

FR_GERICHTE 601 2018 77 vom 20. November 2018

FR Kantonsgericht, 2018-11-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_601_2018_77

FR: FR_GERICHTE 601 2018 77 du 20 novembre 2018

IT: FR_GERICHTE 601 2018 77 del 20 novembre 2018

Regeste

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

Erwägungen

E. 5

septembre 2016, p. 2-3). D. Or, par la suite, la Commission sociale de l'Entente a pris connaissance d'un courrier adressé au collaborateur par une seconde bénéficiaire de l'aide sociale, laquelle se plaignait également de son comportement (procès-verbal de la séance du 19 septembre 2016, p. 1). Partant, il a été décidé que le collaborateur devait être licencié avec effet immédiat, à moins que des éléments ne viennent infirmer cette décision lors de sa prochaine audition (procès-verbal de la séance du 19 septembre 2016, p. 2). Le 27 septembre 2016, l'assistant social a été invité à se déterminer sur la dernière plainte recensée. Ce dernier a contesté les faits et exposé que les décisions ou mesures qu'il avait dû prendre à l'égard de cette bénéficiaire étaient de nature à cristalliser une certaine rancune. Après avoir demandé au collaborateur de se retirer un instant, la commune l'a licencié séance tenante et lui a remis sa décision écrite en main propre. Celle-ci retient pour l'essentiel que son

Tribunal cantonal TC Page 3 de 13 comportement (gestes déplacés) et/ou les échanges (SMS blessant et offensant, post-it avec propos inadéquats) survenus avec deux collaboratrices de l'administration et les deux bénéficiaires de l'aide sociale étaient totalement inappropriés et pouvaient clairement être assimilés à des atteintes à la personnalité. E. Par décision du 22 janvier 2018, le Préfet de la Veveyse (ci-après: le Préfet) a admis le recours du collaborateur du 24 octobre 2016 et a astreint la commune au versement d'une indemnité de trois de mois de traitement, considérant qu'on ne pouvait pas retenir un comportement de harcèlement, notamment faute de preuves, et que les manquements du collaborateur auraient dû faire l'objet d'un avertissement. L'art. 3 du dispositif prévoyait en outre que le certificat de travail du collaborateur devait être adapté en conséquence. Par nouvelle décision du 29 janvier 2018, le Préfet a complété son jugement et a précisé que du montant de l'indemnité devait être déduite une somme de CHF 3'575.25 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2017 due à la caisse C. _____ de chômage pour les indemnités de chômage versées du 3 octobre 2016 au 31 décembre 2016. Dans le dispositif de cette nouvelle décision, il était précisé que les présentes conclusions annulaient et remplaçaient les conclusions du 22 janvier 2018. F. Agissant le 1er mars 2018, la commune de A. _____ a interjeté recours devant le Tribunal cantonal et a conclu, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision du 29 janvier 2018 et à la confirmation de celle du 27 septembre 2016. A l'appui de ses conclusions, elle fait essentiellement valoir que le Préfet s'est fondé sur une définition trop restrictive du harcèlement sexuel et qu'il en va de même de son interprétation des conditions permettant le prononcé d'un renvoi avec

effet immédiat. G. Par missive du 6 avril 2018, la caisse C. _____ de chômage s'est adressée au Préfet et a requis que le jugement du 29 janvier 2018 soit révisé dans le sens où un montant de CHF 6'488.40 devait lui être versé en lieu et place des CHF 3'575.25 figurant dans la décision attaquée, puisqu'il ne s'agissait que d'un montant provisoire comme indiqué dans son intervention du 16 décembre 2016. H. Invité à se déterminer, le 19 avril 2018, le Préfet a conclu au rejet du recours et a invité la Cour de céans à revoir le montant alloué à la caisse de chômage dans le sens de ses conclusions. Le 28 mars 2018, le collaborateur a formulé des observations. Il a conclu au rejet du recours, à ce que son indemnité pour licenciement injustifié soit augmentée à six mois et à ce que son certificat de travail soit adapté. I. Par courrier du 18 mai 2018, la caisse C. _____ de chômage intéressée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision du 29 janvier 2018 sous réserve de la modification des prétentions qui lui sont dues, pièces à l'appui. J. Par courrier du 26 octobre 2018, le Tribunal cantonal a informé cette dernière que son intervention portait sur une indemnité sui generis, laquelle ne constituait pas du salaire, excluant ainsi une subrogation de sa part et lui a imparti un délai pour se déterminer à cet effet. Par missive du 14 novembre 2018, la caisse de chômage C. _____ a confirmé ses conclusions.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 13

