

Un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui incombent à l'employé en déterminant les devoirs attachés au service, telle que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un **acte interne**. Lorsque le fonctionnaire s'oppose à un acte de ce type, ce sont les **mesures disciplinaires ou autres moyens de contrainte ressortissants aux règles régissant les rapports internes** qui sont susceptibles de s'appliquer (cons. 7.1).

En tant que telle, une **évaluation** résultant d'un **entretien personnel** ne touche pas les droits et obligations du collaborateur. Il s'agit d'un acte interne qui relève de la gestion du personnel et qui, de ce fait, n'est **pas susceptible d'être attaqué en justice**. Un tel acte ne peut être examiné **qu'en cas de recours dirigés contre une mesure prise par l'employeur à la suite d'une évaluation et qui serait susceptible d'affecter la situation juridique de l'employé** (cons. 7.2).

Composition

MM. et Mmes les Juges fédéraux Maillard, Président, Frésard, Heine, Wirthlin et Viscione.

Greffière : Mme von Zwehl.

Participants à la procédure

A.,
représentée par Me Eric Bersier, avocat,
recourante,

contre

Service de l'enseignement B.,
intimé.

Objet

Droit de la fonction publique (qualifications, droit de recours),

recours contre le jugement de la 1^{re} Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois du 27 juillet 2017 (601 2017 6).

Faits :

A.

A. est enseignante d'anglais au collège C. Le 14 novembre 2014, à la demande de la Direction de l'instruction publique, de la culture et des sports (DIPCS), elle a fait l'objet d'une qualification par le recteur de l'établissement. Cette qualification faisait suite à un entretien du 13 novembre 2014. Les évaluations concernant les compétences scientifiques et pédagogiques, ainsi que le respect des plans d'étude et de perfectionnement ont été jugées comme répondant aux exigences (mention "A"). En revanche, la collaboration a reçu la mention "B" (ce qui correspond à "Laisse à désirer"). La qualification globale était également jugée comme laissant à désirer. A ce dernier propos, il était reproché à l'intéressée d'avoir refusé de donner deux leçons avant le départ d'un voyage de classe à l'étranger. L'auteur de la qualification notait en outre qu'à plusieurs reprises des problèmes de

relation entre l'enseignante et ses collègues de conférence de branche était "remontés" jusqu'au rectorat.

A. a demandé le réexamen de sa qualification auprès du supérieur hiérarchique du recteur de l'établissement, à savoir le chef du Service de l'enseignement B. Par lettre du 24 décembre 2014, ce dernier a confirmé l'évaluation faite par le recteur. Au bas de cette lettre, il était indiqué:

"Selon l'art. 6 du règlement du 26 janvier 1988 sur les voies de droit relatives aux qualifications périodiques du personnel de l'Etat, cette décision est susceptible de recours au Conseil d'Etat dans un délai de trente jours".

B.

A. a recouru devant le Conseil d'Etat.

Statuant le 22 novembre 2016, celui-ci a déclaré le recours irrecevable au motif que les qualifications et les décisions de réexamen d'une qualification n'étaient pas susceptibles de recours séparé.

C.

A. a recouru devant la Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois. Elle a conclu à l'annulation de la décision du Conseil d'Etat et au renvoi de la cause à celui-ci pour nouvelle décision. Subsidiairement, elle a conclu à une modification de la qualification litigieuse dans le sens des motifs de son écriture.

Par arrêt du 27 juillet 2017, la Cour administrative a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours porté devant elle.

D.

A. forme un recours constitutionnel subsidiaire dans lequel elle conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et au renvoi de la cause au Conseil d'Etat pour qu'il rende une décision au fond. Elle conclut aussi au paiement d'une indemnité de partie de 5'000 fr. pour la procédure devant le tribunal cantonal. A titre subsidiaire, elle demande que cette indemnité soit fixée ex aequo et bono par le Tribunal fédéral.

Le Service de l'enseignement B. renonce à se prononcer.

Considérant en droit :

1.

En l'absence d'une contestation de nature pécuniaire et d'une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. b et al. 2 LTF), seule la voie du recours constitutionnel subsidiaire - choisie à bon droit par la recourante - est envisageable en l'espèce (art. 113 ss LTF).

2.

