

La motivation de l'autorité judiciaire cantonale – consistant à juger que le préambule de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2009, qui contenait une clause de non-rétroactivité, était une décision générale incorporée dans un acte normatif cantonal, et que conformément à l'art. 101 LTF, cette ordonnance pouvait être attaquée en tant qu'acte normatif cantonal dans les 30 jours dès sa publication selon les formes du droit cantonal – apparaissait à ce point **inédite**, voire **surprenante**, qu'elle eût dû **nécessiter une interpellation spécifique des parties pour empêcher une violation de leur droit d'être entendues** (cons. 5.3).

#### Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Maillard, Président,  
Frésard et Heine.

Greffière : Mme Fretz Perrin.

#### Participants à la procédure

8C\_484/2017

A.,

représentée par Mes Damien Chervaz et Christian Dandrès, Avocats,  
recourante,

contre

Hôpital X.,

représenté par Mes Luke H. Gillon et

Suat Ayan, avocats,

intimé,

et

8D\_3/2017

B.,

représenté par Mes Damien Chervaz et Christian Dandrès, Avocats,  
recourant,

contre

Hôpital Y.,

représenté par Mes Luke H. Gillon et

Suat Ayan, avocats,

intimé.

#### Objet

Droit de la fonction publique, droit d'être entendu,

recours; recours constitutionnel contre le jugement du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, le Cour administrative, du 23 mai 2017 (8C\_484/2017 et 8D\_3/2017) et le jugement du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, le Cour administrative, du 23 mai 2017 (601 2015 87/88).

Faits :

A.

Par ordonnance du 22 décembre 2009 (ROF 2009\_148), entrée en vigueur au 1er janvier 2010, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a modifié le règlement cantonal du 17 décembre 2002 du personnel de l'Etat (RPers; RSF 122.70.11) s'agissant des prescriptions sur le travail de nuit et le service de garde. Selon son auteur, ces modifications avaient pour but de rendre conforme la législation cantonale en ce domaine à la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11), laquelle instaurait depuis 2000 et 2003 une compensation intégrale du service de garde, ainsi qu'une compensation en argent, respectivement en temps, en fonction du nombre de nuits effectuées.

Dans le préambule de cette ordonnance, il était indiqué que les nouvelles dispositions ne déploieraient leurs effets que progressivement sur les prochaines années. La FEDE (Fédération des associations du personnel du service public du canton de Fribourg), avec laquelle des discussions au sujet de la prise en compte du travail de nuit avaient été menées, s'était déclarée d'accord sur les décisions du Conseil d'Etat y relatives, notamment sur l'entrée en vigueur progressive dès 2010, sans effet rétroactif.

B.

B.a. A. travaille en qualité d'infirmière-instrumentiste au sein de l'hôpital X. Dans son travail, elle a été amenée à travailler de nuit et à effectuer un service de garde. Le 28 juillet 2010, elle a fait savoir à son employeur que la compensation de son travail de nuit et de ses gardes n'était pas conforme à la LTr et que celle-ci devait s'appliquer pour la période antérieure au 1er janvier 2010. Pour la période comprise entre le 1er janvier 2005 et le 31 décembre 2009, elle a réclamé la compensation de 66 nuits, soit de 462 heures, par un repos de 10 %, la compensation de 41 nuits de travail par un salaire supplémentaire de 25 %, soit un montant de 1'912 fr. 40 et la rémunération de 1'248 heures de garde par 58'922 fr. Par décision du 18 février 2013, la direction générale de l'hôpital X. a rejeté sa prétention.

B.b. B. travaille en qualité d'infirmier auprès de l'hôpital Y. Dans son travail, il a été amené à travailler de nuit. Le 28 juillet 2010, il s'est adressé à l'hôpital Y. en faisant valoir, également, que la compensation de son travail n'était pas conforme à la LTr et que celle-ci devait s'appliquer pour la période antérieure au 1er janvier 2010. Il réclamait à ce titre la compensation de 841 nuits, soit 5'887 heures de travail, par un repos de 10 % pour les années 2005 à 2009. Par décision du 18 février 2013, l'hôpital Y. a rejeté sa demande.

