

FR_GERICHTE 601 2015 117 vom 20. Oktober 2016

FR Kantonsgericht, 2016-10-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_601_2015_117

FR: FR_GERICHTE 601 2015 117 du 20 octobre 2016

IT: FR_GERICHTE 601 2015 117 del 20 ottobre 2016

Regeste

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

Erwägungen

E. 1

a) Déposé dans le délai et les formes prescrits - et l'avance des frais de procédure ayant été versée en temps utile - le recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. c du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur ses mérites. b) Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (lettre b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, la Cour ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA). En outre, selon l'art. 96a al. 1 CPJA, l'autorité de recours examine avec retenue les décisions d'une autorité à laquelle la législation accorde une large marge d'appréciation. L'al. 2 de cette disposition précise que tel est le cas en particulier des décisions relatives à l'évaluation du travail, des aptitudes et du comportement d'une personne (let. a) et à l'octroi d'une prestation à laquelle la législation ne donne pas un droit (let. b).

E. 2

a) Aux termes de l'art. 70 de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes (LCo; RSF 140.1), sous réserve des dispositions de la LCo, les communes peuvent adopter, par un règlement de portée générale, leurs propres règles relatives au personnel (al. 1). A défaut d'un règlement communal de portée générale et sous réserve de la LCo, la LPers, sous réserve de certaines dispositions, ainsi que son règlement d'exécution du 17 décembre 2002 (RPers; RSF 122.70.11) s'appliquent par analogie au personnel communal à titre de droit communal supplétif (al. 2).

Tribunal cantonal TC Page 5 de 11 Selon le ch. 3.2 de la convention relative au service officiel des curatelles (ci-après la convention), signée par les communes faisant partie de l'Entente communale, entrée en vigueur le 1er janvier 2013, la commune de A. _____ est l'employeur du personnel du service aux conditions valant pour son propre personnel. Dès lors que la commune de A. _____ n'a pas adopté sa propre réglementation communale en matière de personnel, en vertu de l'art. 70 al. 2 LCo, et qu'il n'existe pas d'autres dispositions particulières y relatives de l'Entente communale, il y a lieu d'appliquer la LPers et le RPers à la présente affaire. b) Selon 37 al. 1 LPers, le contrat de durée indéterminée est résiliable pour la fin d'un mois moyennant un préavis de trois mois. La résiliation ordinaire des rapports de service a lieu lorsque le collaborateur ne répond plus aux exigences de la fonction sous l'angle des prestations, du comportement ou des aptitudes (art. 38 al. 1

LPers). Cette procédure est précédée d'au moins un avertissement écrit et motivé, permettant au collaborateur de rétablir la situation (art. 39 LPers). Dans des cas de manquements graves ou répétés, le législateur a introduit une deuxième procédure permettant exceptionnellement le renvoi immédiat (art. 44 LPers). Cette résiliation extraordinaire se justifie lorsque le maintien des rapports de service n'est plus possible. Dans le cadre de cette procédure, l'avertissement est donné lorsque les circonstances le permettent (art. 45 al. 2 LPers). aa) Sous réserve de quelques particularités liées à la relation contractuelle de droit public, la procédure de licenciement extraordinaire doit être menée sans retard. En effet, selon la jurisprudence, la résiliation des rapports de service de droit public avec effet immédiat comporte des difficultés bien plus importantes pour la partie qui licencie qu'en droit privé, tant en raison du respect des exigences formelles prescrites qu'au regard des conséquences que celle-ci encourt si le congé s'avère contraire au droit. Il s'ensuit que, pour prononcer une décision de résiliation, l'employeur de droit public doit disposer de plus de temps aux fins d'être en mesure de respecter les prescriptions procédurales, de même que pour instruire et établir les faits. Cela étant, il n'est pas admissible que l'employeur de droit public laisse s'écouler le temps sans agir, notamment sans aviser le collaborateur des mesures d'instruction qui doivent être prises. Alors qu'en droit privé une résiliation immédiate doit être signifiée dans un bref laps de temps, sauf circonstances particulières, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de la fonction publique où une période plus longue est nécessaire pour permettre notamment l'exercice du droit d'être entendu et le respect de prescriptions de procédure (ATF 138 I 113 consid. 7; arrêt TC FR 601 2010 77 du 12 juillet 2012 consid. 5b). Cela étant, il ne fait pas de doute que, même si les exigences procédurales sont strictes et sont susceptibles de retarder la prise de décision, certaines mesures doivent être prises sans retard pour respecter le principe de l'immédiateté. D'une part, l'intéressé doit être avisé dès que possible de la procédure (cf. la jurisprudence précitée) et si l'employeur estime que le rapport de confiance est rompu et que les rapports de service ne peuvent plus se poursuivre, le collaborateur doit être éloigné sans attendre des affaires. L'employeur de droit public doit ainsi manifester de manière claire, effective et cohérente - tout en respectant les règles de droit - qu'il ne parvient plus à accorder sa confiance et qu'il envisage dès lors de résilier le contrat pour justes motifs avec effet immédiat (arrêt TC FR 601 2010 77 précité consid. 5b). bb) En l'espèce, force est d'emblée de constater que les communes membres de l'Entente ont été mises au courant le 4 avril 2014 des faits reprochés au collaborateur et de

