



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**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

601 2018 184

## **Arrêt du 28 novembre 2018**

### **1<sup>er</sup> Cour administrative**

#### **Composition**

Présidente: Marianne Jungo  
Juges: Anne-Sophie Peyraud,  
Christian Pfammatter  
Greffière: Stéphanie Morel

#### **Parties**

**A.** \_\_\_\_\_, **recourante**, représentée par Mes Damien Chervaz et Christian Dandrès, avocats

**B.** \_\_\_\_\_, **recourant**, représenté par Mes Damien Chervaz et Christian Dandrès, avocats

contre

**CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE FRIBOURG, autorité intimée**

**C.** \_\_\_\_\_, **intimé**, représenté par Mes Luke H. Gillon et Suat Ayan, avocats

**D.** \_\_\_\_\_, **intimé**, représenté par Mes Luke H. Gillon et Suat Ayan, avocats

#### **Objet**

Agents des collectivités publiques – acte normatif – décision générale

Recours du 29 juin 2015 contre les décisions du 27 mai 2015, suite au renvoi du Tribunal fédéral 8C\_484/2017 et 8D\_3/2017 du 19 juin 2018

## considérant en fait

A. Par ordonnance du 22 décembre 2009 (ROF 2009\_148), entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> 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.

Ces modifications avaient pour but de se conformer à la loi 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.

B. Dans le préambule de l'ordonnance cantonale du 22 décembre 2009, il était indiqué que « [...] [c]es nouvelles dispositions ne déploieront [...] leurs effets que progressivement sur ces 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 ont été menées, s'est déclarée d'accord sur les décisions du Conseil d'Etat y relatives, notamment sur l'entrée en vigueur progressive dès 2010, sans effet rétroactif ».

C. En dépit de cette dernière précision, le 28 juillet 2010, plusieurs membres du personnel, dont A. \_\_\_\_\_ (ci-après: la recourante), infirmière auprès de C. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'intimé) et B. \_\_\_\_\_ (ci-après: le recourant), infirmier auprès de D. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'intimé), se sont adressés à leurs employeurs respectifs afin de réclamer l'octroi des compensations prévues par la législation fédérale pour les cinq années antérieures à 2010.

D. Par décisions du 18 février 2013, les Directions générales de C. \_\_\_\_\_ et de D. \_\_\_\_\_ ont rejeté les demandes.

E. Par décisions du 27 mai 2015, le Conseil d'Etat a rejeté les recours déposés par les intéressés le 22 mars 2013. Il a rappelé qu'une compensation allant au-delà de ce que prévoyait le droit fédéral avait été adoptée pour tenir compte de la pénibilité des fonctions concernées et également pour compenser ce que le personnel aurait dû obtenir si la législation fédérale avait été appliquée en bonne et due forme par le passé. Pour lui, invoquer cet argument ne constituait en revanche pas une violation de la non-rétroactivité des lois. L'autorité intimée a en outre souligné que le système nouvellement adopté l'avait été avec l'accord et après négociations avec les syndicats, dont la FEDE.

F. Agissant le 29 juin 2015, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont interjeté recours auprès du Tribunal cantonal en concluant à l'annulation de la décision du Conseil d'Etat du 27 mai 2015 et à l'allocation des prestations litigieuses. A l'appui de leurs conclusions, ils ont notamment soulevé que le personnel de santé et les syndicats ont toujours communiqué leur refus de renoncer à la rétroactivité de leurs prétentions lors de la procédure. Ils estimaient de surcroît ne pas être de mauvaise foi en réclamant leurs prestations.

G. Par arrêt du 23 mai 2017, la 1<sup>ère</sup> Cour du Tribunal cantonal a rejeté leur recours (601 2015 87/88), retenant pour l'essentiel que la clause de non-rétroactivité des prestations contenue dans l'ordonnance constituait une décision générale intégrée dans un acte normatif et que partant, selon la théorie de l'apparence, il appartenait aux intéressés de la contester selon la procédure

applicable aux actes législatifs. L'ordonnance ayant été publiée le 31 décembre 2009, leurs demandes, adressées à leurs employeurs respectifs en juillet 2010, étaient dès lors manifestement tardives.

H. Saisie à son tour d'un recours, la 1<sup>ère</sup> Cour de droit social du Tribunal Fédéral (ci-après: TF) l'a admis le 19 juin 2018.

