

# **NE\_GERICHTE CDP.2009.288 vom 4. Dezember 2012**

NE Tribunal cantonal, 2012-12-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2009.288](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2009.288)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2009.288 du 4 décembre 2012

IT: NE\_GERICHTE CDP.2009.288 del 4 dicembre 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) La Cour de droit public du Tribunal cantonal qui a succédé au Tribunal administratif dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 47, 83 OJN ) connaît en instance unique des actions fondées sur le droit administratif et portant, notamment, sur des prestations pécuniaires découlant des rapports de service des agents de l'Etat et des communes, y compris les prestations d'assurances (let. a). Il faut comprendre par prestations pécuniaires au sens de cette disposition des prestations appréciables en argent réclamées à la collectivité publique par un de ses agents ou inversement (RJN 1994, p. 259). L'action n'est soumise à aucun délai, sauf disposition légale contraire (art. 60 al. 1 LPJA ). Par ailleurs, les procédures de recours internes mises sur pied par les instances faïtières de la CCT 21 et de l'EHM ont été reconnues comme illégales par la Cour de céans ( ATA du 12.02.2009 dans la cause F. [ TA.2008.385 ] ). C'est dès lors bien dans le cadre d'une action de droit administratif opposant la demanderesse à l'EHM que doit être examiné le présent litige, les décisions antérieures de la CCT 21 et de l'EHM ou de leurs organes étant nulles et n'ayant que valeur de prises de position (arrêt de la CDP du 22.06.2012 [CDP 2011.174] cons. 2 et 3 dans la cause X.). b) Par personnes ayant qualité pour recourir au sens de l'article 32 LPJA , on entend celles qui peuvent faire valoir un intérêt digne de protection à ce qu'une décision contestée soit annulée ou modifiée (art. 32 let. a LPJA). Les mêmes dispositions sont applicables à l'action de droit administratif (art. 58 à 60 LPJA). Directement touchée par les effets de sa nouvelle collocation salariale, la demanderesse a manifestement qualité pour agir.

### **E. 2**

a) Le dossier n'établit pas si la demanderesse appartient à l'une ou l'autre des associations de personnel ou syndicats ayant longuement mené les très délicates négociations de la nouvelle convention collective. Face aux 5000 personnes soumises aux deux CCT 21 (de droit public et de droit privé) et notamment à la majorité d'entre elles soumises à la CCT 21 de droit public (soit les 7 hôpitaux de l'EHM, le Service de soins à domicile NOMAD et le Centre neuchâtelois de psychiatrie), ayant finalement accepté les avantages et les désavantages desdites conventions collectives, on pourrait dès lors se demander jusqu'où vont les limites du respect du consensus social finalement obtenu et celles du respect de la bonne foi (cf. sur la question de l'effet des négociations menées par un syndicat pour ses membres ou sur la force contraignante de leur résultat, l'ATF 129 I 113 cons. 3.3 et 3.4). Cette question, de nature peut-être extrajudiciaire, peut toutefois rester indécise ici compte tenu du sort du litige (comme il le sera démontré ci-dessous), et du fait qu'un employé de la fonction publique reste en droit, à titre individuel également, de se prévaloir de principes constitutionnels et de moyens légaux que les parties négociantes des CCT auraient ou plus probablement, ici, ont délibérément, ignorés. b) Encore que ses conclusions ne soient pas

d'une clarté évidente quant aux effets temporels de sa requête, qui ont varié d'écriture en écriture, on peut déduire de ses différents mémoires ou requêtes que la demanderesse conclut d'une part à ce que la Cour de céans constate que la prise en compte de ses années d'expérience dans la fixation de son salaire constitue une inégalité de traitement et également à ce qu'elle transpose son salaire à l'échelon correspondant à celles-ci, soit la classe 6 échelon 7, avec effet rétroactif finalement arrêté au 1<sup>er</sup> janvier 2007, la correction de sa classification de fonction de classe 4 en classe 6 ne résultant pas d'une nouvelle évaluation ou d'un "accident" pervers du principe de la transposition au franc par franc, principe retenu lors de l'entrée en vigueur intégrale de la CCT 21 en matière salariale. L'action ne tend donc pas uniquement à la constatation d'un droit; il s'agit d'une action condamnatoire, chiffrée jusqu'à fin 2009 et pour le reste réservoir de droits. En vertu du principe de disposition, les parties disposent de l'objet du litige et décident si et dans quelle mesure elles entendent soumettre le différend au juge. Celui-ci n'a pas la possibilité d'étendre la contestation à des questions non litigieuses, par exemple au montant qui n'a pas été chiffré, découlant de la prétention en cause (ATF 129 V 450 cons. 3). Les conclusions de la demanderesse, sont dès lors recevables car susceptibles d'être adjugées si elles se révèlent fondées (arrêt de la Cour de droit public du 10.7.2012 dans la cause X. [CDP.2011.341] cons. 1). En présence d'une demande clairement chiffrée, à tout le moins au stade du mémoire de réplique, les conclusions constatatoires du défendeur, pour autant qu'on doive les considérer comme des conclusions reconventionnelles, sont par contre dénuées de pertinence et irrecevables pour les mêmes motifs.

### **E. 3**

a) Selon la demanderesse, la CCT 21 de droit public applicable à l'EHM conformément à l'article 9 de la LEHM, et qui comporte un règlement sur la rémunération du 6 novembre 2006 (RRE) et des directives multiples sur ses modalités d'application, ne respecterait pas, s'agissant de sa nouvelle rémunération, le principe de l'égalité de traitement. b) Dans les rapports de travail de droit public, en principe, le fonctionnaire n'a pas droit au maintien de ses conditions générales d'engagement telles qu'elles existaient au moment où il a été nommé; le régime qui lui est applicable suit les modifications que le législateur apporte au statut, sous réserve de la protection des droits acquis, lesquels constituent l'exception. Il y a, premièrement, droit acquis lorsque la loi déclare explicitement conférer tel droit ou, par diverses formulations, fixer un droit une fois pour toutes. La seconde catégorie de droits acquis se rapporte aux arrangements que l'administration et le fonctionnaire peuvent passer (cf. Moor, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 211-212; à ce propos, également, ATF 134 I 23 cons. 7.1-7.2, p. 35). En l'espèce, la CCT 21 ne qualifie en matière de rémunération aucune prétention de ses employés d'une manière telle que l'on pourrait la qualifier de droit acquis ni ne reprend aucune garantie légale de ce type que les régimes salariaux antérieurs auraient définie comme telle. La reprise, à l'article 6 du RRE, du système déjà connu antérieurement dans les anciens régimes salariaux communaux ou cantonal de l'obtention quasi automatique d'un échelon supplémentaire par année de service n'est pas considérée comme un droit acquis par la jurisprudence (cf. par exemple et par analogie l'arrêt du TF du 21.03.2000 concernant la réduction du système de progression des médecins assistants et des médecins chefs bâlois, ZBl 2001.265, ou l'arrêt du TF du 21.10.1997 concernant la suppression des primes de fidélité dans le canton d'Appenzell, ZBl 1999.40) et elle peut parfaitement être suspendue temporairement ou définitivement selon la situation financière des corporations publiques concernées. Tel a été notamment le cas, temporairement, dans le canton de Neuchâtel pour l'année 2006. Il n'est pas question

