

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

Ière COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 20 décembre 2005

Statuant sur le recours interjeté le 15 septembre 2003
(1A 03 73)

par

X., à **L.**, représentée par Me André Clerc, avocat à Fribourg,

contre

la décision rendue le 11 juin 2003 par **le Conseil d'Etat du canton de Fribourg;**

**(Egalité de salaire entre homme et femme
pour un travail de valeur égale)**

Considérant :

En fait:

- A. X. a été engagée en 1973 par l'Hôpital psychiatrique cantonal de Marsens (ci-après: HPC) en tant qu'aide-infirmière. C'est en cette qualité qu'elle a été nommée par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg, le 12 juin 1990.

De janvier à décembre 1995, elle a suivi la formation d'animatrice auprès des personnes âgées, dispensée par la section fribourgeoise de la Croix-Rouge Suisse. Cette formation, dûment attestée, comprenait 200 heures d'enseignement et le dépôt d'un travail écrit. En 1996, l'intéressée a été appelée à travailler dans le secteur ergothérapie-animation et, le 1^{er} juin 1997, l'HPC l'a définitivement transférée du secteur des soins à celui de l'animation. Ce changement d'activité n'a toutefois pas été suivi d'une modification formelle de sa fonction initiale et de son cahier des charges.

Par courrier du 20 janvier 2000, répondant à la demande du 14 janvier 2000 de X. relative à une clarification de ses conditions d'engagement, l'HPC lui a indiqué qu'ayant été nommée en 1990 par le Conseil d'Etat en qualité d'aide-infirmière, elle n'avait pas fait officiellement l'objet d'une promotion et qu'il n'y avait dès lors aucune raison de modifier son statut.

Suite à cette réponse négative, X. a adressé plusieurs requêtes à l'HPC afin d'obtenir la reconnaissance de son statut. Par courrier du 14 septembre 2001, l'HPC a reconnu son statut d'animatrice à partir du 1^{er} septembre 2001 et l'a informée de l'adaptation de son traitement, lequel passerait de la classe de sélection 7, échelon 10, à la classe de sélection 8, échelon 9. Il a également indiqué qu'un arrêté de changement de poste serait établi prochainement.

- B. Le 27 septembre 2001, X. a recouru auprès du Conseil d'Etat contre cette décision, concluant à ce que son statut nouvellement reconnu bénéficie à l'avenir de la classe de sélection 10-12, au lieu de 8, et à ce qu'un paiement rétroactif de son salaire correspondant à la différence de traitement lui soit versé. A l'appui de son recours, elle a allégué, pour l'essentiel, que la nouvelle classe qui lui a été attribuée n'est pas conforme à l'arrêté du 19 novembre 1990 concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat (RSF 122.72.21; ci-après: l'arrêté), lequel attribue à la fonction d'animateur/trice la classe 10-12. Par ailleurs, elle a soulevé le grief d'inégalité de traitement avec son collègue homme, Y., qui bénéficie de la

classe 12 depuis cinq ans au moins. Elle a dès lors aussi demandé que soit requis l'avis de la Commission cantonale de conciliation en matière de contestations portant sur une discrimination en raison du sexe dans les rapports de travail (ci-après: la Commission de conciliation).

- C. L'HPC a déposé ses observations, le 24 octobre 2001 et conclu au rejet du recours. Il a relevé, en substance, que la classification de la fonction d'animateur/trice de l'arrêté tient compte d'un niveau de compétences obtenu après trois ans de formation (CFC ou formation à l'Ecole d'études sociales et pédagogiques de Lausanne: EESP). Or, tel n'est pas le cas de l'intéressée qui n'a pas de formation d'aide-soignante et n'a suivi que le cours d'animatrice de la Croix-Rouge. En outre, selon la décision du 1^{er} juillet 2001 de la Direction de la santé publique et des affaires sociales (actuellement: la Direction de la santé et des affaires sociales; ci-après, DSAS), le salaire pour la fonction d'animateur/trice Croix-Rouge a été fixé en classe 7. Dans ces conditions, cette collaboratrice ne peut prétendre qu'à cette classe de fonction. En ce qui concerne la prétendue inégalité de traitement par rapport à son collègue masculin, l'HPC a expliqué que ce dernier avait été engagé le 1^{er} janvier 1977 pour collaborer aux activités des ateliers. A l'époque, être titulaire d'un CFC constituait une condition d'engagement et, ayant été affecté au secteur de l'animation-ergothérapie, son CFC de peintre était directement utile aux activités à accomplir. Il avait dès lors été classé au même niveau que les artisans du service technique, titulaires d'un CFC. De surcroît, il a assumé seul, durant plusieurs années, toute l'animation au sein de l'HPC. Il bénéficie aujourd'hui d'une situation acquise. Pour l'HPC, enfin, une classification plus élevée de l'intéressée engendrerait une inégalité de traitement avec les aides-soignant(e)s et le personnel exerçant la même fonction dans les homes.
- D. X. a déposé ses contre-observations le 26 novembre 2001. Elle a relevé que la classification de la fonction d'animateur/trice figurant dans l'arrêté n'a pas fait l'objet, à ce jour, d'une évaluation selon la méthode Evalfri. Aussi, à son avis, on ne saurait prétendre que le critère déterminant soit celui du niveau de compétence obtenu après trois ans de formation. Il serait également faux d'affirmer que la fonction d'animateur/trice, dont le titre est délivré par l'EESP de Lausanne, bénéficie de la classe 10-12, cette formation s'apparentant à celle d'assistant social pour laquelle est prévue la classe de fonction 16-18. X. a encore souligné que, dans les faits, elle exerce la fonction d'animatrice depuis son transfert du secteur des soins au secteur animation-ergothérapie, soit depuis le 1^{er} juin 1997. Prenant acte de ce que son collègue est au bénéfice d'un CFC de peintre en bâtiment et d'une situation acquise, elle a indiqué son propre parcours de formation professionnelle, de même que les cours de perfectionnement suivis dans des domaines en relation avec son