Sans se prononcer sur le fond, le TF a considéré que compte tenu de la motivation inédite et imprévisible adoptée par la Cour de céans, une interpellation spécifique des parties aurait dû intervenir afin de respecter leur droit d'être entendues. Dans ces conditions, il a renvoyé la cause à l'instance cantonale pour qu'elle consulte les parties en ce sens et statue à nouveau.

I. Invités à se déterminer, les recourants ont pris position par courrier du 15 août 2018. Ils font valoir pour l'essentiel que le préambule de l'ordonnance doit être considéré comme une simple partie d'un acte normatif, susceptible d'être transposée, par la suite, en décisions individuelles, l'exigence du caractère concret et directement applicable de la prétendue décision générale faisant défaut. La clause de non-rétroactivité ne concernait que l'ordonnance, mais pas l'application des dispositions de la LTr. Ainsi, ils confirment intégralement leurs conclusions du 29 juin 2015.

Par courrier respectifs du 28 août 2018 et du 10 octobre 2018, le Conseil d'Etat ainsi que C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ se sont ralliés à la qualification juridique développée par le Tribunal cantonal.

## en droit

1.

Il est renvoyé ici au considérant 1 concernant la recevabilité figurant dans l'arrêt du 23 mai 2017 (601 2015 87/88).

2.

Les recourants réclament l'allocation de prestations pour la période antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2010, alors même que l'ordonnance du 22 décembre 2009 indique expressément que les nouvelles dispositions cantonales seront applicables « *sans effet rétroactif* ». En ce sens, par le biais de leurs demandes du 28 juillet 2010 et par l'intermédiaire de leurs recours au Conseil d'Etat du 22 mars 2013, les deux collaborateurs attaquent les prescriptions, respectivement les modalités, de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2009.

Il sied dès lors de déterminer la nature juridique de l'ordonnance précitée, de manière à déterminer les voies de droit pour la contester.

2.1. Pour être susceptibles d'un recours devant les instances cantonales, les actes attaqués doivent être considérés comme des décisions. L'art. 4 CPJA définit les décisions comme étant des mesures de caractère obligatoire prises dans un cas d'espèce en application du droit public et qui ont pour objet de créer, modifier ou annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou le contenu des droits ou d'obligations (let. b), de rejeter ou de déclarer

irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). La décision a la particularité de toucher, par son contenu, la situation juridique du destinataire. Elle est un acte individuel et concret s'adressant à une ou plusieurs personnes déterminées dans un cas d'espèce.

Vu sa portée, elle doit satisfaire à certaines exigences de forme. En principe, il faut accorder à l'administré le droit d'être entendu au préalable (art. 57 ss CPJA). La décision doit revêtir la forme écrite (art. 68 CPJA), être désignée comme telle, être motivée et indiquer les voies de droit (art. 66 CPJA).

Cette notion s'oppose à celle d'actes normatifs cantonaux. Ces derniers comprennent toutes les lois et ordonnances édictées par les autorités cantonales et contiennent par définition des règles générales et abstraites destinées à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes qui rentreront ultérieurement dans leur champ d'application (arrêt TF 2C\_589/2016 du 8 mars 2017, consid. 6.2.1 et les références citées).

Entre ces deux notions se trouvent des actes administratifs hybrides, dont en particulier les décisions générales. Il s'agit d'actes qui, comme une décision particulière, régissent une situation déterminée, mais qui, à l'instar d'une norme légale, s'adressent à un nombre important de personnes qui ne sont individuellement pas déterminées. Ces actes ont vocation à s'appliquer directement à la majorité des intéressés potentiels en fonction d'une situation de fait suffisamment concrète, sans qu'il ne soit besoin de les mettre en œuvre au moyen d'un autre acte de l'autorité (arrêts TF 2C\_589/2016 du 8 mars 2017, consid. 6.2.2 et les références citées; 5A\_981/2014 du 12 mars 2015, consid. 5.1; 2A\_609/2010 du 18 juin 2011, consid. 1.1.1). En ce sens, la décision générale peut être appliquée et exécutée sans autre mesure concrète et n'appelle pas une individualisation ultérieure (arrêt TF 8C\_130/2014 du 22 janvier 2015, *in* SJ 2015 I p. 293).

2.2. Selon la doctrine et la jurisprudence, sont considérées comme des décisions générales, par exemple, l'interdiction d'une manifestation, les réglementations locales du trafic (ATF 126 IV 48, 51; 101 la 73 consid. 3b, JdT 1977 I 67), un arrêté suspendant l'augmentation de traitement du personnel enseignant d'un canton pendant une année scolaire déterminée (ATF 125 I 313), des directives municipales réglant le bruit du tir lors d'une fête (ATF 126 II 300) ou encore l'adaptation de la structure de l'espace aérien autour de l'aéroport de Zurich selon la législation sur l'aviation (arrêt TAF 2008/18 du 2 avril 2008, consid. 1) (TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n° 810).

