

L'égalité de rémunération dans la fonction publique

Réflexions à partir de quelques arrêts récents du Tribunal fédéral



Vincent Martenet, avocat, assistant à l'Université de Genève

Plan:

- I. Introduction
- II. Le principe
- III. Les critères de différenciation des rémunérations
 - 1. Les critères fonctionnels
 - 2. Les critères liés à l'activité effective
 - 3. Les critères personnels
 - a. L'ancienneté
 - b. L'âge
 - c. Le statut
 - d. Le domicile ou la résidence
 - e. Les charges de famille
 - f. L'état civil
 - g. L'état de santé
 - h. Les autres critères personnels
 - 4. Les critères hybrides
 - a. La formation
 - b. L'expérience
 - c. Les qualités personnelles
 - d. Le mérite
 - 5. Les critères indépendants
 - a. Les difficultés budgétaires et financières des collectivités publiques
 - b. Les circonstances économiques particulières
 - c. Le risque de créer une nouvelle inégalité en levant celle qui est établie
 - d. Le risque d'affecter l'ensemble du système de rémunération d'une collectivité publique
- IV. Conclusion

I. Introduction

Ces dernières années, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts concernant l'égalité de rémunération dans la fonction publique. Ces arrêts l'ont plus précisément amené à examiner à diverses reprises les différences de traitement existant entre les membres du corps enseignant d'un même canton.

Dans un arrêt du 31 mai 1991¹, le Tribunal fédéral se penchait ainsi sur la différence de rémunération entre, d'une part, des jardinières d'enfants et des maîtresses d'enseignement ménageant œuvrant dans le canton de Bâle-Ville

et, d'autre part, leurs collègues masculins. Dans un autre arrêt du même jour², il était question de maîtresses de travaux à l'aiguille, enseignant dans le canton de Berne, qui demandaient à être mises sur le même pied – salarial – que les maîtresses d'économie familiale ainsi que les maîtres et maîtresses de l'école primaire.

Dans un arrêt rendu près d'une année plus tard³, le Tribunal fédéral était confronté au grief, soulevé par une conseillère soleuroise en orientation professionnelle, de ce que son salaire était inférieur à celui de ses collègues masculins.

Le 10 décembre 1993, notre Haute Cour se prononçait sur la constitutionnalité des différences de rémunération existant entre les chargés de cours et les maîtres principaux enseignant au niveau secondaire supérieur dans le canton de Zurich⁴.

Dans un arrêt du 19 janvier 1995⁵, le Tribunal fédéral avait à juger de la constitutionnalité des différences de traitement entre instituteurs de l'école primaire et maîtres de l'école d'orientation du canton de Schaffhouse. Près de quatre mois plus tard, il contenait l'assaut d'un maître chargé de cours d'une école professionnelle zurichoise qui prétendait être victime d'une inégalité salariale, prohibée par l'article 4 al. 1^{er} de la Constitution fédérale, par rapport aux maîtres titulaires des écoles professionnelles du même canton⁶.

Enfin, en 1996, le Tribunal fédéral était notamment amené à examiner le système de rémunération en fonction du titre, appliqué dans le canton de Neuchâtel, conduisant à des différences de traitement considérables entre les maîtres licenciés de l'Université enseignant dans les classes d'orientation⁷ et les maîtres diplômés de l'École normale enseignant dans les mêmes classes⁸.

Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral a mentionné le principe selon lequel, dans le domaine de la rétribution des fonctions publiques, "à travail égal doit correspondre une rémunération égale". Il a en outre dressé une liste non exhaustive des "motifs objectifs" justifiant une "rétribution inégale". Du moment que cette liste a sensiblement fluctué au gré des arrêts précités et qu'elle prête, sur divers points, le flanc à la critique, il ne nous paraît pas inutile de consacrer quelques réflexions à la jurisprudence récente

- 1 ATF 117 Ia 262 ss (31 mai 1991) = JT 1993 I 98 ss.
- 2 ATF 117 Ia 270 ss (31 mai 1991) = JT 1993 I 106 ss.
- 3 ATF 118 Ia 35 ss (14 février 1992) = JT 1994 I 147 ss.
- 4 Arrêt non publié du 10 décembre 1993 en la cause *B. c. Conseil d'Etat du canton de Zurich*.
- 5 ATF 121 I 49 ss (19 janvier 1995).
- 6 ATF 121 I 102 ss (10 mai 1995).
- 7 Les classes d'orientation font le lien entre l'école primaire et l'école secondaire.
- 8 Arrêt non publié du 27 septembre 1996 en la cause *W. c. Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel*.

du Tribunal fédéral en matière d'égalité de rémunération dans la fonction publique.

Nous commencerons par rappeler brièvement la signification et la portée du principe du salaire égal pour un travail de valeur égale. Puis, nous examinerons tour à tour les différents "motifs objectifs" justifiant ou non des distinctions salariales, en opérant une classification des critères de différenciation des rémunérations dans la fonction publique.

II. Le principe

Le principe de l'égalité de traitement, inscrit à l'article 4 de la Constitution fédérale, est violé lorsqu'une norme établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler 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 différente⁹.

Dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques, le Tribunal fédéral a depuis longtemps posé le principe, découlant de l'article 4 de la Constitution fédérale, selon lequel "à travail égal doit correspondre une rémunération égale"¹⁰. La terminologie retenue – à tout le moins dans les arrêts les plus récents – manque toutefois de rigueur. Certes, le postulat de l'égalité de rémunération dans la fonction publique découle – après comme avant l'entrée en vigueur de l'article 4 al. 2 Constitution fédérale – de l'article 4 al. 1^{er} Constitution fédérale¹¹. Toutefois, la portée de l'alinéa 1^{er} de l'art. 4 Constitution fédérale est, lorsqu'il est question d'inégalité de traitement entre fonctionnaires¹² de sexe différent, parfaitement identique à celle de l'alinéa 2 de cette disposition, qui consacre le principe de l'égalité salariale pour un travail de valeur égale¹³. Le Tribunal fédéral lui-même semble d'ailleurs de cet avis¹⁴. Au reste, aucun auteur ne paraît soutenir que la portée de l'alinéa 1^{er} de l'article 4 de la Constitution fédérale est d'une quelconque manière différente de celle de l'alinéa 2 lorsque sont en cause des inégalités salariales entre fonctionnaires de sexe différent¹⁵.

Il résulte des lignes qui précèdent que le principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale (*gleichwertige Arbeit*) doit d'une manière générale être appliqué aux rapports de service de droit public. Notons, à cet égard, que le Tribunal fédéral lui-même a indiqué, il n'y a pas si longtemps, qu'il "déduisait du principe de l'égalité l'obligation de rémunérer de la même façon le travail de même valeur dans les services publics"¹⁶. Aussi la jurisprudence la plus récente, faisant état du principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal (*gleiche Arbeit*)¹⁷, est-elle trop restrictive. Afin de dissiper l'équivoque engendrée par cette jurisprudence, il serait, à notre avis, indiqué que le Tribunal fédéral prenne la peine de réaffirmer, dans un prochain arrêt destiné à la publication, son attachement, dans le domaine de la rémunération des

9 ATF 117 Ia 97ss (22 février 1991), 101; ATF 120 Ia 126 ss (6 mai 1994), 144; ATF 121 I 104.

10 ATF 103 Ia 517 ss (12 octobre 1977) [le fameux arrêt *Loup*], spécialement 522-528; ATF 105 Ia 120 ss (1^{er} juin 1979), 121-122; ATF 117 Ia 273 = JT 1993 I 107; ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §).

11 ATF 117 Ia 273 = JT 1993 I 107; cf. également ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich – Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung*, Berne 1985, p. 106; THOMAS SUTTER, "Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit" (Art. 4 Abs. 2 Satz 3), in: *recht* 1986, pp. 120 ss, 121-122. Dans un arrêt du 25 octobre 1988, l'"Obergericht" du canton de Schaffhouse a clairement indiqué que "Geschlechtsunabhängig aber ergibt sich die Lohngleichheit für das öffentliche Dienstverhältnis auch heute noch aus Art. 4 Abs. 1 BV" (ZBl. 1989, pp. 481 ss, 483 et les références).

12 Le terme se rapporte, dans le présent article, à tous les titulaires d'une fonction publique soumis à un rapport de service relevant du droit public, qu'ils soient formellement fonctionnaires ou non.

13 Cf. notamment ATF 113 Ia 107 ss (30 juin 1987), 115 et les références doctrinales.

14 ATF 117 Ia 272-274 = JT 1993 I 107-108. Dans cette affaire, et l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 2 de l'article 4 Cst. féd. étaient invoqués, sans pour autant que le Tribunal fédéral considère que l'un ne concerne que le "travail égal", alors que l'autre vise plus largement le "travail de valeur égale". Certes, notre Haute Cour souligne que, dans la mesure où il s'agit de l'égalité entre homme et femme, c'est actuellement l'article 4 al. 2 Cst. féd. qui est la norme spéciale applicable aux rapports de travail relevant du droit privé et aux rapports de service de droit public (ATF 117 Ia 273 = JT 1993 I 107 et les références jurisprudentielles). Toutefois, elle ne fait strictement aucune distinction quant à la portée respective des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 4 de la Constitution fédérale. En l'état actuel de la jurisprudence, une personne titulaire d'une fonction publique s'estimant victime d'une discrimination salariale par rapport à ses collègues de l'autre sexe doit donc invoquer l'article 4 al. 2 Cst. féd. A notre avis, elle ne doit cependant subir aucun préjudice si elle se limite à invoquer l'article 4 al. 1^{er} Cst. féd. En revanche, une personne titulaire d'une fonction publique se plaignant d'une inégalité salariale par rapport à ses collègues du même sexe doit invoquer l'article 4 al. 1^{er} Cst. féd., à l'exclusion de l'article 4 al. 2 Cst. féd. (cf. HAEFLIGER [n. 11], pp. 107-108; GEORG MÜLLER, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, no 144 ad article 4 [2^{ème} édition]).

15 Cf. notamment ISABELLE MAHRER, *Salaire égal pour un travail de valeur égale*, Zurich 1983 (traduction de JEAN A. KONOPKA), pp. 7-8; HAEFLIGER (n. 11), pp. 106-108; ANTOINE CAMPICHE, *L'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins*, thèse Lausanne, Mauraz 1986, p. 133, no 297 in fine.

16 ATF 117 Ia 272-273 = JT 1993 I 107; ATF 118 Ia 37 = JT 1994 I 149; voir également ATF 103 Ia 527-528.

17 ATF 121 I 53: "Nach Art. 4 Abs. 1 BV ist im öffentlichen Dienstverhältnis gleiche Arbeit grundsätzlich gleich zu entlohnen"; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §): "Dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques, le Tribunal fédéral a posé le principe qu'à un travail égal devait correspondre une rémunération égale."

fonctions publiques, au principe selon lequel *un travail de valeur égale* doit entraîner une rémunération égale.

La notion de "travail de même valeur" ou de "travail de valeur égale" n'englobe pas uniquement le même travail, c'est-à-dire un travail de même nature; elle peut aussi viser les discriminations cachées, qui apparaîtraient à la suite de la comparaison d'activités de nature différente¹⁸. Il ne faut cependant pas se méprendre sur la portée pratique de cette jurisprudence. Le Tribunal fédéral reconnaît, en effet, au législateur cantonal un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de questions d'organisation et de rémunération¹⁹. Dans l'esprit de cette jurisprudence, il semble hautement vraisemblable que notre Haute Cour laisse aux autorités cantonales un très large pouvoir d'appréciation également lorsqu'il y a lieu de comparer et d'évaluer deux activités de nature différente.