L'art. 115 let. b LTF fait dépendre la qualité pour interjeter un recours constitutionnel subsidiaire d'un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. En outre, indépendamment du point de savoir si la partie recourante est légitimée sous l'angle de l'art. 115 let. b LTF à remettre en cause une décision sur le fond, le recourant peut faire valoir la violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel. Mais il ne doit alors pas invoquer par ce biais, même indirectement, des moyens qui ne peuvent être séparés du fond. En revanche, les griefs qui reviennent de facto à critiquer l'arrêt attaqué sur le plan matériel sont exclus (ATF 141 IV 1 consid. 1.1 p. 4; 137 I 128 consid. 3.1.1 p. 130 et les arrêts cités). En l'espèce, la recourante soutient que le refus du Service de l'enseignement secondaire de reconsidérer sa qualification est une décision susceptible de recours contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges. Elle se plaint ainsi d'avoir

été privée indûment d'une voie de droit. Cela équivaut à une violation de ses droits de partie (voir par ex. l'arrêt 6B_243/2015 du 12 juin 2015 consid. 1). Le recours constitutionnel est dès lors recevable de ce chef.

3.

Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). En vertu de l'art. 106 al. 2 LTF, applicable par renvoi de l'art. 117 LTF, les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés de façon détaillée, sous peine d'irrecevabilité (ATF 141 I 36 consid. 1.3 p. 41; 139 I 229 consid. 2.2 p. 232).

4.

Les art. 131 et 132 de la loi [du canton de Fribourg] sur le personnel de l'Etat du 17 octobre 2001 (LPers/FR; RSF 122.70.1) prévoient ceci:

Art. 131 Procédure de réexamen de l'évaluation des prestations

1 Le Conseil d'Etat édicte des règles relatives au réexamen par l'autorité hiérarchique supérieure de l'évaluation des prestations du collaborateur ou de la collaboratrice. Il peut limiter le réexamen jusqu'au niveau des chef-fe-s de service et des directeurs et directrices d'établissements.

Art. 132 Recours - Objet

1 Toute décision prise en application de la présente loi à l'égard d'un collaborateur ou d'une collaboratrice est susceptible de recours conformément au code de procédure et de juridiction administrative.

2 Le recours préalable au Conseil d'Etat peut être prévu par voie réglementaire contre des décisions ne touchant pas au statut d'un collaborateur ou d'une collaboratrice (p. ex. l'octroi d'une place de stationnement).

3 Les décisions relatives à l'évaluation des prestations ne sont pas susceptibles de recours séparé.

Le Règlement sur les voies de droit relatives aux qualifications périodiques du personnel de l'Etat du 26 janvier 1988 (RSF 122.70. 22), dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003, règle à ses art. 1 à 5 la procédure de demande de réexamen (chapitre premier), tandis que les art. 6 à 10 traitent du "Recours" (chapitre 2). En particulier, l'art. 6 prévoit ceci:

Art. 6 Principe

1 La décision de l'autorité de réexamen est susceptible de recours au Conseil d'Etat, lorsqu'elle affecte ou peut affecter le statut du collaborateur.

2 Pour le personnel de l'administration générale, constitue une décision affectant ou pouvant affecter le statut du collaborateur:

a) la décision de maintenir la qualification insuffisante (degré D, selon les directives du Conseil d'Etat),

b) la décision de maintenir ou d'octroyer la qualification satisfaisante (degré C, selon les directives du Conseil d'Etat), lors de l'avancement en classe de sélection (art. 20 LTP) ou lors de l'octroi de l'augmentation ordinaire dans cette dernière classe (art. 23 LTP).

3 Pour le personnel enseignant, constitue une décision affectant ou pouvant affecter le statut du collaborateur, la décision de maintenir la qualification "laissant à désirer".

Le recours doit être formé auprès du Conseil d'Etat dans un délai de 10 jours dès la communication de la décision de l'autorité de réexamen (art. 7).

5.

5.1. Se fondant sur l'art. 132 al. 3 LPers/FR, les premiers juges considèrent que les décisions relatives à l'évaluation des prestations ne sont pas susceptibles de recours séparé. Dès lors, depuis l'entrée en vigueur de la LPers/FR, en 2003, le règlement de 1988 est devenu partiellement caduc dans la mesure où seules les prescriptions en matière de réexamen de la qualification (chapitre premier du règlement) sont encore d'actualité, à l'exclusion des art. 6 ss portant sur le recours. Le fait que l'art. 6 du règlement n'a pas été abrogé par le législateur fribourgeois lors de l'entrée en vigueur de la LPers/FR n'y change rien, car la loi - de rang supérieur au règlement - exclut clairement la possibilité de recourir en matière d'évaluation des prestations.

