

# **BGer 8C\_728/2021 vom 18. Mai 2022**

Bundesgericht, 2022-05-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_728\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_728_2021)

FR: TF 8C\_728/2021 du 18 mai 2022

IT: TF 8C\_728/2021 del 18 maggio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'arrêt entrepris a été rendu en matière de rapports de travail de droit public. Le recours concerne une contestation pécuniaire, dès lors qu'il vise à la constatation d'une discrimination salariale et au paiement de la différence de traitement correspondante, de sorte que le motif d'exclusion du recours en matière de droit public prévu par l' art. 83 let . g LTF ne s'applique pas.

### **E. 1.2**

La valeur litigieuse exigée de 15'000 fr. ( art. 85 al. 1 let. b LTF ) ne résulte pas de l'arrêt attaqué (cf. art. 112 al. 1 let . d LTF). La recourante expose toutefois que le seuil de 15'000 fr. est largement dépassé au vu de la différence de traitement en cause, qui représenterait à tout le moins un montant annuel de 5'223 fr. (95'835 fr. - 90'612 fr.) pour la période du 1er mai 2011 au 30 avril 2013 et de 20'006 fr. (139'165 fr. - 119'159 fr.) pour la période du 1er mai 2013 au 28 février 2019, ce qui n'est pas contesté par l'intimé et peut être admis au vu des chiffres retenus par l'autorité précédente (cf. consid. 3 infra).

### **E. 1.3**

Il s'ensuit que l'arrêt attaqué, rendu par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 86 al. 1 let . d LTF), peut être attaqué par la voie du recours en matière de droit public. Le recours a par ailleurs été déposé dans le délai ( art. 100 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi, de sorte qu'il est recevable.

### **E. 2.1**

Selon l'art. 3 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg; RS 151.1), il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, et cette interdiction de toute discrimination s'applique notamment à la rémunération et à la promotion. Aux termes de l' art. 5 al. 1 let . d LEg, quiconque subit une discrimination au sens de l' art. 3 LEg peut requérir le tribunal d'ordonner le paiement du salaire dû.

### **E. 2.2**

Selon l' art. 6 LEg , l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable.

#### **E. 2.2.1**

Cette disposition représente un assouplissement par rapport au principe général de l' art. 8 CC , en vertu duquel il incombe à la partie qui déduit un droit de certains faits d'apporter la preuve de ces faits. Dans les relations de travail, la preuve devra généralement porter sur des faits qui se trouvent dans la sphère d'influence de l'employeur et ne sont connus que de

lui. Lorsque le juge, à l'instar de l'employé (e), ignore l'existence de ces moyens de preuve, la maxime inquisitoire, qui veut que les faits soient établis d'office, demeure inopérante. En revanche, si le fardeau de la preuve est mis à la charge de l'employeur, il est dans l'intérêt de ce dernier d'informer le juge avec la plus grande diligence et de lui fournir toutes pièces utiles. La règle spéciale de l'art. 6 LEg trouve ainsi sa justification dans la nécessité de corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve en mains de l'employeur. Toutefois, pour éviter que des actions soient introduites à la légère, on exige, avant de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur, que la prétendue victime apporte quelques indices qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination. Sur ce dernier point, on précisera que le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de la partie qui se prévaut de la discrimination; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment ( ATF 144 II 65 consid. 4.2.1 et 4.2.2; 142 II 49 consid. 6.2; 130 III 145 consid. 4.2 et les références). La comparaison avec la rémunération d'un seul collègue masculin exerçant la même activité suffit pour établir la vraisemblance d'une discrimination à l'encontre d'une travailleuse (arrêts 8C\_424/2021 du 10 mars 2022 consid. 6.2.1 et les références; 4A\_261/2011 du 24 août 2011 consid. 3.2).