activité à l'HPC. Elle a enfin relevé que, pour le même travail, cinq classes de traitement la séparent de son collègue ce qui représente une différence de salaire trop importante, de bien plus de frs. 900.- par mois.

- E. Le 16 mai 2002, après avoir notamment entendu les parties, la Commission de conciliation a fait part de son avis. Dans ses conclusions, elle a estimé que l'écart salarial entre X. et son collègue masculin doit être examiné à la lumière de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg; RS 151.1), cette question étant d'autant plus importante que l'écart est grand puisqu'il porte sur près de frs. 1'000.- par mois. Par ailleurs, elle a considéré que l'intéressée avait établi avec suffisamment de vraisemblance l'existence d'une discrimination salariale directe depuis son entrée en fonction au sein du service de l'animation de l'HPC. Par ailleurs, de son point de vue, il serait souhaitable que l'Etat de Fribourg analyse et éclaire, dans l'échelle des traitements, la situation des animateurs/trices avec une formation Croix-Rouge. Pour la Commission, c'est à l'Etat de Fribourg d'apporter la preuve qu'il n'y a pas eu discrimination en l'occurrence, non seulement dans la comparaison concrète entre le salaire de l'intéressée et celui de son collègue masculin mieux payé, mais également en examinant la situation d'autres femmes exerçant l'activité d'animatrice avec une formation Croix-Rouge.
- F. Par décision du 11 juin 2003, le Conseil d'Etat a rejeté le recours de X. Dans ses motifs, il a retenu que l'intéressée prétend à tort que sa fonction correspond à celle d'animateur/trice de l'arrêté, prévue au code 6.34.131 de la classification des fonctions. Une formation d'une durée minimale de trois ans, équivalente à un CFC, est en effet exigée pour atteindre la classe de fonction 10-12. Il s'agirait-là de l'un des éléments de la "colonne vertébrale" de la classification du personnel de l'Etat. Une personne non titulaire d'un CFC au minimum ne peut prétendre à une classe supérieure à 8 lors de son engagement. Ce principe, déjà applicable avant l'introduction de la méthode d'évaluation des fonctions Evalfri, a été confirmé par cette dernière. De plus, selon l'art. 17 de l'ancienne loi sur les traitements du personnel de l'Etat, lorsque le collaborateur ou la collaboratrice n'a pas la formation correspondant aux exigences de son poste, son traitement est fixé dans une classe inférieure. L'autorité d'engagement jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer la classe inférieure. En l'occurrence, l'HPC s'est basé matériellement sur la directive de la DSAS du 1^{er} juillet 2000, laquelle fixe en classe 7 le traitement des animateurs/trices au bénéfice de la formation acquise par l'intéressée. Cette directive, qui n'est appliquée que dans les établissements subventionnés n'employant pas du personnel de l'Etat, n'est toutefois pas en contradiction avec l'arrêté. Dans le cas particulier, elle a servi de ligne directrice au pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente, laquelle a attribué à X., conformément à l'art. 17

précité, une classe inférieure. Certes, l'HPC n'a pas indiqué que ce traitement avait été fixé en classe inférieure par rapport à l'arrêté et qu'il s'était référé à la directive de la DSAS. Cette erreur ne saurait toutefois fonder un droit à bénéficier de la classe 10 à/ou 12, sans compter qu'une telle manière de procéder créerait une inégalité flagrante avec le personnel soignant au bénéfice de la formation y relative voire supérieure. Le Conseil d'Etat a relevé qu'actuellement, hormis l'intéressée et son collègue masculin, aucune autre personne n'exerce la fonction d'animateur/trice au service de l'Etat. Il a également affirmé que la classe 14 prévue par la directive de la DSAS pour le personnel au bénéfice d'une formation sociale de trois ans n'est pas conforme à la législation sur le personnel de l'Etat. Par ailleurs, il a précisé que sa délégation pour les questions de personnel a donné mandat à la Commission d'évaluation et de classification des fonctions (ci-après: la Commission d'évaluation Evalfri) d'évaluer la fonction d'animateur/trice. Enfin, il a réfuté l'inégalité salariale invoquée par X. par rapport à son collègue masculin, cela même s'ils exercent actuellement tous deux la même fonction. Pour l'autorité en effet, il ne se justifie plus d'attribuer la classe 12 à Y., son CFC n'étant plus en rapport direct depuis 1994 avec son activité d'animateur placé sous une responsabilité hiérarchique claire. Cette situation devra donc être corrigée en tenant compte, toutefois, de sa formation plus importante que celle de l'intéressée et de son expérience de plus de vingt ans dans le domaine concerné. Dans ces conditions, la collaboratrice ne saurait revendiquer l'application à son avantage d'un traitement illégal puisque celui-ci ne sera pas maintenu. Une décision sera prise dans ce sens à l'endroit d'Y., à moins qu'il ne confirme sa volonté de prendre une retraite anticipée en 2004.