5.2.

5.2.1. La recourante invoque le principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.). Elle consacre de longs développements à cette question. En particulier, elle se plaint d'une mauvaise interprétation de l'art. 132 al. 3 LPers/FR. Selon elle, il faut comprendre cette disposition en ce sens que le recours est exclu uniquement en ce qui concerne l'évaluation proprement dite, mais non la décision prise à la suite d'un réexamen de celle-ci. En outre, elle se prévaut de l'ancien art. 132 al. 4 LPers/FR (abrogé le 1er juillet 2016 mais qui était encore en vigueur au moment du dépôt de son recours au Conseil d'Etat). Cette disposition réservait expressément "les lois spéciales" ("Les lois spéciales sont réservées"), ce par quoi il faudrait entendre, selon la recourante, le règlement de 1988, en particulier ses art. 6 ss.

5.2.2. Sous réserve de sa signification en droit pénal et en droit fiscal, le principe de la légalité figurant à l'art. 5 al. 1 Cst. n'est toutefois pas un droit fondamental, mais simplement un principe constitutionnel, qu'il est certes possible d'invoquer directement et indépendamment d'un droit fondamental (ATF 140 I 381 consid. 4.4 p. 386; 134 I 322 consid. 2.1 p. 326; arrêts 8C_832/2016 du 12 octobre 2017 consid. 4.4.1; 2C_586/2015 du 9 mai 2016 consid. 6.1 non publié in ATF 142 II 307) par la voie du recours en matière de droit public formé pour violation du droit fédéral en général (art. 95 let. a LTF), mais qui ne peut en revanche pas l'être par la voie du recours constitutionnel subsidiaire (arrêts 8C_832/2016 du 12 octobre 2017 consid. 4.4.1; 2D_66/2010 du 28 février 2011 consid. 3).

Le grief soulevé ici est dès lors irrecevable.

6.

Invoquant à nouveau l'art. 132 al. 4 aLPers/FR, la recourante se prévaut de l'interdiction de l'arbitraire. Elle conteste l'interprétation faite par le tribunal cantonal de cette disposition.

6.1. Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, le recours devant le Tribunal fédéral ne peut pas être interjeté pour violation du droit cantonal en tant que tel, mais il est possible de faire valoir qu'une mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 140 III 385 consid. 2.3 p. 387; 138 V 67 consid. 2.2 p. 69).

6.2. La cour cantonale a considéré à ce propos que l'art. 132 al. 4 aLPers/FR, abrogé le 1er juillet 2016, ne permettait en aucun cas de renvoyer aux dispositions du règlement du 26 janvier 1988. Ce renvoi était prévu par l'art. 131 LPers/FR. La cour cantonale s'est également référée au message du Conseil d'Etat du 28 novembre 2000 relatif au projet de LPers/FR. Selon ce message, le projet n'ouvre pas une voie de recours contre l'évaluation proprement dite, les contestations relatives à

l'évaluation ne pouvant être examinées, quant au fond, que dans le cadre d'une procédure de recours contre les décisions faisant suite à l'évaluation (Message accompagnant le projet de LPers/FR, Bulletin officiel des séances du Grand Conseil, BGC 2001 p. 1008, 1027).

6.3. On ne voit pas en quoi cette interprétation serait arbitraire. Il ressort en effet des dispositions précitées de la LPers/FR (art. 131) que la réglementation en vigueur donne au Conseil d'Etat la compétence d'édicter des règles relatives au réexamen par l'autorité hiérarchique supérieure de l'évaluation des prestations du collaborateur ou de la collaboratrice. Cette compétence ne s'étend pas à un éventuel recours. Le fait que l'ancien art. 132 al. 4 LPers/FR réservait - sans autres précisions - des lois spéciales ne suggère en tout cas pas d'emblée que cette réserve visait spécialement l'alinéa 3 de l'art. 132 LPers/FR en ce sens qu'une loi spéciale pouvait déroger à la règle selon laquelle les qualifications ne sont pas sujettes à recours. Enfin, **il n'est pas interdit de penser que les dispositions réservées devaient, conformément à la lettre de l'ancien art. 132 al. 4 LPers, être prévues dans une loi au sens formel et non dans un simple règlement.**

7.

Par un autre moyen, la recourante invoque l'art. 29a Cst. Selon elle, si l'on suivait l'interprétation de la cour cantonale, elle se trouverait entravée d'une manière inadmissible dans sa possibilité de saisir un tribunal.