Afin que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la notion de "travail de même valeur" ne reste pas lettre morte, il se justifie de reconnaître au titulaire d'une fonction publique se plaignant d'une inégalité salariale et rendant celle-ci vraisemblable un large droit à la preuve, en particulier un droit étendu de requérir du juge qu'il ordonne une expertise, réalisée par un organisme spécialisé et totalement indépendant de l'administration, portant sur la valeur respective des activités invoquées à titre comparatif. Une telle évaluation est en tout cas requise lorsque l'autorité judiciaire ne parvient pas, à l'aide des preuves apportées par les parties, à se forger une intime conviction sur l'existence ou l'absence d'une discrimination salariale.

Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs lui-même rendu compte des difficultés pratiques que pose sa jurisprudence puisqu'il relève que "le point de savoir s'il s'agit de travaux de même valeur est parfois difficile à trancher et oblige souvent le juge à soumettre les activités en cause à une évaluation des postes de travail"²⁰. Dans le prolongement de cette jurisprudence, il a tout spécialement souligné que le juge confronté à une réglementation susceptible de violer le principe de l'égalité salariale pour un travail de valeur égale doit procéder à un examen minimum, dont l'étendue ne peut cependant être déterminée qu'au cas par cas²¹. En outre, le Tribunal fédéral considère maintenant qu'une évaluation analytique des places de travail doit en tout cas être ordonnée quand la résolution de certaines questions exige, en raison de la complexité de l'échelle des traitements, des connaissances techniques spécifiques²².

Après nous être attardé quelques instants sur le principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale, il nous faut maintenant passer en revue – sans toutefois prétendre à l'exhaustivité – les critères à l'aune desquels les différences de rémunération des fonctions publiques doivent être jugées.

III. Les critères de différenciation des rémunérations

Le principe esquissé ci-dessus, pris à la lettre, aurait pu conduire le Tribunal fédéral à retenir comme seul critère

de différenciation des salaires la valeur respective des activités en cause. Tel n'a cependant pas été le cas.

Dans un arrêt du 30 juin 1987, le Tribunal fédéral a estimé que "des différences de salaire entre hommes et femmes, pour un travail identique ou de même valeur, ne violent cependant pas la garantie constitutionnelle de l'égalité de rémunération, si elles reposent sur des motifs objectifs tels que l'âge, l'ancienneté, les charges familiales, l'expérience, le degré de qualification, les risques, etc."²³. Cette jurisprudence, qui concernait initialement les rapports de travail relevant du droit privé, est désormais aussi appliquée aux rapports de service relevant du droit public, lorsque sont concernées des personnes de sexe différent ou du même sexe²⁴. Ces "motifs objectifs", que le Tribunal fédéral nous livre en vrac, se rapportent aux fonctions publiques elles-mêmes ainsi qu'à la personne et à l'activité effective de leurs titulaires.

Dans l'arrêt précité du 30 juin 1987, notre Haute Cour a encore considéré que "d'autres circonstances objectives (...) peuvent justifier une entorse au principe de l'égalité de rémunération, lors même qu'elles n'ont pas trait à la personne ou à l'activité du travailleur"²⁵. Cette jurisprudence trouve également application dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques²⁶.

Les critères de différenciation des salaires, tels qu'ils ont été dégagés par le Tribunal fédéral, méritent d'être analysés séparément. Il se justifie, en outre, d'élargir la réflexion en recensant sommairement les divers critères permettant des distinctions de rémunération dans la fonction publique. Pour ce faire, nous tenterons de les classer en distinguant les critères liés aux fonctions publiques elles-mêmes, ceux qui se fondent sur la personne de leurs titulaires, ceux qui dépendent de l'activité effective de ces derniers ainsi que

18 ATF 117 Ia 273 = JT 1993 I 108; cf. également MAHRER (n. 15), pp. 15 ss; INGRID KRON, Bedeutung und Problematik des Gleichberechtigungsartikels für die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, in: RSJ 1982, pp. 121 ss, 124; ALEXANDRE BERENSTEIN, Der Lohn für gleichwertige Arbeit, in: RSJB 1984, pp. 489 ss, spécialement 508–509; HAEFLIGER (n. 11), pp. 109–110; CAMPICHE (n. 15), pp. 129–130, no 289. A noter que cette jurisprudence était déjà annoncée dans l'ATF 113 Ia 115.

19 ATF 121 I 51; ATF 121 I 104; arrêt non publié du 29 janvier 1996 en la cause *X et Y c. Conseil d'Etat du canton de Zoug*, cons. 2b; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (1^{er} §).

20 ATF 117 Ia 273 = JT 1993 I 108; cf. également SUTTER (n. 11), p. 124; CAMPICHE (n. 15), p. 130, no 289.

21 ATF 118 Ia 35 ss, spécialement 40 = JT 1994 I 147ss, 152.

22 ATF 121 I 53; cf. également ATF 117 Ia 269 = JT 1993 I 105.

23 ATF 113 Ia 116 et les références doctrinales.

24 ATF 117 Ia 276 = JT 1993 I 111; ATF 118 Ia 37–38 = JT 1994 I 150; ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §).

25 ATF 113 Ia 116.

26 ATF 118 Ia 38 = JT 1994 I 150; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (1^{er} §).

ceux qui sont indépendants des fonctions publiques concernées et de leurs titulaires.

En analysant chaque critère de différenciation des salaires, il faudra toujours le rapprocher du critère de base, soit *la valeur du travail*, et se demander s'il est susceptible d'influer sur celle-ci. Si tel est le cas, alors il devra en principe être admis. Dans le cas contraire, il faudra se montrer extrêmement méfiant et examiner si un intérêt supérieur à celui des fonctionnaires à être rémunérés de manière égale pour un travail de valeur égale justifie que le critère soit tout de même retenu. Une pesée des intérêts en présence devra ainsi être opérée²⁷.

Il sera enfin précisé que nous n'examinerons pas, dans les pages qui suivent, le principe de l'égalité des sexes au plan salarial. La jurisprudence et la doctrine sont, à notre avis, suffisamment abondantes en la matière pour nous dispenser d'ajouter notre pierre à un édifice imposant et solide. Au reste, le problème de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes semble maintenant résolu au plan juridique²⁸. Reste la pratique...

1. Les critères fonctionnels

Les critères fonctionnels permettent de définir les fonctions publiques elles-mêmes. Ils permettent, en d'autres termes, de décrire les postes de travail relevant du service public indépendamment de l'activité effective des personnes qui les occupent.

Ces critères servent à répartir les fonctions publiques en différentes classes de traitement. Ainsi, "chaque poste de travail se voit attribuer une classification, par fonction et par classe de traitement, selon les caractéristiques de son cahier des charges, les tâches à accomplir, les responsabilités à assumer"²⁹. Dans sa jurisprudence relative à l'égalité de rémunération dans la fonction publique, le Tribunal fédéral mentionne expressément le dernier de ces critères³⁰. Il considère également que le temps de travail ainsi que les risques encourus constituent des "motifs objectifs" justifiant une "rétribution inégale"³¹. S'agissant plus spécialement de la rémunération des enseignants, il retient notamment les critères du genre de l'école, du nombre d'heures d'enseignement, de la grandeur des classes et de la responsabilité découlant de cette activité³².

Ces critères peuvent, à notre sens, être qualifiés de *fonctionnels*. Ils permettent, en effet, de décrire et d'évaluer les fonctions publiques, c'est-à-dire de déterminer leur valeur respective indépendamment de la personne et de l'activité effective de leurs titulaires. Ils se rapportent ainsi à la valeur *abstraite*, voire intrinsèque des fonctions publiques. Ils sont cependant aussi liés aux prestations fournies par leurs titulaires, dans la mesure où l'activité réelle d'un fonctionnaire correspond en principe à celle pour laquelle il est nommé, soit celle qui a été envisagée *abstraitemment* lors de son engagement.

Les critères fonctionnels que nous avons évoqués ci-dessus ne doivent pas être considérés, ainsi que le fait le Tribunal fédéral, comme des entorses³³ au principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale,

mais comme des données influençant directement l'application de ce principe puisqu'ils contribuent à définir cette valeur. En d'autres termes, les critères fonctionnels permettent de déterminer dans quelle mesure deux activités se prêtent à la comparaison et si la valeur de l'une équivaut à celle de l'autre. En présence de deux activités incomparables parce qu'inégales, l'autorité judiciaire ne peut tout simplement pas appliquer le principe de l'égalité de rémunération. Dans l'hypothèse contraire, ce principe ne peut être pris en considération que dans la mesure de la comparabilité des activités envisagées.

Les critères esquissés plus haut ne sont de loin pas les seuls à pouvoir être qualifiés de *fonctionnels*. Le niveau de formation ou d'expérience requis pour occuper telle ou telle fonction, la position hiérarchique de celle-ci, les conditions de travail (travail par grand froid ou de nuit, par exemple), les difficultés de telle ou telle activité (travail impliquant le port de charges très lourdes, par exemple), ses dangers ou son environnement social immédiat (travail en milieu carcéral, par exemple) peuvent aussi revendiquer cette qualification³⁴. Il va de soi que ce catalogue n'est pas exhaustif.

27 G. MÜLLER (n. 14), no 30: "La question de l'égalité juridique présuppose la constatation de différences, qui doivent faire l'objet d'un examen comparatif et d'une pesée des intérêts (...)."

28 Pour une bonne synthèse, cf. ATF 117 Ia 273 et les références = JT 1993 I 108: "Selon la troisième phrase de l'article 4 al. 2 Cst., la détermination du salaire d'une personne ne dépend plus du point de savoir s'il s'agit d'un homme ou d'une femme. Sont donc interdites les différences de salaire qui se fondent sur les différences entre l'homme et la femme, telles que force physique moins grande, absences généralement plus fréquentes, âge de retraite avancé et mesures de protection en faveur des travailleuses, car elles n'ont pas trait au travail lui-même (...). En revanche, les différences de nature individuelle, qui donnent aussi lieu à des salaires différents entre travailleurs de même sexe, ne violent pas la norme de la troisième phrase de l'article 4 al. 2 Cst. (...)."

29 PIERRE MOOR, *Droit administratif*, volume III, Berne 1992, p. 218. Dans ce sens, l'article 38 al. 2 du Statut des fonctionnaires fédéraux, du 30 juin 1927, stipule que "pour le classement des fonctions, on tiendra compte en particulier de l'instruction requise, de l'étendue des attributions, des exigences du service, de la responsabilité et des dangers".

30 Arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §).

31 ATF 117 Ia 276 = JT 1993 I 111; ATF 118 Ia 37-38 = JT 1994 I 150; ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §).

32 ATF 121 I 53 et les références; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §); voir également l'arrêt précité de l'"Obergericht" du canton de Schaffhouse (n. 11), pp. 484-488.

33 Le terme *entorse* est expressément utilisé par le Tribunal fédéral (cf. en particulier ATF 113 Ia 116 en bas).

34 Cf. par analogie EDI CLASS/RAINER MÖSSINGER, *Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis*, Zurich 1996, pp. 41 et 84-85. Au sujet des critères d'évaluation des fonctions publiques, voir également un arrêt rendu par le Tribunal administratif du canton d'Obwald le 22 mars 1991, publié in: ZBl. 1991, pp. 356 ss.

Il suffit cependant à donner une idée relativement précise de ce que nous entendons par *critères fonctionnels*.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la valeur abstraite d'un travail est déterminée par les critères fonctionnels. Ces derniers sont également liés à l'activité réelle des fonctionnaires, puisque celle-ci correspond en principe à celle envisagée abstraitement lors de leur nomination. Ainsi, parce qu'ils sont liés de manière médiate mais étroite à la valeur des prestations fournies par les titulaires de fonctions publiques, les critères fonctionnels peuvent-ils être retenus par une collectivité publique pour répartir les fonctions en classes de traitement et opérer ainsi des différences de rémunération – compatibles avec l'article 4 de la Constitution fédérale – entre leurs titulaires, présents ou futurs.

