

du 8 octobre 2002

dans la cause

Madame B.-F.

et

Madame D.-E.

et

Madame M.

et

Monsieur V.

et

Monsieur E. A.

représentés par Me Joanna Burgisser, avocate

demandeurs

contre

OFFICE DU PERSONNEL DE L'ETAT

représenté par Me Pierre Martin-Achard, avocat

et

Madame A.

et

Madame J. A.

et

Madame B.-F.

et  
Madame B.-A.  
et  
Madame D.-E.  
et  
Madame L. B.  
et  
Madame M.  
et  
Madame S. T.  
et  
Madame S.  
et  
Monsieur V.  
et  
Madame W.

représentés par Me Joanna Burgisser, avocate

demandeurs

contre

HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE  
représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

---

A/598/2001-FIN et A/599/2001-FIN

**EN FAIT**

1. Le 27 avril 2001, Mmes B.-F., D.-E. et M. ainsi que MM. V. et D.-A. ont déposé une demande en paiement contre l'Etat de Genève auprès de la juridiction des Prud'hommes.
2. Le 27 avril 2001 également, Mmes A., B.-F. B.-A., D.-A, L.-B., M., S.T., S., W. ainsi que M. V. en ont fait de même à l'encontre des Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG).
3. Le 11 juin 2001, les parties, représentées par leurs conseils respectifs, ont été convoquées à une audience de la commission de conciliation en matière d'égalité entre femmes et hommes dans les rapports de travail, instituée par la loi d'application de la loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes du 28 mai 1998 (LALeg - A 2 50).

"Pour des raisons de fait et de droit", les causes, non conciliées, ont été transmises d'entente entre les parties le 15 juin 2001 au Tribunal administratif, s'agissant d'un litige ressortissant au droit public.

4. L'Etat de Genève et les HUG ont conclu à l'irrecevabilité des demandes, subsidiairement à leur rejet.

Les deux causes sont semblables, le fond du litige étant le même, seul l'employeur différant.

5. Il résulte en substance de ces demandes que les intéressés sont tous fonctionnaires et infirmiers, soumis à la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LT - B 5 15).

Leur fonction est colloquée en classe 13 de l'échelle des traitements de l'Etat de Genève.

Ils se plaignent d'une discrimination salariale indirecte au sens de l'article 3 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, entrée en vigueur le 1er juillet 1996 (Leg - RS 151.1), tout en

admettant expressément que "les infirmières ne sont pas discriminées par rapport aux infirmiers, mais que la politique salariale du canton, les critères utilisés et la procédure appliquée lors de l'établissement de la grille des salaires ont pour effet de discriminer la profession d'infirmière, exercée principalement par des femmes".

6. Ils se réfèrent à un rapport, intitulé "Vers l'égalité, toutes voiles dehors !" que leur association professionnelle, l'association suisse des infirmières - section de Genève (ci-après : ASI) a reçu en septembre 1997 de Mmes B., Ch. et G., dont les qualités ne sont pas spécifiées.

a. Le préambule est explicite : il annonce que "ce dossier est constitué pour appuyer la revendication des infirmières à obtenir une réévaluation de leur profession dans l'échelle salariale appliquée dans le canton de Genève" en procédant à une comparaison avec une profession essentiellement masculine, celle de gendarme, celle d'infirmière étant essentiellement féminine.

b. Se référant au Message du Conseil fédéral concernant la Leg (FF 1993 I 1210 ss), les demandeurs disent se trouver exactement dans la situation décrite dans ce document, à savoir qu'"à qualification égale, les femmes se voient souvent affectées à un poste de travail légèrement différent de celui des hommes, en raison de qualités perçues comme spécifiquement féminines, telles la résistance à la monotonie, l'habileté manuelle, ou le sens de l'accueil. Ces qualités étant en retour jugées naturelles chez une femme, elles ne comptent que peu dans la rémunération" (p. 11).