ici non plus d'un arrangement particulier, ni d'un accord entre les organes dirigeants ou les négociateurs de la CCT 21, l'administration cantonale voire l'EHM et la demanderesse. La jurisprudence retient qu'en l'absence d'une définition spécifique des droits acquis (dans la loi ou un arrangement particulier), les agents de l'Etat ne peuvent donc invoquer, à l'encontre d'un nouveau régime adopté par le législateur, que les garanties générales tirées de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la bonne foi (art. 8, 9 Cst.). Il découle notamment de ces garanties que des prétentions pécuniaires ne peuvent pas être modifiées, supprimées ou réduites, au détriment de certains fonctionnaires ou de certaines catégories d'entre eux, sans une justification objective et particulière (cf. ATF 118 Ia 245 cons. 5b, p. 256; 106 Ia 163 cons. 1c, p. 169). Il faut également tenir compte, dans ce contexte, de l'existence de régimes transitoires, qui prévoient des modalités particulières d'application du nouveau droit, satisfaisant au principe de la proportionnalité (cf. Knapp, La modification des conditions de service et les droits acquis des agents publics, in Mélanges Alexandre Berenstein, Genève 1989, p. 330). c) Ces principes jurisprudentiels que le Tribunal fédéral n'a cessé de confirmer depuis 1975 (ATF 101 Ia 443 précisé par l'arrêt 106 Ia 163, au terme d'une querelle doctrinale de longue haleine), n'ont plus par la suite été remis en cause (pour des arrêts plus récents, cf. sur ce point notamment l'arrêt du TF dans la cause HEP BeJuNe du 26.11.2008 [1C\_88/2007] et la jurisprudence citée, ainsi que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral dans la cause X du 07.12.2011 [A-1688/2011] cons. 5) et sont régulièrement appliqués par les tribunaux, même dans des situations très spécifiques (cf. par exemple l'arrêt du TA argovien du 21.10.1992, AGVE 1992 149, l'arrêt du TF du 21.10.1997, ZBl 1999, p. 40 ou l'arrêt du TF du 11.03.2008, ZBl 2009, p. 258). d) Dans la mesure où la demanderesse se prévaudrait dès lors ici, implicitement, d'une violation de ses droits acquis auprès de la crèche des hôpitaux de la Ville de éducatrice de la petite enfance, avant son intégration à l'EHM, ses prétentions devraient reposer sur un acte normatif ou un accord particulier. Or il n'en existe pas ici.

#### **E. 4**

a) La demanderesse ne peut pas non plus se prévaloir d'une violation du principe de la bonne foi (elle ne le fait d'ailleurs pas et ceci à raison), puisque, si ce n'est une amélioration des conditions de travail et une amélioration ou un maintien de la rétribution antérieure, aucune autres garanties n'ont jamais été données au personnel de l'EHM soit par ce dernier, soit par les employeurs antérieurs, soit par les organes de la CCT 21 (cf. sur la question de l'application du principe de la bonne foi et les conditions y relatives, non remplies en l'espèce, les ATF 131 II 627, p. 636 cons. 6.1, 126 II 377, p. 387 cons. 3a, 122 II 113, p. 123 cons. 3b/cc, 121 V 65, p. 66 cons. 2a; RAMA 2000 no KV 126, p. 223). C'est donc au seul regard d'une éventuelle violation de la prohibition de l'arbitraire ou de l'égalité de traitement que doit être examiné le présent litige. Ces deux principes, et donc l'article

#### **E. 4.3**

de la Convention Emplois Santé 21). Le principe de la transposition franc pour franc est un principe largement connu en matière d'introduction de nouvelles mesures salariales, appliqué de longue date et ne prête pas flanc à la critique, même lorsqu'il crée des inégalités de traitement entre anciens employés, certaines fois privilégiés, du moins temporairement, et nouveaux engagés (arrêt du TA argovien du 3.6.1986, AGVE 1986 133; ATF 118 Ia 144 p. 145; arrêt du TF du 21.03.2000, ZBl 2001 265; arrêt du TA lucernois du 15.11.2007, LGVE 2007 II 4). Il n'y a pas lieu de le remettre en cause, quant à sa légitimité, même si, ce

faisant, il entraîne ici des conséquences totalement inédites. A première vue, ce système combiné d'harmonisation a bien fonctionné en matière d'attribution des nouvelles fonctions (deux seules actions en la matière sont pendantes devant la Cour de céans) mais moins bien fonctionné en matière de collocation salariale des personnes soumises à la CCT 21 de droit public, dont les 2400 employés de l'EHM (soit environ 1800 EPT). Outre la présente action, la Cour de céans a encore été saisie d'une action collective regroupant 170 demandeurs, tranchée le 29 octobre 2010 (arrêt de la CDP du 29.10.2010 dans la cause Groupement du personnel de l'Etablissement hospitalier contre EHM [CDP.2009.254] ), de deux actions individuelles de même type et d'une action un peu spéciale où la demanderesse requiert que son ancien statut communal soit maintenu en matière de rémunération. On ne saurait considérer qu'au sein des anciens employés repris par l'EHM, le système ait été constitutif d'une péjoration arbitraire de leur situation antérieure (le Conseil d'Etat ayant renoncé par ailleurs à corriger sur 5 ans les situations de surévaluation concernant 10 % du personnel repris) ou d'inégalités de traitement entre eux et la demanderesse ne le soutient pas. Ceci d'autant que le 15 juin 2007, outre la renonciation à la correction des surévaluations, le Conseil d'Etat a accepté de débloquer 3,5 millions supplémentaires, s'ajoutant aux 10 millions initiaux engagés, pour corriger également, par des mesures transitoires ciblées, les pertes de salaire dues aux modifications du régime des indemnités, les décalages constatés pour les personnes qui s'étaient trouvées bloquées dans leur progression salariale avant leur entrée à l'EHM (les anciennes classes de traitement ne comportaient auparavant que 14 échelons annuels avant d'atteindre le maximum de la classe) ou qui se trouvaient dans des échelons inférieurs à ceux de leur dernière classification avant entrée à l'EHM, ceci par l'octroi d'échelons annuels supplémentaires, mais limités à trois au plus, accordés dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, sur trois ans (rétroactivement pour le premier). La demanderesse n'a cependant pas bénéficié de ces mesures de rattrapage, faute d'ancienneté suffisante. Par contre, le nouveau système de classification des fonctions dans un premier temps et des salaires dans un second temps a, en l'occurrence, entraîné deux inégalités de traitement manifestes. S'agissant du système de classification des fonctions une première inégalité de traitement entre la demanderesse (à laquelle s'ajoute un certain nombre de ses collègues) et le reste du personnel repris par l'EHM, est claire, puisque les éducatrices de la petite enfance, actives dans les crèches des hôpitaux ont apparemment été purement et simplement "oubliées" dans la nouvelle classification des fonctions EHM 2007 et qu'elles ont été assimilées à des assistants sociaux éducatifs de formation moins élevée. C'est du moins ce qu'elles ont soutenu et ce que ne semblent contester ni l'EHM ni la Commission de collocation. Sur ce point, la rectification admise (passage de classe 4 en classe 6 avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2009), conformément à la lettre du 20 mars 2009 de la direction de l'EHM ne fait que le confirmer, même si dans sa duplique et en toute mauvaise foi, l'EHM finit par le nier. On peine cependant à comprendre comment l'EHM peut expliciter (il ne le tente d'ailleurs pas sérieusement) un effet rétroactif limité au 1<sup>er</sup> janvier 2009, en se référant aux directives des organes de la CCT 21 du 27 octobre 2008, alors qu'on ne se trouve pas ici en présence d'une nouvelle évaluation d'une fonction (aux exigences évolutives), mais bien d'une correction d'une erreur initiale, soit, en droit et par analogie aux dispositions légales et aux principes jurisprudentiels qui relèvent du domaine de la décision administrative, d'une révision (procédurale) après constatation d'une erreur manifeste, dont la correction ne peut avoir qu'un effet ex tunc (cf. sur ces points arrêt de la CDP dans la cause X. du 04.04.2012 [CDP.2010.36] cons. 2b et les références). Assimiler comme le fait l'EHM (et comme semblent le faire aussi les organes faïtiers de la CCT 21

