intéressé fait valoir sa prétention ; il ne serait probablement ni insoutenable ni arbitraire d'avoir une solution inverse.

Pour la période qui suit mai 2009, il est patent que, depuis le dépôt de l'action, l'effet de surprise n'existe plus pour l'employeur qui aurait pu organiser le rattrapage sur une période plus courte : les inégalités ont perduré sur 7 ans. Cela paraît un sacrifice important demandé à certains collaborateurs, même si le problème de recrutement reste très ardu dans le domaine des soins.

6. Une question peut se poser en l'espèce, soit celle de savoir comment la situation aurait été jugée si, à titre individuel, certains collaborateurs d'un sexe avaient fait valoir une discrimination avec des personnes nouvellement engagées de l'autre sexe. L'affaire aurait

¹³ But d'assurer une place aux femmes sur le marché du travail en concrétisant le mandat constitutionnel et empêcher le licenciement de représailles

alors dû être tranchée sous l'angle de l'art. 8 al. 3 Cst. et on peut légitimement penser que la correction salariale aurait alors dû intervenir beaucoup plus rapidement¹⁴.

7. Une autre piste aurait peut-être pu être exploitée dans la mesure où les soignants discriminés pouvaient être classés dans des professions féminines, comme l'est par exemple le métier de sage-femme¹⁵. Il ne suffit toutefois pas d'appartenir à une profession féminine pour être victime de discrimination salariale¹⁶.

8. En définitive, la solution neuchâteloise de correction rétroactive partielle de l'inégalité salariale est donc conforme au droit ; à tout le moins, elle ne lui est pas contraire. Ce mode de faire est d'ailleurs appliqué relativement fréquemment, ce d'autant que l'obligation positive de mettre en œuvre l'interdiction de toute discrimination dans le cadre de la réalisation des droits fondamentaux (art. 35 Cst.) n'implique ni une égalité des chances ni une égalité de résultats. Toute bascule dans un nouveau système salarial fera nécessairement des heureux et des mécontents, selon les motifs objectifs qui fondent la réforme et les jugements de valeur qui varient au cours du temps. La problématique du recrutement suffisant, d'une part, et le souci de garder les collaborateurs compétents d'autre part, constitueront toujours des motifs légitimes pour l'employeur public, à tout le moins pendant une petite période. Dès lors que l'autorité judiciaire laisse carte blanche à l'employeur pour juger de la quotité de la rétroactivité, il sera probablement difficile d'établir que le système mis en place viole l'art. 8 al. 1 Cst.

9. On notera ici que dans cette affaire, une loi cantonale était entrée en vigueur peu avant la décision de première instance qui prévoyait l'obligation de payer des frais judiciaires et des dépens dans les actions de droit administratif : la Cour de droit public a fait immédiatement usage de la rétroactivité improprement dite de cette loi¹⁷ et condamné les demandeurs à des frais et dépens importants¹⁸.

¹⁴ Compte tenu du but de la LEg, les autorités judiciaires n'auraient probablement pas pu refuser la comparaison avec les personnes engagées ultérieurement au 1^{er} janvier 2007.

¹⁵ Sur les professions féminines dans les soins, voir TF 8C_78/2009 du 31 août 2010, partiellement reproduit aux ATF 136 II 393.

¹⁶ TF 8C_693/2016 du 4 juillet 2017.

¹⁷ Application de la loi à un état de fait qui a pris naissance dans le passé, mais se prolonge au moment de l'entrée en vigueur de la loi (consid. 5.2.2).

¹⁸ Points du dispositif annulés par le TF en raison du principe d'équivalence (consid. 5.2.4 et 5.2.5).