- G. Par recours du 15 septembre 2003, X. a saisi le Tribunal administratif, concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision du Conseil d'Etat et à une adaptation rétroactive de son salaire depuis le 1^{er} juin 1997, conformément au code 6.34.130 de l'arrêté du 19 novembre 1990, ou, subsidiairement, selon les résultats de la Commission d'évaluation Evalfri.

A l'appui de ses conclusions, elle considère tout d'abord comme inexact le point de vue de l'autorité intimée selon lequel la classification prévue au code 6.34.130 (recte 6.34.031) de l'arrêté exigerait une formation d'une durée minimale de trois ans, équivalente à un CFC. Selon elle implicitement, au vu de la méthode utilisée pour l'évaluation des fonctions dans le cadre de la procédure Evalfri, la description individuelle des fonctions constituerait un critère plus important. Elle estime en outre que le CFC de peintre en bâtiment de son collègue n'était pas indispensable à l'exercice de sa fonction d'aide-infirmier. Selon elle, ce n'est pas seulement depuis 1994, comme le prétend le Conseil d'Etat, que ce CFC n'est plus en rapport direct avec son travail mais bien dès le début de son activité comme aide-infirmier. La

recourante réfute ensuite que son collègue masculin mérite une classe de traitement plus élevée que la sienne compte tenu de son meilleur niveau général de formation ainsi que de son expérience de plus de vingt ans dans le domaine. Citant l'avis de la Commission de conciliation, elle se demande si "une formation achevée de peintre constituerait un degré supérieur par rapport à la formation Croix-Rouge" qu'elle a suivie. Pour sa part, elle fait valoir une formation de trois ans, au moins équivalente à un CFC, laquelle a abouti à la délivrance du diplôme de l'Ecole technique de circulation routière yougoslave à Zurich. De plus, dans le domaine de l'animation, elle est titulaire d'un diplôme d'animatrice Croix-Rouge, contrairement à son collègue, et a suivi plusieurs cours de perfectionnement professionnel. Elle conteste également que l'on puisse attribuer à Y. une longue expérience dans le domaine concernée, du moment que les activités qu'il a exercées n'étaient pas toutes en rapport avec le secteur de l'animation.

L'intéressée fait valoir ensuite la violation de l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101), dans la mesure où les qualifications professionnelles de son collègue masculin – comparées à l'expérience plus riche dont elle estime pouvoir se prévaloir – ne justifient pas une disparité de salaire de frs. 1'000.- par mois environ. Elle s'élève également contre le simple constat effectué du traitement illégal accordé à Y., en le faisant bénéficier de la classe 12. Selon elle, même si la situation devait être corrigée à l'avenir, la discrimination salariale qui a existé depuis 1997, sans raisons objectives de l'aveu même de l'autorité, ne serait pas de ce seul fait éliminée.

X. allègue enfin la violation de l'arrêté du 19 novembre 1990, lequel prévoirait selon elle les classes 10-12 pour les animateurs/trices. Elle réserve toutefois les résultats définitifs de la procédure ordinaire d'évaluation.

- H. Dans ses observations du 24 novembre 2003, le Conseil d'Etat a conclu au rejet des conclusions principales de X. Il admet en revanche sa conclusion subsidiaire si le rapport final, établi suite à la procédure Evalfri en cours, devait lui donner raison s'agissant de la classe de traitement qu'elle revendique.

Il affirme au préalable que rien ne permet d'établir une différence entre la fonction d'animatrice dans un home ou à l'HPC. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, il n'entre dans le cahier des charges d'une telle fonction de poser des actes à caractère médical ou thérapeutique. Quant au fond, l'autorité réitère qu'il est quasiment impossible qu'une fonction n'exigeant pas au moins trois ans de formation atteigne la classe de traitement 10-12. En effet, en vertu de la pondération des critères Evalfri (58% pour le domaine intellectuel), si la personne ne dispose pas de ce niveau de formation, son activité devrait être cotée par un nombre de points particulièrement important dans les autres

domaines (psycho-social, physique et responsabilité) en compensation. Or, tel ne serait pas le cas en l'occurrence.

Le Conseil d'Etat affirme ensuite que le CFC d'Y. a été considéré à l'époque comme un atout supplémentaire et même décisif lors de son engagement en qualité d'aide-infirmier dans des unités de malades mentaux. Après son arrivée, l'HPC l'autorisa et lui donna les moyens d'organiser un atelier dans les combles pour occuper ces patients, qui n'avaient jusque-là pas eu la possibilité d'accéder à ce genre d'activité. Grâce à ses compétences professionnelles et humaines, il fut nommé animateur en 1980. Les réalisations et les activités d'Y. ont été plus nombreuses que celles de la recourante jusqu'en 2001-2002; elles ont en outre souvent nécessité ses connaissances en matière de peinture. Ainsi, contrairement à ce que l'intéressée soutient, l'expérience, la formation acquise en cours d'emploi par Y. et ses qualités personnelles le rendent plus apte qu'elle à répondre aux exigences de son poste. Certes, il ne s'agit pas de démontrer s'il y a eu ou non une inégalité entre Y. et X. en l'espèce, cette inégalité ayant à l'évidence existé. La seule question qui se pose est celle de savoir si la classe de salaire attribuée à X. est correcte par rapport à la fonction qu'elle exerce et, au vu des critères à retenir, elle le serait de l'avis de l'autorité.

En ce qui concerne Y., l'HPC a immédiatement pris les mesures visant à modifier sa classification avec effet au 1^{er} janvier 2004, suite à la décision du Conseil d'Etat du 11 juin 2003. Y. ayant toutefois décidé de prendre sa retraite au 31 décembre 2004, la procédure est devenue sans objet compte tenu des exigences légales de compensation sur douze mois en cas d'abaissement du salaire. Cela étant, si la classification d'Y. n'était pas justifiée, seule celle-ci devait être modifiée et, en outre, allait l'être. Dans ces conditions, la jurisprudence fédérale citée par la recourante ne s'applique pas. De surcroît, elle se rapporte à un cas où il y avait inégalité dans la légalité et non dans l'illégalité. Le Conseil d'Etat relève enfin que l'octroi de la classe 12 à la fonction d'animateur/trice Croix-Rouge créerait une inégalité par rapport au reste du personnel soignant et, en particulier, à la fonction d'aide hospitalier/ière (code 6.33.031): il ne peut y avoir aucun abus de droit à l'affirmer, contrairement à ce que prétend l'intéressée. En outre, en classe 12, la fonction précitée ne se situerait que quatre classes en dessous de celle d'infirmier/ière niveau II et deux classes en dessous de celle d'infirmier/ière niveau I. Quoi qu'il en soit, et même si seuls deux employés de l'Etat exercent la fonction d'animateur, la classification des fonctions doit garantir une égalité de traitement par rapport aux charges et exigences fixées. Or, en attribuant la classe 12 à la fonction d'animateur/trice Croix-Rouge, cette garantie serait manifestement violée. L'autorité intimée a dès lors requis la suspension de la procédure jusqu'au dépôt du rapport final d'évaluation Evalfri.

Par courrier du 5 décembre 2003, la recourante s'est opposée à la suspension de la cause.

- I. Par courrier adressé le 24 juin 2004 au Tribunal administratif et à la recourante, le Conseiller d'Etat, Directeur de la sécurité et de la justice, a communiqué la décision du Conseil d'Etat de maintenir en classe 7 les animateurs/trices au bénéfice des formations d'auxiliaire de santé Croix-Rouge et d'animateur/trice Croix-Rouge.

En droit:

1. a) Le recours a été interjeté dans le délai et les formes prescrits par les art. 79 ss du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) auprès du Tribunal administratif, compétent pour en connaître en vertu de l'art. 114 al. 1 let. a CPJA.

b) Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal administratif peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, le Tribunal administratif ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA).

2. a) La recourante a conclu, à titre subsidiaire, à une adaptation rétroactive de son salaire depuis le 1^{er} juin 1997 suivant les résultats de l'évaluation de sa fonction, demandée par le Conseil d'Etat. Or, par arrêté du 3 mai 2004, cette autorité a décidé de fixer en classe 7 le salaire des animateurs/trices au bénéfice de la formation Croix-Rouge. La recourante, qui en a reçu communication par courrier du 24 juin 2004, n'a pas remis en cause cette décision. Force est dès lors de constater que l'intéressée - rémunérée selon le barème de la classe 7 depuis qu'elle travaille comme animatrice au sein de l'HPC, soit dès le 1^{er} juin 1997, puis en classe 8, échelon 9, dès le 1^{er} septembre 2001 – obtient manifestement le traitement auquel elle peut prétendre en tant qu'animatrice au bénéfice d'une formation Croix-Rouge.

b) La seule question à trancher est dès lors celle de savoir si la recourante, comme elle le demande, est en droit de bénéficier depuis le 1^{er} juin 1997 de la même classe de traitement 10-12 que son collègue masculin qui a effectué

le même travail qu'elle pour l'HPC, en application du principe du salaire égal entre homme et femme pour un travail de valeur égale.

3. a) Selon l'art. 8 al. 3, 3^{ème} phrase, Cst., l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

L'art. 3 LEg précise qu'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 (al. 1). 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 (al. 2).

En vertu de l'art. 2 LEg, les dispositions de la présente section – les art. 3, 5 et 6 LEg en particulier - s'appliquent aux rapports de travail régis par le code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal ou communal (cf. aussi M. BIGLER-EGGENBERGER & C. KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, ad art. 3 LEg, n° 90-91).