C.

A. et B. ont saisi le Conseil d'Etat, qui a rejeté leur recours respectif par décisions du 27 mai 2015.

D.

A. a recouru contre la décision du Conseil d'Etat devant le Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg (le Cour administrative). Elle a conclu à l'octroi par l'hôpital X. d'une compensation en temps de repos de 25.54 heures pour l'année 2008, au paiement par celui-ci d'un montant de 1'912 fr. 40 (compensation de 41 nuits de travail pour les années 2007 et 2009), ainsi que d'un montant de 43'541 fr. (rémunération de 900 heures de garde pour les années 2007 à 2009).

B. a également recouru devant cette même juridiction cantonale. Il lui a demandé de condamner l'hôpital Y. à lui accorder la compensation en temps de repos de 588.7 heures (compensation du travail de nuit pour les années 2005 à 2009).

Le Tribunal cantonal a joint les causes. Statuant par arrêt du 23 mai 2017, il a rejeté les recours portés devant lui.

E.

A. forme un recours en matière de droit public dans lequel elle conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause au Tribunal cantonal pour qu'il statue sur son recours au fond (cause 8C\_484/2017).

L'hôpital X. a conclu au rejet du recours.

Contre l'arrêt cantonal, B. a quant à lui formé un recours constitutionnel subsidiaire en prenant les mêmes conclusions que celles prises par A. (cause 8D\_3/2017).

L'hôpital Y. a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Considérant en droit :

1.

Selon l'art. 2 de la loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers; RSR 122.70.1), cette loi s'applique aux personnes qui exercent une activité au service de l'Etat et qui sont rémunérées pour cette activité (al. 1); sont considérés comme exerçant une activité au service de l'Etat les collaborateurs et collaboratrices de l'administration cantonale - y compris des établissements personnalisés de l'Etat -, du Secrétariat du Grand Conseil et de l'ordre judiciaire (al. 2). Les personnels de l'hôpital X. et de l'hôpital Y. font partie des établissements personnalisés visés à l'art. 2 al. 2 LPers (art. 2 al. 1 let. g et h du règlement du personnel de l'Etat [RPers; RSF 122.70.11]). Le jugement entrepris a donc été rendu en matière de rapports de travail de droit public au sens de l'art. 83 let. g LTF.

2.

2.1. A. a pris devant l'instance précédente des conclusions pécuniaires pour un montant total supérieur à 15'000 fr. (cf. art. 85 al. 1 let. b LTF). Alors qu'elle déclare interjeter un recours en matière de droit public, il ressort des motifs de son recours qu'elle entend plutôt former un recours constitutionnel subsidiaire (recours p. 3). Elle fait valoir, en effet, qu'en application de l'art. 22 al. 1 LTr, sur lequel elle affirme fonder ses prétentions, la compensation en temps de repos est impérative et ne peut donc pas être convertie en argent.

2.2. La question de savoir si le recours doit être analysé par le Tribunal fédéral comme un recours en matière de droit public ou comme un recours constitutionnel subsidiaire peut toutefois demeurer ouverte, dans la mesure où seules sont invoquées des dispositions de droit constitutionnel, à savoir une violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), ainsi que l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement des faits et dans l'application du droit cantonal. Les conditions de motivation sont, en effet, les mêmes, s'agissant de ces normes, pour les deux recours et le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral ne diffère pas, étant précisé que même s'il n'a pas qualité pour agir au fond, le recourant peut se plaindre par la voie du recours constitutionnel subsidiaire de la violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel, pour autant qu'il s'agisse de moyens pouvant être séparés du fond (ATF 137 II 305 consid. 2 p. 308; parmi d'autres: arrêt 2C\_933/2011 du 7 juin 2012 consid. 1).

3.

B. n'a quant à lui pas pris de conclusion tendant au paiement d'une somme d'argent. En ce qui le concerne, la décision attaquée est une contestation non pécuniaire, de sorte que l'exception de l'art. 83 let. g LTF s'applique. Partant, seule la voie - choisie par le recourant - du recours constitutionnel subsidiaire - entre en considération (art. 113 LTF).