7.1. Selon l'art. 29a Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, de par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Cette norme constitutionnelle étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques (ATF 143 I 344 consid. 8.2 p. 350; 141 I 172 consid. 4.4.1 p. 180 et les références citées). Elle garantit ainsi l'accès à un juge disposant d'un pouvoir d'examen complet des faits et du droit (ATF 137 I 235 consid. 2.5 p. 239). Elle ne s'oppose cependant pas aux conditions de recevabilité habituelles du recours ou de l'action (ATF 143 I 344 consid. 8.2 précité). Elle ne s'applique toutefois pas, notamment, aux actes internes de l'administration qui n'ont pas le caractère d'une décision (ATF 136 I 323 consid. 4.4 p. 329; arrêt 8D_1/2016 du 23 janvier 2017 consid. 5.1). La distinction entre acte administratif interne et décision peut s'avérer particulièrement difficile en ce qui concerne les fonctionnaires. Doivent être considérées comme des décisions les mesures qui affectent les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, ou d'indemnités diverses, les sanctions disciplinaires ou encore le changement d'affectation qui va au-delà de l'exécution des tâches qui incombent au fonctionnaire dans sa sphère d'activité habituelle ou des instructions qui lui sont données dans l'exercice de ces tâches (ATF 136 I 323 consid. 4.5 p. 330). A l'inverse, il a été jugé que le changement du lieu d'activité (qui n'impliquait ni un changement de domicile ni un déménagement) d'une psychologue-conseillère en orientation constituait une mesure interne qui n'ouvrait pas la voie du recours. En effet, l'intéressée gardait la même fonction - laquelle impliquait qu'elle fût disposée à changer de lieu de travail au sein du même office -, exécutait les mêmes tâches, et percevait le même traitement (arrêt 8D_1/2016 du 23 janvier 2017). Plus généralement, **un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui incombent à l'employé en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne** (ATF 136 I 323 consid. 4.4 p. 329 s. et les nombreuses références citées; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 802 s. p. 275 s.; pour une casuistique détaillée, voir DAVID HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, in Les réformes de la fonction publique, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2012, p. 122 ss; voir aussi, STEPHANE GRODECKI, Fonction publique: décision versus acte interne: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8D_1/2016 du 23 janvier 2017, in RDAF 2017 I 609 ss). **Lorsque le fonctionnaire s'oppose à un acte de ce type, ce sont les mesures disciplinaires ou autres moyens de contrainte ressortissant aux règles régissant les rapports internes qui sont susceptibles de s'appliquer** (MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 189 ss).

7.2. Selon l'art. 22 LPers/FR, le Conseil d'Etat adopte un système général d'évaluation périodique du personnel, qui comprend une analyse des prestations, du comportement, des aptitudes et du potentiel de développement des collaborateurs et collaboratrices (al. 1); un entretien personnel doit être mené chaque année (al. 2); dans la mesure nécessaire, les Directions et les établissements établissent des systèmes spécifiques pour les catégories de personnel qui leur sont rattachées (al. 3 première phrase). En application de cette dernière disposition, la DIPCS a établi une procédure particulière d'évaluation pour le personnel enseignant. L'entretien de qualification vise les objectifs suivants (point 6.1) :

- relever les compétences professionnelles et personnelles de l'enseignant ou de l'enseignante;
- évaluer l'accomplissement des tâches inscrites dans le descriptif de la fonction;
- attester des forces et des faiblesses;
- fixer des objectifs et des priorités;
- fixer les mesures nécessaires au développement attendu;
- déterminer les conditions d'engagement de la prochaine période.

De manière générale et comme cela ressort de manière plus ou moins explicite de l'énumération ci-dessus, les qualifications servent, notamment, à dresser un bilan en lien avec des objectifs fixés lors de l'évaluation précédente, à faire le point sur les compétences du collaborateur, à identifier les faiblesses et les possibilités d'amélioration, à proposer d'éventuelles mesures de formation ou des modifications du cahier des charges et à fixer au besoin de nouveaux objectifs. Au travers de ces buts, il s'agit d'établir, en collaboration avec l'employé, un état de fait permettant de fonder, par exemple, un relèvement de salaire, une promotion ou toute autre mesure en relation avec les rapports de service. **En temps que telle, une évaluation résultant d'un entretien personnel ne touche pas les droits et obligations du collaborateur. Il s'agit d'un acte interne qui relève de la gestion du personnel et qui, de ce fait, n'est pas susceptible d'être attaqué en justice. Un tel acte ne peut être examiné qu'en cas de recours dirigés contre une mesure prise par l'employeur à la suite d'une évaluation et qui serait susceptible d'affecter la situation juridique de l'employé** (URS BÜRGI/GUDRUN BÜRGI-SCHNEIDER, in Bürgi/Bürgi-Schneider [éd.], Handbuch öffentliches Personalrecht, Zurich 2017, p. 54 n. 168 ss; PETER HELBLING, in Portmann/Uhlmann [éd.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, n. 8. ad art. 36a LPers; PETER HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2ème éd. 2008, p. 276).