- b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de l'égalité salariale entre l'homme et la femme garanti par l'art. 8 al. 3 Cst. repose sur la notion de travail de valeur égale. Si l'équivalence entre les fonctions n'est pas patente (arrêt 1A.34/1999 du 5 octobre 1999, consid. 4b in fine, publié in Pra 89/2000 no 57 p. 333) ou si elle n'est pas établie autrement, c'est à l'expert qu'il revient de dire si lesdites fonctions peuvent se comparer les unes aux autres et de déterminer les critères qui entrent alors en ligne de compte. L'expert doit aussi définir les caractéristiques propres des activités prises isolément et comparées entre elles (ATF 125 III 368 consid. 5c; M. BIGLER-EGGENBERGER, Et si la Justice ôtait son bandeau?, La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité entre femmes et hommes, n° 651 et 652 p. 339/340).

La détermination de la valeur comparative des activités différentes doit se faire auprès d'un seul et même employeur, car il ne saurait être question, sauf circonstances spéciales, de procéder à des comparaisons entre plusieurs entreprises, communes ou cantons, qui ont des systèmes de rémunération totalement indépendants les uns des autres (E. FREIVOGEL, Commentaire de la loi sur l'égalité, n° 104 et 105 ad art. 3 LEg; cf. également K. KLETT, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, AJP 2001 p. 293 ss, ch. 2 p. 1296; cf. enfin pour le tout ATF 130 III 145 consid. 3.1.2).

- c) Il faut d'emblée affirmer que l'appréciation de la valeur d'une activité professionnelle ne peut être influencée, en soi, par les qualités de celle ou de celui qui l'exerce, seules entrant en ligne de compte, sous cet aspect, les caractéristiques propres et objectives de la fonction. Or, dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté qu'à peu de nuances près et sans incidence déterminante sur la valeur de l'activité en cause, la recourante et son collègue masculin exerçaient une semblable fonction d'animateur au sein de l'HPC, tous deux sous la responsabilité d'une supérieure ergothérapeute (cf. l'avis du 16 mai 2002 de la Commission de conciliation p. 5, auquel s'est ralliée l'autorité intimée dans sa décision du 11 juin 2003 p. 5). Aucun des animateurs n'avait de prééminence hiérarchique sur l'autre. Par ailleurs, il est admis que seules deux personnes exerçaient cette fonction au sein de l'Etat, de sorte que d'autres comparaisons n'ont pas à être effectuées, ni ne pourraient l'être de manière concrète et utile. Partant, il faut admettre comme établi que ces deux personnes accomplissaient un travail de valeur égale, au sens de la disposition constitutionnelle précitée.
4. a) Aux termes de l'art. 6 LEg in initio, l'existence d'une discrimination à raison du sexe est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cette disposition allège le fardeau de la preuve d'une discrimination, en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une telle discrimination. Si celle-ci y parvient, le fardeau de la preuve est renversé; il appartient alors à l'employeur d'établir l'inexistence de la discrimination (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 février 1993, in: FF1993 I 1215/1216; S. STEIGER-SACKMANN in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 1997, n° 57, 58 et 64 ad art. 6 LEg).

L'existence d'une différence de salaire entre n'importe quels travailleurs ne fait pas apparaître comme probable une discrimination en raison du sexe. En revanche, lorsque des travailleurs de sexe opposé ont une position semblable dans l'entreprise avec des cahiers des charges comparables, il est présumé, s'il y a une différence de rémunération entre eux, que celle-ci est de nature sexiste, l'employeur devant apporter la preuve de la non-discrimination (ATF 125 III 368 consid. 4 p. 372; 125 II 541 consid. 6a/6b p. 550 s.; 125 I 71 consid. 4a p. 82; 118 Ia 35). Si l'employeur ne réussit pas à rapporter cette preuve, l'action de la partie demanderesse doit être accueillie, sans que doive encore être établie l'existence dans l'entreprise - ou, comme en l'espèce, au sein de la collectivité publique - d'une politique du personnel sexiste (ATF 127 II 207 consid. 3).

- b) Une discrimination à raison du sexe peut intervenir dans la classification générale de diverses fonctions au sein d'une échelle de traitement, ou bien

dans la fixation de la rémunération d'une personne déterminée lorsqu'on la compare avec celle d'autres personnes du sexe opposé (ATF 125 III 368 consid. 3 p. 371 et les arrêts cités). Dans les deux cas, elle peut résulter de l'évaluation des prestations de travail selon des critères directement ou indirectement discriminatoires ou du fait que des critères d'évaluation neutres, objectivement admissibles en eux-mêmes, sont appliqués de façon inconséquente au détriment d'un sexe, soit que le critère invoqué à l'appui d'une différence de traitement ne soit pas du tout réalisé concrètement, soit qu'il ne joue aucun rôle pour l'exercice de l'activité en cause (cf. ATF 117 la 270 consid. 4a p. 276), soit encore qu'il n'exerce une influence sur l'évaluation des prestations de travail que dans des cas isolés (ATF 125 III 368).

La jurisprudence considère comme non discriminatoires les différences de salaire qui reposent sur des motifs objectifs. Parmi ceux-ci figurent d'abord les motifs qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations et les risques encourus (ATF 125 III 368 consid. 5 p. 373; 124 II 409 consid. 9c p.428, 436 consid. 7a p. 441 et les références). En outre, des différences de salaire peuvent se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité de la travailleuse ou du travailleur, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge (ATF 125 III 368 consid. 5 p. 373; 118 la 35 consid. 2cp. 37 ss; ATF 117 la 270 consid. 4a p. 276). En règle générale, des motifs objectifs ne peuvent légitimer une différence de rémunération que s'ils jouent un rôle véritablement important en regard de la prestation de travail et s'ils influent par conséquent sur les salaires versés par le même employeur (125 III 368 consid. 5 p. 374).