dans leurs directives du 27.10.2008 précitées), la correction d'erreurs initiales à une évaluation nouvelle et périodique de fonctions évolutives relève de l'arbitraire. Certes, l'EHM a disposé de fort peu de temps entre l'obtention de l'aval du Conseil d'Etat le 14 juin 2006, le vote du budget 2007 par le Grand Conseil, le 6 décembre 2006 et l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions salariales au 1<sup>er</sup> janvier 2007. Il n'en va cependant pas de même de la nouvelle classification des fonctions que les organes de la CCT 21 (groupe de travail 2) annonçaient comme sous toit dès le mois de mai 2005, avalisée par la Commission faîtière ou paritaire de la CCT 21 en mars 2006 et par le Conseil d'Etat en juin 2006, si l'on en croit du moins les bulletins trimestriels d'information au personnel de la CCT 21. Les directives de la Commission faîtière du 6 novembre 2006, révisées le 16 janvier 2007, prévoyaient par ailleurs expressément que les demandes de réexamen relatives à la classe de fonction et à l'échelon selon la CCT 21 et soumises à la commission de collocation porteraient effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2007, sous réserve de "recours" au Tribunal administratif. Il n'en va pas différemment des premières mesures correctrices avalisées par le Conseil d'Etat le 14 juin 2006. Les "modalités d'application des nouvelles évaluations de fonctions et de révision de la cohérence du système" validées par cette même commission faîtière le 27 octobre 2008, dont on peut se demander quelle est vraiment la nature légale mais dont on peut subodorer qu'elles sont la conséquence précipitée du dépôt des premières réclamations juridiquement motivées et du premier "recours" contre le Conseil d'administration de l'EHM (recours D. du 16.06.2008 [ CDP.2008.245 ]) sont de ce point de vue totalement incohérentes. Prises à la lettre, d'une part, elles semblent mettre à néant, dans un flou juridique absolu, non seulement les propres directives de la même Commission, du 6 novembre 2006, ceci sans même les mentionner, mais également reporter au 1<sup>er</sup> janvier 2009 l'entrée en vigueur des transpositions salariales effectuées au 1<sup>er</sup> janvier 2007, éventuellement contestées avec succès. D'autre part, elles sont en totale contradiction avec les mesures prises par le Conseil d'Etat le 14 juin 2006 puisque celles-ci portent effet, pour le personnel touché, sur les années 2007 (avec effet rétroactif), 2008 mais aussi 2009. Face à un tel imbroglio qui mêle tout à la fois nouvelle classification des fonctions et transposition salariale au 1<sup>er</sup> janvier 2007, suivi des mesures prises et réexamen de l'évolution des fonctions, sans même mentionner les dispositions complémentaires relatives à la situation des collaborateurs engagés entre le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et le 1<sup>er</sup> janvier 2009, la Cour de céans se contentera de relever qu'elle ne saurait admettre en l'espèce qu'en application des "modalités" précitées, la classification de fonction (classe 6) de la demanderesse ne prenne effet que le 1<sup>er</sup> janvier 2009 en lieu et place du 1<sup>er</sup> janvier 2007 comme elle aurait dû l'être, ceci sans plus ample commentaire inutile.

5. S'agissant dans un deuxième temps des échelons dus à la demanderesse selon la nouvelle grille salariale, il en va pratiquement de même si l'on prend en considération, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, les conditions d'engagement et de rémunération du nouveau personnel de l'EHM en comparaison de celles du personnel EHM repris des anciennes institutions. L'article 5 du RRE stipule que chaque fonction est colloquée dans une chaîne et dans une classe de la grille des fonctions. A l'entrée en service le salaire est fixé en tenant compte de l'expérience acquise et attestée selon les critères suivants :

- Les années d'expérience professionnelle dans une fonction équivalente donnent droit chacune à un échelon.
- Les années d'expérience professionnelle utile à la fonction donnent droit chacune à trois quarts d'échelon.
- L'expérience professionnelle, selon les alinéas 2 et 3, est comptée pour moitié lorsque le taux de l'activité exercée a été inférieur à 40 %.
- Les années d'autres expériences professionnelles ou d'expérience de vie donnent droit à un quart d'échelon. Elles sont

comptées dès la fin de la formation requise pour la fonction exercée ou dès l'âge légal de la majorité civile. · Le salaire est fixé à l'échelon supérieur lorsque le résultat aboutit à des parts d'échelons. Or à l'évidence et au regard notamment de son cas précis, la transposition des salaires franc pour franc fait perdre à certains employés de longue date de la fonction publique neuchâteloise dans le domaine de la santé un nombre d'échelons parfois important en comparaison des conditions d'engagements offertes aux nouveaux employés de l'EHM dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, à expérience et fonction égales. En l'espèce, la demanderesse peut se prévaloir lors de son intégration dans le nouveau système salarial de l'EHM d'un peu moins de deux années d'activités dans les institutions neuchâteloises reprises en 2007 et, du moins selon elle (la Cour se perdant parfois dans les calculs contradictoires effectués par la demanderesse elle-même), de trois ou quatre années d'expérience de vie. L'EHM refuse toutefois de lui appliquer les mêmes critères de reconnaissance. On ne saurait certes faire supporter à l'EHM les conséquences du fait qu'à leur engagement initial dans l'une des sept institutions de santé reprises par lui, un certain nombre d'employés n'ont pas su ou pu faire valoir, dans leur classification initiale à l'engagement, leurs années d'expérience de vie ou professionnelles au sens de l'article 5 RRE . Sur ce point la demanderesse s'est toutefois déjà vu reconnaître lors de son engagement par la Ville de [...], deux échelons supplémentaires au salaire plancher. Ses années d'ancienneté au sein du système de santé neuchâtelois n'atteignent par ailleurs que deux échelons en 2007. La jurisprudence admet de même qu'un employé promu dans une fonction plus élevée que sa fonction précédente ne saurait se voir garantir les échelons d'ancienneté antérieurement obtenus (AGVE 2007.371) et que les employés qui, du fait d'une nouvelle classification, se retrouvent dans une situation surévaluée n'ont droit alors qu'à une garantie de salaire (LGVE 2007 II 4), ce qui n'est cependant pas le cas de la demanderesse. Une nouvelle fois, il convient de relever également que la demanderesse ne se prévaut plus, devant l'Instance de céans, d'une erreur de collocation dans les nouvelles fonctions mais uniquement de l'absence de reconnaissance de ses années d'expérience acquises. Sous réserve des exceptions précitées, et au regard donc des seules années d'ancienneté dans la fonction publique neuchâteloise, la différence de traitement entre anciens et nouveaux employés, découlant de l'article 5 RRE , qu'elle fait valoir, semble assez évidente. Sur cette question, l'EHM nie la réalité sur plusieurs points : a) Il soutient que les anciens employés repris des anciennes institutions de santé et ses nouveaux employés sont des groupes distincts. Certes, la jurisprudence n'interdit pas de traiter différemment, au sein de la fonction publique, des groupes distincts déterminés (fonctionnaires de l'administration générale, de l'enseignement public, de la santé publique, etc.). En l'espèce toutefois, on ne se trouve pas dans un tel cas de figure puisque ce sont des personnes de même formation, exerçant la même fonction, avec le même nombre d'années d'expérience qui vont se voir accorder plus ou moins d'échelons dans la nouvelle classification salariale. Alors qu'il suffirait, comme le reconnaît l'EHM, à l'ancien personnel repris par lui, de quitter temporairement le système de santé publique neuchâtelois puis d'y revenir quelques temps plus tard pour bénéficier des nouvelles dispositions de classification salariale, plus favorables, ce qui démontre à l'évidence l'inéquité du système. b) Il soutient que le personnel repris a bénéficié d'autres compensations (vacances, horaires de travail, indemnités, élargissement de la fourchette des échelons, etc.). Ici aussi cet argument tombe à faux puisque le nouveau personnel engagé bénéficie très exactement des mêmes conditions. L'EHM n'est certes pas responsable du fait que dans les 7 institutions antérieures (45 dans le domaine complet touché par les CCT 21), placées sous 5 régimes salariaux différents, avec des pratiques d'application qui