Dans un arrêt relativement récent, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de décision générale et sur la nécessité d'attaquer un tel acte dans le délai de recours institué par la loi. Dans cette affaire, il était question, pour les agents de la police municipale de la Ville de Genève, d'être soumis à un nouvel horaire de travail. Par lettre circulaire du 31 octobre 2011, le conseiller administratif en charge du département municipal avait informé les agents des modalités relatives à cette modification. Lors d'une séance tenue le 23 novembre 2011, le Conseil municipal avait pris acte de la décision du conseiller administratif susmentionné et un extrait du procès-verbal de cette séance avait été diffusé dans les postes de la police municipale par courriel du 6 décembre 2011 (arrêt TF 8C\_130/2014 du 22 janvier 2015, *in* SJ 2015 I p. 293).

D'après la Cour suprême, la lettre circulaire et l'extrait du procès-verbal formaient une décision générale car « [...] d'une part, [elle] s'adresse à un cercle relativement indéterminé de personnes et, d'autre part, règle un cas concret. Une telle décision, à tout le moins en ce qui concerne la

*possibilité de l'entreprendre, doit être traitée comme une décision ordinaire lorsqu'elle peut être appliquée et exécutée sans autre mesure concrète d'une autorité* ». Le Tribunal a ainsi conclu qu'il aurait fallu attaquer cette décision dans les trente jours dès sa notification, intervenue à tout le moins le 6 décembre 2011. Le recours déposé plus de six mois après connaissance de la décision querellée devait être qualifié de tardif (arrêt TF 8C\_130/2014 du 22 janvier 2015, *in* SJ 2015 I p. 293).

2.3. En revanche, d'après le Tribunal fédéral, constitue un acte normatif un cahier des charges relatif à une appellation d'origine contrôlée (ATF 134 II 272). Il en va de même pour un arrêté cantonal fixant les taxes journalières pour des résidences pour personnes âgées. Bien que cette injonction soit limitée dans le temps (à savoir pour l'année 2009) et n'oblige qu'un nombre restreint de destinataires (chaque arrêté concerne un home, donc soixante-trois arrêts au total, voire un nombre restreint de pensionnaires bénéficiant des prestations complémentaires), la Cour suprême a considéré que sa portée dépasse celle d'une décision (ATF 135 V 309). Selon le Tribunal fédéral, doit également être considéré comme un acte normatif, l'arrêté du Conseil d'Etat genevois relatif à la fixation de la taxe unique versée par les chauffeurs de taxi pour l'octroi d'un permis de service public ainsi que du montant compensatoire perçu pour l'annulation dudit permis en application de la loi cantonale correspondante, car « [...] *bien qu'il fixe uniformément le montant de la taxe [...] l'Arrêté régit une situation abstraite [...] et il devra encore être appliqué dans chaque cas d'espèce, à la suite d'un examen individualisé [...]* » (arrêt TF 2A\_609/2010 du 18 juin 2011, consid. 1.1.2).

2.4. Selon la jurisprudence et la doctrine, il est encore envisageable, d'un point de vue pratique, qu'une décision générale soit englobée dans un acte normatif. D'après la doctrine, la Constitution fribourgeoise n'exclut a priori pas que des actes normatifs contiennent exceptionnellement, outre des dispositions normatives, des actes particuliers. Pourtant, du point de vue procédural, le traitement des décisions particulières et générales, qui ont été élaborées selon la procédure prévue pour des actes normatifs et qui ont été intégrées dans ces derniers, pose toujours des problèmes pratiques (WALDMANN/SCHMITT, La nature juridique controversée d'une ordonnance du Conseil d'Etat *in* RFJ 2009 p. 123 ss, 128; arrêt TF 2C\_330/2013 du 10 septembre 2013, consid. 3.4.5 et les références citées).

D'après le Tribunal fédéral, dans ce type de situation, dès que la cause, pour des raisons de sécurité juridique et d'économie de procédure, ne peut être traitée que sous un seul angle, respectivement en fonction d'une seule nature juridique, « [...] *l'incorporation d'actes particuliers à un acte qui est, telle l'ordonnance, d'ordinaire classé parmi les actes normatif crée, [...] l'apparence d'un texte normatif dans son ensemble* » (arrêt TF 2C\_330/2013 du 10 septembre 2013, consid. 3.4.5 et 3.4.8). Il s'agit là de la théorie de l'apparence.

