

FR_GERICHTE 601 2019 3 vom 26. Mai 2020

FR Kantonsgericht, 2020-05-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_601_2019_3

FR: FR_GERICHTE 601 2019 3 du 26 mai 2020

IT: FR_GERICHTE 601 2019 3 del 26 maggio 2020

Regeste

Arrêt de la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal | Amtsträger der Gemeinwesen

Volltext

Tribunal cantonal TC Kantonsgericht KG Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg T +41 26 304 15 00 tribunalcantonal@fr.ch www.fr.ch/tc — Pouvoir Judiciaire PJ Gerichtsbehörden GB 601 2019 3 Arrêt du 26 mai 2020 Ie Cour administrative
Composition Présidente : Marianne Jungo Juges : Anne-Sophie Peyraud Christian Pfammatter Greffière-stagiaire : Magalie Bapst Parties ASSOCIATION A. _____, recourante, représentée par Me André Clerc, avocat contre CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE FRIBOURG, autorité intimée Objet Agents des collectivités publiques - classification salariale - égalité de traitement - ripage - rétroactivité Recours du 7 janvier 2019 contre la décision du 20 novembre 2018 Tribunal cantonal TC Page 2 de 13 attendu que, le 3 juillet 2001, le Conseil d'Etat a confié à la Commission d'évaluation et de classification des fonctions (ci-après: CEF) le mandat d'évaluer, entre autres, la fonction de technicien/ne en salle d'opération (ci-après: TSO) (fonction de référence 6 34 260); que, se fondant sur le système d'évaluation des fonctions EVALFRI, la CEF a rendu son rapport sur la base duquel le Conseil d'Etat a adopté, le 3 mai 2004, une ordonnance modifiant le tableau de l'arrêté cantonal du 19 novembre 1990 concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat (ci-après: l'arrêté de classification du 19 novembre 1990; RSF 122.72.21); que la fonction de TSO s'est alors vu attribuer la classe 15; que, le 9 mars 2010, l'association A. _____ a demandé que dite fonction soit réévaluée. Elle a requis à ce titre une décision formelle auprès du Conseil d'Etat en vertu de l'art. 8 du règlement cantonal du 11 juin 1991 relatif à la procédure d'évaluation et de classification des fonctions du personnel de l'Etat (RECF; RSF 122.72.22); que, le 27 juillet 2010, ladite association a réclamé que la CEF lui transmette le dossier EVALFRI concernant la fonction d'infirmier/ères diplômé/es du domaine opératoire (ci-après: IDDO) (ou infirmier/ère spécialisé/e exerçant en salle d'opération, ci-après: ISO) (fonction de référence 6 33 170); que la CEF a rejeté cette demande, dans sa réponse du 25 août 2010, motif pris que seuls pouvaient être communiqués les documents portant directement sur la requête de décision formelle; que, le 8 juillet 2014, l'association A. _____ a déposé une nouvelle demande de décision formelle auprès du Conseil d'Etat, faisant valoir une inégalité de traitement entre les fonctions de TSO et d'IDDO, la seconde bénéficiant de la classe 19 alors qu'en pratique, les tâches et les responsabilités assumées par les deux groupes de professionnels étaient identiques. L'association a réitéré sa requête tendant à la production de l'évaluation de la fonction d'IDDO et a conclu à ce que le statut de TSO soit réévalué; que, dans ce cadre, elle a fait valoir que les cahiers des charges des deux fonctions étaient les mêmes et que lors des mises au concours, les hôpitaux recherchaient d'ailleurs indistinctement des IDDO et des TSO, de sorte qu'il fallait considérer que les tâches confiées étaient pareilles, tout comme

les compétences. Quant à la formation, elle est de durée et de niveau équivalents. Subsidiairement, d'après elle, la différence de classes résulte d'une erreur de pondération au niveau de l'indice attribué au domaine intellectuel. Elle souligne que certains établissements dans d'autres cantons ne font pas de distinction salariale entre les deux fonctions; que, le 16 juillet 2015, l'association précitée a complété sa motivation et relevé pour l'essentiel que les IDDO ne dispensaient aucun soin aux patients, ne se rendaient jamais dans les étages et avaient des horaires identiques au TSO. Partant, les connaissances supplémentaires acquises par les IDDO au cours de leur formation n'étaient pas réellement utiles dans le cadre de leurs activités. Concrètement, les deux corps de métiers assument les mêmes tâches. Or, il existe une différence de rémunération d'environ 12%, ce qui viole l'égalité de traitement et excède les limites posées par la jurisprudence, notamment dans le cadre de l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 123 I 1; Tribunal cantonal TC Page 3 de 13 que, par arrêté du 20 novembre 2018, le Conseil d'Etat a accepté la requête de modification de la classification de la fonction de TSO, en ce sens qu'il a décidé de colloquer les technicien/nes en salle d'opération diplômé/es de l'école supérieure (ES) en classe 16 avec effet rétroactif au 1er janvier 2018, de ranger les traitements dans les nouvelles classes au niveau du palier supérieur le plus proche de l'ancien traitement (ripage), d'adopter le descriptif de fonction de TSO et de modifier l'arrêté fribourgeois de classification du 19 novembre 1990 en conséquence, ce que le Conseil d'Etat a fait par ordonnance du même jour; qu'en substance, le Conseil d'Etat a retenu que l'écart salarial entre les deux fonctions devait être maintenu mais réduit, eu égard à l'interprétation que les parties faisaient de la jurisprudence du Tribunal fédéral publiée aux ATF 123 I 1; que, selon elles, il ressortait de cet arrêt qu'une différence de salaire en raison de formations distinctes ne devait pas dépasser 8 à 9%, sous peine de risquer de contrevenir au principe de l'égalité de traitement; que pour cette raison, il se justifiait en l'occurrence de rehausser la fonction de TSO en classe 16; que, pour le reste, le Conseil d'Etat a rejeté la demande du 8 juillet 2014, en relevant notamment que l'association ne critiquait pas, en tant que tel, les critères EVALFRI retenus pour l'évaluation de la fonction de TSO ainsi que les points attribués mais se contentait de faire valoir une inégalité de traitement entre les deux fonctions de TSO et d'IDDO, de nature à ce que les premiers obtiennent un salaire identique aux seconds. Or, selon l'autorité intimée, aucune violation de ce type ne pouvait être retenue, dès lors que la formation - en termes de durée et de niveau - était différente et que les compétences des deux fonctions n'étaient pas identiques. Les IDDO sont en effet en mesure d'assumer des tâches supplémentaires vu leurs qualifications, notamment en matière de prise en charge globale et de soins du patient. Cela ressort du document intitulé "Compétences ISO, TSO, ATSO" (Assistant/e technique en salle d'opération, fonction de référence 6 34 060), établi par différents professionnels en lien avec le domaine opératoire. A cet égard, l'association ne peut pas tirer partie du fait que l'Hôpital fribourgeois ou d'autres établissements se réfèrent parfois simultanément à la fonction de TSO ou d'IDDO dans leurs offres d'emploi. Ceci ne découle pas du fait que les fonctions sont similaires mais tient bien plutôt au marché du travail. En outre, la comparaison entre la situation ayant cours à Fribourg et celles dans d'autres cantons n'est pas pertinente. Enfin, l'indice de pondération attribué au domaine intellectuel ne soulève aucune difficulté; qu'agissant le 7 janvier 2019, l'association A. _____ interjette recours auprès du Tribunal cantonal et conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que les TSO soient colloqués en classe 16 avec effet rétroactif au 8 juillet 2014 et passent en classe 18 après cinq années d'activité à ce niveau et pour autant qu'ils répondent pleinement aux exigences de leurs postes, à ce que les

traitements soient rangés dans les nouvelles classes et les paliers acquis conservés, à ce que la nouvelle description de la fonction soit adoptée et enfin à ce que l'arrêté de classification du 19 novembre 1990 soit modifié. Subsidiatement, elle conclut à ce que les TSO diplômés ES soient colloqués en classe 17, rétroactivement au 8 juillet 2014; qu'à l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint essentiellement d'une violation de son droit d'être entendue, dès lors qu'elle n'a pas pu participer à l'élaboration du document précité, intitulé "Compétences ISO, TSO, ATSO", et n'a pas été invitée à s'exprimer sur son contenu. Elle considère ainsi que celui-ci doit être invalidé et écarté du dossier ou, subsidiatement, que sa production soit ordonnée et qu'un délai lui soit imparti pour se déterminer. En tous les cas, elle Tribunal cantonal TC Page 4 de 13 estime que les cahiers des charges des deux fonctions ainsi que leurs annexes sont complets, de sorte qu'il n'y avait pas besoin d'édicter encore un autre descriptif. En outre et en lien avec le grief de l'égalité de traitement, elle fait valoir en substance les mêmes arguments que dans sa requête du 8 juillet 2014 ainsi que dans son complément du 16 juillet 2015. Ainsi, elle se borne à rappeler que les tâches des TSO et des IDDO sont les mêmes et que la formation plus étoffée des IDDO ne représente pas un avantage particulier puisqu'aucun soin n'est apporté aux patients par les instrumentistes, si bien que la différence de trois classes ne se justifie pas. De surcroît, en comparant les revenus annuels des deux branches, elle constate que plus les collaborateurs sont expérimentés, plus l'inégalité salariale augmente, avec une différence de 11.21% dès 45 ans, ce qui contrevient à la jurisprudence publiée aux ATF 123 I 1. S'agissant du système du ripage, il n'aurait pas dû être appliqué, car il n'est pas question ici d'une promotion mais de corriger une inégalité de traitement. En procédant de la sorte, le Conseil d'Etat a maintenu l'inégalité qu'il entendait pallier en introduisant la classe 16. Enfin, la rétroactivité de la décision ne peut pas être limitée au 1er janvier 2018, quand l'on sait que la procédure a duré environ quatre ans et demi depuis le dépôt de la requête de décision formelle, et que ce retard est imputable à l'autorité intimée. Au surplus, la décision attaquée n'est pas motivée sur la question de la rétroactivité, de sorte qu'il s'agit, là aussi, d'une violation de son droit d'être entendue; qu'invité à se déterminer, le Conseil d'Etat formule ses observations le 26 juin 2019 et conclut au rejet du recours, rappelant en substance que la CEF n'a pas procédé à une nouvelle évaluation mais a seulement examiné les remarques formulées par l'association, laquelle ne conteste en soi pas les critères appliqués. La formation supplémentaire des IDDO n'est pas inutile et d'ailleurs, pour certaines interventions, il peut arriver qu'un opérateur demande spécialement un IDDO plutôt qu'un TSO. L'employabilité des IDDO est indéniablement plus étendue. En outre, il n'est pas logique de reprocher à la CEF d'avoir procédé à une vérification de son analyse en faisant appel, pour ce faire, aux professionnels de la santé ayant rédigé le document "Compétences ISO, TSO, ATSO", le but de la requête de décision formelle consistant justement à examiner que la fonction a été correctement évaluée, ce que les personnes précitées, responsables des centres opératoires, étaient mieux à même de faire. Un exemplaire dudit document est produit. En outre, une différence salariale reposant sur une durée et un niveau de formation distincts ne contrevient pas au principe de l'égalité de traitement, les personnes intéressées à la profession étant au surplus conscientes de cet écart et pouvant alors en toute connaissance de cause opter pour le cursus leur permettant d'obtenir un meilleur salaire. En comparant les masses salariales totales acquises par les titulaires des deux fonctions, suite au rehaussement des TSO en classe 16, l'on constate que l'écart, sur l'ensemble de leur carrière, est de 6.55%, ce qui est conforme à la jurisprudence. De surcroît et contrairement à ce que requiert la recourante, le palier acquis dans l'ancienne classe de traitement ne peut pas être

conservé, la méthode du ripage devant être appliquée également en cas de modification de l'arrêté de classification du 19 novembre 1990, comme c'est d'ailleurs le cas si la classification est abaissée. Enfin, la rétroactivité ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers; que, dans ce cadre, le Conseil d'Etat signale que, le 12 mars 2019, mandat a été donné à la CEF de faire une réévaluation de la fonction d'IDDO, après dépôt d'une requête de décision formelle relative à la fonction d'infirmier/ère spécialisé/e en soins d'urgences, soins intensifs et anesthésie, laquelle se désolidarise de celle d'infirmier/ère spécialisé/e dans le domaine opératoire; que, le 30 octobre 2019, l'association A._____ formule ses contre-observations. A titre liminaire, elle se plaint du fait que les déterminations du Conseil d'Etat du 26 juin 2019 ont été produites tardivement, dans le cadre d'une troisième prolongation de délai, pourtant limitée de Tribunal cantonal TC Page 5 de 13 manière stricte au nombre de deux, de sorte que ces dernières doivent être écartées. Sur le fond, elle souligne qu'il est faux de partir du principe que tous les IDDO sont au bénéfice d'un bachelier délivré par le canton de Fribourg et ont commencé leur carrière à 23 ans, puisque les personnes engagées peuvent tout aussi bien avoir étudié hors canton, voire hors du territoire suisse. En outre, en application de la jurisprudence publiée aux ATF 123 I 1, plus les compétences se recoupent, moins l'écart de rémunération est justifié. Or, tel est le cas en l'occurrence entre les TSO et IDDO après 20 ans d'expérience, alors que pourtant, la différence de salaire est de 11.21% à ce moment-là. Ainsi, peu importe que la limite des 8-9% ne soit pas dépassée sur l'ensemble de leur carrière; le principe de l'égalité de traitement est violé. Par rapport au document "Compétences ISO, TSO, ATSO", la recourante répète qu'il est inutile, les cahiers des charges établis à l'époque, respectivement les annexes qui y étaient jointes, étant complets. De plus, elle indique, se référant à un procès-verbal du 30 août 2012, que l'une des professionnels qui l'a rédigé tenait des propos contradictoires à l'époque, en soutenant notamment que les deux formations se complétaient et qu'il était capital de respecter les unes et les autres, qu'il n'y avait aucune discrimination entre les deux, ni aucune différence au niveau du recrutement, les deux fonctions étant présentes dans le bloc sans aucune distinction. En outre, la recourante constate que, dès lors que le Conseil d'Etat a l'intention d'ouvrir une procédure de réévaluation de la fonction d'IDDO et d'augmenter la classe de référence de 17 à 18, l'inégalité de traitement prétendument corrigée par la décision attaquée est réintroduite. Enfin, le système du ripage ne doit pas être appliqué puisqu'il n'est pas question ici d'accorder une promotion au collaborateur mais bien plutôt de corriger son traitement pour supprimer une inégalité de traitement. Enfin, les administrés ne doivent pas être péjorés par la rapidité avec laquelle l'Etat est en mesure de traiter leur demande, de sorte que l'effet rétroactif doit être accordé au jour du dépôt de la requête de décision formelle; que, le 8 janvier 2020, le Conseil d'Etat produit ses ultimes remarques et fait valoir en substance qu'il faut prendre en compte la situation salariale sur une carrière entière, que la technique du ripage doit être appliquée et que la procédure de l'art. 8 RECF a été respectée. Enfin, il précise que ce sont les fonctions d'infirmier/ère spécialisé/e en soins d'urgences, soins intensifs et anesthésie qui font l'objet de la requête de décision formelle du 5 juillet 2017, mais pas celle d'IDDO, de sorte que cette nouvelle demande n'aura, si tant est qu'elle entraîne un changement, aucune influence sur la présente affaire; qu'il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la résolution du litige; considérant que, selon l'art. 8 RECF, le collaborateur ou, le cas échéant, une association professionnelle qui veut contester la classification de sa fonction ou de la fonction de ses membres doit requérir du Conseil d'Etat une décision

formelle d'application, à son égard, de l'arrêté du 19 novembre 1990 concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat (al. 1). Avant de rendre sa décision, le Conseil d'Etat communique la requête de décision à la Commission. Il lui enjoint d'organiser la consultation du dossier à son siège et, si nécessaire, de fournir au requérant des renseignements complémentaires (al. 2). A la suite de la consultation du dossier, le requérant peut faire valoir ses remarques par écrit, dans un délai de trente jours, auprès du Conseil d'Etat. Dans Tribunal cantonal TC Page 6 de 13 ce même délai, il peut renoncer à sa requête de décision (al. 3). En cas de maintien de la requête, le Conseil d'Etat rend une décision motivée (al. 4); qu'interjeté en temps utile et dans les formes légales (art. 79 ss du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1) par une association ayant qualité pour recourir dans l'intérêt de ses membres dont la plupart, voire tous, a qualité pour recourir individuellement, le recours est recevable en vertu de l'art. 9 RECF; que, selon l'art. 77 al. 1 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Dans la mesure où aucune des situations prévues aux let. a à c de l'art. 78 al. 2 CPJA n'est réalisée en l'espèce, le Tribunal cantonal ne peut pas, dans le cas particulier, revoir l'opportunité de la décision entreprise; que l'art. 96a al. 1 CPJA précise que l'autorité de recours examine avec retenue les décisions d'une autorité à laquelle la législation accorde une large marge d'appréciation. Tel est le cas en particulier des décisions relatives à l'évaluation du travail, des aptitudes et du comportement d'une personne (al. 2 let. a); que, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le droit d'être entendu comprend, de manière générale, le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valables offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (arrêt TF 8C_484/2017, 8D_3/2017 du 19 juin 2018 consid. 5.3.1 et les références citées); que les art. 57 ss CPJA concrétisent cette garantie au niveau cantonal. En particulier, l'art. 60 let. a CPJA dispose que les parties ont le droit de prendre connaissance des documents, renseignements et rapports utiles recueillis dans la procédure et de participer aux inspections d'une chose ou de lieux (cf. arrêt TC FR 2A 2001 43 du 23 novembre 2001 consid. 2); que le droit d'être entendu est de nature formelle; sa violation entraîne l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque l'autorité de recours dispose d'un pouvoir de cognition aussi étendu, en fait et en droit, que celui de l'autorité inférieure et qu'il n'en résulte aucun désavantage pour le recourant. Une telle réparation dépend de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception. Elle peut également se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (arrêts TF 8C_419/2017 du 16 avril 2018 consid. 4.3; 8C_541/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2); qu'en l'occurrence, en ne communiquant pas à la recourante le document intitulé "Compétences ISO, TSO, ATSO" établi par des professionnels du domaine opératoire le 15 janvier 2016, soit postérieurement à la consultation du dossier par la recourante le 16 juin 2015 - alors même que cette pièce constitue une part importante de l'argumentation exposée dans la décision

attaquée (cf. ch. 4.2, p. 5 in fine de la décision attaquée) - le Conseil d'Etat a violé son droit d'être entendue, l'empêchant de se déterminer sur son contenu avant qu'une décision ne soit prise; Tribunal cantonal TC Page 7 de 13 que, cela étant, dite violation est valablement réparée devant l'Instance de céans - disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit - dès lors que l'autorité intimée a produit ledit document à l'occasion de ses observations du 26 juin 2019 et que la recourante a eu la possibilité d'en prendre connaissance et de s'exprimer à son sujet dans le cadre de ses contre-observations du 30 octobre 2019; que, contrairement à ce que soutient cette dernière, dans ces circonstances, il n'est pas question d'invalider la pièce en question et de la retirer du dossier; qu'il n'y a pas non plus lieu d'écarter les observations du Conseil d'Etat du 26 juin 2019, motif pris que ce dernier aurait été défaillant en produisant celles-ci seulement après une troisième prolongation de délai, non autorisée selon l'art. 29 al. 2 CPJA; qu'à cet égard, il est rappelé qu'en procédure de recours, l'autorité de la juridiction administrative est soumise au principe de la maxime inquisitoire (cf. art. 45 al. 1 CPJA). Elle doit donc se fonder sur tous les faits qui peuvent être retenus au moment de sa décision. Aussi l'ensemble des événements intervenus depuis le début de la procédure et parvenus à la connaissance du Tribunal cantonal peuvent-ils, respectivement doivent-ils, être pris en compte. Cela vaut non seulement pour ceux postérieurs à la décision attaquée, mais également pour les faits postérieurs à la clôture de la procédure d'échange des écritures (CARRANZA/MICOTTI, CPJA annoté, 2006, art. 45 n. 45.8, qui se réfère à l'arrêt TF 5A.33/2004 du 9 mai 2005 consid. 2.2; cf. arrêt TC FR 602 2013 97 du 28 mars 2014); qu'autrement dit, l'Instance de céans doit retenir tous les éléments essentiels, même s'ils sont contenus dans une écriture déposée hors délai (arrêt TC FR 602 2013 103 du 3 décembre 2004 consid. 4b); que, partant, il sied d'entrer en matière sur le fond du litige, sur la base du dossier constitué dans son intégralité; qu'aux termes de l'art. 17 LPers, chaque fonction exercée pour le compte de l'Etat ou de ses établissements fait l'objet d'une description, d'une évaluation et d'une classification salariale (al. 1). Les critères d'évaluation sont liés aux exigences intellectuelles, psychosociales, physiques et de responsabilité de la fonction (al. 2). Le Conseil d'Etat adopte par voie de directives la description des fonctions et le système d'évaluation des fonctions. Il procède à la classification salariale des fonctions et la publie par voie d'arrêté (al. 3); que l'art. 18 LPers prévoit que le Conseil d'Etat dispose d'une Commission paritaire d'évaluation et de classification des fonctions (al. 1). La Commission est chargée de faire des propositions au Conseil d'Etat concernant la description, l'évaluation et la classification des fonctions. Ces propositions et les rapports qui les accompagnent ne sont pas accessibles au public (al. 2). Le Conseil d'Etat nomme les membres de la Commission et détermine son mode de fonctionnement. Le Service du personnel et d'organisation assure le secrétariat de la Commission; que l'Etat de Fribourg a adopté un système analytique d'évaluation des fonctions qu'il a dénommé EVALFRI - reconnu par le Tribunal fédéral (arrêt TF 2A.253/2001 du 8 novembre 2002) - et donnant un résultat global en points, converti ensuite en classe de traitement sur la base d'un barème préétabli (MORARD, Les systèmes de rémunération applicables à la fonction publique : exemple du canton de Fribourg in RFJ 2004 p. 201 ss, 207); Tribunal cantonal TC Page 8 de 13 qu'une fois l'évaluation terminée, le Conseil d'Etat dispose encore d'une marge de manœuvre lorsqu'il doit fixer la classification, en recourant notamment à d'autres critères que ceux retenus par EVALFRI, tel le niveau de formation (MORARD, p. 209-210); que, selon l'art. 8 Cst., tous les êtres humains sont égaux devant la loi (al. 1) et nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation

sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique (al. 2); que, selon la jurisprudence, une décision ou un arrêté de portée générale viole le principe de l'égalité dans la loi garantie par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 137 I 167 consid. 3.5); que de cette garantie générale découle l'obligation de l'employeur public de rémunérer un même travail avec un même salaire. Dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire, les autorités disposent d'une grande marge d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisation et de rémunération. La juridiction saisie doit observer une retenue particulière lorsqu'il s'agit non seulement de comparer deux catégories d'ayants droit mais de juger tout un système de rémunération; elle risque en effet de créer de nouvelles inégalités (ATF 143 I 65 consid. 5.2 et les références citées; cf. arrêt TF 8C_685/2018 du 22 novembre 2019 consid. 4.4.3 et 6.2); que l'art. 8 Cst. est violé lorsque dans un rapport de service public, un travail identique n'est pas rémunéré de la même manière (cf. ATF 123 I 1/JdT 1999 I p. 547 consid. 6c); que la question de savoir si des activités doivent être considérées comme identiques dépend d'appréciations qui peuvent se révéler différentes. Dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de l'égalité de traitement, les autorités sont habilitées à choisir, parmi les multiples éléments pouvant entrer en considération, les critères qui doivent être considérés comme déterminants pour la rémunération des fonctionnaires. Le droit constitutionnel n'exige pas que la rémunération soit fixée uniquement selon la qualité du travail fourni, voire selon des exigences effectivement posées. Les inégalités de traitement doivent cependant être raisonnablement motivées, et donc apparaître objectivement défendables. Ainsi, le Tribunal fédéral a reconnu que l'art. 8 Cst. n'était pas violé lorsque les différences de rémunération reposaient sur des motifs objectifs tels que l'âge, l'ancienneté, l'expérience, les charges familiales, les qualifications, le genre et la durée de la formation requise pour le poste, le temps de travail, les horaires, le cahier des charges, l'étendue des responsabilités ou les prestations (ATF 143 I 65 consid. 5.2; 141 II 411 consid. 6.1.1; 139 I 161 consid. 5.3.1; 138 I 321 consid. 3.3; 123 I 1/JdT 1999 I p. 547 consid. 6c; cf. arrêts TF 8C_685/2018 du 22 novembre 2019 consid. 6.2; non publié 2P.302/1996 du 7 avril 1997 consid. 5b; MARTENET, L'égalité de rémunération dans la fonction publique in PJA 1997, p. 828 s.); qu'en l'occurrence, se fondant sur les délégations de compétences de l'art. 17 LPers, le Conseil d'Etat a adopté diverses ordonnances modifiant l'annexe de l'arrêté de classification du 19 novembre 1990, prévoyant initialement, pour la fonction de TSO, l'attribution de la classe 15 (ROF 2004_058), puis, depuis le 20 novembre 2018, la classe 16 (ROF 2018_109); Tribunal cantonal TC Page 9 de 13 que, s'agissant de la fonction IDDO, elle n'existe pas en tant que telle, mais est rattachée à celle d'infirmier/ère spécialisé/e (fonction de référence 6 33 170), colloquée en classe 18 ou 19 à ce jour. Elle regroupe plusieurs domaines de spécialisation, dont notamment les soins intensifs, les soins d'urgence, l'anesthésie et la salle d'opération (cf. décision attaquée, n. 4.1 let. b, p. 4; descriptif de la fonction de référence d'infirmier/ère spécialisé/e adopté par le Conseil d'Etat le 8 novembre 2011, dossier de la cause, pce 58 du bordereau produit par le Conseil d'Etat le 24 février 2020); que, dans le cadre de son recours, l'association recourante ne critique plus, en tant

que telle, l'évaluation menée par le CEF au sujet de la fonction de TSO, notamment quant à la pondération des critères EVALFRI, mais requiert une réévaluation en se fondant essentiellement sur le principe de l'égalité de traitement; que, d'emblée, il y a lieu de préciser que, contrairement à ce que semblent soutenir les parties, le Tribunal fédéral n'a pas cherché, au travers de son arrêt publié aux ATF 123 I 1, à imposer que l'écart salarial entre deux fonctions ne dépasse pas une limite fixe de 8 à 9%, mais a considéré, dans les circonstances du cas qui lui était soumis, qu'une telle différence de rémunération entre deux catégories d'enseignants logopédistes, motivée par des différences dans la formation préalable (maturité ou diplôme d'instituteur), n'était pas contraire au droit à l'égalité de traitement (cf. ATF 123 I 1/JdT 1999 I p. 547 consid. 6); que, dans ce cadre, il a d'ailleurs rappelé, entre autres, sa jurisprudence antérieure au sujet des rémunérations entre enseignants et souligné avoir admis une différence de 22% entre le traitement d'un maître primaire et celui d'un maître du cycle d'orientation, à cause des distinctions quant au niveau scolaire, à la durée de formation, à la complexité des matières et aux problèmes de discipline (ATF 121 I 49 /JdT 1997 I p. 711 consid. 4c et la référence citée); que, dans une autre affaire, le Tribunal fédéral avait également considéré qu'une différence d'environ 11%, respectivement de 12.25%, représentait un pourcentage qui se trouvait encore dans les limites de ce qui était admissible (arrêt TF non publié 2P.302/1996 du 7 avril 1997 consid. 6b); qu'ainsi, en l'occurrence, peu importe que la différence de masses salariales entre les TSO et IDDO varient - selon les parties de 6.55% à 11.21% - dès lors que pour les motifs évoqués et eu égard à la jurisprudence précitée, même un écart de 11.21%, peut, sur le principe, être considéré comme soutenable pour autant qu'il soit justifié par des motifs défendables; que tel est le cas en l'occurrence puisque, quoi qu'en pense la recourante, il existe bel et bien une réelle différence entre les deux fonctions de TSO et d'IDDO sur le plan de la formation; qu'alors que les TSO doivent obtenir un diplôme/certificat délivré par une Ecole supérieure (ES), les IDDO doivent être détenteurs d'un bachelor d'une Haute école spécialisée (HES) ainsi que, pour prétendre à la classe 19, d'une formation post-grade certifiante ou diplômante dans la spécialisation exercée - soit en l'occurrence dans le domaine opératoire - en principe réglementée par l'Association suisse des infirmiers et infirmières (ci-après: ASI) (cf. décision attaquée, n. 4.1, let. b s., p. 4; descriptif de la fonction de référence de technicien/ne en salle d'opération adopté par le Conseil d'Etat le 20 novembre 2018, dossier de la cause, pce 56 du bordereau produit par le Conseil d'Etat le 24 février 2020; descriptif de la fonction de référence d'infirmier/ère spécialisé/e adopté par le Conseil d'Etat le 8 novembre 2011, dossier de la cause, pce 58 du bordereau produit par le Conseil d'Etat le 24 février 2020; règlement du 29 novembre 1975 de l'ASI de la formation Tribunal cantonal TC Page 10 de 13 post-diplôme d'infirmière, d'infirmier dans le domaine opératoire, état au 29 juin 2015, dossier de la cause pce non numérotée); qu'en termes de temps, la formation de TSO dure trois ans, répartie alternativement en périodes de cours à l'école (2160 heures) et de stage (3240 heures), pour un total de 5400 heures (cf. décision attaquée, n. 4.4, p. 8; plan d'études cadre pour la filière de formation TSO de l'organisation faîtière nationale du monde du travail santé, ch. 5, p. 22); qu'en revanche, celle d'IDDO nécessite au minimum trois ans, à temps plein, pour l'obtention du bachelor HES, plus deux ans pour obtenir la spécialisation précitée dans le domaine opératoire, comprenant 450 heures de formation théorique, 400 heures de formation pratique et 2750 heures d'activité au bloc (cf. décision attaquée, n. 4.4, p. 9; règlement du 29 novembre 1975 de l'ASI de la formation post-diplôme d'infirmière, d'infirmier dans le domaine opératoire, état au 29 juin 2015, dossier de la cause); que cela donne lieu à des divergences en termes de compétences,

les IDDO étant en mesure de pratiquer des soins aux patients, ce qui n'est pas le cas des TSO, dont la fonction est rattachée au seul domaine médico-technique (cf. décision attaquée, n. 4.1, let. b s, p. 4); qu'à cet égard, la recourante ne peut pas être suivie lorsqu'elle soutient que le fait que les IDDO aient une formation plus étoffée n'apporte pas de plus-value par rapport aux TSO, de sorte qu'il faut les rémunérer de la même façon; que le Tribunal fédéral a précisément admis qu'une différence de formation pour l'exercice d'une même fonction pouvait justifier une différence de classification (cf. arrêt TF non publié 2P.302/1996 du 7 avril 1997 cité in Morard, p. 210; cf. ATF 123 I 1/JdT 1999 I p. 547 consid. 6e); qu'ainsi, même si les activités des TSO et IDDO sont similaires en pratique, il paraît défendable, d'emblée, de classer différemment ces deux fonctions en raison des formations distinctes qu'elles requièrent; qu'au demeurant à la lecture du document "Compétences ISO [ou IDDO], TSO, ATSO", l'on peut relever certaines divergences au niveau des activités des deux fonctions concernées (dossier de la cause, pce 2 du bordereau produit par le Conseil d'Etat le 27 juin 2019); que, selon ce document, il s'avère notamment qu'en plus de ce qu'est en mesure de réaliser un collaborateur TSO, un IDDO, entre autres activités, "met en rapport l'état clinique du patient et sait prendre des initiatives en urgence", "participe aux besoins de l'anesthésiste", "inscrit l'ensemble du processus opératoire dans la démarche de soin et dans une prise en charge globale du patient", "assume les responsabilités liées à l'exercice du rôle professionnel d'infirmière du domaine opératoire", et "met ses compétences acquises lors de sa formation d'infirmière en cas de phase critique en interaction avec l'équipe pluridisciplinaire"; que, concrètement, cela signifie que l'IDDO dispose, en théorie à tout le moins, de connaissances et de compétences supplémentaires; qu'en l'état, il n'y a aucune raison de mettre en doute la valeur probante de cette pièce, établie par différents professionnels du domaine opératoire; que la recourante ne peut pas être suivie lorsqu'elle prétend que l'une des professionnels ayant rédigé le document aurait tenu des propos contradictoires en 2012. Après lecture du procès-verbal auquel elle se réfère, l'on comprend qu'il était question, lors de cette séance, de rétablir une bonne ambiance de travail dans les blocs opératoires et de faire cesser toute confrontation ou Tribunal cantonal TC Page 11 de 13 concurrence entre les TSO et IDDO, mais en aucun cas de faire un examen complet de leurs tâches respectives et d'en conclure que les deux fonctions étaient identiques; qu'au vu de l'ensemble de ces considérations, il y a lieu de constater que le grief d'inégalité de traitement invoqué par l'association recourante tombe à faux, des situations différentes appelant des solutions distinctes; que, pour le reste, peu importe que les établissements mettent au concours simultanément, dans la même annonce, les postes de TSO ou d'IDDO; que cela signifie que les employeurs sont prêts, sur le principe, à embaucher les deux, mais cela ne permet pas d'en conclure pour autant que les deux filières, respectivement les deux activités, donnent lieu à des profils équivalents en tous points; qu'enfin, si les formations dispensées dans la partie alémanique de la Suisse ne sont déjà pas comparables avec celles dispensées en Suisse romande (cf. décision attaquée, n. 4.5, p. 11), le principe de l'égalité de traitement n'exige en tous les cas pas que dans différents cantons, une même réponse soit donnée à des états semblables ou identiques, ce qui vaut tout particulièrement quant il s'agit de questions liées aux traitements dans la fonction publique (arrêt TF 8C_991/2010 du 28 juin 2011 consid. 8.6 et les références citées). Ainsi, chaque canton organise son échelle des traitements en fonction de sa propre méthode et des charges qu'il entend confier à ses collaborateurs; que, fort de ces constats, l'on ne peut pas retenir que le Conseil d'Etat a excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que les situations des TSO et des IDDO nécessitaient d'être

traitées différemment; que les autres griefs invoqués par la recourante, tenant en particulier au fait que la fonction d'instrumentiste dans le bloc opératoire est exercée sans distinction par des TSO ou des IDDO ou que leurs tâches soient identiques, ne changent rien à cette conclusion; que reste toutefois encore à trancher les questions de savoir si l'autorité intimée - qui a colloqué les TSO en classe 16 - était en droit, d'une part, d'appliquer le système du ripage et d'autre part, de limiter l'effet rétroactif de sa décision au 1er janvier 2018; que, s'agissant du ripage, il convient de rappeler que les prétentions pécuniaires des agents de la fonction publique, qu'il s'agisse de prétentions salariales ou relatives aux pensions, n'ont en règle générale pas le caractère de droits acquis. Les rapports de service sont régis par la législation en vigueur au moment considéré. L'Etat est en effet libre de revoir en tout temps sa politique en matière de salaire et d'emploi et les personnes qui entrent à son service doivent compter avec le fait que les dispositions réglant leur statut puissent faire l'objet ultérieurement de modifications (ATF 134 I 23 consid. 7.5; arrêt TF 8C_70/2018 du 13 novembre 2018 consid. 6.2). Des droits acquis ne naissent dès lors en faveur des agents de la fonction publique que si la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications légales ou lorsque des assurances précises ont été données à l'occasion d'un engagement individuel (ATF 134 I 23 consid. 7.1; 143 I 65 consid. 6.2). Ils peuvent être supprimés à la condition qu'un intérêt public suffisant justifie cette mesure et qu'une pleine indemnisation soit garantie (arrêt TF 1C_186/2008 du 8 décembre 2008 consid. 3.1); qu'en outre, selon l'art. 1 al. 1 de l'ordonnance cantonale du 17 avril 2007 relative au maintien de la situation salariale acquise en cas d'abaissement de la classification d'une fonction (RSF Tribunal cantonal TC Page 12 de 13 122.72.26), le traitement des titulaires est fixé dans la nouvelle classe de traitement au niveau du palier supérieur le plus proche de l'ancien traitement; que, concrètement, cela signifie que le législateur a prévu d'appliquer la méthode du ripage en cas d'abaissement de la classification d'une fonction; qu'il n'y a aucune raison objective de s'écarter de ce principe dans la situation inverse, lorsque la fonction est revalorisée dans une classe supérieure, comme c'est le cas en l'occurrence; que c'est dès lors à bon droit que Conseil d'Etat a prévu de colloquer l'ensemble des TSO en activité au moment où la décision a été prise, dans la classe 16 au niveau du palier supérieur le plus proche de leur ancien traitement; que, pour ce qui a trait à la question de la rétroactivité, la décision attaquée du 20 novembre 2018 énonce que la modification salariale prend effet au 1er janvier 2018, sans spécifier les motifs qui ont conduit l'autorité intimée à appliquer cet effet rétroactif. Le Conseil d'Etat a développé ses arguments devant le Tribunal cantonal, de manière obscure toutefois; que, cela étant, il convient d'admettre que la recourante a pu faire valoir utilement ses arguments sur la question de la rétroactivité de la décision au cours des deux échanges d'écritures et que, dans ces conditions, une violation de son droit d'être entendue en raison de l'insuffisance de la motivation de la décision attaquée sur ce point, pour autant qu'avérée, a été réparée; que, liée aux principes de sécurité du droit et de prévisibilité, l'interdiction de la rétroactivité des lois résulte du droit à l'égalité de l'art. 8 Cst., de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi garanties par les art. 5 et 9 Cst. Une exception à cette règle n'est possible qu'à des conditions strictes, soit en présence d'une base légale suffisamment claire, d'un intérêt public prépondérant, et moyennant le respect de l'égalité de traitement et des droits acquis. Elle doit en outre être raisonnablement limitée dans le temps (arrêt TF 1C_366/2016 du 13 février 2017, consid. 2.1). Il n'est certes pas possible de fixer dans l'abstrait une limite temporelle absolue. Selon la matière, une rétroactivité d'une année peut, en règle générale (sous réserve de circonstances spéciales) être considérée comme

admissible, ce qui n'exclut pas des durées plus étendues (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, 3^{ème} édition, vol. 1 p. 200; WEIDMANN, Das intertemporale Steuerrecht in der Rechtsprechung, ASA 2007/2008 p. 633 et les exemples mentionnés p. 638 ss); qu'appliqués par analogie à l'ordonnance du 20 novembre 2018, ces principes pouvaient valablement fonder le Conseil d'Etat à fixer avec effet rétroactif au 1er janvier 2018 l'entrée en vigueur de la classification de la fonction de TSO; qu'aucune circonstance spéciale ni promesse de l'autorité ne justifiait, en l'espèce, une entrée en vigueur antérieure, par exemple à la date du dépôt de la demande de réévaluation déposée par l'association recourante, comme celle-ci le requiert; qu'en particulier, la présente réévaluation ne saurait être comparée à celle relative aux logopédistes à laquelle se réfère la recourante; que, pour cette fonction-là, une première ordonnance du 11 juin 2007 avait confirmé son attribution en classe 20, avec effet au 1er juillet 2007. Sur demande des titulaires de la fonction concernée, la situation a été réexaminée pour tenir compte des divers profils de formation évalués et la fonction a été attribuée aux classes 18 à 21, par ordonnance du 1er mars 2011; Tribunal cantonal TC Page 13 de 13 que, dans la mesure où cette dernière ordonnance tendait à corriger une évaluation précédente qui s'était avérée insatisfaisante, l'effet rétroactif conféré à son entrée en vigueur pouvait alors trouver sa justification; que tel n'est pas le cas en l'espèce, la classification des TSO ayant fait l'objet d'une première modification, par ordonnance non remise en cause du 3 mai 2004, qui avait attribué la classe 15 à cette fonction; que l'on peut également relever, à titre d'exemple récent, que l'ordonnance du 4 juillet 2019 modifiant l'arrêté concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat en lien avec la fonction d'assistant/e social/e (ROF 2019_063), est entrée en vigueur au 1er juillet 2019; qu'en tout état de cause, en fixant l'entrée en vigueur de son ordonnance du 20 novembre 2018 avec effet rétroactif au 1er janvier 2018, le Conseil d'Etat n'a pas violé la loi, ni commis un quelconque excès ou abus de son vaste pouvoir d'appréciation en la matière; que ce grief doit dès lors également être rejeté; que, vu l'ensemble de ce qui précède, le recours est rejeté en tous points et la décision du 20 novembre 2018 confirmée; qu'il est renoncé au prélèvement de frais judiciaires; que vu de l'issue du litige, il n'est pas alloué d'indemnité de partie (cf. art. 137 CPJA); la Cour arrête : I. Le recours est rejeté. II. Il n'est pas perçu de frais de procédure. III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. IV. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lucerne, dans les 30 jours dès sa notification. Fribourg, le 26 mai 2020/mju/smo La Présidente : La Greffière-stagiaire :

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