Tribunal cantonal TC Page 6 de 11 l'avertissement prononcé à son endroit par la commune de A. _____ le 26 février 2014. Elles n'ont pourtant décidé de signifier le congé au collaborateur qu'à la fin du mois de juillet 2014. Elles ont ainsi attendu plus de trois mois pour notifier le licenciement à l'employé, de sorte que l'hypothèse de la procédure du renvoi pour justes motifs doit être écartée, le principe de l'immédiateté n'ayant clairement pas été respecté. En outre, entre avril et juillet 2014, les communes recourantes n'ont manifesté aucune volonté d'entamer une procédure de licenciement avec effet immédiat. Elles n'ont par exemple adopté aucune mesure, dont on aurait pu même implicitement déduire le choix de cette procédure de licenciement. Du reste, le collaborateur est resté en activité durant ce laps de temps. Le fait qu'un avertissement ait été prononcé à l'endroit du collaborateur traduit également la volonté de l'autorité d'entamer une procédure de licenciement ordinaire. Aucune des recourantes n'a d'ailleurs remis en cause ledit avertissement ni même soulevé la question de la compétence de la commune de ■ A. _____ pour le prononcer lorsqu'elles en ont été avisées. A défaut d'informations

claires, ■ effectives et cohérentes, le collaborateur pouvait dès lors de bonne foi se fier à l'avertissement et raisonnablement penser qu'une procédure de licenciement ordinaire avait été ouverte à son égard. La question de savoir si la commune de A. _____ était habilitée à le prononcer – quoique douteuse – peut dans ce cas demeurer indécise. cc) Partant, force est d'admettre que c'est bien une procédure de licenciement ordinaire qui a été ouverte à l'encontre de l'intéressé, ce que les recourantes ne contestent en soi pas, puisqu'elles considèrent simplement avoir opté pour ladite procédure au motif qu'elle était plus favorable à l'intimé. c) Cela étant, elles estiment que l'autorité intimée aurait dû admettre par voie prétorienne l'introduction d'une voie médiane entre les deux types de licenciement. aa) L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune ou d'un silence qualifié. Il y a lacune lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi (lacune proprement dite) ou alors lorsque la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante (lacune improprement dite). En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié (voir notamment arrêt TF 2C_818/2009 du 9 juillet 2010 consid. 4.2 et références citées; arrêt TC FR 604 2014 4 du 21 septembre 2015 consid. 4b). Dans le second cas, le législateur a en réalité implicitement mais volontairement répondu à la question à résoudre par le silence (cf. DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, no 411). D'après la jurisprudence précitée, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés (cf. DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, no 411). bb) En plus de la résiliation par entente réciproque, la LPers prévoit deux procédures de licenciement, comportant chacune des étapes qui lui sont propres. Ces procédures posent des règles claires et précises destinées à protéger les collaborateurs en différenciant nettement les circonstances pour et dans lesquelles a lieu la fin des rapports de service. La systématicité de la loi, aménageant les procédures respectives en deux sections, traduit la volonté du législateur de séparer distinctement la résiliation ordinaire de la résiliation extraordinaire.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 11 La LPers prévoit une troisième forme de résiliation, par entente réciproque, laquelle laisse plus de marge de manœuvre aux cocontractants (cf. art. 43). Dans le cadre de ce type de résiliation, les parties ont la faculté, sous certaines cautions, de mettre un terme aux relations de service en établissant elles-mêmes les modalités. La résiliation par entente réciproque permet en soi un compromis entre la résiliation ordinaire et extraordinaire. En ce sens, c'est par le biais de cette résiliation que des avantages peuvent être concédés. En instaurant trois types de résiliation, dont deux strictement définis, la LPers ne contient aucune lacune susceptible d'être comblée, la problématique de la résiliation étant réglée exhaustivement par le législateur. Dès lors, en présence d'un silence qualifié de la loi, il n'y a pas de place pour une quelconque intervention du juge. cc) Par conséquent, sur le vu de ce qui précède, c'est à juste que l'autorité intimée a exclu l'introduction d'une voie médiane, l'employeur devant opter pour la procédure de licenciement qu'il estime idoine et s'y tenir, une superposition des conditions propres à chaque procédure n'étant pas admise. Les recourantes ne pouvaient dès lors pas prononcer d'abord un avertissement et attendre plus de trois mois en laissant l'intéressé conserver son poste, avant de le licencier, en prévoyant un délai de résiliation de trois mois également,