Tel est le cas du tableau contenu dans les annexes d'un arrêté cantonal (acte normatif) qui fixe, pour une année spécifique, une liste de prix applicables à chacun des établissements retenus pris isolément et qui régit en soi une situation déterminée pour un grand nombre de destinataires (décision générale). « [...] *[I]l n'est pas litigieux ni contestable que l'Arrêté contient en tant que tel des dispositions générales et abstraites. Dès lors que le Tableau y est annexé et constitue une partie intégrante de cet acte normatif, et dans la mesure où la Cour constitutionnelle cantonale [vaudoise] a estimé que la procédure administrative cantonale autonome faisait en l'espèce obstacle à une scission de la cause et de la transmission de l'examen du Tableau à la Cour de droit administrative et public du Tribunal cantonal [vaudois], il convient, en vertu de la théorie de*

*l'apparence [...] de traiter l'Arrêté et ses annexes comme un tout [...] partant de soumettre le Tableau au même régime juridique que l'Arrêté [...] c'est-à-dire au régime applicable aux actes normatifs cantonaux » (arrêt TF 2C\_330/2013 du 10 septembre 2013, consid. 3.4.8).*

Selon la doctrine, si l'on se repose exclusivement sur la nature juridique formelle de l'acte incriminé, les normes procédurales valables pour les actes normatifs sont seules à s'appliquer, ce qui a pour conséquence que des actes normatifs cantonaux, indépendamment de leur contenu, ne peuvent pas être attaqués devant le Tribunal cantonal. C'est cette première approche que la jurisprudence semble privilégier. Inversement, si l'on prend en compte la dimension matérielle, c'est la « véritable » nature juridique des dispositions qui détermine les prescriptions procédurales devant être appliquées, ce qui a pour conséquence, du point de vue des voies de recours, que le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur des recours contre des actes particuliers, faute de l'épuisement des voies de recours au niveau cantonal (WALDMANN/SCHMITT, p. 128 et 134).

Dans l'arrêt 2C\_330/2013 du 10 septembre 2013, compte tenu des circonstances, de la sécurité juridique et de l'économie de procédure, c'est la dimension formelle qui a été favorisée.

3.

3.1. En l'occurrence, l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2009, à laquelle les recourants s'opposent, se présente comme suit:

*« Considérant:*

*Actuellement, le travail accompli la nuit entre 20 heures et 6 heures fait l'objet de dispositions spécifiques qui octroient des indemnités pour cet inconvénient.*

*Or les établissements personnalisés de l'Etat peuvent être considérés comme étant soumis aux dispositions de la loi fédérale sur le travail (LTr) relatives à la durée du travail et du repos. Ainsi, pour les catégories de personnel leur étant rattachées, les dispositions spécifiques pour le travail de nuit, instituant une compensation en temps à raison de 110% entre 23 heures et 6 heures, doivent être prévues en lieu et place des indemnités. Toutefois, pour tenir compte de la pénibilité des fonctions concernées, le Conseil d'Etat a décidé d'aller au-delà des exigences de la LTr, en cumulant la compensation en temps et l'octroi des indemnités.*

*En outre, la compensation en temps sera progressivement étendue entre 20 heures et 6 heures et atteindra 15% pour les personnes de plus de 50 ans. Par égalité de traitement, ces dispositions seront également applicables à l'ensemble du personnel de l'Etat.*

*Par ailleurs, la compensation spécifique octroyée pour le travail de nuit et l'instauration généralisée, conformément à la LTr, de l'alternance du travail de jour et de nuit nécessitent que l'on engage du personnel supplémentaire et que l'on mette en place des mesures organisationnelles adéquates.*

*Ces nouvelles dispositions ne déploieront donc leurs effets que progressivement sur ces prochaines années. La FEDE, avec laquelle des discussions au sujet de la prise en compte du travail de nuit ont été menées, s'est déclarée d'accord sur les décisions du*

*Conseil d'Etat y relatives, notamment sur l'entrée en vigueur progressive dès 2010, sans effet rétroactif.*

*Sur la proposition de la Direction des finances,*

*Arrête:*

**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)**

*<sup>1</sup> 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.*

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

*<sup>3</sup> 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.*

*<sup>4</sup> Les prescriptions spéciales applicables à certaines catégories de personnel sont réservées.*

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

*<sup>1</sup> 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.*

*<sup>2</sup> Toutefois, la compensation prescrite à l'alinéa 1 est progressivement octroyée, de la manière suivante:*

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

*b) dès le 1er 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**

*<sup>2</sup> 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.*

[...]