L'interdiction de la discrimination au sens posé par la LEg ne s'applique qu'aux différences de traitement entre travailleurs, d'une part, et travailleuses, d'autre part. Elle ne s'oppose pas à des discriminations entre hommes ou entre femmes (ATF 125 I 71 consid. 4d/aa; 118 la 35 consid.2c p. 38; 113 la 107 consid. 4a p. 116). Cependant, l'interdiction de discrimination entre hommes et femmes est inconditionnelle ou, en d'autres termes, absolue; elle s'applique dans tous les domaines de la vie professionnelle (cf. pour tout ce qui précède sous le présent considérant, ATF 127 III 207 consid. 3).

- c) En l'occurrence, il est établi que pour la même activité d'animation exercée pour le même employeur, la recourante a reçu un salaire fixé plusieurs classes de traitement en-dessous de celle de son collègue masculin. En effet, la rémunération de l'intéressée a été arrêtée depuis le 1^{er} juin 1997 – date de son transfert au secteur de l'animation de l'HPC - en classe de

sélection 7, puis a passé en classe de sélection 8, échelon 9, dès le 1^{er} septembre 2001, lorsque sa fonction d'animatrice a fait l'objet d'une reconnaissance officielle de la part de son employeur. Durant ces années, le salaire de son collègue masculin a été fixé en classe de fonction 12. Selon la recourante, la différence de rémunération équivalait à fr. 992,20 par mois et, dès septembre 2001, à fr. 926,10 en sa défaveur. Cette affirmation n'est pas contestée par l'autorité intimée. Celle-ci a d'ailleurs admis, sans réserve, qu'il existait une inégalité de traitement salarial entre les deux animateurs. De surcroît, elle a indiqué que la classe de traitement 12 d'Y. ne se justifiait plus depuis 1994 au moins, dès lors que le CFC, qui l'avait fondée lors de l'engagement du collaborateur, n'était plus en rapport direct avec l'activité d'animateur exercée depuis cette date (cf. sa décision p. 5-6). Elle a dès lors admis que le précité a indûment bénéficié de cette classe de traitement.

- d) Au vu de ces éléments, il faut constater qu'il a existé une différence de salaire entre celui versé à la recourante et celui octroyé à son collègue masculin. En effet, cinq puis quatre classes de traitement ont séparé ces deux employés, soit le double au moins des deux classes de différence admises par la jurisprudence comme pouvant ne pas refléter nécessairement une discrimination sexiste (ATF 125 I 71). Par ailleurs, on doit prendre acte que, pour l'autorité intimée, la rémunération du collaborateur était injustifiée depuis 1994 du point de vue de l'échelle des salaires à appliquer. En d'autres termes, si certains facteurs étrangers à l'emploi en cause (ATF 131 II 393 consid. 7.3.1 p. 406) ou encore des critères personnels ont pu fonder la rétribution accordée à Y. lors de son engagement, ces mêmes éléments ne pouvaient dans tous les cas plus justifier son traitement beaucoup plus favorable que celui dont a bénéficié sa collègue féminine dès 1997. L'autorité intimée reconnaît au demeurant qu'aucun motif objectif ne permettait d'expliquer une disparité de cette ampleur. Une discrimination salariale entre les deux collaborateurs est dès lors démontrée.

Il n'est pas possible de considérer que des raisons à caractère non sexiste soient à l'origine de la discrimination relevée. Le fait que le collaborateur en question disposerait d'une formation initiale et d'une expérience plus importantes, pouvant éventuellement fonder une meilleure classification de salaire, est ici sans pertinence. En effet, dans un cas où l'autorité admet que le collaborateur a bénéficié d'une classe de traitement injustifiée, de tels critères ne peuvent plus avoir de poids suffisant pour disculper l'employeur. Au demeurant, le système salarial de l'Etat de Fribourg comporte des graduations à l'intérieur des différentes classes de traitement (cf. notamment art. 87 de la loi sur le personnel de l'Etat; LPers; RSF 122.70.1), lesquelles auraient permis, cas échéant, de refléter les éléments retenus en faveur dudit collaborateur.