divergeaient d'un site ou d'un service à l'autre, les organes de la CCT 21 ont dû compenser avec les moyens financiers à disposition et dans un premier temps, d'importantes différences de traitement, déjà entre anciens employés. Il ne saurait cependant s'en prévaloir pour justifier la création de nouvelles inégalités de traitement entre anciens et nouveaux employés. c) Il soutient que la CCT 21 et son RRE ont été négociés paritairement et que dans un cadre financier limité, les organes de la CCT (surtout sur l'insistance des représentants du personnel) ont été appelés à faire des choix, notamment en décidant de privilégier les conditions de travail (7 millions sur les 10 initialement engagés) et le rattrapage de certaines conditions salariales avant l'amélioration de celles-ci. Cet argument n'est pas dépourvu d'un certain poids mais il n'explique pas pourquoi le personnel nouveau se trouve mieux traité que le personnel ancien. D'autant que l'EHM fournit lui-même la solution à ce problème : respecter l'égalité de traitement entre anciens et nouveaux employés aurait conduit à devoir resserrer l'offre salariale, ce qui était parfaitement possible (et paradoxalement, ce qui se serait peut-être fait aussi au détriment des anciens employés). d) Dans ce dossier, (il ne l'avait pas fait dans d'autres dossiers antérieurs et parallèles), l'EHM explique aussi que cette option d'ignorer délibérément une éventuelle inégalité de traitement permettait de favoriser l'engagement de collaborateurs mieux formés, aux connaissances plus fraîches et plus appréciées. Outre que cet argument est assez vexatoire dans des domaines professionnels où l'expérience vaut très vite tout autant que le savoir théorique initial et qu'il laisse supposer que les titulaires de titres antérieurs aux HES et autre système de Bologne seraient moins bons que ceux d'après, -ce qui reste à démontrer-, ce complément d'argumentation reste tout aussi dépourvu de sens dans la mesure où, à situation, titre et formation égaux, un employé engagé avant 2007 reste discriminé par rapport à celui engagé après 2007. e) L'EHM soutient en dernier lieu (mais avant tout ?) qu'en sa qualité d'organe d'application de la CCT 21 et de son RRE, il n'était pas en droit d'y déroger. Ici non plus cet argument n'est pas dépourvu de pertinence, mais face à une violation assez évidente d'une disposition constitutionnelle, un organe d'application ne saurait se contenter de se retrancher derrière le principe de subordination. 6. Cela étant, la Cour de céans ne peut que constater que pour partie, le personnel des anciennes institutions, repris par l'EHM, dont la demanderesse, est effectivement victime d'une inégalité de traitement par rapport au nouveau personnel engagé, sans qu'aucune justification objective ne l'explique, et que les critères jurisprudentiels conduisant à un tel constat sont à l'évidence remplis. Le Tribunal fédéral (ATF 98 Ia 179 dans la cause V. contre Canton de Fribourg) puis le Tribunal de céans (arrêt de la Cour de droit public du 29.10.2012 dans la cause Groupement du personnel hospitalier contre EHM [CDP.2009.254] ) n'en ont pas jugé différemment. Le principe selon lequel, dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques, une rémunération égale doit être réservée à un travail égal, ne peut être battu en brèche que pour des motifs objectifs, non réunis en l'espèce. Toutefois, la correction par le juge d'une inégalité de traitement fait courir le risque manifeste d'en créer d'autres (ATF 123 I 1 , 120 Ia 329 ). Une fois écartée sa demande implicite de voir accorder à son action, déposée le 12 août 2009 un effet rétroactif, clairement contraire à la jurisprudence applicable en la matière (ATF 131 I 105 ; arrêt du TA dans la cause H. du 29.10.2010 [ TA.2008.382 ] cons. 1b), la résolution de l'inégalité constatée au détriment de la demanderesse ne se résume pas à l'application d'une simple règle de trois, au sens arithmétique du terme (ancienne classification, nouvelle classification, augmentation du nombre d'échelons) comme au sens des parties concernées (EHM, organes faïtières de la CCT 21, Etat de Neuchâtel). Ceci d'autant que la jurisprudence fédérale impose au juge

constitutionnel ou administratif, en matière de droit à l'égalité de traitement, une retenue certaine (ATF 129 I 161 cons. 3.2). Les autorités cantonales disposent en effet d'un large pouvoir d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisation et de rémunération (ATF 123 I 1 , 121 I 49 ) et le juge doit observer une retenue particulière non seulement lorsqu'il s'agit de comparer deux catégories d'ayants droit mais de juger ou remettre en cause l'ensemble d'un système de rémunération, tant il est évident que l'issue du présent litige ne saurait concerner que la demanderesse. Le juge risque en effet de créer de nouvelles inégalités s'il cherche à n'atteindre que l'égalité entre deux catégories d'employés (ATF 120 Ia 329 ). Dès lors, la seule conclusion que la Cour est en mesure d'admettre est de constater l'existence d'une inégalité de traitement entre la demanderesse et les nouveaux employés de l'EHM engagés dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, au sens de ce qui précède. Il ne lui appartient pas de déterminer les correctifs propres à y remédier mais à l'EHM de procéder à un réexamen individuel de la classification de la demanderesse, selon des critères respectant l'égalité de traitement entre anciens et nouveaux employés de l'EHM, la Cour de céans étant pleinement consciente que ce réexamen pourrait entraîner une révision intégrale du système de transposition adopté à fin 2006 pour l'ensemble du personnel soumis à la CCT 21 de droit public, en fonction des possibilités financières du système de santé neuchâtelois. La Cour de céans rappellera par ailleurs que ce réexamen devra se faire dans un délai approprié (ATF du 2.7.1999, SGGVP 1999 2; ATA BE du 13.6.2005, JAB 2006 58; arrêt du Tribunal fédéral du 11.03.2008 [1C\_230/2007] ZBl 2009 258). Elle relèvera en dernier lieu qu'au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 113 Ia 107 , p. 116 ss), il est admissible de considérer une situation conjoncturelle délicate, telle qu'alléguée par le défendeur, comme une circonstance objective justifiant une différence temporaire de salaire, pour autant qu'elle ne soit en rien liée au sexe des travailleurs concernés. Ce qui revient à dire qu'outre l'exclusion d'un effet rétroactif de la demande au 1<sup>er</sup> janvier 2007, la demanderesse n'a pas, par principe, un droit immédiat à la correction de sa classification salariale au 12 août 2009 (date du dépôt de la demande) sous réserve de sa nouvelle collocation en classe 6, à laquelle elle a droit dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (cons. 4b ci-dessus).