7.3. En l'espèce, l'entretien a été mené à la demande du DIPCS en raison de faits liés à un voyage de classe à l'étranger. Aucune mesure, d'ordre salarial, disciplinaire ou autre, n'était associée à cette évaluation. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a confirmé en procédure que le DIPCS n'avait rendu aucune décision sur la base de l'évaluation en question et n'avait pas l'intention de le faire. Partant, le grief tiré de la garantie de l'art. 29a Cst. doit être écarté.

8.

8.1. La recourante se plaint enfin d'une violation du droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.). Si, contre toute attente, elle s'était finalement trompée sur l'interprétation des art. 131 et 132 LPers/FR, il n'en resterait pas moins que l'autorité, par l'indication d'une voie de droit au Conseil d'Etat, lui aurait donné des garanties suffisantes faisant que dans tous les cas, un droit de recours était ouvert, conformément au principe de la bonne foi qui l'emporterait ici sur le principe de la légalité.

8.2. L'indication erronée des voies de recours ne saurait toutefois ouvrir une voie de droit inexistante (arrêts 5A_545/2012 du 21 décembre 2012 consid. 5.1; 5A_290/2008 du 4 juin 2008). En vertu du droit à la protection de la bonne foi, consacré aux art. 5 al. 3 et 9 Cst., le justiciable qui se fie à une

indication erronée de l'autorité ne doit toutefois en principe subir aucun préjudice (ATF 138 I 49 consid. 8.3.2 p. 53; 117 la 297 consid. 2 p. 298; arrêt 4A_35/2014 du 28 mai 2014 consid. 3.2 non publié aux ATF 140 III 267).

8.3. La juridiction cantonale a considéré à ce propos que l'employée était assistée d'un mandataire déjà au moment de sa demande de réexamen puis lors du dépôt du recours devant le Conseil d'Etat. Or l'impossibilité de recourir contre une décision relative à l'évaluation des prestations ressortait explicitement de l'art. 132 al. 3 LPers/FR. Il incombait dès lors à la recourante et à son mandataire de s'interroger sur la caducité du règlement de 1988, au besoin en consultant le message à l'appui de la LPers/FR ou en interpellant les autorités compétentes. Dès lors, la recourante ne pouvait bénéficier, en l'espèce, de la protection de la bonne foi et prétendre à une réparation du dommage financier occasionné par le dépôt d'un recours voué à l'irrecevabilité.

8.4. La recourante conteste cette argumentation, faisant valoir que seule une négligence procédurale grossière d'une partie ou de son avocat peut faire obstacle au droit à la protection de la bonne foi. Il n'y a toutefois pas lieu d'examiner ce qu'il en est en l'espèce. La recourante n'a pris aucune conclusion tendant à la réparation d'un éventuel dommage résultant de l'indication erronée des voies de droit par le Conseil d'Etat. Sa conclusion, prise devant le Tribunal fédéral et tendant au versement d'une indemnité de dépens de 5'000 fr. pour la procédure devant le tribunal cantonal ne paraît pas corrélée à la réparation d'un éventuel dommage, mais semble plutôt être présentée dans l'hypothèse d'une admission de son recours. Dans le cas contraire cette prétention ne serait pas motivée dans une mesure qui satisfasse aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF et serait de surcroît à considérer comme une conclusion nouvelle et donc irrecevable (art. 99 al. 2 LTF).

8.5. Le moyen tiré du droit à la protection de la bonne foi n'est dès lors pas fondé.

9.

De ce qui précède, il résulte que le recours doit être rejeté en tant qu'il est recevable. Succombant, la recourante supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Dans la mesure où il est recevable, le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

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

Lucerne, le 20 août 2018

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

Le Président : Maillard

La Greffière : von Zwehl