4.

4.1. L'ordonnance du 22 décembre 2009 relative à la compensation et à la rémunération du travail de nuit du personnel de l'Etat contient les dispositions suivantes:

Art. 1

Le règlement du 17 décembre 2002 du personnel de l'Etat (RPers) (RSF 122. 70.11) est modifié comme il suit:

Art. 47 Travail de nuit (art. 58 LPers)

1 Le collaborateur ou la collaboratrice dont la fonction l'exige et dont le cahier des charges le prévoit peut être tenu-e d'accomplir une partie de son horaire ordinaire de travail la nuit.

2 Est considéré comme travail de nuit le travail accompli entre 20 heures et 6 heures, l'article 47a al. 2 let. a restant réservé.

3 L'alternance entre travail de nuit et travail de jour est fixée en conformité avec les dispositions de la législation fédérale. Elle entre progressivement en vigueur, jusqu'au 1er janvier 2012 au plus tard.

4 Les prescriptions spéciales applicables à certaines catégories de personnel sont réservées.

Art. 47a (nouveau) Compensation du travail de nuit (art. 58 LPers)

1 Le travail accompli la nuit est compensé:

- a) à raison de 110 % jusqu'à la fin de l'année civile au cours de laquelle le personnel a 49 ans révolus;
- b) à raison de 115 % dès le début de l'année civile au cours de laquelle le personnel a 50 ans révolus.

2 Toutefois, la compensation prescrite à l'alinéa 1 est progressivement octroyée, de la manière suivante:

a) dès le 1 er janvier 2010, la compensation est de 110 % entre 23 heures et 6 heures;

b) dès le 1 er janvier 2013, la compensation est, entre 20 heures et 6 heures, de 110 % jusqu'à la fin de l'année civile au cours de laquelle le personnel a 49 ans révolus et de 115 % dès le début de l'année civile au cours de laquelle le personnel a 50 ans révolus.

Art. 58 al. 2

2 Le service de garde est compté intégralement dans le temps de travail. Les heures de garde accomplies la nuit sont en outre compensées conformément à l'article 47a.

4.2. Par une nouvelle ordonnance du 11 décembre 2012 (ROF 2012\_126), le Conseil d'Etat a apporté diverses améliorations à la compensation du travail de nuit, notamment par la compensation à 115% pour l'ensemble du personnel dès le 1er janvier 2013. Cette ordonnance indiquait en préambule ce qu'il suit:

L'ordonnance du 22 décembre 2009 relative à la compensation et à la rémunération du travail de nuit du personnel de l'Etat, sur laquelle le Conseil d'Etat et la Fédération des associations du personnel du service public du canton de Fribourg (FEDE) se sont mis d'accord, prévoyait une compensation en temps du travail de nuit, avec une mise en vigueur progressive comme il suit: dès le 1er janvier 2010, le travail accompli la nuit était compensé à raison de 110 % entre 23 heures et 6 heures; il était prévu que, dès le 1er janvier 2013, la compensation serait, entre 20 heures et 6 heures, de 110 % jusqu'à la fin de l'année civile au cours de laquelle le personnel a 49 ans révolus et de 115 % dès le début de l'année civile au cours de laquelle le personnel a 50 ans révolus.

En rupture des accords entre le Conseil d'Etat et la FEDE, des demandes en justice ont été déposées pour revendiquer l'application rétroactive de la loi fédérale sur le travail. Dans ce contexte, les engagements sur lesquels le Conseil d'Etat et la FEDE s'étaient mis d'accord, à savoir les améliorations prévues dès 2013, ont dû être reconsidérés.

Le Conseil d'Etat a donc réitéré les conditions posées, à savoir l'entrée en vigueur des améliorations futures de la compensation du travail de nuit au retrait de ces requêtes. La FEDE et ses associations n'ont pas pu satisfaire à ces exigences mais se sont toutefois engagées, par écrit, à ne pas déposer ni soutenir de nouvelles requêtes en matière de rétroactivité.

5.