mais en invoquant de justes motifs. d) Les recourantes soutiennent par ailleurs qu'au vu de la gravité des faits reprochés à l'intimé, elles auraient de toute façon pu le licencier avec effet immédiat, les conditions pour l'ouverture d'une telle procédure étant remplies. Il convient dès lors de déterminer s'il est possible de convertir une procédure de licenciement ordinaire en une procédure extraordinaire, dans la mesure où les faits reprochés au collaborateur remplissaient initialement les conditions du renvoi immédiat. aa) La Cour de céans a déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette question et en a conclu qu'il n'est pas possible de transformer a posteriori un licenciement ordinaire en un licenciement pour de justes motifs pour pallier des erreurs de procédure. Du moment que l'employeur a choisi la voie de la résiliation ordinaire des rapports de service, il doit respecter les garanties que cette procédure accorde aux collaborateurs touchés. En revanche, si des faits nouveaux susceptibles de donner lieu à un licenciement avec effet immédiat se produisent postérieurement à l'ouverture de la procédure ordinaire, l'autorité d'engagement aura la faculté d'ouvrir une seconde procédure en lieu et place de la première, qui pourra consister en une procédure de renvoi pour justes motifs (arrêt TC FR 601 2012 74 du 26 avril 2013 consid. 5c in RFJ 2013 p. 190 s.). bb) En l'occurrence et comme indiqué ci-dessus, les recourantes ont opté pour la procédure de licenciement ordinaire au sens des art. 37 ss LPers. Entre la prise de connaissance des motifs de licenciement le 4 avril 2014 et la décision de licenciement du 24 juillet 2014, aucun fait nouveau ne s'est produit. La situation est restée identique, voire se serait même améliorée, en ce sens que l'intimé a continué à exercer son activité pendant cette période et a collaboré avec une nouvelle secrétaire de sexe féminin, sans problème apparent. Aucun élément nouveau n'est même survenu depuis l'avertissement de février 2014. C'est donc à juste titre que l'autorité intimée a exclu la possibilité de convertir la procédure de résiliation ordinaire en une procédure de licenciement pour justes motifs.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 11 e) Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de tenir pour établi que les recourantes ont bel et bien opté pour une procédure de licenciement ordinaire, de sorte qu'elles devaient respecter l'ensemble des garanties prescrites par cette procédure.

E. 3

a) Or, selon l'art. 39 LPers, en cas de résiliation ordinaire des rapports de service selon l'art. 37 LPers, le licenciement est précédé d'au moins un avertissement écrit et motivé donné suffisamment tôt pour permettre au collaborateur de répondre aux exigences du poste. L'avertissement consiste d'ailleurs en la première étape de la procédure de résiliation ordinaire. L'art. 29 al. 2 RPers indique la teneur d'une telle injonction, laquelle doit être assortie d'un délai. A la simple lecture de la loi, cet avertissement apparaît clairement comme une condition obligatoire de la procédure de résiliation ordinaire des rapports de service, les art. 39 LPers et 29 al. 2 RPers n'étant pas formulés en des termes potestatifs, contrairement à ce qui vaut en cas de licenciement extraordinaire. Dans ce dernier cas en effet, l'art. 45 al. 2 LPers prescrit un avertissement « [l]orsque les circonstances le permettent » et l'art. 32 al. 2 RPers réserve ce type d'incombance « [s]elon la nature du motif supposé et si le lien de confiance avec le collaborateur ou la collaboratrice n'est pas définitivement rompu ». En somme, il apparaît que la procédure de licenciement ordinaire requiert nécessairement, sans exception possible, le prononcé d'un avertissement, tandis que la procédure de licenciement pour justes motifs n'en exige un qu'en présence de circonstances spéciales. Dans le message de la loi, il est indiqué par ailleurs expressément

que le licenciement doit être précédé d'un avertissement, voire même de plusieurs avertissements (Message accompagnant le projet de LPers, Bulletins des séances du Grand Conseil, BGC 2001 p. 1008, 1019). Quant à la jurisprudence cantonale, elle confirme sans équivoque le caractère indispensable de l'avertissement en procédure ordinaire, sous peine de se voir sanctionner pour résiliation viciée des rapports de services (arrêt TC FR 601 2012 74 précité consid. 5c in RFJ 2013 p. 190 s. et arrêt TC FR 601 2009 1 du 9 juin 2010 consid. 2a). b) Les arrêts du Tribunal fédéral 8C_702/2012 du 24 janvier 2013 et 8C_585/2014 du 29 mai 2015 auxquels se réfèrent les recourantes ne leur sont d'aucun secours à cet égard, cette jurisprudence se rapportant ni à un état de fait similaire ni à une législation équivalente à la LPers fribourgeoise. Dans la première affaire, il est question d'un licenciement avec renvoi immédiat, régi par un règlement communal vaudois. Or, la présente cause concerne une procédure de licenciement ordinaire, soumise à la LPers du canton de Fribourg. Contrairement à ce qui est prescrit dans d'autres législations et comme indiqué ci-dessus, la LPers en question impose sans exception possible un avertissement dans le cadre d'une procédure de licenciement ordinaire. La deuxième affaire se base sur la loi cantonale neuchâteloise soumettant l'avertissement dans le cadre d'une procédure ordinaire à deux conditions alternatives. Or, l'art 39 LPers impose sans condition un avertissement préalable. c) Au vu de ce qui précède, selon la procédure ordinaire de résiliation des rapports de service, les recourantes n'étaient pas en droit de licencier leur collaborateur avant d'avoir réexaminé sa situation au terme de la période probatoire signifiée par un avertissement.

E. 4

a) En effet, selon l'art. 29 al. 2 RPers, l'avertissement doit indiquer les carences constatées et fixer un délai au collaborateur pour y remédier. D'après l'al. 3 de cette même disposition, au terme du délai fixé dans la lettre d'avertissement, il est procédé à une nouvelle évaluation. Si celle-

Tribunal cantonal TC Page 9 de 11 ci démontre que les insuffisances constatées persistent, l'autorité d'engagement ouvre la procédure de licenciement. En ce sens, l'avertissement constitue un rappel adressé à l'agent public, une mise en garde destinée à éviter les conséquences désagréables d'un licenciement. Il s'agit, en d'autres termes, d'une mesure visant à protéger l'intéressé puisqu'une résiliation ordinaire ne pourra intervenir qu'après un avertissement écrit resté infructueux (pour le droit fédéral, P. HÄNNI, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, 2008, p. 172). En prévoyant l'obligation de l'avertissement, le législateur a voulu laisser au collaborateur concerné la possibilité de rétablir une situation compromise (arrêt TC FR 601 2012 61 du 21 décembre 2012, consid. 4a). La procédure de réévaluation est, à l'instar de l'avertissement, une étape obligatoire dans le cadre d'une résiliation ordinaire, puisque c'est l'objectif même de l'injonction que de permettre au collaborateur de s'améliorer. La procédure de licenciement poursuit son cours au-delà de l'avertissement uniquement si la mise en garde reste infructueuse et que le collaborateur n'en tire pas de leçon. Il doit ainsi impérativement être procédé à une nouvelle évaluation au terme du délai fixé dans l'avertissement: les termes de l'art. 29 al. 3 RPers sont très clairs à cet égard et ne souffrent aucune interprétation. En somme, ces deux étapes sont indissolublement liées, de sorte que l'autorité d'engagement doit nécessairement procéder à une nouvelle évaluation de la situation professionnelle du collaborateur après lui avoir signifié un avertissement. b) En l'espèce, l'avertissement menaçait le collaborateur d'une résiliation « [...] s'il devait y avoir un nouvel événement avéré ». Or, aucun fait nouveau ne s'est produit depuis sa notification. Entre février 2014 et la décision de licenciement du 24

juillet 2014, la situation n'a en outre fait l'objet d'aucune réévaluation. Sans se référer nécessairement aux seuls résultats de la thérapie imposée à l'intimée ou aux excuses présentées à sa victime, il y a lieu de constater que les recourantes n'ont rien entrepris pour établir un bilan global et actuel de la situation professionnelle de l'intimé. Pourtant, ce dernier continuait d'exercer son activité en présence de personnel de sexe féminin. Par conséquent, force est de conclure que les recourantes ont violé les prescriptions légales en matière de procédure de licenciement ordinaire. Partant, le licenciement doit être considéré comme injustifié. c) Aux termes de l'art. 41 LPers, applicable par analogie en vertu de l'art. 70 al. 2 LCo, lorsque les motifs de licenciement se révèlent injustifiés, le collaborateur ou la collaboratrice est maintenu-e dans sa fonction. Toutefois, s'il y a eu cessation de fait des rapports de service et qu'une réintégration du collaborateur ou de la collaboratrice ne soit plus possible, celui-ci ou celle-ci a droit à une indemnité dont le montant maximal est égal à une année de traitement. Il n'incombe pas à l'Autorité de céans d'examiner si une réintégration est envisageable ni, dans la négative, de fixer l'indemnité, cette problématique sortant du cadre du litige. Partant, l'affaire est transmise à l'autorité préfectorale pour qu'elle statue sur ces questions, après avoir consulté les communes.

E. 5

Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, le recours du 21 septembre 2015 doit être rejeté.

a) Selon le législateur fribourgeois, en vertu des art. 133 et 139 CPJA, les collectivités publiques sont exonérées du paiement des frais de procédure et du versement de l'indemnité de partie sauf si leurs intérêts patrimoniaux sont en cause.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 11 D'après la jurisprudence, la notion d'intérêts patrimoniaux recouvre les cas où la collectivité publique agit comme un simple particulier et/ou les cas où sont en cause des intérêts faisant partie de son patrimoine financier, et non pas administratif (arrêt TA FR du 10 avril 1992 in RFJ 1992 199). Lorsqu'une collectivité publique rend une décision à l'égard de l'un de ses collaborateurs, elle n'exerce pas réellement une prérogative découlant de l'accomplissement d'une tâche publique: elle agit comme employeur de la personne et se trouve dans une situation analogue à celle d'un employeur privé exerçant des prérogatives du contrat de travail (arrêt TA FR du 23 février 1994 in RFJ 1994 232). Aussi, lorsque la décision prise entraîne des conséquences pécuniaires, doit-on admettre que ses intérêts patrimoniaux sont en cause et que, par conséquent, la collectivité publique ne bénéficie ni de l'exonération des frais de procédure prévue par l'art. 133 CPJA ni de celle de l'indemnité de partie de l'art. 139 CPJA (arrêts TA FR du 23 février 1994 précité; 1A 2001 92 du 25 avril 2002). b) Selon l'art. 134a al. 2 CPJA, applicable à toutes procédures pendantes au 1er juillet 2016 par le biais de l'art. 4 al. 1 in fine de la loi cantonale du 10 septembre 2015 supprimant le recours au Conseil d'Etat en matière de personnel (ROF 2015_090), des frais de procédures sont perçus lorsque la valeur litigieuse égale au moins celle des prud'hommes, fixée à CHF 30'000.- (113 al. 2 let. d et 114 let. c du code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC ; RSF 272]). En l'occurrence, la valeur litigieuse est très clairement supérieure à CHF 30'000.-, la recourante s'en remettant implicitement à la solution légale prévue par le législateur, lequel privilégie la réintégration. Or, vu l'âge de l'intimé, sa réintégration atteindrait nécessairement la valeur litigieuse de CHF 30'000.-, de sorte que des frais de procédures doivent être perçus (art. 134a al. 2 CPJA a contrario). c) Vu l'issue du recours, notamment sous l'angle financier qui était indirectement le seul véritable enjeu de la procédure, il appartient aux recourantes qui succombent de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA). Pour le

même motif, il n'est pas alloué d'indemnité de partie au mandataire des recourantes (art. 137 CPJA). En revanche, il leur incombe de verser une indemnité de partie au mandataire de l'intimé qui a fait appel à un avocat pour défendre ses intérêts (arrêt TC FR 601 2008 117 du 1er octobre 2008 consid. 4). Considérant la liste de frais produite par Me Luc Esseiva le 1er septembre 2016 et en application du tarif horaire de CHF 250.- prévu par l'art. 8 du Tarif 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 19.17 heures de travail, plus CHF 239.65 de débours, TVA en sus, sera allouée, soit un montant total de CHF 5'434.70 (CHF 4'792.50 d'honoraires + CHF 239.65 de débours + CHF 402.55 de TVA).

Tribunal cantonal TC Page 11 de 11 la Cour arrête: I. Le recours est rejeté. II. Les frais de procédure, par CHF 1200.-, sont mis solidairement à la charge des recourantes. Ils sont compensés par l'avance de frais versée. III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie au mandataire des recourantes. IV. Un montant de CHF 5'434.70 (y compris CHF 402.55 de TVA), à verser au mandataire de l'intimé à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge des recourantes. V. Communication. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation des montants des frais de procédure et de l'indemnité de partie peuvent, 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 20 octobre 2016/ape/sei Présidente Greffière

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