

**Note**Salaires, monnaie  
étrangère**Proposition de citation :**

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 DroitDuTravail.ch avril 2019

**Art. 9 de l'Annexe I ALCP**

## L'introuvable effet direct du principe de non-discrimination des travailleurs européens ; note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_230/2018

Aurélien Witzig, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Genève et de Neuchâtel, chargé de cours à l'Université de Fribourg

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt 4A\_230/2018, rendu par le Tribunal fédéral le 15 janvier 2019, était l'occasion idéale pour notre Haute cour de clarifier le régime juridique du principe d'interdiction de discrimination des travailleurs ressortissants communautaires consacré par l'Accord de libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP). En particulier, il était donné au Tribunal fédéral d'énoncer enfin si le principe de non-discrimination prévu par l'ALCP déploie un effet direct sur l'ensemble des employeurs privés en Suisse et de quels motifs justificatifs lesdits employeurs peuvent éventuellement se prévaloir.

Or, le Tribunal fédéral a botté en touche, en considérant que la travailleuse licenciée dans cette affaire abusait de son droit à se prévaloir de l'interdiction de discrimination. Ce recours à la figure de l'abus de droit mériterait d'être interrogé, dès lors qu'il autorise les juges helvétiques à ne pas appliquer l'égalité de traitement entre Suisses et Européens en matière salariale, alors que la travailleuse avait précisément invoqué l'ALCP de manière conforme à son but.

En effet, si l'employeur était véritablement contraint et forcé économiquement de baisser les salaires, il pouvait le faire de façon uniforme sur l'ensemble de ses travailleurs (c'est-à-dire baisser les salaires en francs suisses de tous ses travailleurs), possibilité offerte par le droit du travail, et ne pas transformer uniquement le mode de rémunération des travailleurs frontaliers. L'employeur n'est pas censé contrôler l'usage qui est fait par le travailleur de sa rémunération. Par ailleurs, il est plutôt étonnant de soutenir qu'en acceptant la modification de son contrat de travail, l'employée a empêché l'employeur de réfléchir à d'autres mesures pour éviter les difficultés économiques auxquelles il était confronté. Si elle avait refusé, la solution était déjà trouvée, puisqu'un congé-modification était prévu : elle aurait été licenciée...

On pourra également regretter que le Tribunal fédéral esquisse un motif justificatif de discrimination en raison des difficultés économiques de l'entreprise, sans toutefois expliquer les conséquences juridiques précises qu'il tire du principe qu'il énonce selon lequel le droit de libre circulation serait un droit économique et non un droit de l'homme.

Ce faisant, le Tribunal fédéral restreint notablement la portée d'un traité international, alors même qu'il a jugé à de nombreuses reprises que l'employeur ne saurait se prévaloir que de façon limitée de l'abus de droit du travailleur qui tarderait à invoquer une protection, tant que cette invocation se tient dans les limites du délai de prescription<sup>1</sup>.

Malgré cela, le Tribunal fédéral a précisé un certain nombre d'éléments, qu'il est utile de synthétiser :

1° Les travailleurs ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne bénéficient des garanties de l'ALCP, qu'ils résident en Suisse ou soient frontaliers.

2° L'ALCP instaure un principe de non-discrimination entre travailleurs suisses et travailleurs européens. Ce principe s'applique à tout type de contrats, conventions, règlements et accords de travail, qu'ils soient individuels ou collectifs. Il porte sur l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement.

3° Les justiciables peuvent se prévaloir directement du principe de non-discrimination contenu aux paragraphes 1 et 4 de l'article 9 de l'Annexe I de l'ALCP.

4° Une discrimination consiste à traiter de manière différente des situations semblables ou de manière semblable des situations différentes.

5° Est interdite la discrimination tant directe qu'indirecte. Il y a discrimination indirecte lorsque le choix d'un critère, neutre en apparence du point de vue de la nationalité, fera peser une différence de manière prépondérante sur les ressortissants communautaires et non sur les Suisses. Un exemple de discrimination indirecte pourrait être, selon les cas, une distinction fondée sur le lieu de résidence du salarié.

6° Des motifs justificatifs de discrimination, pour autant – selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne – qu'ils soient propres à garantir la réalisation de l'objectif, nécessaires, proportionnés et fondés sur des « exigences impérieuses d'intérêt général » sont envisageables.

7° La sanction juridique est la nullité de la clause discriminatoire.

---

<sup>1</sup> Exemples : TF, 6 juillet 2015, 4A\_145/2015, cons. 4 et 5 (annonce de la grossesse d'une travailleuse licenciée) ; TF, 14 janvier 2016, 4A\_435/2015, cons. 3.4.2 (rémunération des vacances) ; TF, 1<sup>er</sup> octobre 2004, 4C.237/2004 & 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), DTA 2005 23, DTA 2006 100, com. Sommer *in* JAR 2005 275, cons. 4 (plan d'intéressement) ; TF, 17 octobre 2005, 4C. 24/2005, cons. 2.3 (remboursement de frais) ; cf. également : TF, 21 mai 1968, ATF 94 II 37, cons. 6a et 6b ; TF, 11 septembre 1984, ATF 110 II 273, cons. 2 ; TF, 4 mai 2005, 4C.42/2005, ATF 131 III 439, cons. 5.1 ; TF, 24 mai 2005, 4C.54/2005, cons. 2.2 ; TF, 23 novembre 2011, 4A\_419/2011, JAR 2012 360, cons. 4.3.1 ; TF, 22 août 2012, 4A\_172/2012 & 4A\_174/2012, cons. 6.1 ; Zivilgericht/BS, 19 mars 1976, BJM 1977 21, JAR 1980 314.

Malgré le choix du Tribunal fédéral de considérer la prétention de la travailleuse comme abusive, il semble que l'on soit plus près que jamais de voir consacré l'effet direct sur les employeurs suisses du principe de non-discrimination des ressortissants européens.

Reste à définir quels seraient les motifs de justification de discrimination admissibles. La CJUE a admis au rang de telles exigences impérieuses d'intérêt général notamment la *protection des travailleurs*<sup>2</sup>, la prévention de la *concurrence déloyale* de la part d'entreprises rémunérant leurs travailleurs détachés à un niveau inférieur à celui correspondant au salaire minimal, en ce que cet objectif intègre un objectif de protection des travailleurs au moyen de la lutte contre le dumping social<sup>3</sup>, ainsi que la *lutte contre la fraude*, notamment sociale, et la prévention des abus, en particulier la lutte contre le travail dissimulé, dans la mesure où cet objectif peut se rattacher notamment à l'objectif de protection de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale<sup>4</sup>. L'exigence de *connaissances linguistiques* de l'Etat d'emploi peut également justifier une forme de discrimination, pour autant que la preuve de telles connaissances puisse être apportée de manière non excessivement compliquée<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> CJUE, 7 octobre 2010, *dos Santos Palhota*, C-515/08, point 47.

<sup>3</sup> CJUE, 12 octobre 2014, *Wolff & Müller*, C-60/03, points 35, 36 et 41.

<sup>4</sup> CJUE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06, point 42.

<sup>5</sup> CJUE, 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, points 43-44.