5.1. Les premiers juges ont considéré, en substance, que le préambule de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2009 - qui contient une clause de non-rétroactivité - était une décision générale incorporée dans un acte normatif cantonal. Conformément à l'art. 101 LTF, cette ordonnance pouvait être attaquée en tant qu'acte normatif cantonal dans les 30 jours dès sa publication selon les formes du droit cantonal. Selon l'art. 8 du règlement cantonal du 11 décembre 2001 sur la publication des actes législatifs (RPAL; RSF 124.11), la version électronique du Recueil officiel est disponible sur internet, autant que possible, le jour de la parution de la version imprimée. Dans le cas particulier, l'ordonnance en question a été publiée dans une livraison du Recueil officiel parue le 31 décembre 2009. C'est dès lors à partir du lendemain de cette publication, soit le 1er janvier 2010, que doit être fixé le dies a quo de l'art. 101 LTF, sous réserve des fêtes judiciaires de l'art. 46 LTF.

Aussi bien la juridiction cantonale considère-t-elle que la clause de non-rétroactivité devait être contestée selon le régime applicable aux actes normatifs cantonaux et, par voie de conséquence, l'opposition à l'ordonnance du 22 décembre 2009 portée devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours dès sa publication. S'étant adressées à leur employeur respectif le 28 juillet 2010 pour contester la non-rétroactivité de l'ordonnance et réclamer ce qu'elles estimaient leur être dû, les parties recourantes ont agi de façon tardive et, de surcroît, en s'adressant à une autorité incompétente, en l'absence d'une voie cantonale permettant d'attaquer l'acte normatif.

La cour cantonale conclut que les prétentions litigieuses auraient dû être déclarées irrecevables par l'hôpital X. et l'hôpital Y. Partant, les recours portés devant elle devaient être rejetés et les décisions du Conseil d'Etat, qui n'accordaient aucun droit aux prestations demandées, confirmées sur le principe.

5.2. Développant des moyens identiques, les parties recourantes se plaignent en premier lieu d'une violation de leur droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst.). Elles reprochent au Tribunal cantonal d'avoir fondé l'arrêt entrepris sur un motif juridique qui n'avait jamais été soulevé et encore moins discuté durant toute la procédure et cela sans leur donner la possibilité de s'exprimer à ce sujet. Elles font valoir qu'aucun des éléments mentionnés par la juridiction cantonale (décision générale incorporée dans un acte normatif; obligation d'agir dans les 30 jours dès la publication dans le Recueil officiel fribourgeois; forclusion de leurs droits d'obtenir une décision individuelle) n'a été invoqué, ne serait-ce qu'une seule fois, durant les sept années qui ont séparé le dépôt de leurs

demandes en 2010 et l'arrêt entrepris. Dans ces conditions, le Tribunal cantonal aurait dû indiquer aux parties son intention d'invoquer des arguments juridiques nouveaux.

### 5.3.

5.3.1. La jurisprudence a déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. le droit des parties d'être informées et de s'exprimer sur les éléments pertinents du litige avant qu'une décision touchant leur situation juridique ne soit prise, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement 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 (ATF 133 I 270 consid. 3.1 p. 277; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494; 127 I 54 consid. 2b p. 56). Le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de décisions qui lèsent sa situation juridique (arrêt 4A\_364/2015 du 13 avril 2016 consid. 2.2, non publié in ATF 142 III 355; ATF 126 I 15 consid. 2a/aa p. 16; 124 I 49 consid. 3a p. 51, 241 consid. 2 p. 242 et les arrêts cités). Le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision ne soit prise s'applique sans restriction pour les questions de fait. Pour ce qui est de la qualification juridique des faits, ce droit ne vaut que lorsqu'une partie change inopinément son point de vue juridique ou lorsque l'autorité a l'intention de s'appuyer sur des arguments juridiques inconnus des parties et dont celles-ci ne pouvaient prévoir l'adoption (ATF 126 I 19 consid. 2c/aa p. 22 et consid. 2d/bb p. 24; 124 I 49 consid. 3c p. 52); il faut qu'il s'agisse d'un motif juridique non évoqué, dont aucune des parties ne pouvait supputer la pertinence (arrêt 4A\_364/2015 du 13 avril 2016, déjà cité, ibidem; arrêt 4A\_268/2016 du 14 décembre 2016 consid. 3.1 et les références citées).