### **E. 2.2.2**

Si la discrimination liée au sexe a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est renversé; il appartient alors à l'employeur de démontrer l'inexistence de la discrimination, en apportant la preuve stricte que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs. Constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, le cahier des charges. Des disparités salariales peuvent également se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité en cause, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge ( ATF 142 II 49 consid. 6.3; 130 III 145 consid. 5.2; 127 III 207 consid. 3b et 3c; 125 III 368 consid. 4 et 5; arrêt 8C\_424/2021 précité consid. 6.2.3).

### **E. 2.2.3**

En matière de droit privé du travail - où la fixation du salaire relève de la liberté contractuelle et non, comme pour les employés de l'État, d'un système fondé sur une classification des fonctions, une échelle des traitements et des annuités -, le Tribunal fédéral a considéré qu'une discrimination salariale était vraisemblable (cf. consid. 2.2.1 supra) lorsqu'une travailleuse touchait un salaire d'environ 15 % à 25 % inférieur à celui d'un collègue masculin qui accomplissait le même travail ( ATF 130 III 145 consid. 4.2; 125 III 368 consid. 4; cf. ATF 144 II 165 consid. 4.2.3). S'il s'avérait que le travail de la travailleuse se plaignant de discrimination était d'une valeur supérieure à celui du collègue masculin servant de point de comparaison, une différence de salaire même de moins de 10 % pouvait suffire à établir la vraisemblance d'une discrimination salariale à raison du sexe (arrêt 4A\_115/2011 du 28 avril 2011 consid. 6). Dans un cas où il était constant que la valeur du travail de la travailleuse était égale à celle du collègue masculin servant de point de comparaison, le Tribunal fédéral a admis qu'une différence de salaire de 6 % en moyenne sur une période de cinq ans suffisait pour mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur (arrêt 4A\_585/2015 du 11 avril 2016 consid. 4).

En matière de rapports de service de droit public, le Tribunal fédéral a admis la vraisemblance d'une discrimination dans le cas d'une préfète dont le traitement était d'environ 11 % inférieur à celui d'un collègue masculin en charge d'un autre district qui bénéficiait de sept annuités de plus alors qu'il avait exercé ses fonctions pendant trois ans de moins qu'elle (arrêt 2A.91/2007 du 25 février 2008 consid. 5). Dans un autre cas, le Tribunal fédéral a admis qu'une différence de 8.6 % respectivement de 11.5 % (selon l'indice utilisé) dans le salaire d'embauche par rapport au prédécesseur masculin dans la même fonction, à quoi s'ajoutait l'écart important (plus de 40 %) entre le salaire initial de l'employée et le salaire final du prédécesseur, tendait à rendre vraisemblable une discrimination ( ATF 142 II 49 consid. 7.1 et 7.2), mais que l'employeur public avait en l'espèce apporté la preuve que la différence de traitement reposait sur des motifs objectifs (cf. consid. 2.2.2 supra) et non sur une discrimination à raison du sexe ( ATF 142 II 49 consid. 8).

### **E. 2.3**

La rémunération des membres du personnel de l'État de Genève est régie par la loi du 21 décembre 1973 concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'État, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (LTrait; RS/GE B 5 15) et par son règlement d'application du 17 octobre 1979 (RTrait; RS/GE B 5 15.01).

#### **E. 2.3.1**

Selon l'art. 11 al. 2 LTrait, l'autorité ou l'organe d'engagement détermine le traitement initial en tenant compte, notamment, de l'âge de la personne candidate, des années consacrées à l'éducation des enfants, de l'absence de qualifications professionnelles requises ou, à l'inverse, de l'expérience professionnelle antérieure à l'engagement. Aux termes de l'art. 3 RTrait, le traitement initial correspond à la classe prévue pour la fonction, annuité 0 (al. 1); la personne candidate ayant acquis antérieurement à son engagement une expérience utile au poste qu'elle doit occuper peut bénéficier d'une majoration du traitement initial correspondant à une annuité de la classe d'engagement par année d'expérience reconnue; les années d'expérience sont prises en considération à partir de l'âge de 18 ans; les fractions d'année n'entrent pas en ligne de compte (al. 2).