#### **Art. 4**

*La présente ordonnance entre en vigueur le 1er janvier 2010 ».*

Après lecture de cet acte, force est de constater que deux situations principales sont réglementées par l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2009:

- la première, figurant dans le préambule et partie intégrante de l'acte, régit la situation du personnel de l'Etat avant le 1<sup>er</sup> janvier 2010; elle introduit le non-remboursement des prestations compensatoires pour le passé;
- la seconde, par le biais des nouvelles dispositions, règlemente pour l'avenir le droit aux prestations pour le travail de garde et de nuit.

3.2. Dans le cas particulier, les recourants ne contestent pas la teneur des articles mais uniquement la non-rétroactivité des prestations pour le travail effectué durant les cinq ans avant le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Ils ne font que s'opposer à la clause de l'ordonnance excluant la rétroactivité des prestations (*cf.* « *sans effet rétroactif* »). Cette dernière constitue le seul véritable enjeu de la présente procédure. C'est dès lors sa nature juridique qu'il convient de qualifier, compte tenu de la jurisprudence et de la doctrine précitées.

Au travers de son préambule, le Conseil d'Etat expose la genèse de l'ordonnance et en définit les modalités. Par les termes « *sans effet rétroactif* », le Conseil d'Etat a voulu s'adresser au personnel, déjà employé, ayant accompli des heures de garde ou de nuit avant le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Il lui a directement signifié que les compensations désormais dues ne seraient pas concédées rétroactivement pour le temps de travail effectué dans le passé. Par ce biais, le Conseil d'Etat a ainsi confirmé ce qui avait déjà été annoncé durant la phase d'élaboration du projet d'ordonnance et au cours des négociations.

L'argumentation des recourants - consistant à soutenir que les administrés n'étaient pas en mesure de réaliser la portée de la clause "sans effet rétroactif" ou tout au plus pouvaient seulement en déduire la non-rétroactivité de l'ordonnance - ne peut pas être suivie. Un acte législatif n'étant par définition et sauf rares exceptions pas appliqué rétroactivement mais destiné à réglementer des situations à venir, la clause précitée ne pouvait logiquement que viser les nouvelles prestations de la LTr. En outre, les intéressés procèdent à une lecture isolée du dernier paragraphe du préambule au mépris du contexte global entourant l'adoption de l'arrêté dans son ensemble. Dès lors que les personnes concernées ont précisément pris part aux négociations, elles ne peuvent pas prétendre à la seule non-rétroactivité de l'ordonnance, si ce n'est au mépris des règles de la bonne foi. Peu importe, à cet égard, que le Conseil d'Etat ait accepté de statuer par "décisions" sur les demandes des recourants.

Ainsi, l'ordonnance avait, pour ce qui est de la question de la non-rétroactivité des prestations, vocation à s'appliquer directement à tous les collaborateurs et collaboratrices concerné-es en fonction d'une situation de fait suffisamment concrète, sans qu'il ne soit besoin de la mettre en œuvre au moyen d'un autre acte de l'autorité.



Elle régissait ainsi:

- une situation déterminée (la non-rétroactivité de la compensation du travail de garde et de nuit pour des prestations effectuées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2010),
- relative à un cercle relativement important de personnes (le personnel de l'Etat appartenant à une structure de l'Etat soumise à la LTr, comme C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_, ayant effectué des prestations de nuit ou de garde dans les 5 ans précédant son entrée en vigueur).

Vu sa teneur, force est d'admettre que le préambule de l'ordonnance, spécialement sa dernière phrase, règle un point particulier qui revêt la nature juridique d'une décision générale. En revanche, il est incontestable que les articles introduits, édictés pour l'avenir, et non pas seulement pour régler les rapports avec le personnel déjà en activité au moment de l'adoption de l'ordonnance, respectivement de son entrée en vigueur, nécessiteront en revanche une mise en œuvre concrète. Ces dispositions régissent en ce sens une situation générale et abstraite, et constituent ainsi un acte normatif.

Ainsi, l'on se trouve en présence du cas exceptionnel dans lequel la décision générale est intégrée à l'acte législatif.