5.3.2. Dans le cas particulier, **les considérations de la cour cantonale, selon lesquelles les parties recourantes étaient forcloses à invoquer des prétentions pour les années antérieures à 2010, motif pris qu'elles se devaient d'attaquer l'ordonnance du 22 décembre 2009 par un recours devant le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (art. 82 let. b LTF), étaient totalement inédites et imprévisibles de surcroît.** Elles l'étaient d'autant plus que les parties recourantes, à lire leurs écritures successives devant le Conseil d'Etat, puis devant le Tribunal cantonal, ne s'en prenaient pas - même pas indirectement - à l'ordonnance en question. Leurs recours étaient dirigés contre des décisions d'espèce et non contre un acte général et abstrait (sur cette distinction voir en particulier BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2<sup>ème</sup> éd. 2014, n° 7 ad art. 100 LTF). Les parties recourantes invoquaient, tout particulièrement, la violation du droit fédéral, singulièrement les art. 17b al. 2 LTr (temps de repos supplémentaire et majoration de salaire) et 22 LTr (interdiction de remplacer le temps de repos par d'autres prestations). Elles se plaignaient de ne pas avoir bénéficié des compensations prescrites par le droit fédéral entre 2005 et 2009 (s'agissant de B.), respectivement entre 2007 et 2009 (s'agissant de A.). Elles contestaient, en particulier, le point de vue du Conseil d'Etat, selon lequel les nouvelles dispositions contenues dans les ordonnances de 2009 et de 2012 avaient pour but de compenser le temps de repos non accordé aux collaborateurs durant les années 2005 à 2009. En effet, cette compensation, selon le gouvernement cantonal, s'inscrivait dans un rattrapage du temps libre non octroyé entre 2005 et 2009.

5.3.3. **Contrairement à ce que soutiennent les parties intimées, ces motifs du Conseil d'Etat, même s'ils font référence à l'ordonnance du 22 décembre 2009 (et à sa modification ultérieure), ne présageaient en aucune manière la motivation adoptée par la juridiction cantonale.** Ils s'inscrivaient dans une procédure administrative et visaient à contester les prétentions émises par A. et B. en voulant démontrer que celles-ci étaient en définitive compensées par des mesures de rattrapage adoptées ultérieurement. Pour le reste, les parties intimées ne se sont à aucun moment prévaluées devant les instances précédentes d'une argumentation dans le sens de celle retenue par la cour cantonale. Elles ne prétendent du reste pas le contraire.

5.3.4. En conclusion, **la motivation de l'autorité judiciaire cantonale apparaissait à ce point inédite, voire surprenante, qu'elle eût dû nécessiter une interpellation spécifique des parties pour empêcher une violation de leur droit d'être entendues.**

6.

Les recours sont donc bien fondés en tant qu'ils portent sur la violation du droit d'être entendu. Le jugement devant être annulé pour ce motif (ATF 141 V 495 consid. 2.2 p. 500), il n'y a pas lieu d'examiner l'argument tiré de l'interdiction de l'arbitraire. La cause doit ainsi être renvoyée à la juridiction cantonale pour permettre aux parties d'exercer leur droit d'être entendues.

7.

Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure doivent être mis à la charge des parties intimées (art. 66 al. 1 et 5 LTF). Celles-ci verseront solidairement une indemnité de dépens aux parties recourantes (art. 68 al. 1 et 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Les recours sont admis. Le jugement attaqué est annulé et la cause est renvoyée au Tribunal cantonal (le Cour administrative) pour nouvelle décision.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr. au total, seront supportés par les parties intimées pour moitié chacune.

3.

Les parties intimées verseront solidairement à chacune des parties recourantes une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, la Cour administrative, et au Conseil d'Etat du canton de Fribourg.

Lucerne, le 19 juin 2018

Au nom de la Ire Cour de droit social  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Maillard

La Greffière : Fretz Perrin