Attardons-nous enfin quelques instants sur un critère particulier, celui du *lieu de service*. Ce critère est indépendant de la personne et de l'activité des titulaires de fonctions publiques. En ce sens, il doit être qualifié de *fonctionnel*. Il n'est pas lié à la valeur du travail comme le sont les critères que nous avons mentionnés ci-dessus. Cette valeur constitue pourtant le critère fondamental de différenciation des salaires dans la fonction publique. Aussi convient-il d'examiner si un intérêt supérieur justifie que le lieu de service influe sur le système de rémunération des fonctions publiques.

Des différences de rémunération fondées sur le lieu de service peuvent être motivées par la volonté de tenir compte des avantages et des inconvénients inhérents à ce lieu³⁵. De telles différences permettent d'égaliser les situations économiques des fonctionnaires actifs en des endroits distincts. Elles tendent en particulier à égaliser leur pouvoir d'achat. Le but de ces différences relève sans conteste de l'intérêt public. Comme le note GEORG MÜLLER, "le principe général d'égalisation (...) concrétise le principe de l'Etat social"³⁶. Or, ce dernier est une des "options fondamentales" de la Confédération et des cantons³⁷. Une collectivité publique est par conséquent légitimée à prendre en considération les caractéristiques de chaque lieu de service lorsqu'elle fixe les rémunérations des fonctions publiques. Dans ce contexte, le principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique peut être précisé de la façon suivante: à travail de valeur égale correspond une rémunération *réelle* – plutôt que nominale – égale.

La nécessité de garantir le bon fonctionnement du service public peut également justifier des différences de rémunération fondées sur le lieu de service. La difficulté de recruter du personnel ainsi que celle de le maintenir au sein de la fonction publique rendent parfois indispensable une hausse des salaires limitée à certains endroits³⁸. Dans la même optique, la doctrine récente, goûtant les théories de la nouvelle gestion publique (new public management), appelle à plus de flexibilité dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques et à une adéquation de celle-ci aux *conditions du marché*³⁹. Ces dernières, parce qu'elles ne sont pas uniformes, peuvent engendrer des différences de traitement, jugées conformes à l'article 4 de la Constitution fédérale⁴⁰.

Les différences de rémunération envisagées ici sont sous-tendues par la nécessité d'assurer un service public fonctionnant régulièrement, sans interruption ni à-coups. Elles permettent également d'intégrer dans la fonction publique du personnel compétent qui pourrait s'en détourner si les conditions de rémunération n'étaient pas adaptées à celles du marché. Ces différences sont motivées par un intérêt public évident et sont ainsi admissibles.

Précisons enfin que la part de la rémunération qui est fonction du lieu de service et des conditions du marché doit selon nous être clairement distinguée de la rémunération de base des fonctionnaires. Seule celle-là – et non celle-ci – est susceptible de fluctuer au gré des déplacements des fonctionnaires et selon les conditions du marché. Les fonctionnaires se voient ainsi garantir une rémunération de base insensible aux aléas des mutations géographiques et du marché.

En résumé, les critères fonctionnels qui viennent d'être examinés justifient des différences de rémunération dans la fonction publique. Pour autant qu'elles respectent le principe de la proportionnalité, ces différences sont admissibles au regard de l'article 4 de la Constitution fédérale.

2. Les critères liés à l'activité effective

Les critères de différenciation des salaires fondés sur l'activité effective des fonctionnaires sont ceux qui se rapprochent le plus du critère de base, à savoir la valeur du travail. Parmi ces critères, il faut distinguer les critères *quantitatifs* des critères *qualitatifs*.

Le rendement individuel constitue le critère quantitatif par excellence. Du moment qu'il influe directement sur la valeur du travail, le rendement respectif de plusieurs fonctionnaires exerçant une activité comparable et à des conditions identiques peut parfaitement justifier des rémunérations différenciées⁴¹. Les heures supplémentaires effectuées par le titulaire d'une fonction publique légitimement égale-

35 Voir l'article 37 al. 1 du Statut des fonctionnaires fédéraux, du 30 juin 1927: "Au traitement s'ajoute une indemnité de résidence échelonnée d'après le coût de la vie et les impôts au lieu de service ainsi que d'après l'importance et la situation dudit lieu."

36 Op. cit. (n. 14), no 4a et les références. G. MÜLLER ajoute que "le principe d'égalisation vise à établir dans les faits des situations ou des circonstances identiques, à savoir des résultats égaux (...)".

37 Cf. notamment KURT EICHENBERGER, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Introduction à la Constitution fédérale, nos 102-104.

38 Voir l'article 37 al. 2 du Statut des fonctionnaires fédéraux, du 30 juin 1927: "Une allocation complémentaire peut être versée aux fonctionnaires ou à certaines catégories d'entre eux dans les lieux de service où il est extrêmement difficile de recruter du personnel ou de le garder."

39 Cf. en particulier PAUL RICHLI, *Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management*, Berne 1996, pp. 75-77.

40 RICHLI (n. 39), pp. 77 et 34-36.

41 STEPHAN HEGNER, *Salaire égal pour un travail de valeur égale*, Zurich 1981, p. 11; CAMPICHE, op. cit. (n. 15), p. 131, no 292 et les références doctrinales.

ment des différences de salaire par rapport à ceux de ses collègues qui n'auraient, par hypothèse, accompli que la durée réglementaire de travail⁴². L'absentéisme dépourvu de motifs valables peut, à notre sens, aussi justifier des différences de rémunération dans la fonction publique⁴³.

Les critères qualitatifs, tels que le respect intégral du cahier des charges, la réalisation des objectifs convenus, la bonne facture des prestations effectuées, l'exercice de nouvelles tâches ou l'assomption de nouvelles responsabilités, peuvent être retenus pour procéder à des différenciations salariales. Si ces critères sont admissibles, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas toujours aisé de juger la qualité de l'activité d'un fonctionnaire. Par ailleurs, il va de soi que cette qualité ne peut être comparée à celle d'un ou plusieurs autres fonctionnaires que pour autant que leurs conditions de travail soient semblables.

Les critères que nous venons d'esquisser permettent d'apprécier *la valeur du travail* d'un fonctionnaire. Par conséquent, il nous paraît erroné de les considérer, ainsi que le fait une partie de la doctrine⁴⁴, comme des raisons objectives justifiant une sorte d'entorse au principe de l'égalité de rémunération. Comme les critères fonctionnels, ils contribuent à définir la valeur de l'activité d'un fonctionnaire par rapport à celle d'un ou de plusieurs de ses collègues. Ils influent dès lors directement sur l'applicabilité du principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique puisqu'ils ont trait à *la valeur du travail* elle-même. En d'autres termes, l'autorité administrative ou judiciaire saisie d'un litige concernant l'égalité de rémunération dans la fonction publique doit commencer par établir la valeur respective des activités en cause afin de déterminer si et dans quelle mesure elle peut appliquer ce principe. La doctrine précitée tend, quant à elle, à appliquer dans un premier temps le principe de l'égalité de salaire pour un travail de valeur égale, puis à se demander dans un second temps si des raisons liées à la valeur des activités en cause justifient des différences de salaire! La démarche manque singulièrement de logique.

Les critères liés à l'activité effective priment, à notre sens, clairement les critères fonctionnels lorsque l'application des uns et des autres débouche sur des résultats contradictoires. Illustrons cette affirmation à l'aide de deux exemples.

En premier lieu, l'activité réelle d'un fonctionnaire peut se modifier au point de ne plus du tout correspondre à celle qui était envisagée lors de son engagement. Dans une telle hypothèse, les critères liés à l'activité effective du titulaire d'une fonction publique – parce qu'ils se rattachent directement à *la valeur du travail* – devraient prendre clairement le pas sur les critères fonctionnels. Concrètement, cela signifie que l'autorité judiciaire chargée d'examiner une différence de rémunération entre fonctionnaires devrait tout spécialement prendre en considération les prestations qu'ils fournissent effectivement, en laissant de côté les critères définissant abstraitement les fonctions qu'ils sont censés occuper. Notons à cet égard que l'évaluation de la correspondance entre une fonction et la classe de traitement qui lui est attribuée peut toujours être modifiée⁴⁵.

En second lieu, il peut arriver que les critères définissant une fonction soient *ab initio* sans rapport avec l'activité de son titulaire. Dans un tel cas, celle-ci, plus proche de la valeur du travail, devrait également être déterminante dans le cadre d'une comparaison salariale. Relevons en passant qu'une réglementation posant des exigences totalement injustifiées et disproportionnées pour revêtir une certaine fonction publique (exigences de formation sans rapport avec l'activité attendue du titulaire d'une fonction, par exemple) devrait pouvoir être attaquée sous l'angle de l'article 4 de la Constitution fédérale, duquel découle *le principe de l'égalité d'accès à la fonction publique*⁴⁶.

En conclusion, les différences de rémunération fondées sur l'activité effective des titulaires de fonctions publiques sont compatibles avec l'article 4 de la Constitution fédérale. Les critères liés à l'activité effective peuvent donc être retenus par les collectivités publiques lorsque celles-ci doivent fixer les rémunérations dues aux fonctionnaires qui dépendent d'elles. Ils priment même les critères fonctionnels en cas de conflits entre eux.

3. Les critères personnels

Par *critères personnels*, il faut entendre tous les paramètres de différenciation des salaires *exclusivement* liés à la personne des titulaires de fonctions publiques. D'emblée, il sied de relever que ces critères ne dépendent aucunement des fonctions publiques elles-mêmes ou de l'activité effective de leurs titulaires. Ils ne se rapportent dès lors pas à *la valeur du travail* de ces derniers. Cette valeur constitue pourtant le critère fondamental de différenciation des rémunérations des fonctions publiques. Aussi convient-il de faire preuve d'une certaine méfiance à l'endroit des critères purement personnels.

a. L'ancienneté

L'ancienneté ou le nombre d'années de service représentent, selon le Tribunal fédéral, des "motifs objectifs" légitimant

42 CAMPICHE (n. 15), p. 131, no 292.

43 Sur ce point, cf. HEGNER (n. 41), pp. 32–36.

44 Cf. en particulier CAMPICHE (n. 15), p. 131, no 292, qui, après avoir posé le principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale, considère comme admissibles "des différences de salaire qui ont une raison objective (différence de valeur des prestations [sic!] (...), rendement individuel, heures supplémentaires)"; voir également HEGNER (n. 41), p. 11.

45 MOOR (n. 29), p. 218.

46 A propos de ce principe, cf. en particulier STEFAN MÜLLER, *Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen*, thèse Berne, Diessenhofen 1981, pp. 18 ss. Une telle réglementation pourrait également être considérée comme arbitraire tant il est vrai que "ein Erlass ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte, sachliche Gründe stützt, sinn- oder nutzlos erscheint" (JÖRG PAUL MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2^{ème} éd., Berne 1991, p. 239 et les références).

une "rémunération inégale"⁴⁷. Notre Haute Cour distingue à juste titre le critère de l'ancienneté de celui de l'expérience (cf. ci-dessous). Aussi convient-il pour l'instant de n'examiner que celle-là, indépendamment du fait qu'elle s'accompagne presque nécessairement de celle-ci.

L'ancienneté seule n'affecte pas la valeur des prestations fournies par les titulaires de fonctions publiques. Par ailleurs, sa prise en compte, bien qu'usuelle, ne se fonde pas sur de véritables motifs de politique sociale.

Retenir le critère de l'ancienneté lors de la détermination de la politique salariale d'une collectivité publique peut néanmoins relever de l'intérêt public. Afin d'assurer une certaine uniformité du service public dans le temps, il est indispensable qu'il soit à l'abri de changements trop fréquents au sein de ses ressources humaines. L'instauration de "primes à l'ancienneté" permet en outre de favoriser la continuité du service public et, partant, celle de l'Etat. Le principe de la continuité du service public signifie, par référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel français, qu'il "doit fonctionner régulièrement, sans interruption ni à-coups, afin d'assurer de façon constante la satisfaction de l'intérêt général qui est sa raison d'être"⁴⁸. Ce principe ainsi que celui de l'uniformité du service public relèvent indiscutablement de l'intérêt public. Du moment qu'elle est de nature à garantir ces principes, l'instauration de "primes à l'ancienneté" peut, à notre sens, déboucher sur des différences salariales admissibles au regard de l'article 4 de la Constitution fédérale, pour autant bien évidemment qu'elles respectent le principe de la proportionnalité.