3.3. Conformément à la jurisprudence précitée (cf. consid. 2.4), il convient de ne pas scinder les procédures en fonction des natures juridiques. Les deux « parties » de l'ordonnance doivent être traitées comme un tout. Au regard des principes de la sécurité juridique et de l'économie de procédure en particulier, il sied de prendre en compte la dimension formelle de l'acte et partant, de soumettre la décision générale interdisant la non-rétroactivité des prestations au même régime que celui de l'ordonnance, soit à celui applicable aux actes normatifs.

Cela implique notamment que les normes procédurales valables pour ce type d'actes s'appliquent à l'entier de l'ordonnance.

4.

Cela étant, reste à définir à quels droit peuvent prétendre les parties dans le cas d'une procédure précédant l'adoption d'une décision générale revêtant la forme d'un acte normatif, en particulier du point de vue du droit d'être entendu.

4.1. Aux termes de l'art. 123 LPers, le personnel a le droit d'être consulté et informé préalablement sur les projets de dispositions légales et sur les projets de décisions de portée générale qui le concernent (al. 1). Le personnel est consulté par l'intermédiaire des Directions, des établissements et des services ainsi que par l'intermédiaire des associations de personnel (al. 2). La procédure de consultation est en principe écrite. Le délai est fixé au minimum à deux mois. Toutefois, pour les mesures périodiques résultant par exemple de l'application de l'art. 81, le mode de consultation peut être oral et se dérouler dans un délai plus bref (al. 3).

4.2. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'existe pas, à proprement parler, de droit d'être entendu dans la procédure législative (ATF 123 I 231, consid. 2c; 134 I 269, consid. 3.3.1). Cette affirmation doit être relativisée et comprise dans le sens où la qualification du texte contesté doit s'opérer en fonction du droit matériel (WALDMANN/SCHMITT, p. 135). Avec cette approche, on en déduit qu'il convient de concéder un droit d'être entendu à celles et ceux qui sont particulièrement concernés par le texte normatif (WALDMANN/SCHMITT, p. 135). Cela correspond à

la conception de la majorité de la doctrine, selon laquelle le champ d'application matériel du droit d'être entendu ne dépend pas de l'autorité devant laquelle se déroule la procédure, mais du fait que la procédure porte sur l'application concrète du droit (ATF 123 I 232, consid. 2c).

En ce qui concerne les modalités du droit d'être entendu, il convient de tenir compte des particularités de la procédure d'adoption de l'acte incriminé. En l'occurrence, le droit d'être entendu se limite à demander l'avis du cercle concerné de manière toute générale, éventuellement par une procédure de consultation. Par ailleurs, les personnes touchées s'adressent aux autorités chargées d'adopter les textes par l'intermédiaire des organisations de défense de leurs intérêts, ou alors par des prises de position individuelles (cf. WALDMANN/SCHMITT, p. 135).

4.3. Dans le cas particulier, force est d'admettre que les recourants ont été prévenus du fait que l'ordonnance cantonale du 22 décembre 2009 prévoirait l'impossibilité de réclamer rétroactivement les prestations.

Dans leurs échanges d'écritures devant l'autorité de céans, les parties admettent que « *[s]uite à l'annonce de l'introduction de l'ordonnance du 22 décembre 2009, le personnel de santé et les syndicats, notamment le Syndicat des services publics (SSP ci-après), ont d'ailleurs clamé que les légères améliorations des conditions de travail apportées par la modification du système de compensation du travail de nuit étaient nettement insuffisantes, et qu'ils revendiquaient toujours la rétroactivité de la compensation en temps de repos pour la période antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2010, comme cela a été relaté dans la presse locale* » (p. 9 du mémoire de la recourante, p. 6 de celui du recourant). Dans leurs prises de position, ils précisent également que « *[l]e Conseil d'Etat passe [...] sous silence plusieurs faits pertinents en relations aux discussions qui ont eu lieu entre tous les intéressés au sujet de la compensation du travail de nuit [...]* » (p. 8 et respectivement p. 7). Enfin, les recourants relatent que « *[...] le personnel concerné a été convoqué à des assemblées et il en est ressorti que de très nombreux collaborateurs, dont le recourant [ou dont la recourante], n'étaient absolument pas d'accord de renoncer à la rétroactivité de leurs prétentions* » (p. 9).