La grille d'analyse utilisée par le service d'évaluation des fonctions (SEF) permet d'attribuer des points en tenant compte des aptitudes, des efforts - intellectuels et physiques - ainsi que des responsabilités. La fonction d'infirmière totalise ainsi 118 points, correspondant à la classe 12 de l'échelle des traitements.

c. Après un rappel historique du rôle de l'infirmière, démontrant que celui-ci s'était professionnalisé au fil des ans, le rapport analyse la formation requise, dispensée à Genève par l'école du Bon Secours uniquement, qui décerne un diplôme de niveau II. Ce diplôme permet à sa titulaire "d'exercer dans tous les

contextes socio-sanitaires en ayant la capacité de faire face à toutes les situations de soins aigus ou chroniques ou de promotion de la santé, et d'assurer la responsabilité d'une équipe de professionnels".

Il faut pour se présenter au Bon Secours être âgé de 18 ans révolus, être titulaire d'un diplôme de culture générale, d'une maturité, d'un CFC commercial ou technique ou encore d'une maturité professionnelle, être en bonne santé, maîtriser le français et posséder des connaissances d'une autre langue. Depuis 1995, la formation dure 4 ans et son coût s'élève à CHF 18'000.- par an et par étudiant(e).

La profession d'infirmière était difficile à exercer et toujours plus exigeante; elle était peu attractive et le recrutement en pâtissait.

d. Le rapport rappelle enfin les démarches entreprises depuis 1971 par l'ASI pour obtenir une réévaluation de la fonction, qui demeure à ce jour en classe 12 avec une indemnité de CHF 200.- selon décision du Conseil d'Etat de 1990.

S'en suit une description de l'activité de l'infirmière, selon les cahiers des charges existants, la liste des responsabilités et des exigences requises, y compris sur le plan physique et des horaires, ainsi que des risques (de douleurs, d'infection, de perturbation des rythmes du sommeil, de l'alimentation, de la vie familiale, de violences physiques et verbales ainsi que de harcèlement sexuel et d'épuisement physique et psychique).

Le rapport conclut en ce sens que la grille d'analyse des fonctions utilisée à Genève est discriminatoire par défaut pour la profession d'infirmière. En effet, ladite grille ne contient pas de critères psychosociaux et relationnels alors que ceux-ci correspondent à une exigence majeure dans la profession d'infirmière.

Il en résulte une discrimination indirecte qui doit conduire à une réévaluation de cette fonction.

e. Suivait un tableau comparatif entre les fonctions d'infirmière et de gendarme avec le nombre de points attribués par critère et par profession, les gendarmes étant en classes 12 à 14 et régis par la loi sur la

police du 22 juin 1996 - (LP - F 1 05).

Il en résultait que les critères "formation professionnelle" et "efforts intellectuels" exigés étaient plus importants chez les infirmières que chez les gendarmes; les critères "efforts physiques" et "responsabilités" étaient jugés équivalents. Seule la rubrique "expérience professionnelle" comptait davantage chez les gendarmes.

La fonction d'infirmière totalisait 15 points de plus que celle des gendarmes et la première était en classe 12 alors que la seconde était en classes 12 à 14.

Enfin, dans les deux professions, des indemnités relativement équivalentes étaient allouées pour inconvénients de service. Cependant, les gendarmes bénéficiaient de grands avantages, à savoir la retraite anticipée, la prise en charge de la cotisation de l'assurance maladie, de la franchise et la participation aux frais médicaux.

f. Ce rapport concluait à une inégalité de traitement et l'application arbitraire de l'échelle salariale.

Les demandeurs en déduisaient que leur fonction devait être colloquée en classe 16, celle-ci correspondant à la classe des brigadiers de gendarmerie. Ils réclamaient la différence de traitement à laquelle ils prétendaient ainsi depuis le 1er mai 1996 jusqu'au 30 avril 2001, soit pendant les 5 ans précédant le dépôt de ladite demande. Les montants suivants étaient réclamés à l'Etat par :

- Mme B.-F.	CHF 32'620,50
- Mme D.-E.	CHF 24'306,95
- Mme M.	CHF 19'425,20
- M. V.	CHF 34'597,50
- M. E.-D.	CHF 42'173,75

Ils étaient réclamés aux HUG par :

- Mme R.	CHF 34'025,95
- Mme A.	CHF 45'178,20
- Mme B.-F.	CHF 29'133,30
- Mme A.	CHF 63'546,40

- Mme D.-E.	CHF 21'634,20
- Mme L. B.	CHF 46'687,20
- Mme M.	CHF 17'362,15
- Mme S. T.	CHF 35'493,85
- Mme S.	CHF 62'264,00
- Mme W.	CHF 39'875,50
- M. V.	CHF 30'227,10

De plus, les demandeurs concluaient à la condamnation des défendeurs au paiement de leur salaire en classe 16 dès le prononcé du jugement.

