

Tribunal fédéral – 8C_366/2014
destiné à la publication
1^{ère} Cour de droit social
Arrêt du 1^{er} décembre 2015 (d)

Newsletter février 2016

Egalité de traitement,
également entre
hommes et femmes

Résumé et analyse

Art. 8 al. 3 Cst. ;

Proposition de citation :

3 al. 2 LEg

Stéphanie Fuld ; examen par le Tribunal administratif du canton d'Argovie d'une éventuelle discrimination salariale du personnel enseignant en charge de l'enseignement dans les degrés primaires ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_366/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch février 2016



Examen par le Tribunal administratif du canton d'Argovie d'une éventuelle discrimination salariale du personnel enseignant en charge de l'enseignement dans les degrés primaires ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_366/2014

Stéphanie Fuld, Avocate, Spécialiste FSA en Droit du Travail

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral admet le recours d'une enseignante qui se plaint que la classe de fonction d'enseignant du degré primaire fait l'objet d'une discrimination en raison de son genre. Le Tribunal administratif avait retenu que la fonction d'enseignant primaire ne pouvait être considérée comme typiquement féminine, de sorte qu'il ne pouvait être question d'une discrimination. Le Tribunal Fédéral examine si la profession d'enseignant de l'école primaire doit continuer à être qualifiée de neutre sous l'angle du genre ou si, compte tenu du nombre important de femmes exerçant cette profession à l'heure actuelle, elle ne devrait pas plutôt être qualifiée, en lieu et place, de spécifiquement féminine.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A., née en 1960, est active comme enseignante primaire à l'école B dans le canton d'Argovie.

L'enseignante s'adressa, avec de nombreux autres enseignants de degrés divers du canton d'Argovie, à la Commission de conciliation pour les questions du personnel.

L'enseignante considérait principalement que la classe de salaire appliquée à la fonction d'enseignant de l'école primaire était discriminatoire en raison du sexe et ce dans la mesure où, la profession typiquement féminine qu'elle exerçait était moins bien rémunérée que d'autres activités de nature équivalente dans l'administration cantonale.

Sur cette base, l'autorité était invitée à colloquer la fonction sans discrimination et à verser à l'enseignante la différence de salaire entre le salaire effectivement perçu et le salaire qu'elle aurait dû percevoir, la fonction eût-elle été classée sans discrimination. La différence de salaire réclamée s'entendait rétroactivement à partir du 1er août 2012.

La Commission de conciliation saisie considéra que dans le cadre de la classification appliquée, il n'était pas possible d'exclure avec certitude toute forme de discrimination en raison du genre, et recommanda dès lors une révision des méthodes d'évaluation, voire une expertise des tâches effectuées, le cas échéant l'application rétroactive d'une nouvelle classification.

Quant au Département de l'éducation, de la culture et des sports du canton d'Argovie, il confirma la collocation salariale attaquée par l'enseignante.

Le Tribunal administratif saisi retint pour sa part que la fonction d'enseignant de l'école primaire devait être qualifiée de neutre sous l'angle du genre et ne pouvait dès lors pas être considérée comme typiquement féminine, de sorte qu'il ne pouvait être question d'une discrimination fondée sur le genre.

Sur recours de droit public de l'enseignante, le Tribunal fédéral doit ainsi déterminer si la profession d'enseignant de l'école primaire doit être considérée, ou non, comme typiquement féminine.

B. Le droit

Le recours formé par l'enseignante porte sur la violation du droit fédéral et en particulier sur la violation de la Loi sur l'égalité. En effet, l'art. 8 al. 3 de la constitution fédérale (Cst. féd.) et l'art. 3 de la Loi sur l'égalité (LEg) prohibent toute discrimination salariale en raison du sexe.

Notre Haute Cour rappelle que le canton d'Argovie, dans le cadre de sa politique de rémunération, utilise un système d'évaluation des fonctions reconnu pour être conçu exempt

de tous critères discriminants. L'évaluation salariale se concrétise ensuite par l'application d'un modèle basé sur 3 vecteurs différents, dont le vecteur « comparaison des marchés ». Dans le cadre d'une décision (WBE.2013.151 du 29 janvier 2014) en relation avec la fonction d'enseignant de la petite enfance (Kindergarten) considérée comme typiquement féminine, l'application d'un des vecteurs a révélé une discrimination.

Dans le cas des enseignants primaires, il a été considéré en revanche que la fonction ne qualifiait pas de typiquement féminine, mais de neutre du point de vue du genre et ce, malgré une représentativité féminine excédant, tant en Suisse qu'en Argovie, les 70%. Cette qualification neutre se justifiait historiquement par le fait que la profession d'enseignant a toujours été considérée comme masculine. Par ailleurs, la qualification ne peut être modifiée que si les changements constatés dans la profession le sont à long terme.