7. La demanderesse obtenant gain de cause sur l'essentiel de ses conclusions, à tout le moins subsidiaires, a droit à des dépens. Me E. fait valoir une rémunération, frais et TVA compris, de 8'269.15 francs dont 7'500 francs à titre d'honoraires, correspondant à 30 heures d'activité au tarif horaire de 250 francs. Eu égard au temps de travail très certainement conséquent que la défense des intérêts de la demanderesse, face à un mur de refus successifs, a dû engendrer, le temps de travail allégué, certes très important, peut néanmoins être admis, sous réserve du temps de rédaction des mémoires de procédure , manifestement excessif, surtout pour la réplique (10,5 h.), et qui sera ramené de 19 heures facturées à 12 heures admises. Selon le tarif usuellement appliqué par la Cour de céans, dans les affaires de fonction publique, de l'ordre de 250 francs de l'heure, le montant des dépens en principe dus à la demanderesse, et à la charge du défendeur sera dès lors arrêté pour la période 2009-2010 à 5200 francs d'honoraires, 170 francs de débours et 408,10 francs de TVA (à 7,6 %) et pour la période 2011-2012 à 550 francs d'honoraires, 13 francs de débours et 45,05 francs de TVA (à 8 %). Du fait que la demanderesse succombe partiellement, ils seront réduits d'un quart. La partie défenderesse, qui succombe pour l'essentiel, étant une collectivité publique, la Cour statuera au surplus sans frais (art. 47 al. 2 LPJA).

Cst. féd. n'est pas violé lorsque les différences de rémunération reposent sur des motifs objectifs tels que l'âge, l'ancienneté, l'expérience, les charges familiales, les qualifications, le type et la durée de la formation, les horaires, les performances, les attributions ou les responsabilités endossées (ATF 123 I 1, p. 7 ss cons. 6a à 6c, 124 II 436 cons. 7a). Ceci est aussi valable dans le cadre de l'application du droit : les autorités sont tenues, selon le principe de l'égalité de traitement, de traiter de manière égale les situations semblables pour lesquelles les faits pertinents sont les mêmes, à moins qu'un motif objectif ne justifie un traitement différent (ATF 131 I 105 p. 107 cons. 3.1 et les références, JT 2006 I 597-598; ATF 129 I 161 p. 165 cons. 3.2 et les références, arrêt du TF dans la cause A. et consorts du 02.04.2008 [1C\_358/2007] cons. 5). Le droit constitutionnel cantonal n'offre pas une protection plus étendue (art. 8 al. 1 Cst. neuchâteloise; Bauer, Constitution annotée de la République et canton de Neuchâtel, no 1 ad art. 8, p. 45 et la référence). b) On parle d'inégalité de traitement dès lors qu'une autorité traite de façon différente deux situations qui sont tellement semblables qu'elles requièrent un traitement identique (distinction insoutenable) ou lorsqu'elle traite d'une façon identique deux situations qui sont tellement différentes qu'elles requièrent un traitement différent (assimilation insoutenable; ATF 129 I 113 cons. 5.1 et les références citées). En l'espèce, l'examen d'une éventuelle inégalité de traitement (distinction insoutenable) suppose dans un premier temps une comparaison entre le statut de la demanderesse auprès de son ancien employeur, établissement communal, d'une part, avant l'entrée en vigueur du règlement sur la rémunération, et sa situation selon le statut EHM/CCT 21 harmonisé d'autre part. De prime abord, on ne saurait déduire du seul fait de la suppression des hautes payes ou de la rétrogradation dans les échelons des nouvelles classes de traitement de l'EHM, entraînée par la transposition des anciens salaires acquis dans la nouvelle classification salariale, que, d'un point de vue général, les conditions de travail et de rémunération des anciens employés sont ainsi moins favorables dans le statut harmonisé de la CCT, ceci d'autant que le nombre d'échelons de progression salariale possible a été fortement augmenté. Comme le relève par ailleurs le défendeur, le passage au nouveau statut impliquait un changement juridique important des rapports de service, maintenant réglés de manière nettement plus égalitaire, dans une convention collective, impérative pour les employeurs et le personnel concerné, et dont l'application dans les différents sites de l'EHM fera l'objet de contrôles stricts. Dans la mesure où l'instauration de la CCT 21 visait cependant clairement une harmonisation et revalorisation de la situation salariale du personnel de la santé (80 % des 5000 personnes touchées par les CCT 21 de droit public et de droit privé voient leur situation améliorée et pour 10 % du personnel concerné, obtiennent un très net rattrapage salarial), mais pas seulement, puisque dès le départ, les négociateurs de la CCT 21 ont souhaité mettre l'accent également sur l'amélioration des conditions de travail, la réduction des horaires et l'allongement des vacances, il a fallu, pour les organes de la CCT 21, trouver un système de transposition d'anciennes classes de fonctions et classes de traitement hétéroclites (5 grilles de fonctions et de traitement appliquées de manière très diverse par 45 employeurs antérieurs) en un système unique et harmonisé qui ne pèjore en tout cas pas la situation salariale du personnel de santé. Dans un premier temps, les organes de la CCT 21 (et notamment la commission de collocation) ont procédé à l'établissement d'une nouvelle classification unifiée des fonctions (121 fonctions groupées en

## **E. 9**

"familles") en recourant aux services de l'entreprise zurichoise GFO, issue de l'EPFZ et spécialisée en la matière, selon un système déjà appliqué dans plusieurs systèmes

hospitaliers de différents cantons, ce qui garantit le début d'une certaine harmonisation inter cantonale bien que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne l'impose pas (arrêt du TF dans la cause H. contre Conseil d'Etat de Neuchâtel du 28.06.2011 [8C\_991/2010] cons. 8.6). Dans un second temps, la Commission faîtière de la CCT 21 a avalisé les nouvelles grilles salariales et le Conseil d'Etat a approuvé le 14 juin 2006 les propositions de la commission selon lesquelles l'intégration de chaque employé dans sa nouvelle fonction, sa nouvelle classe de traitement et les échelons de celle-ci se ferait, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007 au franc pour franc (cf. également sur ces points les directives pour la transposition édictées par la Commission paritaire le 17.8.2006 et le chiffre

## **E. 21**

(et notamment la commission de collocation) ont procédé à l'établissement d'une nouvelle classification unifiée des fonctions (121 fonctions groupées en 9 "familles") en recourant aux services de l'entreprise zurichoise GFO, issue de l'EPFZ et spécialisée en la matière, selon un système déjà appliqué dans plusieurs systèmes hospitaliers de différents cantons, ce qui garantit le début d'une certaine harmonisation inter cantonale bien que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne l'impose pas (arrêt du TF dans la cause H. contre Conseil d'Etat de Neuchâtel du 28.06.2011 [8C\_991/2010] cons. 8.6).