7. L'Etat et les HUG, représentés par le même conseil, ont développé une argumentation qui sera reprise dans la mesure utile vu l'issue du litige.
8. Début janvier 2002, en effet, la presse a relaté que dès le 1er janvier 2002, les fonctions d'infirmiers-ières avaient été réévaluées et placées en classe 15 de l'échelle des fonctions.
9. Le juge délégué a prié le conseil des intimés de lui indiquer les raisons qui avaient incité le Conseil d'Etat à prendre cette décision pour cette seule catégorie de fonctionnaires et si cette décision était également appliquée par les HUG.
10. Le 8 février 2002, il lui a été répondu que suite à la demande formée le 18 juillet 2000 par l'ASI, auprès du Conseil d'Etat, celui-ci avait ratifié le 21 novembre 2001 les classifications résultant de l'évaluation de ces fonctions, en se fondant sur le préavis de l'Office du personnel de l'Etat; cette décision était appliquée par les HUG également.

Depuis le 1er janvier 2002 :

- les infirmiers(ères) assistant(es) étaient en classe maximale 10 (correspondant à 92 points);
- les infirmiers(ères) diplômés(ées) en classe maximale 15 (correspondant à 137 points).
- les infirmiers(ères) spécialisés(es) en classe maximale 16 (correspondant à 152 points);

- les infirmiers(ères) responsables 1 en classe maximale 17 (correspondant à 160 points);
- les infirmiers(ères) responsables 2 en classe maximale 19 (correspondant à 173 points).

11. Les demandeurs ont ainsi vu leur fonction revalorisée comme suit :

Les infirmiers(ères) en soins généraux

soit	ont passé de la classe	à la classe
Mme A.	13	15
Mme J.-A	13	15
Mme B.-A.	13	15
Mme S. T.	13	15
Mme S.	12	15
Mme W.	12	15

Les infirmiers(ères) diplômés

soit

Mme B.-F.	13	15
Mme D.-E.	13	15
Mme M.	13	15
M. E.-A.	13	15

L'infirmier spécialisé

M. V.	14	16
-------	----	----

Infirmière HMP

Mme L.-B.	13	15
-----------	----	----

12. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

**EN DROIT**

1. Depuis l'entrée en vigueur le 1er janvier 2000 de

la modification de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), le Tribunal administratif est compétent pour connaître sur recours des décisions concernant le statut et les rapports de travail des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, des communes et des établissements publics si ces décisions sont prises en application de l'article 5 alinéa 1 Leg et qu'aucune autre instance de recours indépendante cantonale ne peut être saisie (art. 56 B alinéa 4 let a) LOJ).

2. Quant à l'action pécuniaire, désormais prévue par l'article 56 F LOJ, le Tribunal administratif en connaît en instance unique lorsqu'elle porte sur des prétentions fondées notamment sur la Leg, pour autant que lesdites prétentions ne puissent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'article 56 A alinéa 2 LOJ, cette dernière disposition réservant les cas prévus expressément par une autre loi.

L'action pécuniaire, qui n'est soumise à aucun délai sous réserve de la prescription, demeure subsidiaire, selon une jurisprudence constante récemment confirmée (ATA G. du 10 avril 2001).

3. Aussi, les présentes actions pécuniaires, fondées sur la Leg, seront déclarées recevables, la procédure devant la commission de conciliation en matière d'égalité entre femmes et hommes dans les rapports de travail, instituée par la LAleg, n'ayant pas abouti. En raison de la connexité des faits, les deux causes seront jointes (art.71 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
4. Les fonctions de tous les demandeurs ayant été réévaluées depuis le 1er janvier 2002, les demandes ont perdu tout objet, à l'exception du paiement du rétroactif réclamé du 1er mai 1996 jusqu'au 30 avril 2001.
5. Le droit au salaire égal pour un travail de valeur égale peut être revendiqué rétroactivement, dans les limites de la prescription (ATF 124 II 436, not. 450 = RDAF 1999 I 470; 125 I 14), à savoir dans un délai de 5 ans s'agissant des prestations périodiques (art. 128 ch. 3 CO applicable par analogie; Kathrin ARIOLI, Felicitas FURRER ISELI "l'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail du droit public", ch. 237).
6. Le TF a admis que le droit à une rémunération non