#### **E. 2.3.2**

L'art. 4 RTrait dispose qu'en principe, seuls les candidats qualifiés peuvent être engagés; toutefois si, lors de son engagement, le futur titulaire n'a pas encore le titre correspondant au niveau d'exigence requis pour la fonction, il se voit attribuer le code complémentaire 9, impliquant une diminution maximale de deux classes par rapport à la classe prévue.

Selon le Mémento des instructions de l'OPE (MIOPE) - ordonnance administrative qui réunit les directives précisant les pratiques communes dans l'application des lois et des règlements relatifs au personnel de l'État -, le code complémentaire 9 signifie que le ou la titulaire de la fonction ne possède pas encore le titre ou le niveau de formation requis pour la fonction. En règle générale, le code complémentaire 9 situe le traitement du ou de la titulaire deux classes en-dessous de celle fixée pour la fonction, respectivement de la classe d'engagement. Toutefois, dans des cas particuliers, le ou la responsable des ressources humaines de département, d'entente avec l'OPE et après un examen approfondi du curriculum vitae, peut réduire cette incidence à une classe. Le code complémentaire 9 est supprimé à l'obtention du titre requis.

### **E. 3.1**

Les juges cantonaux ont d'abord examiné la question de la discrimination alléguée par la recourante lors de sa promotion comme commise administrative 6. Ils ont exposé qu'il était établi que lors de sa prise de fonction de commise administrative 6 le 1er mai 2011, le traitement de la recourante avait été fixé en classe 16 en raison d'un code 9, alors que celui de C. \_\_\_\_\_, lorsqu'il avait accédé à la même fonction avec le même cahier des charges en décembre 2015, avait été fixé en classe 18, sans code 9. Il résultait de la différence de traitement entre la classe 18 et la classe 16, à la date de la promotion de la recourante, une rémunération plus basse de 8.42 % (95'835 fr. en classe 18, annuité 2, et 87'759 fr. en classe 16, annuité 2, selon l'art. 2 L Trait état en mai 2011). Cela étant, les juges cantonaux ont considéré qu'il fallait également tenir compte, dans l'examen de la vraisemblance de la discrimination, du fait que le code 9 avait été partiellement levé le 1er août 2012 (soit après quatorze mois), de sorte que le traitement de la recourante avait alors été fixé en classe 17, et du fait qu'en raison de sa promotion au 1er mai 2013 (soit deux ans après), son traitement était passé en classe 22. En conséquence, compte tenu de l'ampleur relative de la différence de traitement et de sa courte durée, la recourante échouait à rendre vraisemblable la discrimination salariale alléguée s'agissant de la fonction de commise administrative 6, ce qui conduisait au rejet de son recours sur ce point.

### **E. 3.2**

Les juges cantonaux ont ensuite examiné la question de la discrimination alléguée par la recourante lors de son accession au poste de cheffe de secteur le 1er mai 2013, où elle avait été colloquée en classe 22 avec trois annuités. Ils ont constaté que les deux autres chefs de secteur, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, avaient lors de leur prise de fonction également été colloqués en classe 22, mais avec respectivement onze et sept annuités. La rémunération de la recourante lors de sa prise de fonction (119'159 fr.) par rapport au traitement annuel brut correspondant à la classe 22 annuité 11 (139'165 fr.) était ainsi plus basse de 14.37 %, alors que la jurisprudence fixait à 15 % la limite inférieure pour admettre qu'une discrimination était rendue vraisemblable. Cette différence était encore moins grande avec la rémunération de l'autre chef de secteur dont le traitement avait été fixé en classe 22 annuité 7. Les juges cantonaux ont considéré qu'il fallait en outre prendre en compte le fait que la différence de rémunération diminuait avec le temps, l'échelle de traitement fixant à 2'970 fr. le montant des annuités 4 à 11 mais à 1'121 fr. celui des annuités 12 et suivantes en classe 22 (échelle des traitements de l'art. 2 L Trait en vigueur en 2013). Ainsi, par exemple, la différence de traitement se réduisait à 7.35 % après sept ans et à 2.95 % après quinze ans. Cela étant, les juges cantonaux ont considéré que la recourante échouait à rendre vraisemblable la discrimination salariale invoquée s'agissant de la fonction de cheffe de secteur, ce qui conduisait au rejet de son recours sur ce point également.