La plaignante considère subir une discrimination indirecte en raison du fait que la fonction d'enseignant de l'école primaire qu'elle occupe devrait être qualifiée de fonction typiquement féminine, dans la mesure où 86,8% du personnel de l'école primaire du canton d'Argovie est de sexe féminin.

Le Tribunal fédéral rappelle que les différences de salaire entre employés d'Etat sont sujettes au respect du principe d'égalité tel qu'il ressort de l'article 8 de la Cst. féd., à savoir que les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de nature égale. Le Tribunal fédéral n'intervient que si le canton outrepassé cette limite dans l'application des critères d'évaluation. En vertu de l'article 3 al.1 de la LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs en raison du sexe, directement ou indirectement. Il existe un risque de discrimination indirecte lorsqu'une règle apparemment neutre avantage de manière prépondérante un genre au détriment de l'autre et ce, sans justification. Une discrimination est concrétisée lorsqu'une différence injustifiée de salaire est appliquée à une fonction spécifiquement identifiée d'un certain genre. Dans ce cas, il existe un droit individuel, rétroactif, à un salaire non discriminatoire.

La qualification préalable de fonction spécifique d'un certain genre est un prérequis nécessaire à une éventuelle discrimination indirecte.

Cette qualification spécifique se fait par l'analyse, en priorité, du nombre d'employés actifs d'un même genre dans la profession considérée, soit le nombre de personnes du même sexe sous contrat chez le même employeur. Une fonction est considérée comme typiquement féminine lorsque la participation des femmes, dans ces conditions, excède les

3

70 %. La qualification peut également être influencée par sa dimension historique. Si la profession d'enseignant de l'école primaire pouvait historiquement être attribuée au genre masculin, elle est devenue, au fil du temps, neutre du point de vue du genre.

Aujourd'hui, le nombre de femmes enseignantes en primaire à l'échelle suisse est de 81,5% (87,2% en Argovie). Il apparaît également que les inscriptions féminines dans les écoles primaires sont de l'ordre de 95,7 % alors que les inscriptions des femmes dans les écoles secondaires restent inférieures à 60%.

Ainsi, l'augmentation de la proportion de femmes enseignantes au primaire est l'expression d'un accroissement durable, constaté depuis les années 90 et ce de manière constante. Si l'absence d'hommes dans cette profession est certes considérée comme un manque et a fait l'objet de mesures correctives, il n'en demeure pas moins que la profession d'enseignant de l'école primaire ne peut plus qualifier de neutre du point de vue du genre, mais qu'elle doit, au vue de la participation prépondérante des femmes, être dorénavant qualifiée de typiquement féminine.

L'affaire est ainsi renvoyée à l'instance précédente pour que celle-ci détermine, au regard de ce qui précède, si l'échelle salariale adoptée par le canton d'Argovie pourrait engendrer une discrimination.

C. Analyse

A titre de préambule, il sied de rappeler que l'article 3 LEg (comme l'article 8 al.3 Cst. féd. d'ailleurs) interdit tant la discrimination salariale directe qu'indirecte¹. Dans la mesure où il n'est pas toujours aisé de distinguer l'une de l'autre, il convient d'en rappeler les principes.

La discrimination est directe si la différence de salaire repose exclusivement sur le critère du sexe. Une discrimination est dite « directe » lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement. La discrimination est en revanche qualifiée d' « indirecte » lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet

¹ ATF 124 II 409, consid 6.

de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement².

Selon la jurisprudence, une discrimination directe ou indirecte en matière de rémunération peut résulter non seulement de la comparaison de la rémunération concrète d'une personne précise par rapport à celle d'autres personnes du sexe opposé, mais aussi de la classification générale de fonctions déterminées. Dans l'aménagement d'un système de rémunération de la fonction publique, les autorités cantonales disposent d'un large pouvoir d'appréciation que la LEg ne restreint en principe pas: celle-ci n'impose ni une méthode déterminée d'évaluation des places de travail ni l'application d'une échelle ; elle prohibe uniquement le choix de critères qui ont un effet discriminatoire direct ou indirect³. Dans la règle, ne sont pas discriminatoires les différences qui reposent sur des critères objectifs tels que la formation, l'âge, l'ancienneté, les qualifications, l'expérience, le cahier des charges ou les prestations⁴.