Dans un second temps, la Commission faîtière de la CCT 21 a avalisé les nouvelles grilles salariales et le Conseil d'Etat a approuvé le 14 juin 2006 les propositions de la commission selon lesquelles l'intégration de chaque employé dans sa nouvelle fonction, sa nouvelle classe de traitement et les échelons de celle-ci se ferait, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007 au franc pour franc (cf. également sur ces points les directives pour la transposition édictées par la Commission paritaire le 17.8.2006 et le chiffre 4.3 de la Convention Emplois Santé 21).

Le principe de la transposition franc pour franc est un principe largement connu en matière d'introduction de nouvelles mesures salariales, appliqué de longue date et ne prête pas flanc à la critique, même lorsqu'il crée des inégalités de traitement entre anciens employés, certaines fois privilégiés, du moins temporairement, et nouveaux engagés (arrêt du TA argovien du 3.6.1986, AGVE 1986 133; ATF 118 Ia 144p. 145; arrêt du TF du 21.03.2000, ZBl 2001 265; arrêt du TA lucernois du 15.11.2007, LGVE 2007 II 4). Il n'y a pas lieu de le remettre en cause, quant à sa légitimité, même si, ce faisant, il entraîne ici des conséquences totalement inédites.

A première vue, ce système combiné d'harmonisation a bien fonctionné en matière d'attribution des nouvelles fonctions (deux seules actions en la matière sont pendantes devant la Cour de céans) mais moins bien fonctionné en matière de collocation salariale des personnes soumises à la CCT 21 de droit public, dont les 2400 employés de l'EHM (soit environ 1800 EPT). Outre la présente action, la Cour de céans a encore été saisie d'une action collective regroupant 170 demandeurs, tranchée le 29 octobre 2010 (arrêt de la CDP du 29.10.2010 dans la cause Groupement du personnel de l'Etablissement hospitalier contre EHM [CDP.2009.254]), de deux actions individuelles de même type et d'une action un peu spéciale où la demanderesse requiert que son ancien statut communal soit maintenu en matière de rémunération.

On ne saurait considérer qu'au sein des anciens employés repris par l'EHM, le système ait été constitutif d'une péjoration arbitraire de leur situation antérieure (le Conseil d'Etat ayant renoncé par ailleurs à corriger sur 5 ans les situations de surévaluation concernant 10 % du personnel repris) ou d'inégalités de traitement entre eux et la demanderesse ne le

soutient pas. Ceci d'autant que le 15 juin 2007, outre la renonciation à la correction des surévaluations, le Conseil d'Etat a accepté de débloquer 3,5 millions supplémentaires, s'ajoutant aux 10 millions initiaux engagés, pour corriger également, par des mesures transitoires ciblées, les pertes de salaire dues aux modifications du régime des indemnités, les décalages constatés pour les personnes qui s'étaient trouvées bloquées dans leur progression salariale avant leur entrée à l'EHM (les anciennes classes de traitement ne comportaient auparavant que 14 échelons annuels avant d'atteindre le maximum de la classe) ou qui se trouvaient dans des échelons inférieurs à ceux de leur dernière classification avant entrée à l'EHM, ceci par l'octroi d'échelons annuels supplémentaires, mais limités à trois au plus, accordés dès le 1er janvier 2007, sur trois ans (rétroactivement pour le premier). La demanderesse n'a cependant pas bénéficié de ces mesures de rattrapage, faute d'ancienneté suffisante.

Par contre, le nouveau système de classification des fonctions dans un premier temps et des salaires dans un second temps a, en l'occurrence, entraîné deux inégalités de traitement manifestes. S'agissant du système de classification des fonctions une première inégalité de traitement entre la demanderesse (à laquelle s'ajoute un certain nombre de ses collègues) et le reste du personnel repris par l'EHM, est claire, puisque les éducatrices de la petite enfance, actives dans les crèches des hôpitaux ont apparemment été purement et simplement "oubliées" dans la nouvelle classification des fonctions EHM 2007 et qu'elles ont été assimilées à des assistants sociaux éducatifs de formation moins élevée. C'est du moins ce qu'elles ont soutenu et ce que ne semblent contester ni l'EHM ni la Commission de collocation. Sur ce point, la rectification admise (passage de classe 4 en classe 6 avec effet rétroactif au 1er janvier 2009), conformément à la lettre du 20 mars 2009 de la direction de l'EHM ne fait que le confirmer, même si dans sa duplique et en toute mauvaise foi, l'EHM finit par le nier. On peine cependant à comprendre comment l'EHM peut expliciter (il ne le tente d'ailleurs pas sérieusement) un effet rétroactif limité au 1er janvier 2009, en se référant aux directives des organes de la CCT 21 du 27 octobre 2008, alors qu'on ne se trouve pas ici en présence d'une nouvelle évaluation d'une fonction (aux exigences évolutives), mais bien d'une correction d'une erreur initiale, soit, en droit et par analogie aux dispositions légales et aux principes jurisprudentiels qui relèvent du domaine de la décision administrative, d'une révision (procédurale) après constatation d'une erreur manifeste, dont la correction ne peut avoir qu'un effet ex tunc (cf. sur ces points arrêt de la CDP dans la cause X. du 04.04.2012 [CDP.2010.36] cons. 2b et les références). Assimiler comme le fait l'EHM (et comme semblent le faire aussi les organes faïtiers de la CCT 21 dans leurs directives du 27.10.2008 précitées), la correction d'erreurs initiales à une évaluation nouvelle et périodique de fonctions évolutives relève de l'arbitraire. Certes, l'EHM a disposé de fort peu de temps entre l'obtention de l'aval du Conseil d'Etat le 14 juin 2006, le vote du budget 2007 par le Grand Conseil, le 6 décembre 2006 et l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions salariales au 1er janvier 2007. Il n'en va cependant pas de même de la nouvelle classification des fonctions que les organes de la CCT 21 (groupe de travail 2) annonçaient comme sous toit dès le mois de mai 2005, avalisée par la Commission faïtère ou paritaire de la CCT 21 en mars 2006 et par le Conseil d'Etat en juin 2006, si l'on en croit du moins les bulletins trimestriels d'information au personnel de la CCT 21. Les directives de la Commission faïtère du 6 novembre 2006, révisées le 16 janvier 2007, prévoyaient par ailleurs expressément que les demandes de réexamen relatives à la classe de fonction et à l'échelon selon la CCT 21 et soumises à la commission de collocation porteraient effet rétroactif au 1er janvier 2007, sous réserve de

"recours" au Tribunal administratif. Il n'en va pas différemment des premières mesures correctrices avalisées par le Conseil d'Etat le 14 juin 2006. Les "modalités d'application des nouvelles évaluations de fonctions et de révision de la cohérence du système" validées par cette même commission faïtière le 27 octobre 2008, dont on peut se demander quelle est vraiment la nature légale mais dont on peut subodorer qu'elles sont la conséquence précipitée du dépôt des premières réclamations juridiquement motivées et du premier "recours" contre le Conseil d'administration de l'EHM (recours D. du 16.06.2008 [CDP.2008.245]) sont de ce point de vue totalement incohérentes. Prises à la lettre, d'une part, elles semblent mettre à néant, dans un flou juridique absolu, non seulement les propres directives de la même Commission, du 6 novembre 2006, ceci sans même les mentionner, mais également reporter au 1er janvier 2009 l'entrée en vigueur des transpositions salariales effectuées au 1er janvier 2007, éventuellement contestées avec succès. D'autre part, elles sont en totale contradiction avec les mesures prises par le Conseil d'Etat le 14 juin 2006 puisque celles-ci portent effet, pour le personnel touché, sur les années 2007 (avec effet rétroactif), 2008 mais aussi 2009. Face à un tel imbroglio qui mêle tout à la fois nouvelle classification des fonctions et transposition salariale au 1er janvier 2007, suivi des mesures prises et réexamen de l'évolution des fonctions, sans même mentionner les dispositions complémentaires relatives à la situation des collaborateurs engagés entre le 1er janvier 2007 et le 1er janvier 2009, la Cour de céans se contentera de relever qu'elle ne saurait admettre en l'espèce qu'en application des "modalités" précitées, la classification de fonction (classe 6) de la demanderesse ne prenne effet que le 1er janvier 2009 en lieu et place du 1er janvier 2007 comme elle aurait dû l'être, ceci sans plus ample commentaire inutile.

5. S'agissant dans un deuxième temps des échelons dus à la demanderesse selon la nouvelle grille salariale, il en va pratiquement de même si l'on prend en considération, dès le 1er janvier 2007, les conditions d'engagement et de rémunération du nouveau personnel de l'EHM en comparaison de celles du personnel EHM repris des anciennes institutions.

L'article 5 du RRE stipule que chaque fonction est colloquée dans une chaîne et dans une classe de la grille des fonctions. A l'entrée en service le salaire est fixé en tenant compte de l'expérience acquise et attestée selon les critères suivants :

· Les années d'expérience professionnelle dans une fonction équivalente donnent droit chacune à un échelon.

· Les années d'expérience professionnelle utile à la fonction donnent droit chacune à trois quarts d'échelon.

· L'expérience professionnelle, selon les alinéas 2 et 3, est comptée pour moitié lorsque le taux de l'activité exercée a été inférieur à 40 %.

· Les années d'autres expériences professionnelles ou d'expérience de vie donnent droit à un quart d'échelon. Elles sont comptées dès la fin de la formation requise pour la fonction exercée ou dès l'âge légal de la majorité civile.

· Le salaire est fixé à l'échelon supérieur lorsque le résultat aboutit à des parts d'échelons.

Or à l'évidence et au regard notamment de son cas précis, la transposition des salaires franc pour franc fait perdre à certains employés de longue date de la fonction publique neuchâteloise dans le domaine de la santé un nombre d'échelons parfois important en comparaison des conditions d'engagements offertes aux nouveaux employés de l'EHM

dès le 1er janvier 2007, à expérience et fonction égales. En l'espèce, la demanderesse peut se prévaloir lors de son intégration dans le nouveau système salarial de l'EHM d'un peu moins de deux années d'activités dans les institutions neuchâteloises reprises en 2007 et, du moins selon elle (la Cour se perdant parfois dans les calculs contradictoires effectués par la demanderesse elle-même), de trois ou quatre années d'expérience de vie. L'EHM refuse toutefois de lui appliquer les mêmes critères de reconnaissance.

On ne saurait certes faire supporter à l'EHM les conséquences du fait qu'à leur engagement initial dans l'une des sept institutions de santé reprises par lui, un certain nombre d'employés n'ont pas su ou pu faire valoir, dans leur classification initiale à l'engagement, leurs années d'expérience de vie ou professionnelles au sens de l'article 5RRE. Sur ce point la demanderesse s'est toutefois déjà vu reconnaître lors de son engagement par la Ville de [ ], deux échelons supplémentaires au salaire plancher. Ses années d'ancienneté au sein du système de santé neuchâtelois n'atteignent par ailleurs que deux échelons en 2007.

La jurisprudence admet de même qu'un employé promu dans une fonction plus élevée que sa fonction précédente ne saurait se voir garantir les échelons d'ancienneté antérieurement obtenus (AGVE 2007.371) et que les employés qui, du fait d'une nouvelle classification, se retrouvent dans une situation surévaluée n'ont droit alors qu'à une garantie de salaire (LGVE 2007 II 4), ce qui n'est cependant pas le cas de la demanderesse. Une nouvelle fois, il convient de relever également que la demanderesse ne se prévaut plus, devant l'Instance de céans, d'une erreur de collocation dans les nouvelles fonctions mais uniquement de l'absence de reconnaissance de ses années d'expérience acquises.

Sous réserve des exceptions précitées, et au regard donc des seules années d'ancienneté dans la fonction publique neuchâteloise, la différence de traitement entre anciens et nouveaux employés, découlant de l'article 5RRE, qu'elle fait valoir, semble assez évidente.

Sur cette question, l'EHM nie la réalité sur plusieurs points :

a) Il soutient que les anciens employés repris des anciennes institutions de santé et ses nouveaux employés sont des groupes distincts. Certes, la jurisprudence n'interdit pas de traiter différemment, au sein de la fonction publique, des groupes distincts déterminés (fonctionnaires de l'administration générale, de l'enseignement public, de la santé publique, etc.). En l'espèce toutefois, on ne se trouve pas dans un tel cas de figure puisque ce sont des personnes de même formation, exerçant la même fonction, avec le même nombre d'années d'expérience qui vont se voir accorder plus ou moins d'échelons dans la nouvelle classification salariale. Alors qu'il suffirait, comme le reconnaît l'EHM, à l'ancien personnel repris par lui, de quitter temporairement le système de santé publique neuchâtelois puis d'y revenir quelques temps plus tard pour bénéficier des nouvelles dispositions de classification salariale, plus favorables, ce qui démontre à l'évidence l'inéquité du système.

b) Il soutient que le personnel repris a bénéficié d'autres compensations (vacances, horaires de travail, indemnités, élargissement de la fourchette des échelons, etc.). Ici aussi cet argument tombe à faux puisque le nouveau personnel engagé bénéficie très exactement des mêmes conditions. L'EHM n'est certes pas responsable du fait que dans les 7 institutions antérieures (45 dans le domaine complet touché par les CCT 21), placées sous 5 régimes salariaux différents, avec des pratiques d'application qui divergeaient d'un

site ou d'un service à l'autre, les organes de la CCT 21 ont dû compenser avec les moyens financiers à disposition et dans un premier temps, d'importantes différences de traitement, déjà entre anciens employés. Il ne saurait cependant s'en prévaloir pour justifier la création de nouvelles inégalités de traitement entre anciens et nouveaux employés.

c) Il soutient que la CCT 21 et son RRE ont été négociés paritairement et que dans un cadre financier limité, les organes de la CCT (surtout sur l'insistance des représentants du personnel) ont été appelés à faire des choix, notamment en décidant de privilégier les conditions de travail (7 millions sur les 10 initialement engagés) et le rattrapage de certaines conditions salariales avant l'amélioration de celles-ci. Cet argument n'est pas dépourvu d'un certain poids mais il n'explique pas pourquoi le personnel nouveau se trouve mieux traité que le personnel ancien. D'autant que l'EHM fournit lui-même la solution à ce problème : respecter l'égalité de traitement entre anciens et nouveaux employés aurait conduit à devoir resserrer l'offre salariale, ce qui était parfaitement possible (et paradoxalement, ce qui se serait peut-être fait aussi au détriment des anciens employés).

d) Dans ce dossier, (il ne l'avait pas fait dans d'autres dossiers antérieurs et parallèles), l'EHM explique aussi que cette option d'ignorer délibérément une éventuelle inégalité de traitement permettait de favoriser l'engagement de collaborateurs mieux formés, aux connaissances plus fraîches et plus appréciées. Outre que cet argument est assez vexatoire dans des domaines professionnels où l'expérience vaut très vite tout autant que le savoir théorique initial et qu'il laisse supposer que les titulaires de titres antérieurs aux HES et autre système de Bologne seraient moins bons que ceux d'après, -ce qui reste à démontrer-, ce complément d'argumentation reste tout aussi dépourvu de sens dans la mesure où, à situation, titre et formation égaux, un employé engagé avant 2007 reste discriminé par rapport à celui engagé après 2007.

e) L'EHM soutient en dernier lieu (mais avant tout ?) qu'en sa qualité d'organe d'application de la CCT 21 et de son RRE, il n'était pas en droit d'y déroger. Ici non plus cet argument n'est pas dépourvu de pertinence, mais face à une violation assez évidente d'une disposition constitutionnelle, un organe d'application ne saurait se contenter de se retrancher derrière le principe de subordination.

6. Cela étant, la Cour de céans ne peut que constater que pour partie, le personnel des anciennes institutions, repris par l'EHM, dont la demanderesse, est effectivement victime d'une inégalité de traitement par rapport au nouveau personnel engagé, sans qu'aucune justification objective ne l'explique, et que les critères jurisprudentiels conduisant à un tel constat sont à l'évidence remplis. Le Tribunal fédéral (ATF 98 Ia 179 dans la cause V. contre Canton de Fribourg) puis le Tribunal de céans (arrêt de la Cour de droit public du 29.10.2012 dans la cause Groupement du personnel hospitalier contre EHM [CDP.2009.254]) n'en ont pas jugé différemment.

Le principe selon lequel, dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques, une rémunération égale doit être réservée à un travail égal, ne peut être battu en brèche que pour des motifs objectifs, non réunis en l'espèce. Toutefois, la correction par le juge d'une inégalité de traitement fait courir le risque manifeste d'en créer d'autres (ATF 123 I 1, 120 Ia 329).

Une fois écartée sa demande implicite de voir accorder à son action, déposée le 12 août 2009 un effet rétroactif, clairement contraire à la jurisprudence applicable en la matière (ATF 131 I 105; arrêt du TA dans la cause H. du 29.10.2010 [TA.2008.382] cons. 1b), la

résolution de l'inégalité constatée au détriment de la demanderesse ne se résume pas à l'application d'une simple règle de trois, au sens arithmétique du terme (ancienne classification, nouvelle classification, augmentation du nombre d'échelons) comme au sens des parties concernées (EHM, organes faïtiers de la CCT 21, Etat de Neuchâtel).

Ceci d'autant que la jurisprudence fédérale impose au juge constitutionnel ou administratif, en matière de droit à l'égalité de traitement, une retenue certaine (ATF129 I 161 cons. 3.2). Les autorités cantonales disposent en effet d'un large pouvoir d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisation et de rémunération (ATF123 I 1, 121 I 49) et le juge doit observer une retenue particulière non seulement lorsqu'il s'agit de comparer deux catégories d'ayants droit mais de juger ou remettre en cause l'ensemble d'un système de rémunération, tant il est évident que l'issue du présent litige ne saurait concerner que la demanderesse. Le juge risque en effet de créer de nouvelles inégalités s'il cherche à n'atteindre que l'égalité entre deux catégories d'employés (ATF120 Ia 329).

Dès lors, la seule conclusion que la Cour est en mesure d'admettre est de constater l'existence d'une inégalité de traitement entre la demanderesse et les nouveaux employés de l'EHM engagés dès le 1er janvier 2007, au sens de ce qui précède. Il ne lui appartient pas de déterminer les correctifs propres à y remédier mais à l'EHM de procéder à un réexamen individuel de la classification de la demanderesse, selon des critères respectant l'égalité de traitement entre anciens et nouveaux employés de l'EHM, la Cour de céans étant pleinement consciente que ce réexamen pourrait entraîner une révision intégrale du système de transposition adopté à fin 2006 pour l'ensemble du personnel soumis à la CCT 21 de droit public, en fonction des possibilités financières du système de santé neuchâtelois. La Cour de céans rappellera par ailleurs que ce réexamen devra se faire dans un délai approprié (ATF du 2.7.1999, SGGVP19992; ATA BE du 13.6.2005, JAB 2006 58; arrêt du Tribunal fédéral du 11.03.2008 [1C\_230/2007] ZBl 2009 258). Elle relèvera en dernier lieu qu'au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF113 Ia 107, p. 116 ss), il est admissible de considérer une situation conjoncturelle délicate, telle qu'alléguée par le défendeur, comme une circonstance objective justifiant une différence temporaire de salaire, pour autant qu'elle ne soit en rien liée au sexe des travailleurs concernés. Ce qui revient à dire qu'outre l'exclusion d'un effet rétroactif de la demande au 1er janvier 2007, la demanderesse n'a pas, par principe, un droit immédiat à la correction de sa classification salariale au 12 août 2009 (date du dépôt de la demande) sous réserve de sa nouvelle collocation en classe 6, à laquelle elle a droit dès le 1er janvier 2007 (cons. 4b ci-dessus).

7. La demanderesse obtenant gain de cause sur l'essentiel de ses conclusions, à tout le moins subsidiaires, a droit à des dépens. Me E. fait valoir une rémunération, frais et TVA compris, de 8'269.15 francs dont 7'500 francs à titre d'honoraires, correspondant à 30 heures d'activité au tarif horaire de 250 francs. Eu égard au temps de travail très certainement conséquent que la défense des intérêts de la demanderesse, face à un mur de refus successifs, a dû engendrer, le temps de travail allégué, certes très important, peut néanmoins être admis, sous réserve du temps de rédaction des mémoires de procédure, manifestement excessif, surtout pour la réplique (10,5 h.), et qui sera ramené de 19 heures facturées à 12 heures admises. Selon le tarif usuellement appliqué par la Cour de céans, dans les affaires de fonction publique, de l'ordre de 250 francs de l'heure, le montant des dépens en principe dus à la demanderesse, et à la charge du défendeur sera dès lors arrêté pour la période

2009-2010 à 5200 francs d'honoraires, 170 francs de débours et 408,10 francs de TVA (à 7,6 %) et pour la période 2011-2012 à 550 francs d'honoraires, 13 francs de débours et 45,05 francs de TVA (à 8 %). Du fait que la demanderesse succombe partiellement, ils seront réduits d'un quart. La partie défenderesse, qui succombe pour l'essentiel, étant une collectivité publique, la Cour statuera au surplus sans frais (art. 47 al. 2 LPJA).

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Constate que le système de transposition salariale appliqué par le défendeur est constitutif d'une inégalité de traitement entre anciens employés repris par l'EHM et nouveaux employés engagés par lui dès le 1er janvier 2007.

2. Constate que la demanderesse a droit à une collocation de fonction en classe 6 dès le 1er janvier 2007.

3. Transmet le dossier au défendeur pour réexamen de la situation de la demanderesse, au sens des considérants.

4. Condamne le défendeur à verser à la demanderesse une indemnité de dépens partiels de 4'790 francs, TVA, frais et débours inclus.

5. Statue sans frais.

Neuchâtel, le 4 décembre 2012

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.