### **E. 4.1**

La recourante reproche aux juges cantonaux d'avoir violé l' art. 8 al. 3 Cst. ainsi que les art. 3 et 6 LEg en la déboutant de ses conclusions tendant à la constatation de discriminations salariales à raison du sexe ainsi qu'au paiement de la différence de traitement au seul motif que les discriminations salariales alléguées, de l'ordre de 8.42 % et 14.40 %, étaient inférieures à 15 %.

### **E. 4.2**

Il convient ainsi d'examiner si la cour cantonale a violé le droit fédéral en considérant que la recourante n'avait pas rendu vraisemblable l'existence de discriminations salariales lors de sa promotion comme commise administrative 6 puis lors de son accession au poste de cheffe de secteur.

#### **E. 4.2.1**

Selon les constatations de la cour cantonale (cf. consid. 3.1 supra), la différence de traitement entre la recourante et C. \_\_\_\_\_ dans le poste de commise administrative 6, qui atteint 8.42 %, résulte du fait que lors de sa prise de fonction le 1er mai 2011, le traitement de la recourante a été fixé en classe 16 au lieu de 18 en raison d'un code 9, alors que le traitement de C. \_\_\_\_\_, lorsqu'il a accédé à la même fonction avec le même cahier des charges en décembre 2015, a été fixé en classe 18, sans code 9. L'application du code 9 à la recourante était dû au fait qu'elle ne disposait alors pas encore du titre correspondant au niveau d'exigence requis pour la fonction (art. 4 RTrait; cf. consid. 2.3.2 supra), soit en l'espèce du brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines (cf. let. A.b supra).

La recourante a contesté déjà devant la Chambre administrative que C. \_\_\_\_\_ ait disposé du titre correspondant au niveau d'exigence requis pour la fonction de commis administratif 6 et il ne résulte pas des constatations de l'arrêt attaqué que tel aurait été le cas. Dans ces conditions, la différence de traitement de 8.42 % pour un travail dont il n'est pas contesté qu'il était de valeur égale suffit à admettre la vraisemblance d'une discrimination salariale (cf. consid. 2.2.3 supra). Une telle différence dans la fonction publique, où la fixation du traitement est encadrée par des règles précises, n'est pas anodine. En outre, contrairement à ce que semble penser l'autorité cantonale (cf. consid. 3.1 supra), le fait que cette différence s'est réduite après quatorze mois, lorsque le code 9 a été partiellement levé et le traitement de la recourante fixé en classe 17, tout comme le fait que ce traitement est passé en classe 22 en raison de l'accession de la recourante au poste de cheffe de secteur le 1er mai 2013, n'est pas pertinent dans l'examen de la vraisemblance de la discrimination. Il ne jouera un rôle, le cas échéant, que pour fixer la différence de salaire qui serait due à la recourante pour la période pendant laquelle elle a travaillé comme commise administrative 6 (cf. art. 5 al. 1 let. d LEg).

#### **E. 4.2.2**

En ce qui concerne la discrimination alléguée par la recourante lors de son accession au poste de cheffe de secteur, il résulte des constatations de la cour cantonale (cf. consid. 3.2 supra) que la différence de traitement de la recourante par rapport à B. \_\_\_\_\_ (résultant de la collocation en classe 22 avec trois annuités pour la première et onze annuités pour le second) était de 14.37 % et qu'elle était moins grande par rapport à l'autre chef de secteur, C. \_\_\_\_\_ (colloqué en classe 22 avec sept annuités).