- e) Dès lors que l'employeur n'a pas apporté la preuve de la non-discrimination, la prétention de la partie intéressée doit être accueillie, sans que doive encore être établie l'existence d'une politique du personnel sexiste au sein de la collectivité publique (cf. ATF 127 II 207). Cela étant dit, on ne peut s'empêcher de relever que l'HPC a mis plus de trois ans pour reconnaître officiellement la fonction d'animatrice de la recourante, le 14 septembre 2001, et que ce n'est que sur le recours de cette dernière que le Conseil d'Etat – et non l'HPC, comme il le pouvait et le devait – a admis l'existence d'une inégalité ou, à tout le moins, d'un traitement injustement favorable à son collègue masculin et, en outre, que celui-ci devait être corrigé.
5. a) Selon l'art. 5 al. 1 let. d L'Eg, quiconque subit ou risque de subir une discrimination au sens des art. 3 et 4 peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative d'ordonner le paiement du salaire dû.
- b) Lorsqu'une discrimination salariale est établie, il existe plusieurs moyens de l'éliminer: il peut être décidé d'augmenter le salaire le plus bas ou de diminuer le salaire le plus élevé ou, encore, de choisir une solution à caractère mixte. Lorsqu'il s'agit de la fonction publique, l'autorité compétente dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer son système de rémunération. En particulier, des motifs de politique financière permettent de diminuer des salaires, pour autant que les principes d'interdiction d'arbitraire et d'égalité de traitement soient respectés. Dans tous les cas, s'il est démontré qu'un système de rémunération ne respecte pas les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de discrimination, l'autorité compétente a le devoir de prendre les mesures appropriées pour éliminer la discrimination. Si, pour des raisons de politique financière, la masse salariale ne peut pas être augmentée, la discrimination doit alors être écartée à un coût neutre. Dans cette situation, il est inévitable que les salaires comparatifs jusque-là trop élevés soient diminués (ATF 124 II consid. 11a et b).

Pour le Tribunal fédéral, la possibilité de classer un traitement à un niveau non discriminatoire ne peut avoir des conséquences que pour le futur. En revanche, il est indéniable qu'il n'est légalement pas possible de réduire des salaires avec effet rétroactif. S'il est établi qu'un système salarial est discriminatoire et en conséquence contraire à la Cst. pour le passé, la discrimination ne saurait être combattue par la seule mesure de nouvelle classification, en abaissant des salaires trop élevés. Pour mettre fin à une situation inconstitutionnelle passée, il ne reste qu'une seule solution, qui est celle d'augmenter les salaires jusque-là relativement trop bas. A l'inverse d'une correction pour le futur, le salaire dû peut en principe être fixé judiciairement et alloué (ATF 124 II consid. 11d; cf. aussi 131 II 393 consid. 8.3 et 8.4 p. 411-412).

- c) La discrimination n'est éliminée que lorsque les arriérés de salaire qui reviennent à une personne discriminée lui ont été payés. Le paiement de ces arriérés ne peut toutefois être revendiqué que dans les limites des dispositions en matière de prescription. S'agissant de prestations périodiques au sens de l'art. 128 du code des obligations (CO; RS 220), la prescription des salaires est de cinq ans (ATF 131 II 393 consid. 8.4 p. 412) et commence à courir dès que chaque prestation est devenue exigible. Cela signifie que seules les créances salariales, de droit public comme de droit privé, qui remontent à moins de cinq ans à la date de la mise en demeure ou du dépôt de la demande, peuvent être réclamées au titre de l'art. 5 al. 1 let. d LEg (BIGLER-EGGENBERGER & KAUFMANN, ad art. 5 n° 19-20).
6. a) Il sied d'emblée de constater que la recourante a fait valoir le 27 septembre 2001, dans son recours au Conseil d'Etat, sa prétention tendant au paiement du salaire auquel elle prétend pour le passé, soit dès le 1^{er} juin 1997. Aussi, son éventuelle créance n'est pas atteinte par la prescription quinquennale précitée (cf. encore art. 106 LPers lequel prévoit la même durée de prescription).
- b) Il convient également de relever qu'en vertu de l'art. 1 al. 1 de la loi organique de l'Hôpital psychiatrique cantonal (LHp; RSF 822.2.1), l'HPC constitue une personne morale de droit public placée sous la surveillance de l'Etat. Selon l'art. 3 al. 1 let. a du règlement du personnel de l'Etat (RPers; RSF 122.70.11), en relation les art. 8 et 9 LPers, le directeur ou la directrice d'un établissement personnalisé est l'autorité d'engagement. Il appartient à cette autorité de fixer le traitement du collaborateur, après avoir requis le préavis de l'Office du personnel et en se basant sur les directives de gestion de celui-ci (art. 86 LPers). Avant l'entrée en vigueur de la LPers, le 1^{er} janvier 2003 pour les dispositions déterminantes dans la présente procédure, la situation n'était pas différente (cf. notamment art 3 al. 2 de la loi sur le statut du personnel de l'Etat et 15 et 16 du règlement du personnel de l'Etat).

Il faut dès lors retenir que la compétence de fixer le traitement du personnel de l'HPC appartient à la direction de ce dernier. C'est donc aussi à cette direction qu'incombe le devoir de respecter le principe l'égalité de traitement salarial entre ses collaboratrices et ses collaborateurs.

- c) Enfin, il y a lieu de souligner que la décision de rétrogradation salariale d'Y. a été prise suite à la décision du 11 juin 2003 du Conseil d'Etat. Jusqu'à cette date, l'HPC, en sa qualité d'autorité d'engagement, n'a jamais modifié son point de vue. En particulier, il n'a jamais reconnu la situation de discrimination entre ses deux animateurs, ni n'a manifesté la volonté d'y mettre un terme.