En outre, il ressort de l'article de la Liberté du 2 octobre 2009, produit par les intéressés à l'appui de leurs conclusions, que les « *[...] syndicats et infirmières revendiquent toujours la rétroactivité de la compensation, sur les cinq dernières années* ». Dans le communiqué de presse du SSP du 22 janvier 2010, annexé également aux mémoires, il est indiqué que « *[...] le Conseil d'Etat accepte de ne respecter les dispositions minimales de la LTr qu'à la condition que le personnel concerné renonce à la rétroactivité des indemnités en temps [...]* ».

Au demeurant, il sied encore de relever que la recourante était membre de la FEDE jusqu'en 2013, et que c'est précisément cette association qui s'est engagée à ne pas réclamer la rétroactivité des prestations, compte tenu du fait que les compensations prévues pour l'avenir étaient plus avantageuses pour ses membres.

Au vu de ce qui précède, il est incontestable que les intéressés ont été suffisamment informés de la clause de non-rétroactivité au sujet de laquelle ils ont pu s'exprimer durant la phase d'élaboration de l'ordonnance. Leur droit d'être entendu a ainsi pu être sauvegardé, de sorte que leurs recours ne peuvent être admis sur ce point.

5.

5.1. Conformément à la théorie de l'apparence, la clause de non-rétroactivité devait être contestée selon la procédure applicables aux actes législatifs. Aux termes de l'art. 82 let. b de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), la Cour suprême connaît des recours contre les actes normatifs cantonaux. Cette disposition est complétée par l'art. 87 al. 1 LTF, lequel indique que le recours est directement recevable contre les actes normatifs cantonaux qui ne peuvent faire l'objet d'un recours cantonal. A Fribourg, exception faite de certains actes législatifs communaux, aucune voie de droit n'est instituée pour attaquer les actes normatifs cantonaux, de sorte que ces derniers doivent directement être contestés devant l'instance fédérale.

S'agissant d'un acte législatif, il ne peut être procédé à aucune notification individuelle qui permette de computer le délai pour recourir. Aussi l'art. 101 LTF prévoit-il que le recours contre un acte normatif doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours dès sa publication selon le droit cantonal (cf. ATF 137 I 107, consid. 1.3). La computation des délais s'effectue conformément aux art. 44 ss LTF. La publication officielle est celle par laquelle l'autorité compétente informe les citoyens que l'acte normatif est définitivement adopté. Le droit cantonal détermine donc comment l'adoption d'un acte normatif est portée officiellement à la connaissance du public (cf. CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2014, ad. art. 101, n°10 s.).

D'après l'art. 3 de la loi cantonale du 16 octobre 2001 sur la publication des actes législatifs (LPAL; RSF 124.1), les actes législatifs sont insérés dans les publications officielles suivantes (al. 1):

- a) le Recueil officiel fribourgeois; (ci-après ROF),
- b) le Recueil systématique de la législation fribourgeoise;
- c) des publications électroniques.

Les règles sur la publication extraordinaire (art. 15) sont réservées (al. 2). Les principaux actes législatifs sont également publiés sous forme de tirés à part du texte publié dans le Recueil systématique ou dans le ROF (cf. al. 3).

Selon l'art. 3 al. 4 LPAL, la Feuille officielle (ci-après: FO) reproduit le sommaire des livraisons du ROF. D'après le message de la loi, la publication dans la FO ne comporte plus le texte des actes, mais uniquement les informations nécessaires à l'exercice des droits politiques (titre de l'acte adopté, référence au ROF, délai référendaire), puis les promulgations et autres communications concernant le caractère exécutoire des actes. Le sommaire des livraisons hebdomadaires du ROF est reproduit dans la FO pour assurer l'information du public sur les actes publiés (Message accompagnant le projet de LPAL, Bulletin des séances du Grand Conseil, BGC 2001 p. 1459, 1462).

Aux termes de l'art. 6 LPAL, le ROF est l'organe, de caractère chronologique, qui sert à la publication des actes législatifs (cf. al. 1). Il paraît sous la forme de collections séparées par langue officielle dont les livraisons sont hebdomadaires (al. 2). Le sommaire des livraisons contient les données relatives à la validité formelle des actes publiés, notamment celles qui concernent l'exercice des droits populaires, l'entrée en vigueur et une éventuelle approbation fédérale (al. 3).

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 ROF est disponible sur Internet, autant que

possible le jour de parution de la version imprimée. Selon l'art. 10 LPAL, toute personne peut consulter gratuitement auprès de la Chancellerie d'Etat ou d'une autre unité administrative désignée à cet effet les publications officielles ainsi que les documents auxquels fait renvoi une disposition publiée. Selon l'art. 12 LPAL, les actes législatifs sont publiés dans le ROF immédiatement après leur adoption (cf. al. 1).