On peut en revanche craindre⁵ que des critères tels que les sollicitations physiques, psychiques ou encore le savoir-faire, de par leur caractéristique peu objectivable, puissent entraîner, outre une application arbitraire, une éventuelle discrimination à raison du genre.

La discrimination peut ainsi être indirecte lorsqu'une norme juridique, disposition ou décision, qui apparaît a priori comme étant de libellé neutre quant au sexe, a pour effet en fin de compte de largement désavantager un sexe par rapport à l'autre, sans pour autant que puissent être fournis des motifs justificatifs satisfaisants en droit⁵. Dans ces cas-là, la différence de salaire existe au détriment d'une profession identifiée comme étant spécifiquement d'un certain genre (sexo-spécifique), sans que cela se justifie d'une manière quelconque par le travail effectué⁶.

Cela pourrait être le cas lorsque, par exemple, dans une entreprise, le personnel administratif exclusivement de genre féminin, bénéficie d'un droit aux vacances limité au minimum légal alors que l'ensemble des autres membres du personnel ont un droit supérieur. Il s'agira donc de comparer le groupe des personnes affectées par la mesure – en

² Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi sur l'égalité, in FF 1993 I 1163 ss, spéc. p. 1210 ; voir aussi ATF 124 II 409 cons. 7 p. 424/425

³ ATF 124 II 409 consid. 9b p. 427, 123 II 1 consid. 6b p. 8

⁴ ATF 124 II 409 consid. 9b p. 428

⁵ BERSIER Eric, Les diverses méthodes d'évaluation et de comparaison des salaires dans Panorama Droit du travail, Stämpfli Editions Sa Berne. 2009 p. 381

⁶ STAUBER-MOSER Suzy, Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal Fédéral, AJP /PJA/2006, p. 1364

l'espèce le personnel administratif de genre spécifiquement féminin – avec le groupe des personnes qui ne sont pas touchées par la mesure – en l'espèce les autres personnes tout genre confondu.

Plus précisément, pour pouvoir définir si un groupe professionnel est désavantagé en raison de son genre, il sied donc au préalable d'examiner si l'activité du groupe concerné peut être identifiée et qualifiée comme spécifiquement d'un certain genre. La vraisemblance d'une discrimination repose donc sur le préalable que la profession concernée soit typiquement féminine ou que les femmes soient nettement plus nombreuses à être concernées⁷.

Le Tribunal fédéral a, à de réitérées reprises, examiné de nombreuses professions dans le secteur public pour définir au préalable s'il s'agissait de professions pouvant être qualifiées de typiquement féminines⁸.

Pour ce faire, le Tribunal fédéral se base en premier lieu sur les éléments statistiques et considère qu'il faut, de manière générale, une proportion de femmes exerçant l'activité concernée supérieure à 70% pour pouvoir qualifier de typiquement féminine la profession examinée. La part d'un sexe dans le groupe des personnes discriminées doit en tout état de cause être nettement supérieure à la part de l'autre sexe.

Notre Haute Cour a jugé comme typiquement féminine une activité de jardinière d'enfants avec une proportion de 90%. Avec le présent arrêt, les enseignantes de l'école primaire passent d'une fonction de genre neutre – en raison d'une participation féminine à 70% – à une profession typiquement féminine dès lors que les femmes enseignantes en primaire représentent actuellement en Suisse 81,5% (87,2% en Argovie).

Si, pour certains, cette nouvelle qualification spécifiquement féminine de la profession d'enseignant de l'école primaire est à considérer comme une victoire⁹, il n'en demeure pas moins que la proportion de personnes du même genre à exercer l'activité concernée qu'exige le Tribunal fédéral pour qualifier une fonction de sexo-spécifique, est particulièrement élevée.

Il est à craindre qu'avec des exigences aussi élevées, de nombreuses professions à dominance féminine, sans qu'elles atteignent pour autant les pourcentages requis par notre

⁷ STAUBER-MOSER Suzy, Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal Fédéral, AJP /PJA/2006, p. 1368

⁸ ATF123 I 1 (logopédiste), ATF 124 II 409 (enseignantes travaux manuels), ATF 131 II 393 (infirmières soleuroises)

⁹ JÜRGENSEN Nadine NZZ ; Nr. 280 02.12.2015, S 15, Recht im Spiegel der NZZ

Haute Cour, subissent des discriminations indirectes sans que ces professions puissent toutefois sans prévaloir. Enfin, exiger une participation féminine de plus de 81% pour reconnaître la typicité du genre à une profession, n'est-ce pas introduire un seuil mathématique qui, compte tenu de son caractère élevé, est difficilement compatible avec les principes d'accessibilité facilitée à l'égalité que prône la loi fédérale ?