Les "primes à l'ancienneté" peuvent également être analysées comme autant de rétributions de la *fidélité* d'une personne à la fonction publique. Elles ne sont ainsi pas versées à titre purement gratuit, mais sont impliquées dans un processus synallagmatique. Envisagées sous cet angle, de telles primes nous paraissent également admissibles. Les fonctionnaires disposent, en effet, d'un intérêt privé à ce que leur fidélité à la fonction publique soit prise en considération lors de la détermination des salaires.

Précisons encore que les collectivités publiques doivent selon nous clairement distinguer les prestations pécuniaires qui sont fonction du travail accompli de celles qui correspondent à des "primes à l'ancienneté". De cette façon, la comparaison des rémunérations de deux fonctionnaires peut se dédoubler, sous l'angle de la valeur de leur activité et sous l'angle de l'ancienneté⁴⁹. Des inégalités doubles ou croisées risquent, cas échéant, d'apparaître.

b. L'âge

Le Tribunal fédéral estime que l'âge est également un "motif objectif" justifiant une "rétribution inégale"⁵⁰. Il vise vraisemblablement l'hypothèse de l'augmentation de la rémunération des fonctions publiques parallèlement à celle de l'âge de leurs titulaires, indépendamment du critère de l'ancienneté (cf. ci-dessus). Nous ne voyons pas quel but social peut légitimer la prise en compte de l'âge lors de la détermination des rémunérations des fonctions publiques. Les charges d'une personne active n'augmentent pas néces-

sairement avec son âge. Tout individu doit, par exemple, se soucier de sa prévoyance professionnelle et préparer financièrement sa retraite dès le début de son activité. Par ailleurs, l'intérêt des fonctionnaires à être rémunérés de manière égale pour un travail de valeur égale l'emporte indiscutablement – ne serait-ce que par pure équité – sur leur intérêt à ce que l'âge soit pris en compte lors de la détermination des salaires.

Du moment que ce critère n'est pas lié à la valeur du travail et qu'il n'est – contrairement à celui des charges de famille (cf. ci-dessous) – sous-tendu par aucun intérêt public et par aucun intérêt privé supérieur, il ne saurait, à notre avis, justifier à lui seul une dérogation au principe constitutionnel de l'égalité de rémunération dans la fonction publique. La jurisprudence du Tribunal fédéral mérite dès lors d'être revue sur ce point. Concrètement, une réglementation créant des différences de rémunération entre fonctionnaires fondées sur leur âge respectif n'est, à notre avis, pas conforme à l'article 4 de la Constitution fédérale.

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral méconnaît en outre l'effet pervers qui peut résulter de l'admission des distinctions salariales fondées sur l'âge. Imaginons qu'une collectivité publique pénalise au plan salarial les fonctionnaires les plus âgés en estimant qu'ayant passé le cap des cinquante ans, ils sont moins flexibles, moins productifs et moins motivés. Dans cette hypothèse, l'âge constitue le critère de différenciation des salaires. Or, en l'état actuel de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet sans réserve un tel critère, qu'il qualifie de "motif objectif" justifiant une "rétribution inégale". Cette collectivité ne violerait ainsi pas l'article 4 de la Constitution fédérale et ne pourrait pas être sanctionnée! L'effet pervers de cette jurisprudence, illustré à l'aide de cet exemple, devrait inciter notre Haute Cour à procéder sinon à un revirement de jurisprudence, tout au moins à une nette précision de celle-ci au sens des considérations développées ci-dessus.

c. Le statut

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une simple différence de *statut* peut justifier une différence de rémunération⁵¹. Une différence purement statutaire existe entre deux

47 ATF 117 Ia 276 = JT 1993 I 111; ATF 118 Ia 37–38 = JT 1994 I 150; ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §); cf. également HEGNER (n. 41), p. 11; HAEFLIGER (n. 11), p. 110; CAMPICHE (n. 15), p. 131, no 292; SUTTER (n. 11), pp. 124–125.

48 ANNE-MARIE LE BOS-LE POURHET, La continuité du service public, in: OLIVIER DUHAMEL/YVES MÉNY, Dictionnaire constitutionnel, Paris 1992, p. 222 et les références jurisprudentielles.

49 Comp. MAHRER (n. 15), p. 13.

50 ATF 117 Ia 276 = JT 1993 I 111; ATF 118 Ia 37–38 = JT 1994 I 150; ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §); HEGNER (n. 41), p. 11; HAEFLIGER (n. 11), p. 110; CAMPICHE (n. 15), p. 131, no 292; SUTTER (n. 11), pp. 124–125.

51 Arrêt précité du 10 décembre 1993 (n. 4), cons. 5a; ATF 121 I 106–108.

fonctionnaires, lorsque l'un est titularisé, nommé à l'inverse de l'autre, alors qu'ils occupent des fonctions identiques et qu'ils fournissent des prestations de valeur égale.

Au préalable, il sied d'observer qu'une différence statutaire entre deux fonctionnaires est, en tant que telle, sans incidence sur la valeur du travail que chacun d'eux fournit. Au surplus, la prise en compte d'une telle différence ne repose sur aucun véritable intérêt public. Certes, le Tribunal fédéral relève qu'un certain schématisme dans l'élaboration des échelles de traitement ne peut pas être évité⁵². Il semble toutefois pour le moins douteux que ce schématisme relève de l'intérêt public. Par ailleurs, l'intérêt des fonctionnaires à être rémunérés de manière égale pour un travail de valeur égale prime sans conteste leur intérêt à ce qu'il soit tenu compte de simples différences statutaires lors de la détermination des rémunérations dans la fonction publique.

Il peut néanmoins se présenter des situations particulières, comme celle dans laquelle se trouvent les personnes fraîchement engagées dans la fonction publique et, partant, non encore titularisées, pour lesquelles il serait illusoire d'exiger qu'une différence statutaire n'entraîne aucune distinction salariale. De telles situations ne peuvent cependant légitimer que des différences de rémunération provisoires, de peu d'importance et de courte durée. Dans ces limites seulement, un certain schématisme doit être toléré. Par courte durée, nous entendons en principe quelques mois, correspondant à une sorte de période d'essai, mais en aucun cas plus d'une à deux années. Conséquemment, la durée de quinze ans découlant de la législation zurichoise, à laquelle semble se référer le Tribunal fédéral⁵³, nous paraît manifestement excessive.

Au reste, une différence de statut peut bien évidemment s'accompagner de différences fonctionnelles (cahier des charges plus fourni, assomption de responsabilités plus importantes, etc.). Dans une telle hypothèse, ce sont celles-ci – et non celle-là – qui expliquent et justifient les distinctions salariales. Notre Haute Cour ne semble pas toujours bien distinguer ces deux aspects du problème⁵⁴.

d. Le domicile ou la résidence

Le domicile ou la résidence d'un fonctionnaire, que nous distinguons du lieu de son service (cf. ci-dessus), ne peuvent selon nous pas être retenus comme critères de différenciation des rémunérations dans la fonction publique. Des différences de traitement fondées sur ces critères violeraient les articles 4 et 45 de la Constitution fédérale⁵⁵. Une prime destinée à compenser l'obligation de résider ou d'être domicilié à tel ou tel endroit⁵⁶ doit cependant, à notre avis, être admise. Dans une telle hypothèse, ce n'est toutefois pas la différence de domicile ou de résidence qui justifie une distinction salariale, mais l'obligation supplémentaire imposée à tel ou tel fonctionnaire, à laquelle échappent ses collègues. Au surplus, le lieu de domicile ou de résidence peut avoir des répercussions sur l'activité d'un fonctionnaire (services de garde plus fréquents pour celui qui est domicilié près de son lieu de travail, par exemple). Dans ce cas,

ce sont les différences au niveau de l'activité qui légitiment les éventuelles distinctions salariales.

e. Les charges de famille

Le Tribunal fédéral estime que *les charges de famille* représentent des "motifs objectifs" justifiant une "rétribution inégale"⁵⁷. Ce critère, purement personnel, n'est absolument pas fonction des prestations accomplies. En ce sens, il paraît à première vue correct de qualifier les charges de famille de motifs objectifs susceptibles de légitimer une entorse au principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale à mesure que, contrairement aux critères fonctionnels et aux critères liés à l'activité effective, elles ne se rapportent pas à *la valeur du travail*.

L'influence des *charges de famille* sur le montant global des prestations pécuniaires versées aux titulaires de fonctions publiques s'explique vraisemblablement par des raisons de politique sociale et familiale. Il s'agit en fait d'une manifestation très concrète de l'Etat social, qui est une des "options fondamentales" de la Confédération et des cantons⁵⁸. La politique nataliste et familiale menée par les collectivités publiques doit ainsi être rapprochée du but social sous-jacent à la prise en compte des charges familiales comme critère de différenciation des rémunérations des fonctions publiques. Ce but relève sans doute de l'intérêt public. Ce dernier prime, à notre sens, l'intérêt des fonctionnaires au strict respect de l'égalité de rémunération dans la fonction publique. Une collectivité publique est par conséquent légitimée à retenir le critère des charges familiales lorsqu'elle fixe les rétributions des fonctionnaires qui dépendent d'elle, pour autant qu'elle le fasse de manière proportionnée.

Quoiqu'admissible, le critère des charges de famille appelle quelques précisions. Les composantes sociales des prestations pécuniaires allouées aux fonctionnaires, qui – lorsqu'elles se fondent sur ce critère – sont en définitive des allocations familiales, doivent être clairement distin-

52 ATF 121 I 107.

53 Arrêt précité du 10 décembre 1993 (n. 4), cons. 5a/dd; ATF 121 I 108.

54 Cf. ATF 121 I 106–107.

55 Une collectivité publique ne peut pas se prévaloir d'intérêts fiscaux pour privilégier les fonctionnaires domiciliés sur son territoire (cf. par analogie l'ATF 118 Ia 410 ss [29 octobre 1992]).

56 Sur l'admissibilité de cette obligation, cf. notamment ATF 118 Ia 410 ss; DETLEV CH. DICKE, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, nos 21–24 ad article 45; TOBIAS JAAG, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBl. 1994 pp. 433 ss, 454 et les références.

57 ATF 117 Ia 276 = JT 1993 I 111; ATF 118 Ia 37–38 = JT 1994 I 150; ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{me} §); HEGNER (n. 41), p. 11; HAEFLIGER (n. 11), p. 110; CAMPICHE (n. 15), p. 131, no 292; SUTTER (n. 11), pp. 124–125.

58 Cf. notamment EICHENBERGER (n. 37), nos 102–104.

guées des prestations pécuniaires directement liées au travail accompli. Les unes ne doivent pas heurter le principe de l'égalité de traitement en matière de versement d'allocations familiales, découlant de l'article 4 de la Constitution fédérale⁵⁹, tandis que les autres doivent se conformer au principe de l'égalité de rémunération des fonctions publiques. Un examen sous l'angle de chacun de ces principes doit être possible, d'où la nécessité de clairement individualiser les composantes sociales de la rémunération par rapport aux prestations salariales liées au travail fourni.

L'application du premier de ces principes implique la comparaison de différentes situations familiales, alors que l'application du second nécessite la comparaison de la valeur de diverses activités. Aussi les bases de la comparaison divergent-elles totalement. En ce sens, il nous semble erroné de considérer, ainsi que le fait le Tribunal fédéral, que les charges de famille justifient une entorse au principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique. Ce n'est en effet pas ce principe qui doit être pris en considération lorsque l'admissibilité du versement d'allocations familiales est examinée au regard de l'article 4 de la Constitution fédérale (cf. ci-dessus). Il ne saurait dès lors être question d'entorse à un principe qui ne trouve pas application!