- 7 a) En l'occurrence, l'autorité intimée conteste à l'intéressée le droit d'obtenir l'adaptation rétroactive du salaire demandée, au motif que sa prétention revient à réclamer une rémunération non conforme à la réglementation en matière de traitement du personnel de l'Etat. La collaboratrice a toujours reçu un salaire correct de ce point de vue et il est dès lors exclu qu'elle perçoive un complément, qui mettrait son salaire au niveau de celui de son collègue masculin indûment rémunéré en classe 12. L'autorité se prévaut ainsi du principe qu'il ne saurait y avoir égalité dans l'illégalité. A son avis, sa décision de rétrogradation salariale d'Y. suffit à rétablir la situation et démontre en outre la volonté de ne pas maintenir l'illégalité.
- b) Selon une jurisprudence bien établie, le principe de l'égalité de traitement ne donne pas droit au même traitement illégal que celui accordé à un tiers; il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité. Une exception à ce principe est toutefois admise si, entre deux cas, les circonstances sont identiques et que l'un a été traité illégalement, si l'autorité persiste à maintenir l'illégalité et si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à la reconnaissance d'une égalité dans l'illégalité (cf. B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991, n° 491 et les références; A. HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Berne 1985, p. 73 et la jurisprudence citée).
- c) Dans le cas particulier, il est établi qu'il y a eu traitement illégal du collaborateur masculin dès 1994. A cela s'ajoute que l'HPC, en sa qualité d'employeur direct, a persisté à maintenir l'illégalité du moins jusqu'à ce qu'intervienne la décision de 2003 du Conseil d'Etat. Autrement dit, l'HPC doit se voir opposer le choix de l'échelle salariale qu'il établie dès 1994 alors qu'il aurait pourtant pu la rectifier à cette date ou, à tout le moins, lorsque la recourante a débuté dans ses fonctions d'animatrice, en juin 1997. Il n'existe enfin aucun intérêt privé prépondérant à retenir.

S'agissant de l'intérêt public à prendre en considération, il est manifeste que le respect de l'exigence constitutionnelle de non-discrimination sexiste l'emporte sur l'intérêt public de l'Etat de Fribourg à appliquer à la recourante le principe de l'égalité de traitement entre les fonctions de son personnel. Au demeurant, il ne s'agit en l'espèce que de corriger la situation d'une personne pour une période circonscrite dans le temps. Le poids financier en cause étant dans de telles circonstances limité, des motifs relevant des finances publiques ne seraient par conséquent pas pertinents. Quoi qu'il en soit toutefois, du moment que l'interdiction de discriminer est absolue (ATF 127 III 207 consid. 4b) et que le droit à obtenir son élimination découle de la Cst., il ne reste en l'occurrence qu'une seule solution pour remédier à la situation pour le passé, qui est celle d'augmenter le salaire relativement trop

bas de la recourante durant la période de discrimination (ATF 124 II consid. 11d).

Dans ces conditions, l'objection de l'autorité intimée doit être écartée.

- d) En conséquence, au vu de l'ensemble des motifs qui précèdent, il y a lieu d'admettre le recours de X., dans la mesure de son objet, et d'annuler la décision du Conseil d'Etat.
8. a) Selon l'art. 98 al. 2 CPJA, en cas d'annulation, le Tribunal administratif statue lui-même sur l'affaire ou la renvoie à l'autorité inférieure, s'il y a lieu avec des instructions impératives.
- b) En l'occurrence, l'admission du recours conduit à reconnaître le droit de la recourante à un salaire fixé selon la classe de traitement qui a été appliquée à son collègue masculin. Par ailleurs, la période durant laquelle la discrimination a existé n'est pas contestée, soit depuis le 1^{er} juin 1997, date où la collaboratrice a pris ses fonctions d'animatrice aux côtés de son collègue, jusqu'au 31 décembre 2003, date à partir de laquelle la discrimination a été combattue par la mesure de rétrogradation de ce dernier.
- c) Selon l'autorité intimée, si les deux collaborateurs ont exercé la même fonction depuis 1997, il se justifiait toutefois d'attribuer à Y. une classe de salaire légèrement supérieure à celle attribuée à la recourante, eu égard à un niveau général de formation plus élevé, à son expérience de plus de vingt ans dans le domaine concerné et à ses qualités personnelles notamment (cf. la décision querellée, p. 5, et la détermination de l'autorité intimée, p. 3).

Selon la jurisprudence précitée (cf. ci-avant consid. 4b), des différences de salaire peuvent se justifier pour divers motifs, voir même pour des raisons qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité de la travailleuse ou du travailleur. L'analyse des critères à prendre en compte doit se faire concrètement, dans chaque cas d'espèce (BIGLER-EGGENBERGER & KAUFMANN, ad art. 3 LEg, n° 122).

- d) Dans la mesure où l'ensemble des critères déterminants à prendre en considération ne ressortent pas du dossier, ni au demeurant le poids attribué à chacun de ces critères dans l'échelle des traitements, il se justifie de renvoyer l'affaire à l'autorité intimée pour qu'elle fixe le salaire - non discriminatoire - de la recourante pour la période du 1^{er} juin 1997 au 31 décembre 2003.

9. a) Dans les litiges portant sur une discrimination, le principe de la gratuité s'applique à la procédure de recours, conformément à l'art. 13 al. 5 LEg.

- b) La recourante ayant obtenu gain de cause, elle a droit à une indemnité de partie (cf. art. 137 CPJA).

103.18