De telles différences de traitement par rapport à deux chefs de secteur masculins pour un travail dont il n'est pas contesté qu'il était de valeur égale suffisent également à admettre la vraisemblance d'une discrimination salariale (cf. consid. 2.2.3 supra), dans la mesure où la cour cantonale n'a pas fait état d'éléments qui expliqueraient ces différences et où la recourante a allégué en instance cantonale, sans être contredite, qu'elle était la seule cheffe de secteur au SPAP à disposer du brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines. Contrairement à ce que semble penser l'autorité cantonale (cf. consid. 3.2 supra), le fait que la différence de rémunération diminue avec les années en raison du mécanisme des annuités n'est pas un élément permettant de nier la vraisemblance d'une discrimination salariale.

Comme le relève à raison le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, admettre le contraire reviendrait en effet à rendre acceptables des différences de rémunération s'étalant sur plusieurs années lorsqu'il existe des perspectives que ces différences se réduisent avec le temps.

#### **E. 4.3**

Force est ainsi de constater que la recourante a rendu vraisemblable l'existence d'une discrimination salariale en raison du sexe tant lors de promotion comme commise administrative 6 que lors de son accession au poste de cheffe de secteur. Il s'ensuit que le fardeau de la preuve est renversé, ce qui signifie qu'il appartient à l'intimé de démontrer l'inexistence de la discrimination, en apportant la preuve stricte que les différences de traitement reposaient sur des facteurs objectifs (cf. consid. 2.2.2 supra).

Ayant considéré à tort que la recourante échouait à rendre vraisemblable l'existence de discriminations salariales liées au sexe, la cour cantonale n'a pas examiné si l'intimé était parvenu à apporter la preuve stricte que les disparités salariales constatées entre la recourante et C. \_\_\_\_\_ s'agissant de la fonction de commise administrative 6, respectivement entre la recourante et ses deux collègues masculins s'agissant du poste de cheffe de secteur, étaient justifiées par des motifs objectifs, indépendants du sexe. Alors que le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a entrepris d'examiner cette question, sur la base des "éléments du dossier en l'état actuel", tant pour la fonction de commise administrative 6 que pour la fonction de cheffe de secteur, il n'appartient pas au Tribunal fédéral, qui est un juge du droit, de procéder ici à un tel examen, relevant de l'appréciation des preuves recueillies en instance cantonale. Il convient par conséquent, en admission des conclusions subsidiaires du recours (cf. let. C supra), d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à la cour cantonale pour qu'elle complète au besoin l'instruction et rende une nouvelle décision dans le sens du présent considérant.

#### **E. 4.4**

Cela étant, il n'y a pas lieu d'examiner les griefs de violations du droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ) soulevés par la recourante à deux égards. En effet, le grief tiré du caractère lacunaire de la motivation de l'arrêt attaqué en tant qu'elle se limite à examiner la question de la vraisemblance de la discrimination alléguée n'a plus d'objet au vu des considérants qui précèdent. Quant au reproche fait aux juges cantonaux d'avoir refusé à tort de donner suite aux mesures d'instruction sollicitées par la recourante et d'avoir par là fait une application arbitraire du droit cantonal imposant d'établir d'office les faits pertinents, il appartiendra à la cour cantonale d'examiner à nouveau si l'instruction doit être complétée avant de rendre sa nouvelle décision.

#### **E. 5**

En ce qui concerne la répartition des frais judiciaires et des dépens, le renvoi de la cause pour nouvel examen et décision revient à obtenir gain de cause au sens des art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF, indépendamment du fait qu'une conclusion ait ou non été formulée à cet égard, à titre principal ou subsidiaire ( ATF 141 V 281 consid. 11.1; 137 V 210 consid. 7.1). Les frais judiciaires ainsi que les dépens auxquels peut prétendre la recourante seront dès lors mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 66 al. 1 et 68 al. 2 LTF).