discriminatoire pouvait être invoqué avant l'entrée en vigueur de la Leg, dans les limites de la prescription, par application directe de l'article 4 alinéa 2 3ème phrase de l'ancienne Constitution fédérale (devenu l'article 8 alinéa 3 in fine Cst. féd. du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1er janvier 2000 - RS 101), selon lequel "l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale" (ATF 103 Ia 517; ZBl 1989, 481; ATF 125 I 14, 16; RDAF 2000 603; AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, II, pp. 526 et 527).

C'est ainsi que les demandeurs fixent le dies a quo de leurs prétentions au 1er mai 1996 alors que les défendeurs considèrent qu'il devrait l'être deux mois plus tard soit au 1er juillet 1996, date d'entrée en vigueur de la Leg.

Vu l'issue du présent litige, cette question peut cependant souffrir de demeurer ouverte.

7. Il convient donc de déterminer si depuis 1996 les demandeurs ont été victimes d'une discrimination.

Selon l'article 3 Leg :

"Il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état-civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse.

L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail.

Ne constituent pas une discrimination les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes".

8. Les demandeurs ne se plaignent pas d'une discrimination directe à raison du sexe mais d'une discrimination indirecte.

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, citée par Margrith BIGLER-EGGENBERGER et

Claudia KAUFMANN dans leur Commentaire de la loi sur l'égalité (Réalités sociales, Berne, 2000, p. 56), "il y a discrimination indirecte lorsqu'une mesure ou un comportement, bien que formellement neutre, a des conséquences discriminatoires pour l'un des sexes en ceci qu'il défavorise beaucoup plus de femmes que d'hommes".

D'après le Message du Conseil fédéral relatif à la Leg (FF 1993 I 1210), "il y a discrimination indirecte lorsqu'une mesure ou un comportement pouvant formellement s'appliquer aux deux sexes a cependant des effets discriminatoires pour l'un des deux sexes". Le TF a jugé en ce sens également (ATF 124 II 409 ss = JdT 2001 I 15 consid. 7).

Cependant, d'après le MCF toujours, une mesure peut perdre son caractère discriminatoire si elle est justifiée objectivement. Il appartient alors au juge de vérifier si le but poursuivi est justifié, si le critère utilisé est approprié et nécessaire pour atteindre ce but et si l'on peut exiger de la partie défenderesse qu'elle choisisse un critère moins discriminatoire. Et quand bien même toutes ces conditions seraient réunies, l'employeur serait tenu de prendre des dispositions pour réduire l'effet discriminatoire.

9. L'article 6 LEg allègue le fardeau de la preuve en prévoyant que "l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable".

Le TF a jugé que la discrimination était rendue vraisemblable dans le cas des maîtresses d'école enfantine seules enseignantes dans une classe de traitement inférieure justifiée par une charge de travail prétendument moindre. Ladite charge de travail étant effectivement moindre, il a été admis que la preuve de la discrimination avait été rapportée (ATF 124 II 436, 440).

10. En l'espèce, les demandeurs ont requis leur association professionnelle d'établir ce rapport "Vers l'égalité, toutes voiles dehors !" daté de septembre 1997 dans un but bien précis, décrit en préambule, consistant à appuyer la revendication des infirmières en vue d'obtenir une réévaluation de leur profession dans l'échelle salariale.

La présentation de la grille d'évaluation, les éléments historiques, les conditions d'admission pour le

diplôme d'infirmière, les conditions d'exercice de la profession, les démarches antérieures de l'ASI ou encore la description de la fonction ne sont pas contestées par les défendeurs.

11. Les tableaux comparatifs avec la fonction de gendarme - comparaison admise même si le corps de police compte maintenant des femmes également (Commentaire de la loi sur l'égalité, op. cit., ad art. 3 p. 80 ch. 115) - ont été établis sur la seule base des descriptions-type de ces deux fonctions.

S'agissant de l'évolution des salaires dans la gendarmerie, le rapport mentionne bien que celle-ci est prévue par la loi sur la police du 26 octobre 1957 (LP - F 1 05) - et non par la LT - mais omet un fait essentiel, à savoir que, depuis l'entrée dans la gendarmerie et jusqu'au grade de brigadier, l'avancement du gendarme - et donc l'évolution du salaire - sont fonction de son seul numéro matricule, ce qui correspond à un avancement à l'ancienneté (art. 27 al. 1 LP).

Ainsi, un gendarme ne devient actuellement brigadier qu'après 22 ou 25 ans de carrière.

De plus, sa promotion aux postes de sous-brigadier et brigadier n'est plus aussi automatique qu'il y a quelques années, la hiérarchie pouvant saisir la commission départementale instituée par l'article 27 alinéa 2 LP pour déroger à ces nominations lorsque la personne qui devrait être nommée ne correspond pas aux exigences du poste (décision de la commission cantonale de recours des fonctionnaires de police et de prison V. du 27 mars 2000 et ATF V. du 19 juin 2000), étant précisé que la hiérarchie agit de même pour les promotions dans la police de sûreté (décision de la commission précitée W. du 15 décembre 1999 et ATF W. du 19 juillet 2000).

Ainsi, la conclusion du rapport selon laquelle la discrimination serait supprimée si les infirmières(-ers) obtenaient la même classe de traitement que les brigadiers n'est pas convaincante car la comparaison entre les deux fonctions n'est pas possible : tout le descriptif de la fonction de gendarme cité dans ce rapport est celui du gendarme "de base", qui est exposé aux risques décrits et dont la classe de traitement va, selon l'ancienneté, de 12 à 14. En revanche, le brigadier, dont le salaire est effectivement en classe 16, n'exerce plus la même fonction que celle décrite,

notamment s'agissant des risques encourus, et sa nomination - après quelque 22 ou 25 ans de carrière - n'est pas automatique d'une part, et suppose, d'autre part, une expérience certaine. Or, ce dernier critère justifie, selon le Tribunal fédéral, un motif objectif légitimant une rémunération inégale (Vincent MARTENET, L'égalité de rémunération dans la fonction publique in AJP 1997, pp. 830 et 831 et jurisprudence citée).

12. Quant à l'audit de CC&T. S.A., il est certes plus récent mais aussi plus général. Il a notamment pour but "d'analyser l'application du principe d'équité sur la base de l'étude de facteurs discriminants tels que le sexe".

Curieusement, il ne contient aucune information sur des fonctions généralement qualifiées de "neutres", telles celles d'enseignants.

En page 38, et sur une demi-page, il compare statistiquement la classification des fonctions de gendarme et d'infirmière diplômée dans le système genevois avec celle des cantons de Fribourg, Neuchâtel, ville et canton séparément, Valais etc, en fonction du nombre de points maximum attribué respectivement. Or, pour les motifs sus-exposés, cette comparaison pour Genève tout au moins ne tient pas compte des éléments propres aux gendarmes, ce qui en fausse les conclusions.

13. En conséquence, les demandeurs n'ont pas rendu vraisemblable la discrimination qu'ils allèguent subir depuis 1996, raison pour laquelle les actions pécuniaires seront rejetées dans la mesure où elles ont conservé un objet.
14. Vu l'issue du litige, un émolument total de CHF 1'200.- sera mis à la charge des demandeurs, pris conjointement et solidairement.

**PAR CES MOTIFS**  
**le Tribunal administratif**  
**préalablement :**

joint les causes A/598/2001 et  
A/599/2001;

**au fond :**

rejette dans la mesure où elles ont conservé un objet, les demandes déposées le 15 juin 2001 par Mme B.-F., Mme D.-E., Mme M., M. V. et M. E. A. contre l'office du personnel de l'Etat et par Mme A.-R., Mme A., Mme B.-F., Mme A., Mme D. E., Mme L. B., Mme M., Mme S. T., Mme S., M. V., et Mme W. contre les Hôpitaux Universitaires de Genève.

- met à la charge des demandeurs, pris conjointement et solidairement un émolument de CHF 1'200.-;

- dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité;

- dit que conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il est adressé en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi.

- communique le présent arrêt à Me Joanna Burgisser, avocate des demandeurs, ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève et de l'office du personnel de l'Etat.

Siégeants M. Paychère, président, MM. Thélin et Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :  
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme N. Mega