Notons enfin qu'admettre d'une manière générale les différences de salaire fondées sur les charges de famille peut également avoir un effet pervers. Imaginons qu'une collectivité publique réduise la rémunération des fonctionnaires ayant des enfants en considérant que le fait de devoir s'en occuper affecte leur disponibilité. En vertu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, cette collectivité ne violerait pas l'article 4 de la Constitution fédérale! Afin d'annihiler l'effet pervers de sa jurisprudence actuelle, le Tribunal fédéral pourrait préciser que les collectivités publiques ne sont habilitées à retenir le critère des charges de famille que pour adopter des *mesures positives* en vue de favoriser la famille ainsi que la natalité en Suisse.

f. L'état civil

L'état civil n'est pour l'instant pas institué en "motif objectif" justifiant une "rétribution inégale". Il pourrait cependant être soutenu que le fait de privilégier au plan salarial les fonctionnaires mariés par rapport à leurs collègues vivant seul ou en concubinage est de nature à inciter ces derniers à passer à l'acte. L'intérêt public sous-tendant une politique salariale aussi ostensiblement favorable au mariage est toutefois loin d'être évident. A supposer qu'un tel intérêt existe, il faudrait encore qu'il soit prépondérant par rapport à l'intérêt privé des fonctionnaires à ne pas être discriminés au plan salarial. La pesée des intérêts devrait, à notre avis, être favorable à ces derniers⁶⁰. L'essor pris par le concubinage et la "désacralisation" de l'institution du mariage⁶¹ nous conduisent à dénier à l'Etat le droit de favoriser cette dernière au point de remettre sensiblement en cause le principe constitutionnel de l'égalité de rémunération dans la fonction publique⁶².

Par ailleurs, le fait de privilégier les fonctionnaires mariés au détriment de leurs collègues implique que ces

derniers se voient discriminés au plan salarial alors qu'ils n'ont pas forcément choisi de vivre seul ou en concubinage. Il vaut en effet mieux être deux pour se marier! "Fautifs" et sanctionnés comme tels, sans être nécessairement responsables de leur situation, concubins et solitaires inaugurerait un type original de responsabilité!

Au reste, la compatibilité d'une politique salariale privilégiant le mariage avec les articles 8 et 12 CEDH paraît douteuse⁶³. Enfin, certaines constitutions cantonales garantissent maintenant expressément la liberté de choisir une autre forme de vie en commun que le mariage⁶⁴. Compte

- 59 Cf. notamment ATF 114 Ia 1 ss (22 janvier 1988), 3-8 = JT 1990 I 232 ss, 233-236; ATF 117 Ia 97 ss (22 février 1991), 101-105 = JT 1993 I 122 ss (résumé), 123-124.
- 60 Dans le fameux arrêt *Hegetschweiler*, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir "si l'art. 54 Cst. oblige l'Etat à certaines prestations positives à l'égard du mariage (...) ou s'il autorise des dispositions qui favorisent le mariage..." (ATF 110 Ia 7 ss [13 avril 1984], 25 = JT 1986 I 37 ss, 50). Cette question n'a depuis lors pas trouvé de réponse.
- 61 Comme le notent HENRI DESCHENAUX, PIERRE TERCIER et FRANZ WERRO, "le mariage comme fondement de la famille a été fragilisé et les formes qu'elle revêt se sont diversifiées." (Le mariage et le divorce, 4^{ème} éd., Berne 1995, no 5).
- 62 Dans le fameux arrêt *Loup*, le Tribunal fédéral est manifestement de cet avis: "Le temps n'est pas si lointain où l'on tenait encore pour justifié le fait que, dans les services publics et en particulier dans l'enseignement, l'homme soit mieux rétribué que la femme qui effectuait le même travail, cette différence étant motivée tout d'abord par le fait que la plupart des instituteurs étaient mariés et devaient subvenir à l'entretien d'une famille, alors que les institutrices, souvent célibataires, n'assumaient que leur propre entretien. Cet argument n'a plus de raison d'être, dès lors que les charges familiales d'un fonctionnaire marié sont en général prises en considération dans l'octroi d'allocations familiales." (ATF 103 Ia 522).
- 63 Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a laissé en suspens la question de savoir si l'article 12 CEDH reconnaît également le droit de ne pas se marier (arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, série A, no 31, pp. 28 ss, § 67). Cependant, un mariage contracté sous l'emprise de la contrainte constituerait une violation du droit à la vie privée, garanti par l'article 8 CEDH (JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK - Kommentar, Kehl/Strasbourg/Arlington 1985, pp. 250-251; JACQUES VELU/RUSEN ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, no 704; cf. également MONTERRAT ENRICH MAS, Commentaire de l'article 12 CEDH, in: LOUIS-EDMOND PETITTI/EMMANUEL DECAUX/PIERRE-HENRI IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, Paris 1995, p. 445). Il est vrai qu'une réglementation avantageant au plan salarial les fonctionnaires mariés par rapport aux fonctionnaires vivant en concubinage incite plus qu'elle ne contraint ces derniers à se marier. Toutefois, l'incitation peut s'avérer si forte et si explicite qu'elle doit être assimilée à une véritable contrainte, à tout le moins indirecte.
- 64 Article 13 al. 2 de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993; article 10 al. 2 de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995.

tenu de ces éléments, l'état civil ne peut, à notre sens, être appelé à la rescousse pour justifier des différences de rémunération dans la fonction publique.

En revanche, le versement d'une allocation *unique* en cas de mariage, prévu notamment par le Statut des fonctionnaires fédéraux⁶⁵, nous paraît admissible. Outre qu'une telle allocation est fréquente dans le secteur privé, elle permet aux collectivités publiques de s'associer à un événement important de la vie des fonctionnaires qui dépendent d'elles. Elle permet en outre aux fonctionnaires de faire partiellement face aux frais consécutifs à la célébration du mariage! Elle est enfin de nature à symboliser l'importance que conserve l'institution du mariage dans notre société. La faible atteinte au principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique est, à notre sens, contrebalancée par les buts que le versement d'une allocation unique en cas de mariage permet d'atteindre. Un tel versement est par conséquent défendable au regard de l'article 4 de la Constitution fédérale pour autant bien évidemment qu'il respecte le principe de la proportionnalité.

g. L'état de santé

Le Tribunal fédéral n'a – à juste titre – pas non plus considéré l'état de santé comme un "motif objectif" justifiant une "rétribution inégale". Il n'appartient pas aux collectivités publiques, lorsqu'elles agissent en tant qu'employeurs, de procéder à des différences de rémunération en fonction de l'état de santé des fonctionnaires qui dépendent d'elles. Il incombe aux assurances sociales elles-mêmes d'intervenir en faveur de leurs assurés, qu'ils soient occupés ou non dans la fonction publique, quand leur état de santé est déficient. Lorsque les assurances sociales ne sont plus tenues d'intervenir, l'Etat-providence – et non l'Etat-employeur – prend le relais, notamment en vue d'assurer le minimum vital à tout individu⁶⁶. Dans un tel contexte, il est évident que le principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique n'a plus cours.

h. Les autres critères personnels

Enfin, nous nous bornerons à rappeler que les différences de rémunération exclusivement fondées sur *le sexe* ne sont pas admissibles⁶⁷. En outre, *l'appartenance à telle ou telle religion, les opinions politiques*, ainsi que *les opinions de toute nature* ne sauraient être invoquées pour justifier des différences de rémunération dans la fonction publique⁶⁸. Il en va de même de *l'origine, de l'appartenance à telle ou telle minorité, de la race ou encore de la couleur de la peau*⁶⁹. *La nationalité* ne doit, à notre avis, pas non plus engendrer des différences de salaire dans la fonction publique, quand bien même elle est souvent un critère d'accès à celle-ci⁷⁰.

4. Les critères hybrides

Par *critères hybrides*, nous entendons ceux qui touchent soit à la fonction elle-même *et* à la personne de son titulaire, soit à l'activité effective *et* à la personne d'un fonctionnaire.

a. La formation

La formation constitue le critère hybride sur lequel le Tribunal fédéral s'est le plus longtemps attardé. Il a commencé par soutenir que *le degré de qualification* correspond d'une manière générale à un "motif objectif" permettant des différences de salaire⁷¹. Cet avis a ensuite été nuancé de la façon suivante: "La conception selon laquelle une formation plus poussée peut justifier un salaire plus élevé est aussi admise par la doctrine (...). Il paraît douteux que cette conception puisse valoir de façon générale; rien ne s'oppose en revanche à ce que l'on se fonde sur une telle conception lorsqu'une formation plus poussée est requise pour un poste de travail ou qu'elle est utile pour le travail à accomplir. Il s'agit alors d'un élément qui (...) est pris en considération dans l'évaluation des postes de travail et qui peut conduire à des valeurs différentes pour des postes de travail en soi comparables."⁷²

Dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral a complété sa liste des "motifs objectifs" en retenant, outre *le degré de qualification, le genre et la durée de la formation* ainsi que *les domaines de compétences*⁷³. S'agissant de la rétribution des enseignants, il a spécialement mentionné le critère de *la formation nécessaire à l'activité de l'enseignant*⁷⁴. Tous ces critères se rapportent à la formation et à l'expérience des titulaires de fonctions publiques.

La pratique la plus récente du Tribunal fédéral donne un poids considérable à la formation de base des titulaires de fonctions publiques. Ainsi, dans un arrêt non publié du 27 septembre 1996, notre Haute Cour décrit longuement les différences de formation entre un licencié universitaire et un diplômé de l'Ecole normale du canton de Neuchâtel, alors que le Conseil d'Etat ne soutenait pas que l'activité de l'un et de l'autre présentât une quelconque différence⁷⁵. Cette pratique se distancie clairement, même si le Tribunal fédéral ne l'admet pas expressément, de la jurisprudence

65 Article 43 al. 1 du Statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927.

66 Le droit à des conditions minimales d'existence est garanti par le droit constitutionnel non écrit (ATF 121 I 367 ss [27 octobre 1995], 370-373).

67 ATF 117 Ia 273 = JT 1993 I 108; cf. également JAAG (n. 56), p. 449.

68 Cf. l'arrêt précité du 29 janvier 1996 (n. 19), cons. 2c; voir également J. P. MÜLLER (n. 46), p. 217.

69 Cf. J. P. MÜLLER (n. 46), pp. 217-218.

70 Cf. JAAG (n. 56), pp. 443-444 et les références.

71 ATF 113 Ia 116.

72 ATF 117 Ia 276 = JT 1993 I 111. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite (ATF 118 Ia 38 = JT 1994 I 150) et approuvée notamment par CLASS/MÖSSINGER (n. 34), pp. 41-42.

73 ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §).

74 ATF 121 I 53; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (2^{ème} §).

75 Arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat estimait que la différence de traitement, de l'ordre de 20 à 26 % du salaire annuel(!), entre un licencié

qui préconisait d'examiner si une formation plus poussée est requise pour un poste de travail ou présente une quelconque utilité pour le travail à accomplir (cf. ci-dessus).

A notre avis, la jurisprudence *publiée* la plus récente doit être approuvée dans son principe. Ainsi, une formation plus poussée (critère personnel) ne peut justifier une rémunération plus élevée que si elle est requise pour un poste de travail (critère fonctionnel) ou si elle est utile pour le travail à accomplir (critère lié à l'activité effective). En ce sens, la formation est un *critère hybride* de différenciation des salaires. Dans le cadre d'un litige relatif à une prétendue inégalité salariale entre deux fonctionnaires, la collectivité publique concernée doit ainsi alléguer et prouver non seulement que l'un a une formation plus poussée que l'autre, mais encore que cette formation est requise pour le poste de travail en cause ou utile pour le travail à accomplir. Si elle omet d'alléguer ou ne parvient pas à prouver la nécessité ou l'utilité de la formation la plus poussée, la collectivité publique se verra alors contrainte par l'autorité judiciaire de rétablir l'égalité de rémunération entre les fonctionnaires en cause. Du moment qu'elle ne tient pas compte de ces principes, la pratique la plus récente du Tribunal fédéral doit être abandonnée.

Des différences de formation, de qualification ou de compétences, requises pour un poste de travail ou utiles pour le travail à accomplir, affectent la valeur de celui-ci. Conséquemment, elles déterminent l'applicabilité du principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique et ne doivent pas être considérées comme des entorses à ce principe (cf. ci-dessus).

Une dernière remarque s'impose à propos du critère de la formation. En l'état actuel de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral semble accorder une importance toute particulière à la formation de base des fonctionnaires, en laissant de côté la formation qu'ils ont pu acquérir au cours de leur activité (formation continue)⁷⁶. A notre sens, le critère de la formation doit se rapporter non seulement à la formation de base, mais aussi à la formation continue. Plus celle-ci a été importante, moins celle-là peut être invoquée facilement pour justifier des différences de salaire. Dans le prolongement de cette considération, le fait que deux fonctionnaires aient suivi les mêmes cours de recyclage ou de perfectionnement laisse selon nous supposer que leur formation de base n'affecte plus de manière différenciée leur activité. Aussi, dans une telle hypothèse, appartient-il à la collectivité publique de renverser cette présomption en apportant la preuve que la formation de base différente influe sur l'activité de chacun des fonctionnaires en cause.

b. L'expérience

Le critère de l'*expérience*⁷⁷ doit être appréhendé de la même manière que celui de la formation. Ainsi une expérience plus importante (critère personnel) justifie une différence de salaire lorsqu'elle est requise pour un poste de travail (critère fonctionnel) ou qu'elle est utile pour le travail à accomplir (critère lié à l'activité effective). L'expérience constitue dès lors également un *critère hybride* de différenciation des rémunérations dans la fonction publique.

c. Les qualités personnelles

Les *qualités personnelles* d'un fonctionnaire, telles que sa dextérité, sa créativité, sa motivation, son esprit d'initiative, sa faculté à assumer des responsabilités ou son aptitude à travailler en équipe⁷⁸, ne légitiment des différences de rémunération que dans la mesure où elles influent sur l'activité effective des fonctionnaires en cause. Les qualités personnelles sont dès lors également des critères hybrides de différenciation des rémunérations dans la fonction publique. Partant, une différence de salaire entre deux fonctionnaires fondée sur les qualités personnelles de l'un et de l'autre est admissible. Toutefois, afin de ne pas ouvrir la porte à l'arbitraire et de corriger d'éventuels dérapages dans ce domaine très sensible, il convient de reconnaître au fonctionnaire sanctionné par sa hiérarchie un vaste droit à la preuve, notamment celui de requérir une évaluation de ses qualités personnelles et de celles de son (ses) collègue(s) ainsi que de leur incidence sur leur activité respective. Une telle évaluation ne peut bien évidemment être réalisée que par un organisme spécialisé indépendant de l'administration.

d. Le mérite

La rémunération au mérite est une des pierres angulaires de la nouvelle gestion publique (new public management)⁷⁹.

universitaire et un diplômé de l'Ecole normale se justifiait "par la formation acquise et par le fait qu'il n'y a aucun motif de créer un statut spécial pour les maîtres des classes d'orientation" (cons. 2b [1^{er} §]). Le Conseil d'Etat n'avait auparavant pas contesté que l'activité de l'un et celle de l'autre étaient rigoureusement identiques. Le Tribunal fédéral, prenant ses distances par rapport aux faits résultant du dossier, estima néanmoins qu'il n'était pas certain que les prestations fournies par les instituteurs et les licenciés universitaires fussent équivalentes dans tous les cas (cons. 2b [2^{ème} §])!

76 Dans l'arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), le Tribunal fédéral a insisté longuement sur les différences de formation des licenciés universitaires et des diplômés de l'Ecole normale et n'a accordé pratiquement aucune importance au fait qu'ils avaient suivi depuis des années les mêmes cours de recyclage et de perfectionnement portant sur les nouvelles méthodes d'enseignement en année d'orientation (cons. 2b [2^{ème} § in fine])!

77 ATF 118 Ia 40 = JT 1994 I 152: "Il est vrai qu'une expérience professionnelle plus riche peut représenter un motif objectif pour une différence de salaire; encore faut-il, dans chaque cas particulier, vérifier si ce motif, lorsqu'il est invoqué par l'employeur, constitue vraiment la raison de la rémunération inférieure."

78 Pour une liste plus complète, cf. par analogie CLASS/MÖSSINGER (n. 34), pp. 40-41 et 84-85; voir également HAEFLIGER (n. 11), p. 110.

79 Voir entre autres deux publications de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE): Flexibilité des rémunérations dans le secteur public, Paris 1993; Les traitements du privé pour le public - Rémunération liée à la performance pour les cadres de la fonction publique, Paris 1993.

Ce type de rémunération a désormais les faveurs des législateurs fédéral⁸⁰, cantonaux⁸¹ et communaux⁸². Faut-il dès lors en déduire que le principe "à mérite égal, rémunération égale" est appelé à se substituer au principe "à travail de valeur égale, rémunération égale"? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner ce que recouvre le terme *mérite*.

Le mérite se rapporte en principe aux prestations fournies par les titulaires de fonctions publiques ainsi qu'aux performances de ces derniers⁸³. La performance d'un fonctionnaire est mesurée à l'aide de critères quantitatifs et qualitatifs⁸⁴. Les fonctionnaires particulièrement performants, qui fournissent des prestations d'une valeur exceptionnelle, se voient ainsi gratifiés d'une rémunération supplémentaire. Autrement dit, la valeur exceptionnelle de leur travail entraîne une rémunération exceptionnelle. Retenir le mérite comme critère de différenciation des rémunérations n'implique dès lors aucune entorse au principe "à travail de valeur égale, salaire égal" puisque le mérite a trait à cette valeur. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner si un intérêt supérieur justifie que ce critère soit retenu lors de l'élaboration du système de rémunération des fonctions publiques. De toute façon, un tel intérêt existe sans aucun doute⁸⁵.

Une collectivité publique pourrait être tentée d'apprécier le mérite des fonctionnaires qui dépendent d'elle en se fondant sur leurs qualités personnelles. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, ces dernières ne légitiment des différences de rémunération que dans la mesure où elles affectent l'activité effective des fonctionnaires en cause et, partant, la valeur de celle-ci. Tel doit être également le cas lorsqu'il est question de salaire au mérite. En ce sens, le mérite peut être qualifié de *critère hybride* de différenciation des rémunérations dans la fonction publique.

En conclusion, le *mérite*, tel qu'il est envisagé ci-dessus, peut être retenu par une collectivité publique lors de l'élaboration de son système de rémunération des fonctions publiques. Il ne remet nullement en cause le principe selon lequel un travail de valeur égale doit entraîner une rémunération égale. L'article 4 de la Constitution fédérale n'est ainsi pas touché. Il n'en demeure pas moins que l'évaluation du mérite d'un fonctionnaire est tout sauf aisée. L'institution d'instruments de contrôle et l'ouverture de voies de recours à une autorité judiciaire s'imposent tout particulièrement dans ce domaine extrêmement sensible⁸⁶.

5. Les critères indépendants

Les *critères indépendants* se rapportent à des circonstances objectives n'ayant trait ni aux fonctions publiques elles-mêmes, ni à la personne ou à l'activité de leurs titulaires.

a. Les difficultés budgétaires et financières des collectivités publiques

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est admissible de prendre en considération la *situation conjoncturelle*, laquelle peut, à tout le moins temporairement, justifier des

différences de salaire au moment de l'embauche de personnel nouveau⁸⁷. De longues démonstrations ne sont pas nécessaires pour expliquer qu'une mauvaise situation conjoncturelle affecte les finances des collectivités publiques. Ainsi, le critère de la situation conjoncturelle doit être ana-

80 Voir les articles 44 al. 1^{bis} et 45 al. 2^{bis} du Statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927; cf. également RICHLI (n. 39), p. 124 et les autres exemples qu'il cite en pages 126 ss; PETER HELBING, Totalrevision des eidgenössischen Beamtengezetzes – eine rechtliche Auslegeordnung, in: AJP/PJA 1993 pp. 647 ss, 659–660.

81 Voir notamment l'article 61 de la loi neuchâteloise sur le statut de la fonction publique, du 28 juin 1995. Des réglementations similaires existent dans d'autres cantons, notamment ceux de Berne, Zoug et Zurich (cf. RICHLI [n. 39], pp. 142–143 et les références).

82 Voir les exemples mentionnés par RICHLI (n. 39), pp. 143–144.

83 Art. 44 al. 1^{bis} du Statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927: "Un montant équivalant à un demi pour cent au plus de la somme des traitements est débloqué pour récompenser les prestations personnelles d'une valeur exceptionnelle. Le Conseil fédéral règle les détails."; art. 61 de la loi neuchâteloise précitée (n. 81): "Le Conseil d'Etat ou, avec son accord, l'autorité de nomination peut accorder une rétribution spéciale aux titulaires de fonctions publiques qui rendent à leur employeur des services de nature exceptionnelle."; cf. également RICHLI (n. 39), pp. 142–144.

84 Cf. OCDE, Les traitements du privé pour le public... (ouvrage cité à la n. 79), pp. 25 ss; voir également le message du Conseil fédéral concernant la modification du Statut des fonctionnaires, du 4 octobre 1993, FF 1993 IV 520 ss, 530: "L'appréciation du personnel (...) se fonde en règle générale sur des objectifs convenus et/ou des critères de performance. (...) Les supérieurs de tous les échelons devront à l'avenir se préoccuper beaucoup plus de la volonté et de la capacité de rendement de leurs collaborateurs."

85 Voir le message précité du Conseil fédéral (n. 84), FF 1993 IV 530: "Utilisées à bon escient, les récompenses de nature pécuniaire créent une certaine motivation et favorisent une amélioration des prestations. L'introduction d'éléments déterminant la rémunération au mérite laisse en même temps entrevoir une meilleure qualité de l'appréciation du personnel. Cet instrument d'encouragement et de motivation (...) gagne en importance comme base de détermination du salaire."

86 Cf. à ce sujet le message précité du Conseil fédéral (n. 84), FF 1993 IV 540: "Nous exigerons entre autres que la récompense des prestations individuelles d'une valeur exceptionnelle se fonde sur une évaluation régulière et systématique du personnel. (...) Les récompenses sont versées selon la libre appréciation des services compétents. Nous créerons les instruments de controlling [sic!] nécessaires pour optimiser l'efficacité de cette mesure sous l'angle de la politique du personnel et afin de prévenir toute solution arbitraire."

87 ATF 113 Ia 116–117 (rapport de travail relevant du droit privé); ATF 118 Ia 38 = JT 1994 I 150 (rapport de service relevant du droit public); voir également HEGNER (n. 41), pp. 27–28; ISABELLE MAHRER, Zum Problem der Gleichwertigkeit der Arbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2, 3. Satz BV, in: RSJ 1989, pp. 37 ss, 43–44.

lysé en parallèle avec celui des difficultés budgétaires et financières des collectivités publiques. Il semble dès lors étonnant que le Tribunal fédéral n'ait pas signalé que cette jurisprudence correspond à un revirement par rapport à un arrêt rendu le 1^{er} juin 1979⁸⁸. Dans ce dernier, notre Haute Cour avait, en effet, posé le principe qu'un canton ne peut pas se prévaloir de ses difficultés financières pour se dispenser de réaliser l'égalité de rémunération dans la fonction publique⁸⁹.

A notre avis, la jurisprudence la plus récente doit être approuvée sous certaines réserves⁹⁰. Il peut arriver qu'une collectivité publique renonce à engager de nouvelles personnes au motif qu'elle ne dispose pas des ressources financières suffisantes pour leur assurer une rémunération égale à celle des fonctionnaires déjà en place, alors qu'il lui serait possible de les engager à des conditions salariales inférieures. Dans un tel cas, l'intérêt public commande que la collectivité publique en cause ne renonce pas à l'engagement de nouvelles personnes. La lutte contre le chômage et l'insertion du plus grand nombre de personnes dans la vie active relèvent indiscutablement de l'intérêt public. Celui-ci paraît suffisamment prépondérant pour justifier une entorse au principe constitutionnel de l'égalité de rémunération dans la fonction publique.

Afin d'éviter qu'un véritable dumping salarial ne s'instaure, la prudence est cependant de mise dans ce domaine. Certaines limites doivent donc être posées. Il faut tout d'abord que les différences de rémunération soient provisoires et qualifiées comme telles. La collectivité publique doit ensuite s'engager à les résorber le plus rapidement possible, un délai péremptoire devant être fixé. Il faut enfin qu'elle apporte la preuve que, en raison de ses difficultés financières, elle n'est pas en mesure d'offrir à telle ou telle personne une rémunération égale à celle des fonctionnaires qui accomplissent une activité de valeur égale. Si elle n'y parvient pas, la collectivité publique doit alors supporter les conséquences de son échec probatoire.

Si elles peuvent fonder une entorse au principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale au moment de l'embauche de personnel nouveau, les difficultés financières et budgétaires d'une collectivité publique ne sauraient, en revanche, légitimer des différences de salaire entre fonctionnaires en place et exerçant une activité de même valeur. *Le principe de l'égalité des sacrifices*⁹¹ s'applique de manière générale en cas de baisse des salaires motivée par les difficultés financières rencontrées par les collectivités publiques. Notons à ce propos que des motifs sociaux justifient l'application de différents taux de réduction des salaires (taux plus élevé pour les hauts salaires), précisément pour que les sacrifices consentis par les fonctionnaires soient équivalents.

b. Les circonstances économiques particulières

Outre les difficultés financières et budgétaires des collectivités publiques, il peut se présenter des circonstances économiques particulières rendant admissibles certaines distorsions salariales qui, en temps normal, ne seraient pas compatibles avec l'article 4 de la Constitution fédérale. Imagi-

nons qu'une collectivité publique doive engager en toute urgence une personne bénéficiant d'une qualification spécifique et qu'elle ne parvienne pas à dénicher "la perle rare" car la rémunération offerte – quoiqu'égale à celle des fonctionnaires ayant la même qualification – n'est pas suffisante. Dans une telle hypothèse, une différence de rémunération est admissible pour autant qu'elle soit exceptionnelle et de courte durée (quelques mois au maximum)⁹².

c. Le risque de créer une nouvelle inégalité en levant celle qui est établie

Le Tribunal fédéral soutient depuis peu que "vouloir imposer l'égalité de traitement entre deux groupes d'ayants droit peut conduire à instaurer une nouvelle inégalité avec un troisième groupe"⁹³. *Le risque de créer une nouvelle inégalité en levant celle qui est établie* constitue dès lors un "motif objectif" justifiant une entorse au principe de l'égalité de traitement⁹⁴. A mesure que ce risque n'est lié ni aux fonctions publiques elles-mêmes, ni à leurs titulaires, il doit être qualifié de *critère indépendant* de différenciation des rémunérations dans la fonction publique. Du moment qu'il ne se rapporte pas à la valeur du travail, il est admissible si un intérêt supérieur à celui des fonctionnaires à être rémunérés de manière égale pour un travail de valeur égale le sous-tend.

"Vouloir imposer l'égalité de traitement entre deux groupes d'ayants droit peut conduire à instaurer une nouvelle inégalité avec un troisième groupe". Tels sont les termes employés par le Tribunal fédéral. Ce dernier renonce donc à lever une *inégalité actuelle, avérée* – il renonce à "...imposer l'égalité de traitement entre deux groupes d'ayants droit..." – afin de ne pas prendre le risque de créer une nouvelle inégalité. Celle-ci n'est toutefois que *virtuelle, hypothétique* – "...peut conduire..." – au moment où le Tribunal fédéral renonce à lever la première inégalité, qui est, pour sa part, établie. Autrement dit, les Juges fédéraux accordent plus de poids à une inégalité virtuelle, dont ils ne font qu'envisager l'existence et dont ils ne savent rien de précis, qu'à une inégalité actuelle, établie par le dossier qu'ils ont sous les yeux! L'hypothétique est par conséquent

88 ATF 105 Ia 120 ss.

89 ATF 105 Ia 122.

90 D'un avis différent: MAHRER (n. 87), p. 44.

91 Ce principe peut être rattaché au principe général d'égalisation, qui concrétise celui de l'Etat social (G. MÜLLER [n. 14], nos 4 et 4a).

92 Cf. par analogie ATF 113 Ia 117–118.

93 ATF 120 Ia 329 ss (18 novembre 1994), 333 = SJ 1995 pp. 761ss, 763 [égalité dans l'imposition des différents groupes de contribuables]; arrêt précité du 29 janvier 1996 (n. 19), cons. 2d [égalité dans l'indemnisation des magistrats non réélus]; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (1^{er} §) [égalité dans la rémunération des fonctions publiques].

94 Voir spécialement l'arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2c in fine.

préféré à l'avéré! Le résultat de la pesée des intérêts opérée par le Tribunal fédéral est pour le moins surprenant.

De plus, le "troisième groupe" de fonctionnaires ne risque pas d'être privé de ses droits ou d'être lésé dans le cas où l'inégalité entre les deux premiers groupes d'ayants droit est corrigée. S'il s'estime victime d'une inégalité de rémunération suite à cette correction, il peut faire valoir ses droits et espérer un rehaussement des salaires. S'il devient privilégié par rapport à un ou plusieurs autres groupes de fonctionnaires, une nouvelle procédure doit être engagée par les membres du (des) groupe(s) discriminé(s). Dans le cadre de cette nouvelle procédure, les fonctionnaires devenus privilégiés peuvent, si leurs salaires sont appelés à diminuer, se prévaloir de leur droit d'être entendu et défendre ainsi leur position. Les intérêts du "troisième groupe" d'ayants droit ne sont donc nullement affectés par la correction de l'inégalité existant entre les deux premiers groupes de fonctionnaires.

Au reste, la jurisprudence du Tribunal fédéral conduit en définitive à favoriser les fonctionnaires restés jusque-là passifs – le "troisième groupe" d'ayants droit – plutôt que ceux qui ont entrepris de nombreuses démarches administratives et judiciaires pour faire valoir leurs droits et qui sont parvenus à démontrer l'existence d'une inégalité de traitement. Cette "prime à la passivité" nous paraît particulièrement choquante.

La jurisprudence du Tribunal fédéral revient enfin à dénaturer le principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique. La prise en compte de différents groupes d'ayants droit, dont l'un – le "troisième" – n'est pas directement impliqué dans la comparaison salariale, aboutit en quelque sorte à une "collectivisation" de ce principe. Or, l'article 4 de la Constitution fédérale consacre un droit *individuel* – et justiciable comme tel – à l'égalité de traitement⁹⁵, notamment en matière de rémunération des fonctions publiques. Nous ne voyons pas comment ce principe pourra dorénavant être mis en œuvre du fait que presque toute correction d'une inégalité de traitement entre deux ayants droit comporte le risque de créer une nouvelle inégalité avec un troisième groupe. Faut-il alors que tous les fonctionnaires d'une collectivité publique soient parties à la même procédure pour que le Tribunal fédéral soit en mesure de comparer leur rémunération respective et de déterminer quelles inégalités doivent être levées et quelles inégalités doivent être maintenues? Le grief de la violation du principe de l'égalité salariale pour un travail de valeur égale ne peut-il dorénavant être soulevé qu'à l'encontre d'une loi – ou d'un règlement – entièrement nouvelle concernant la rémunération des fonctions publiques d'une collectivité? Dénaturé parce que *collectivisé*, le principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique devient difficilement applicable.

Pour l'ensemble de ces motifs, nous estimons que la jurisprudence du Tribunal fédéral mérite d'être revue sur ce point. Le risque de créer une nouvelle inégalité en levant celle qui est établie ne saurait être retenu par une autorité administrative ou judiciaire pour maintenir une inégalité de rémunération dans la fonction publique.

d. Le risque d'affecter l'ensemble du système de rémunération d'une collectivité publique

Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral a indiqué que, dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques, "il s'impose une retenue d'autant plus grande que la comparaison ne porte pas seulement entre deux catégories d'ayants droit, mais remet en cause l'ensemble du système de rémunération"⁹⁶. Ainsi, *le risque d'affecter, en levant une inégalité salariale, l'ensemble du système de rémunération d'une collectivité publique* constituée, dans une certaine mesure, un "motif objectif" justifiant des différences de salaire⁹⁷.

Cette jurisprudence peu interventionniste se trouve, à notre avis, en contradiction avec un arrêt que le Tribunal fédéral a rendu le 31 mai 1991⁹⁸. Dans cet arrêt, les principes suivants ont été posés: "S'il résulte de cette disposition [3^{ème} phrase de l'article 4 al. 2 Cst. féd.] une prétention – directement exigible – à un même salaire de l'homme et de la femme pour un travail d'égale valeur, cette prétention peut être exigée, directement sur la base de la Constitution, de l'employeur privé comme de l'employeur public (...). Que l'admission d'une telle prétention puisse avoir des effets sur le système des salaires de toute une collectivité et entraîne des modifications de ce système, c'est là une conséquence du droit découlant directement de la Constitution. Que les rapports de travail soient soumis au droit privé ou au droit public, cela n'entraîne aucune différence. Dans les deux cas, l'admission d'une prétention de salaire par le juge, sur la base de l'art. 4 al. 2, 3^e phrase, Cst. peut avoir des conséquences sur la structure des salaires de toute une collectivité. (...) Lorsqu'une violation de la 3^e phrase de l'art. 4 al. 2 Cst. est établie dans un cas particulier, elle doit être éliminée. Agir autrement reviendrait à remettre en question la réalisation du principe "à travail égal, salaire égal" ou tout au moins à la renvoyer à plus tard. Les inégalités de salaire existantes et les pertes qui en résultent ne pourraient alors pas être éliminées, en violation de la Constitution."⁹⁹

Ces deux positions du Tribunal fédéral sont manifestement contradictoires. Cinq ans seulement les séparent pourtant. L'interventionnisme – au sens positif du terme – ne semble désormais plus avoir cours à Lausanne, quand bien même aucun revirement de jurisprudence n'a été annoncé. Notre Cour suprême paraît dorénavant s'orienter avant tout vers la sauvegarde des intérêts des collectivités publiques, en reléguant au second plan sa mission première dans le cadre du recours de droit public, à savoir la protection des

95 Cf. notamment G. MÜLLER (n. 14), no 26.

96 Arrêt précité du 29 janvier 1996 (n. 19), cons. 2d; arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2a (1^{er} §).

97 Voir spécialement l'arrêt précité du 27 septembre 1996 (n. 8), cons. 2c.

98 ATF 117 Ia 262 ss = JT 1993 I 98 ss.

99 ATF 117 Ia 267 = JT 1993 I 102–103.

droits constitutionnels des individus¹⁰⁰. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral revient ainsi à dénaturer le rôle du juge constitutionnel.

A notre sens, la jurisprudence consacrée par l'arrêt du 31 mai 1991 doit clairement être préférée à celle qui est plus récente. Les obstacles structurels, qui ne relèvent pas de l'intérêt public, ne suffisent pas à justifier une dérogation au principe constitutionnel de l'égalité de rémunération des fonctions publiques. Soutenir le contraire reviendrait à rendre particulièrement aléatoire la réalisation de l'égalité de traitement dans la fonction publique et, partant, la mise en œuvre de la Constitution fédérale. Plus le système des salaires d'une collectivité est complexe et présente de multiples imbrications, plus les différences de rémunération sont admissibles! Telle est la conséquence de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Avouons que nous sommes bien loin du critère fondamental de différenciation des rémunérations dans la fonction publique, à savoir *la valeur du travail*.

Comme le dit si bien le Tribunal fédéral dans son arrêt du 31 mai 1991, "l'admission d'une prétention de salaire par le juge (...) peut avoir des conséquences sur la structure des salaires de toute une collectivité"¹⁰¹. Cette conséquence est inhérente à tout système de contrôle concret des normes. Dans le cadre d'un recours de droit public dirigé contre une décision d'application d'une disposition légale ou réglementaire, l'annulation de cette décision a souvent des effets indirects sur la loi ou le règlement. D'une manière générale, le Tribunal fédéral s'accommode sans difficulté de ces effets induits¹⁰². Pourquoi en va-t-il autrement lorsque la législation en cause concerne la rémunération des fonctions publiques?

Certes, on nous rétorquera qu'il arrive tout de même que le Tribunal fédéral se préoccupe des conséquences de l'admission d'un recours de droit public, en particulier sur les finances publiques¹⁰³. Le souci de ne pas compromettre l'état de ces dernières relève certainement de l'intérêt public, quand bien même il nous semble hautement discutabile que ce souci justifie une entorse durable et importante au principe fondamental de l'égalité de traitement. Les obstacles d'ordre structurel ne sont, quant à eux, sous-tendus par aucun intérêt public. Les problèmes structurels résultant de la correction d'une inégalité de traitement ne sauraient dès lors être mis sur le même pied que la nécessité de sauvegarder les finances publiques.

Enfin, "l'objection selon laquelle la structure des salaires forme un tout équilibré qui ne peut être révisé que dans son ensemble exclurait en outre la possibilité de faire valoir une prétention individuelle à un salaire égal, dans un système fondé sur une évaluation analytique des postes de travail"¹⁰⁴. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral limite sinon totalement, du moins considérablement la justiciabilité du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Il nous faut dès lors une nouvelle fois plaider la cause du caractère *individuel* de ce droit (cf. ci-dessus).

Compte tenu de ce qui précède, le risque d'affecter, en levant une inégalité salariale, l'ensemble du système de

rémunération d'une collectivité publique ne suffit pas, à notre sens, à restreindre la portée du principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique. En d'autres termes, des obstacles d'ordre structurel ne permettent pas d'immuniser une inégalité de rémunération entre deux fonctionnaires accomplissant un travail de valeur égale. La marge d'appréciation (*Spielraum*) dont dispose le législateur cantonal lorsqu'il s'agit de questions d'organisation et de rémunération ne l'habilite pas à déroger, même dans une faible mesure, à l'article 4 de la Constitution fédérale. L'éventail des solutions admissibles se limite aux systèmes qui se conforment point par point au principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale. En revanche, les autorités cantonales disposent d'un large pouvoir d'appréciation lorsque elles évaluent une activité. Corollairement, le fonctionnaire qui s'estime victime d'une inégalité

100 Cf. notamment WALTER HALLER, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, no 41 ad article 113 [2^{ème} édition]: "La fonction principale du recours de droit public est de permettre au particulier lésé dans ses droits constitutionnels d'obtenir protection juridique auprès d'un tribunal indépendant."

101 ATF 117 Ia 267 = JT 1993 I 103.

102 "Saisi d'un recours de droit public contre une décision d'application d'une loi cantonale, le Tribunal fédéral peut être requis d'examiner, à titre préjudiciel, si ladite loi est conforme à la Constitution ou à une Convention internationale. Si la disposition légale cantonale en cause est jugée contraire à la Constitution fédérale ou à la Convention invoquée, le Tribunal fédéral ne peut pas annuler cette disposition, mais simplement constater qu'elle est inapplicable au cas d'espèce et, partant, annuler la décision fondée sur elle." (ATF 117 Ia 99-100 = JT 1993 I 122 entre autres; voir également ANDREAS AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1983, nos 505-506; KARL SPÜHLER, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1994, pp. 98-99 et les références jurisprudentielles; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2^{ème} éd., Berne 1994, pp. 399-400). La formule est connue car elle figure dans la plupart des arrêts du Tribunal fédéral tranchant un recours de droit public. Elle signifie, certes, que le pouvoir de décision de notre Haute Cour est limité. Elle démontre cependant que le Tribunal fédéral ne tient pas compte de l'impact, sur la loi cantonale, de l'annulation d'une de ses décisions d'application (cf. ARTHUR HAEFLIGER, Die Rechtsfolgen der Gutheissung einer staatsrechtlichen Beschwerde, in: Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Berne et Stuttgart 1989, pp. 357 ss, 357: "Es ist Sache der kantonalen Behörde, im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil neue Normen zu schaffen oder einen neuen Entscheid zu treffen. Das Bundesgericht ist hierfür nicht zuständig").

103 Dans un arrêt non publié du 17 octobre 1995 en la cause B. c. Procureur général du canton de Genève et Département de justice et police du canton de Genève, le Tribunal fédéral a notamment pris en compte "la situation financière limitée" l'indemnisation des personnes détenues à tort (cons. 3a/bb).

104 ATF 117 Ia 267 = JT 1993 I 103.

salariale et qui rend celle-ci vraisemblable doit disposer d'un large droit à la preuve quant à la valeur de son activité. Ainsi, l'autonomie organisationnelle des cantons et les droits individuels des fonctionnaires se définissent et se respectent mutuellement, sans jamais s'exclure.

IV. Conclusion

Le Tribunal fédéral a expressément reconnu le principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique il y a près de vingt ans, dans le fameux arrêt *Loup*¹⁰⁵. Le litige opposant Madame Loup au Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel concernait cependant avant tout l'égalité des sexes. Le principe "à travail de valeur égale, rémunération égale" est ainsi monté discrètement sur la scène juridique helvétique. Il doit en outre sa consécration jurisprudentielle essentiellement aux femmes. Ces dernières lui ont permis d'acquérir ses lettres de noblesse. Elles lui ont par la suite permis de se distinguer clairement du principe de l'égalité des sexes¹⁰⁶ et l'ont ainsi servi tout chaud – prêt à l'emploi – aux hommes et aux femmes victimes d'une discrimination salariale par rapport à leurs collègues du même sexe. La trajectoire plutôt piquante du principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique tient du paradoxe constitutionnel.

Le principe de l'égalité de rémunération dans la fonction publique doit par ailleurs – autre paradoxe – son érosion jurisprudentielle¹⁰⁷ au droit... privé. Le Tribunal fédéral a, en effet, esquissé pour la première fois les divers "motifs objectifs" justifiant selon lui une "rémunération inégale" dans un arrêt relatif à des relations de travail de droit privé¹⁰⁸. Cette jurisprudence a ensuite été appliquée aux rapports de service relevant du droit public¹⁰⁹. L'esquisse

était cependant trop grossière et n'aurait, à notre sens, pas dû servir de modèle.

Le présent article nous a ainsi conduit à critiquer, à diverses reprises, la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'égalité de rémunération dans la fonction publique. Nous n'avons toutefois pas cherché à défier notre Haute Cour. Nous n'avons pas non plus tenté d'innover en élaborant un système de rémunération révolutionnaire, susceptible d'être adopté par toutes les collectivités publiques. Notre ambition a été plus limitée et notre propos plus conservateur, en ce sens que nous avons en définitive plaidé pour un retour à la vraie valeur, celle du... travail! En retenant, dans plusieurs arrêts récents, divers "motifs objectifs" justifiant, selon elle, une "rétribution inégale", notre Haute Cour a – nous semble-t-il – quelque peu perdu de vue cette valeur. Aussi nous sommes-nous efforcés, dans les paragraphes qui précèdent, de replacer la valeur du travail au centre du débat sur l'égalité de rémunération dans la fonction publique. Egalitarisme et conservatisme vont parfois de pair...

105 ATF 103 Ia 517 ss (12 octobre 1977) cité à plusieurs reprises dans le présent article.

106 ATF 117 Ia 270 ss (31 mai 1991) = JT 1993 I 106 ss cité à maintes reprises dans le présent article.

107 L'expression est empruntée à CHARLES-ALBERT MORAND (L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in: L'égalité entre hommes et femmes – Bilan et perspectives, publié sous la direction de l'auteur, Lausanne 1988, pp. 73 ss).

108 ATF 113 Ia 107 ss (30 juin 1987) plusieurs fois cité dans le présent article.

109 Voir les arrêts cités à la n. 24.

Ausgehend von den neueren Entscheidungen stellt der Verfasser die Praxis des Bundesgerichts zum Prinzip der gleichen Entlohnung für gleiche Arbeit im öffentlichen Sektor, welches sich aus Art. 4 Abs. 1 BV ableitet, dar. Dem für die geschlechtergleichen Behandlung formulierten Art. 4 Abs. 2 BV entsprechend sollte, wie der Verfasser ausführt, allerdings generell von der gleichen Entlohnung für "gleichwertige" Arbeit gesprochen werden. Damit würde besser ausgedrückt, dass es der Wert der Arbeitsleistung ist, welcher für den Lohnvergleich hauptsächlich Kriterium bildet (I, II, IV).

Die Lohngleichheit für Frau und Mann wird in diesem Aufsatz nur gestreift, weil sie schon vielfach Gegenstand von Gerichtsentscheidungen und von wissenschaftlichen Bearbeitungen geworden ist (III, vor 1).

Funktionelle Kriterien, welche Lohndifferenzierungen rechtfertigen, beruhen auf der abstrakten Umschreibung der Aufgaben des Stelleninhabers (Pflichtenheft) und allfälligen weiteren personenunabhängigen Kriterien wie dem Ort der Aufgabenerfüllung (III, 1).

Weitere Kriterien quantitativer und qualitativer Natur kommen hinzu, wenn auch der Wert der effektiven Tätigkeit des öffentlich Bediensteten einbezogen wird, z.B. wenn die effektiven Tätigkeiten von denjenigen des Pflichtenhefts abweichen, neue Aufgaben hinzukommen, bestimmte Ziele erreicht werden (III, 2).

Mit der Person des Beamten bzw. des öffentlichen Angestellten verknüpfte Kriterien sind, will man sie sachgerecht und nicht willkürlich anwenden, heikler zu handhaben (III, 3). Der Verfasser zeigt im einzelnen auf, unter welchen Voraussetzungen die folgenden Kriterien haltbar oder unzulässig sind: Dienstalter, Alter, Status, Wohnsitz oder Aufenthalt, familiäre Verpflichtungen, Zivilstand, Gesundheit, weitere persönliche Kriterien (III, 3, a–h).

Eine Mittelstellung nehmen "hybride" Kriterien ein, welche jeweils teilweise den obgenannten Kriteriengruppen (funktionelle Kriterien, effektive Tätigkeit, persönliche Kriterien) zugeordnet werden könnten (III, 4). Es sind dies: Ausbildung, Erfahrung, persönliche Qualitäten wie Fleiss, Kreativität oder Initiative, sowie Verdienste (III, 4, a–d).

Schliesslich gibt es objektive, von den genannten Kriterien unabhängige weitere Kriterien (III, 5), welche unter entsprechenden Voraussetzungen eine Lohndifferenzierung zulassen: Budget- und Finanzierungsprobleme der Gemeinwesen; besondere konjunkturelle Verhältnisse im Zeitpunkt der Anstellung. Besondere Kriterien sind zu beachten mit Rücksicht auf das Risiko, mit der Aufhebung bisheriger Ungleichheiten neue zu schaffen, und auf das weitere Risiko, das ganze Lohngefüge eines Gemeinwesens zu erschüttern (III, 5, a–d).