Selon l'art. 17 LPAL, nul n'est censé ignorer un acte législatif si sa publication a eu lieu conformément à la présente loi ou à la législation spéciale (al. 1). Si un acte législatif n'a pas été publié dans le ROF, il est loisible à la personne concernée de rendre vraisemblable qu'elle n'a pas eu connaissance de l'acte et ne pouvait en avoir connaissance malgré l'attention qu'elle devait porter aux circonstances (cf. al. 2). Les autorités favorisent l'information des personnes directement concernées par des actes législatifs importants, notamment en diffusant des communiqués sur les grandes étapes des travaux en cours ainsi que sur les principales règles nouvellement adoptées (al. 3).

5.2. Dans le cas particulier, l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2009, qui contient la décision générale excluant la rétroactivité des prestations, a été publiée dans la livraison n°53 du ROF 2009 parue le 31 décembre 2009 (information trouvée sur le site: [http://www.fr.ch/publ/fr/pub/recueil\\_officiel/2009/livraison\\_no\\_53.htm](http://www.fr.ch/publ/fr/pub/recueil_officiel/2009/livraison_no_53.htm), consulté le 10 mai 2017). Cette publication a été annoncée le même jour, à titre d'information, dans la FO avec mention du titre de l'acte, du numéro de la livraison et de la date de publication dans le ROF.

C'est dès lors à partir du lendemain de la publication, soit le lendemain du 31 décembre 2009, que doit être fixé le *dies a quo* de l'art. 101 LTF, sous réserve des fêtes judiciaires de l'art. 46 LTF. La clause de non-rétroactivité devait être contestée selon le régime de l'acte normatif, et *de facto*, l'opposition à l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2009 devait être portée devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours dès sa publication.

S'étant adressés à leurs employeurs respectifs le 28 juillet 2010 pour contester la non-rétroactivité de l'ordonnance et réclamer ce qu'ils estimaient leur être dû, les recourants ont agi de façon manifestement tardive et de surcroît, en s'adressant à des autorités incompétentes. Partant, leurs interventions auraient dû être déclarées irrecevables par C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ et, en conséquence, leurs recours devant le Conseil d'Etat rejetés.

6.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, les recours doivent dès lors être rejetés, et les décisions du 27 mai 2015 du Conseil d'Etat n'accordant pas le droit aux prestations, confirmées sur le principe.

Compte tenu de l'issue du recours, il appartient aux recourants qui succombent de supporter les frais de justice (art. 131 CPJA). Pour le même motif, il n'est pas alloué d'indemnité de partie à leur mandataire (art. 137 CPJA).

En revanche, il leur incombe de verser une indemnité de partie aux intimés qui ont fait appel à un mandataire commun pour défendre leurs intérêts (arrêt TC FR 601 2008 117 du 1<sup>er</sup> octobre 2008 consid. 4).

A la liste de frais produite par Me Luke H. Gillon le 16 mai 2017, il sied d'ajouter forfaitairement un montant pour les interventions effectuées dans le cadre de la reprise de l'instruction suite à l'arrêt du Tribunal fédéral du 19 juin 2018.

En application du tarif horaire de CHF 230.- appliqué jusqu'au 30 juin 2015, et respectivement du tarif horaire de CHF 250.- prévu depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2015 par l'art. 8 du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif JA; RSF 150.12), une indemnité correspondant à 25.58 heures de travail (CHF 6'362.45), plus 1.5 heures (CHF 375.-) plus CHF 62.80 et CHF 12.60 de débours, TVA en sus (à 8% pour les opérations antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2018 et à 7.7% pour celles qui sont postérieures), sera allouée, soit un montant total de CHF 7'356.70 (CHF 6'735.45 d'honoraires + CHF 75.40 de débours + CHF 543.85 de TVA).

### **la Cour arrête:**

- I. Le recours est rejeté.
- II. Les frais judiciaires, par CHF 2'000.-, sont mis solidairement à la charge des recourants et sont compensés avec les avances de frais effectuées.
- III. Il est alloué à C. \_\_\_\_\_ et à D. \_\_\_\_\_, à titre d'indemnité de partie, un montant de CHF 7'356.70 (y compris CHF 543.85 de TVA), à verser en mains de leur mandataire commun, à la charge des recourants.
- IV. Notification.

Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lucerne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure et de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 28 novembre 2018/ape/smo

La Présidente:

La Greffière: