

**Résumé et analyse**

**Proposition de citation :**

Christine Sattiva Spring, Professions féminines et égalité salariale : un pas en avant et deux en arrière ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_693/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch septembre 2017

**Égalité entre hommes et femmes ; discrimination salariale ; profession typiquement féminine**

**Art. 8 Cst., 3 LEg**



## Professions féminines et égalité salariale : un pas en avant mais deux en arrière ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_693/2016

Christine Sattiva Spring, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

### I. Objet de l'arrêt

Dans son arrêt 8C\_366/2014 du 1<sup>er</sup> décembre 2015<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral a admis que la profession d'enseignant à l'école primaire et au cycle préparatoire doit être qualifiée de typiquement féminine. Par cette décision, il a dès lors renvoyé la cause au Tribunal administratif d'Argovie pour qu'elle détermine si la nouvelle classification salariale adoptée pourrait engendrer une discrimination pour le personnel enseignant au primaire. Le Tribunal administratif ayant dénié toute discrimination, la cause remonte au TF pour l'examen du caractère discriminatoire ou non de la rémunération de cette catégorie d'enseignants.

### II. Résumé

#### A. Faits et procédure

A., enseignante primaire, travaille dans le canton d'Argovie, qui a modifié sa qualification salariale en 2011. Dans ce cadre, A. a demandé une révision de sa classification salariale qu'elle considérait comme discriminatoire au sens de la LEg, en regard des critères différents retenus pour l'administration cantonale dans son ensemble. Le Tribunal administratif d'Argovie a retenu que A. exerçait une fonction neutre sous l'angle du genre et qu'il n'y avait dès lors aucune discrimination à faire valoir à cet égard. Par arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2015 (8C\_366/2014), le TF a cassé la décision et renvoyé la cause à l'autorité cantonale.

Le 31 août 2016, le Tribunal administratif du canton d'Argovie a rejeté le recours de A. dans la mesure de sa recevabilité.

---

<sup>1</sup> Publié aux ATF 141 II 411 et commenté dans la Newsletter DroitduTravail.ch de février 2016, sous la plume de Me STÉPHANIE FULD.

Celle-ci saisit alors à nouveau le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public en concluant essentiellement à ce que la cause soit renvoyée à l'instance cantonale pour nouveau jugement. L'autorité intimée s'est déterminée dans le sens du rejet du recours, tout comme le Département concerné. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a conclu pour sa part à l'admission du recours. A la suite d'un deuxième échange entre les parties, le Tribunal fédéral s'est prononcé par arrêt du 4 juillet 2017.

## **B. Droit**

### **1. Le pouvoir d'examen du TF**

Dans son considérant sur la recevabilité, le TF rappelle que dans les procédures en matière d'égalité salariale, les constatations relatives aux exigences de formation et la description des fonctions relèvent de l'état de fait qu'il ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire. Sont en revanche des éléments de droit qu'il revoit librement tant la justification de la différence salariale sur la base des divergences constatées dans une activité que la détermination du choix des critères d'appréciation et la mesure de la différence admissible. De plus, le législateur cantonal jouissant d'une large marge d'appréciation relativement à l'établissement de son système salarial, le TF limite son pouvoir d'examen à l'arbitraire. Il en découle que la vraisemblance de discrimination niée par l'autorité précédente doit être invoquée comme toute autre violation du droit fédéral devant le TF.

### **2. La motivation cantonale, telle que résumée par le TF**

**2.1 Partant de la prémisse que l'arrêt du TF (8C\_366/2014) dans lequel la profession d'enseignant au primaire est qualifiée de typiquement féminine ne signifiait pas encore que celle-ci était discriminée sur le plan salarial, le Tribunal administratif a retenu, dans son jugement du 31 août 2016, qu'il devait examiner si les enseignants du primaire étaient désavantagés sur le plan de la rémunération et, le cas échéant, si cette différence en leur défaveur trouvait une justification.**

**2.2 L'invocation d'une discrimination salariale est fondée sur la comparaison avec le personnel de l'administration cantonale.** L'analyse de la structure des échelles salariales montre que dans l'administration, la rétribution est fondée sur un salaire initial, des performances et diverses composantes annexes ; la collocation dans les classes se base principalement sur l'évaluation des fonctions selon la méthode ABAKABA, neutre sur le plan du sexe, en prenant en compte la situation du marché du travail. Pour le corps enseignant, la rémunération tient compte d'un salaire initial à hauteur de 37.5%, d'un salaire moyen sur le marché (comparaison avec les cantons limitrophes) pour 50% et du salaire obtenu selon la méthode ABAKABA pour 12.5% ; il en allait déjà ainsi avant la réforme de 2011. Même si le salaire ABAKABA des enseignants n'est pris en compte qu'à 87.5% de celui du personnel de l'administration, l'évaluation peut être comparée.

**2.3 Rappel des bases cantonales et fédérales en matière d'interdiction de la discrimination salariale fondée sur le sexe.**

**2.4 Les systèmes salariaux du personnel de l'administration et du corps enseignant reposent sur des postulats très différents : pour le 1<sup>er</sup>, le salaire initial est déconnecté de l'âge, il augmente ensuite selon les performances, l'amplitude des classes est de 40% ; pour le corps enseignant, le salaire initial se fonde sur un brevet obtenu à l'âge de 22 ans, la progression est automatique avec une amplitude de 60% par classe, une décharge intervient à partir d'un**

certain âge. La coexistence des deux systèmes n'est ni arbitraire ni contraire à l'interdiction de discrimination à raison du sexe

2.5 En appliquant les critères du système ABAKABA et en confrontant la rémunération du corps enseignant et du personnel de l'administration, on constate que le salaire moyen dans l'enseignement est de 9.88% inférieur, voire seulement de 8.57% si on exclut les professions typiquement féminines. Certes, pour les enseignants au primaire, la différence est de 15.81%. Toutefois, ce n'est pas le signe d'une discrimination puisque les enseignants à l'école professionnelle (profession neutre) perçoivent eux 15.03% de moins, la différence de pourcentage étant minime entre les deux professions.

2.6 Le canton est habilité à se fonder sur le salaire moyen du marché s'il peut le justifier par des motifs objectifs et neutres du point de vue des sexes ; à cet égard, la situation des enseignants au primaire est différente de celle des éducatrices de la petite enfance, profession de tout temps essentiellement féminine.

2.7 En l'espèce, le salaire initial est important, représentant 37.5% ; du fait que la profession d'enseignant au primaire était considérée comme neutre au moment de la révision précédente, le salaire initial ne saurait être discriminatoire en raison du sexe.

2.8 Le fait qu'on ne tienne compte, pour le corps enseignant, que de 87.5% du salaire ABAKABA ne saurait fonder une inégalité de traitement ni une discrimination à raison du sexe puisque tous les enseignants sont touchés de manière égale.

2.9 La discrimination n'a ainsi pas été rendue vraisemblable et encore moins établie.

### 3. Les considérants du TF

3.1 Le TF considère tout d'abord que les griefs de la recourante vis-à-vis du refus cantonal de considérer la situation sous le même angle que celle des éducatrices de la petite enfance sont insuffisamment motivés au sens de l'art. 42 LTF.

3.2 Renvoyant au considérant 10 de son arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2015, le TF rappelle ensuite que la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe n'est pas établie par la seule constatation du caractère féminin de la profession.

3.3 **Le TF réfute l'argument de la recourante tendant à l'instauration d'un seul et même système de rémunération pour toute la fonction publique cantonale.** Il rappelle sa jurisprudence constante en matière de pouvoir d'appréciation du législateur cantonal avec cette conséquence qu'un système particulier pour les enseignants n'est pas en soi discriminatoire. L'audition, au cours de la procédure cantonale de l'expert KATZ<sup>2</sup>, qui relevait l'impossibilité d'apprécier les performances du corps enseignant, justifiant ainsi la nécessité de deux grilles différentes sur la base de la science du travail, le confirme.

3.4 Le TF balaie comme insuffisamment motivé l'argument selon lequel le modèle appliqué à tous les enseignants déploie des effets négatifs et constitue une discrimination indirecte pour les seules professions typiquement féminines au sein du corps enseignant.

---

<sup>2</sup> Christian KATZ est l'un des fondateurs de la méthode ABAKABA, développée sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes en 1996.

3.5 Considérant que les objections de la recourante relatives aux différences entre les fonctions du personnel administratif et du corps enseignant ne permettent pas de savoir ce qu'elle veut en tirer, le TF n'entre pas en matière plus avant.

3.6 A la critique de la recourante selon laquelle il n'aurait pas fallu tenir compte des enseignants en école professionnelle, trop revalorisés dans le cadre de la réforme de 2011, et à tort assimilés aux enseignants de gymnase alors qu'ils ne bénéficient pas de la même formation, le TF répond que la collocation ne prête pas le flanc à la critique du fait essentiellement qu'ils interviennent dans l'enseignement post-obligatoire et doivent justifier d'une expérience additionnelle à leur master. La comparaison de ce groupe professionnel avec les enseignants du primaire<sup>3</sup> n'est pas contraire au droit fédéral.

3.7 Critiqués par la recourante, les critères choisis pour établir le salaire du marché (salaire minimum, salaire de la 11<sup>e</sup> année de service et salaire maximal) n'apparaissent pas arbitraires ; le calcul contenu dans ses écritures, qui fait état d'une différence minimale de 10% en regard de chacune des 43 années de service et les statistiques de l'association faîtière suisse des enseignantes et enseignants ne suffit pas à établir le contraire vu les constatations cantonales.

3.8 En tant que la recourante prétend, fondée en particulier sur l'arrêt cantonal relatif aux éducatrices des jardins d'enfants du 29 janvier 2014, que le salaire initial serait discriminatoire, contrairement à l'état de fait de la décision entreprise, son grief n'est pas suffisamment motivé juridiquement.

3.9 La recourante fait ensuite valoir que le résultat du système modélisé et appliqué à tout le corps enseignant correspondrait, au vu des appréciations résultant du système ABAKABA, à un déclassement de fonction pour les professions typiquement féminines d'enseignantes au primaire. Selon la jurisprudence (ATF 131 II 393, consid. 7.1), il y a rétrogradation de fonction lorsque, dans un système salarial non discriminatoire comme tel, on s'écarte de la collocation ordinaire<sup>4</sup> au détriment de fonctions sexo-spécifiques. Or, en l'espèce, le TF relève que tous les enseignants ont été colloqués dans leurs classes de salaires respectives sur la base du même système. Ce n'est donc pas au désavantage de la seule fonction d'enseignant au primaire qu'un écart avec le système ordinaire serait intervenu. D'ailleurs, s'il y avait rétrogradation, on se trouverait en présence d'une discrimination directe, alors que la recourante se prévaut d'une discrimination indirecte. Il n'y a donc aucun indice de rétrogradation en l'espèce.

3.10 La recourante reproche également à l'instance précédente de n'avoir pas examiné la question de la mesure dans laquelle on peut s'écarter de la prise en compte du marché auprès du même employeur et celle de l'admissibilité de la prise en compte du salaire ABAKABA à hauteur de 87.5% seulement car la réponse à ces questions aurait entraîné un renversement du fardeau de la preuve en application de l'art. 6 LEg. Pour le TF, l'autorité inférieure n'avait pas à le faire et elle est partie à bon droit de la grande marge de manœuvre laissée au législateur dans le cadre de son système salarial, avec cette conséquence que les deux systèmes de rémunération peuvent coexister. En outre, l'autorité inférieure a exposé en quoi la prise en considération du marché du travail pour la détermination du salaire des

---

<sup>3</sup> On rappelle que ce n'est qu'une comparaison indirecte (cf. *infra* III C et D))

<sup>4</sup> Celle-ci se fonde sur le résultat de l'évaluation des places de travail (ndr).

enseignants était particulière vu son caractère fermé. La recourante n'aborde pas ces différentes réflexions de manière détaillée ce qui ne permet pas de savoir en quoi l'autorité inférieure aurait violé le droit fédéral. Enfin, la question relative aux chiffres des autres cantons peut rester ouverte, puisqu'il n'en est pas tenu compte.

3.11 Enfin, la recourante fait grief à l'autorité cantonale d'avoir considéré que le salaire des enseignantes au primaire avait été fixé de manière non discriminatoire comme celui d'une profession neutre, dans la mesure où cette fixation précédait le moment de la reconnaissance de la profession comme typiquement féminine. Le TF rappelle que, pour juger de l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, ce n'est pas le moment du jugement qui est décisif, mais bien les circonstances présentes au temps de la fixation du salaire litigieux (ATF 141 II 411, consid. 6.5, 421 et consid. 8.2.2, 426). A l'encontre de l'opinion de la recourante, la reconnaissance qu'une profession, originairement masculine, devenue ensuite neutre, est finalement considérée comme typiquement féminine n'entraîne pas d'effet rétroactif. En ce sens, la profession considérée en l'espèce doit être clairement distinguée de celle d'éducatrice de la petite enfance.

**3.12 En résumé, les griefs invoqués par la recourante, dans la mesure où ils sont suffisamment motivés, ne lui sont d'aucun secours. La décision cantonale ne viole ni son devoir de motiver ni le droit fédéral en matière d'interdiction de discrimination salariale.**

Le recours sera ainsi rejeté dans la mesure de sa recevabilité, frais à charge de la recourante la procédure n'étant pas gratuite au TF.

### III. Analyse

#### A. Une victoire du fédéralisme

1. L'arrêt résumé ci-dessus consacre probablement une victoire du fédéralisme, dans la mesure où il paraît évident que le TF n'a pas voulu remettre en cause un système cantonal fondé notamment sur une analyse des salaires confiée à un organisme considéré comme expert dans le domaine et sur la base d'une méthode avérée. On sait que la Haute Cour joue souvent sur le caractère suffisant ou non des griefs des recourants dirigés contre l'état de fait.

En l'espèce, à six reprises au moins sur les onze considérants de son arrêt, le TF considère que les moyens soulevés sont insuffisamment motivés ou qu'il ne voit pas clairement où la recourante veut en venir.

2. Les cantons comme tous les employeurs sont tenus de respecter l'art. 8 al. 3 Cst. et la LEg lorsqu'ils décident de la rémunération de leurs collaboratrices et collaborateurs. Cela signifie en particulier qu'ils doivent trouver des critères de rétribution non discriminatoires selon le sexe. Le droit fédéral n'exige en revanche pas une égalité absolue de tous les collaborateurs<sup>5</sup> et le TF n'intervient en principe pas si les divergences entre salariés du même sexe n'atteignent pas les 20% dans une administration cantonale, tenue de se conformer aux principes constitutionnels tirés notamment de l'art. 8 al. 1 Cst.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Arrêt non publié du 31 août 2010, 8C\_78/2009, consid. 4.2.2 et 5.1 ; ATF 123 I1 consid. 6c ; ATF 121 I 102 consid. 4.

<sup>6</sup> ATF 129 I 161 consid. 3.2 .

## **B. L'admissibilité de principe des deux échelles salariales**

Sur le plan juridique, on ne peut donc en principe contester l'admissibilité pour les cantons de décider souverainement de leur propre système salarial. Celui-ci doit reposer sur des fondements objectifs, qui s'appuient généralement sur une analyse des fonctions dans le cadre de laquelle divers critères de pondération sont élaborés ; ceux-ci ne sauraient être liés au sexe, étant rappelé qu'une discrimination salariale peut, par exemple, résulter du fait que les critères retenus favorisent en majorité les tâches typiquement masculines et que les critères qui avantagent les tâches typiquement féminines (aptitude à entrer en relation, à communiquer, à coopérer, à faire preuve d'empathie...) sont omis<sup>7</sup>.

Dans cet ordre d'idée, on ne saurait dénier au canton d'Argovie le droit de se doter de deux systèmes de salaires différents, fondés sur des critères particuliers, dans la mesure où il n'en résulte pas de discrimination liée au sexe. Le recours à la méthode ABAKABA, établie sur quatre grands critères a priori objectifs (intellectuel, psychosocial, pénibilité physique et responsabilité<sup>8</sup>), paraît un gage de réussite du résultat.

## **C. L'admissibilité en l'espèce de deux systèmes salariaux très divergents dans leurs effets sur la rémunération ?**

L'enseignement, a fortiori obligatoire et à des enfants, présente effectivement des caractéristiques propres, qui peuvent rendre plus difficile l'adoption d'une seule et même méthode de détermination du salaire. Sans nier que le critère de la performance, auparavant quasiment réservé au secteur privé, ne soit pas complètement transposable dans l'enseignement, une évaluation des prestations est clairement possible, même si elle n'est pas aussi aisée que pour d'autres fonctions. Cela étant, les critères choisis ne devraient pas aboutir à des différences de rémunération particulièrement sensibles.

Pourtant, en Argovie, l'autorité admet que le salaire des enseignants, fondés sur l'équation qui leur est propre, est globalement de 9.88% inférieur à celui qui résulterait du système applicable au reste des personnes de l'administration cantonale. La constatation que ce pourcentage tombe à 8.57% si l'on exclut de la statistique les professions féminines<sup>9</sup> laisse songeur. Elle établit de manière certaine une différence de rémunération au détriment des professions féminines dans l'enseignement. Le pourcentage n'est toutefois pas suffisant pour que le TF intervienne ...

A cet égard, on peut quand même s'étonner que le salaire ABAKABA n'ait été pris en compte qu'à 87.5% dans l'équation applicable, avec cette conséquence que le salaire initial et celui du marché, fermé, ont un poids très considérable dans la détermination des rémunérations. Certes, l'autorité intimée rappelle que le salaire déterminé en 2005, date de la précédente fixation des rémunérations, l'a été à un moment où la profession d'enseignant au primaire

---

<sup>7</sup> FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Discrimination salariale : art. 3 LEg, in Gabriel Aubert et Karine Lempen (éds), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011

<sup>8</sup> En l'espèce, selon l'arrêt cantonal, ce dernier critère a été remplacé par celui de la conduite.

<sup>9</sup> Sur cette notion, on renvoie au commentaire de STÉPHANIE FULD susmentionné en note 1 ainsi qu'aux contributions de KARINE LEMPEN, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), p. 135, 142 et FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, p. 95, 104, in Jean-Philippe Dunand, Karine Lempen, Pascal Mahon (éds), L'égalité entre hommes et femmes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, Collection CERT, Genève/Zurich 2016.

était considérée comme neutre sous l'angle du sexe. Le TF confirme d'ailleurs cette position. Les deux juridictions paraissent oublier à cet égard que, dans son arrêt du 5 octobre 1999<sup>10</sup> déjà, le TF avait été constaté que la proportion de femmes dans l'enseignement primaire au niveau de la Suisse entière atteignait les 70% ; ainsi, la question du caractère féminin de la profession s'était déjà posé plusieurs années avant la révision de 2005.

Au demeurant, le canton semble avoir fait l'impasse sur la vérification du caractère non discriminatoire du salaire du marché, examen auquel il aurait dû se livrer de manière approfondie vu son implication sur la rétribution (50% de la rémunération).

#### **D. L'absence quasi totale de prise en compte du caractère féminin de la profession d'enseignant au primaire, résultat de l'application de l'équation particulière au corps enseignant en son entier**

Dans son analyse de la situation, l'autorité cantonale a pratiquement rendu de nulle portée l'arrêt du TF du 1<sup>er</sup> décembre 2015 constatant le caractère féminin de la profession d'enseignant au primaire.

En effet, à aucun moment, elle n'a vérifié si les enseignantes au primaire étaient ou non discriminées du fait de l'application générale de l'équation résultant de la nouvelle classification salariale. Ainsi, elle n'a jamais opéré la comparaison entre la profession féminine de la recourante et une profession neutre ou masculine dans l'enseignement, comme le postulerait pourtant la jurisprudence fédérale<sup>11</sup>.

La seule analyse effectuée l'a été avec le reste de l'administration, sans que la cohérence interne du système élaboré pour le corps enseignant ne soit jamais testée pour garantir qu'elle n'entraînait aucune discrimination. Les autorités judiciaires se sont donc contentées de constater que la catégorie des enseignantes primaires, profession féminine, n'était qu'à peine plus touchée par la différence avec le personnel cantonal que les enseignants de l'école professionnelle, profession neutre. En l'absence de toute comparaison directe, n'aurait-on pas pu aussi affirmer que si d'autres catégories d'enseignants dans des segments considérés comme neutres étaient mieux (ou moins mal) traités que la recourante, cela suffisait à tout le moins à faire admettre que la preuve allégée de l'article 6 LEg avait été apportée ? On rappelle ici que dans les actions individuelles, il suffit de rapporter la vraisemblance de discrimination avec une personne de l'autre sexe<sup>12</sup>, la constatation qu'une personne de l'autre sexe est aussi mal payée n'étant pas pertinente.

#### **E. Quelle conclusion et quel signal tirer de cette jurisprudence**

i) Une première constatation s'impose : la Cour de droit social se refuse à intervenir dans les systèmes salariaux des cantons et réduit par là même le champ d'application de l'art. 2 LEg.

ii) La classification des fonctions selon la méthode ABAKABA n'exclut pas toute discrimination, en particulier si le résultat n'est pas pris en compte dans son entier.

---

<sup>10</sup> ATF 125 II 530, consid. 2b p. 532.

<sup>11</sup> ATF 136 III 393 consid. 11 p. 396 ss ; ATF 125 II 530, consid. 2b p. 532 ; ATF 124 II 409, consid. 8 p. 426.

<sup>12</sup> TF 4A\_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2 et réf. cit.

iii) On peut certes suivre les juridictions lorsqu'elles affirment que la simple reconnaissance du caractère typiquement féminin d'une profession ne signifie pas encore qu'elle est discriminée sur le plan salarial. Cependant, l'expérience montre que les professions féminines sont généralement perdantes sous l'angle de la rémunération et que les métiers qui se féminisent ont tendance à voir leur collocation salariale se péjorer. Dans cet ordre d'idées, on aurait pu attendre du TF qu'il assouplisse les exigences relatives à la condition de vraisemblance de l'article 6 LEg et qu'il invite le canton à faire la preuve stricte de l'absence de discrimination.

iv) En effet, à l'heure où le Conseil fédéral était sur le point de publier son Message relatif à la modification de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995<sup>13</sup>, le signal donné par la Haute Cour est extrêmement négatif pour les administrations publiques cantonales.

v) En septembre 2016, le Conseil fédéral, conscient de la nécessité d'agir pour implémenter enfin l'égalité salariale, passait avec les cantons et grandes communes intéressées une charte pour l'égalité salariale dans le secteur public<sup>14</sup>. L'égalité salariale ne s'imposera toutefois jamais si les tribunaux restent aussi timides dans l'application de la LEg<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> FF 2017, p. 5169; la modification se fonde sur la constatation de l'inefficacité des dispositions actuelles de la LEg pour protéger les femmes dans les procès et notamment pour parvenir à l'égalité salariale.

<sup>14</sup> <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/plateforme-egalite-salariale/engagement-du-secteur-public/charte-pour-l-egalite-salariale-dans-le-secteur-public.html> ; au contraire de la ville d'Argovie, le canton ici en cause ne l'a pas (encore ?) signée.

<sup>15</sup> Cf notamment le rapport de KARINE LEMPEN et ANER VOLODER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), édité par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG, juin 2017, consultable sur le site : [http://www.unige.ch/droit/publi/LEg2017/analyse-LEg\\_2017-lempen.pdf](http://www.unige.ch/droit/publi/LEg2017/analyse-LEg_2017-lempen.pdf).