Aucun autre échange d'écritures n'a eu lieu entre les parties. Il sera fait état des arguments développés par celles-ci à l'appui de leurs conclusions dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la résolution du présent litige.

en droit 1. 1.1. Déposé dans le délai et les formes prescrits, le recours de la commune est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. c du code fribourgeois 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. En revanche, force est de constater que la conclusion de l'intimé B. _____ relative à la fixation de l'indemnité pour licenciement injustifié - prise bien après l'échéance du délai de recours et uniquement dans le cadre des observations requises - est irrecevable, la possibilité de déposer une demande reconventionnelle n'étant pas admissible en procédure administrative, hormis dans le cas d'une action (cf. art. 95 al. 1 CPJA; cf. art. 101 CPJA; cf. BOVAY, Procédure administrative, 2015, p. 669; cf. a contrario art. 224 du code du 19 décembre 2008 de procédure civile, CPC; RS 272). Partant, si l'intéressé entendait demander l'augmentation de l'indemnité fixée par le Préfet, il lui incombait de former recours dans le délai imparti.

1.2. 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).

2. 2.1. Aux termes de l'art. 70 de la loi cantonale du 25 septembre 1980 sur les communes (LCo; RSF 140.1), applicable aux associations de communes en vertu de l'art. 126 LCo, 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 présente loi, les dispositions de la loi cantonale du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers; RSF

122.70.1), hormis les art. 4 à 23, 131a, 132 al. 1 et 2 et 133 al. 1, 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 13 2.2. En l'occurrence, d'après l'art. 4 al. 1, 1ère phr. et al. 3, 1ère phr. de la convention intercommunale établie en 2015 par les communes membres de l'Entente, A. _____ fonctionne comme commune pilote et son propre règlement du personnel est applicable. Conformément à l'art. 70 al. 1 LCo, dite commune a adopté, au mois de décembre 2013, son règlement du personnel (RP). A relever que ce dernier ne règle pas la question des conséquences liées à une procédure de résiliation viciée, de sorte que les dispositions de la législation cantonale sur les effets du licenciement injustifié (cf. art. 41 LPers) sont cas échéant appliquées par analogie selon l'art. 70 al. 2 LCo et l'art. 82 RP. 3.

3.1. A l'instar de la législation cantonale en matière de personnel, le droit communal applicable prévoit deux procédures de licenciement distinctes, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire. A teneur de l'art. 22 RP, lorsque le collaborateur ou la collaboratrice ne répond pas ou plus aux exigences de la fonction pour des motifs liés à ses aptitudes ou à son comportement, le Conseil communal peut résilier les rapports de service trois mois à l'avance pour la fin d'un mois (al. 1). Lorsque la résiliation est motivée par le comportement du collaborateur ou de la collaboratrice, elle doit être précédée d'un avertissement écrit ayant donné la possibilité au collaborateur ou à la collaboratrice de s'amender (al. 2). Dans tous les cas, les rapports de service ne peuvent être résiliés pour les motifs visés à l'art. 12 al. 2, ni non plus en raison d'activités syndicales. Sont réservés les cas où le comportement du collaborateur ou de la collaboratrice aurait pour effet de perturber la bonne marche du service (al. 3). Selon l'art. 23 RP, en cas de manquements graves ou répétés aux devoirs de service, pour d'autres raisons graves, ou pour d'autres motifs entraînant notamment une rupture du lien de confiance et qui, selon les règles de la bonne foi ne permettent plus la continuation des rapports de service, le Conseil communal peut ordonner le renvoi du collaborateur ou de la collaboratrice avec effet immédiat (al. 1). Lorsque les circonstances le permettent, le renvoi est précédé d'un avertissement écrit au sens de l'art. 22 al. 2 (al. 2).

3.2. Comme en droit privé, la résiliation pour de justes motifs, en tant que mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail mais d'autres incidents peuvent également justifier une résiliation immédiate. Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui du congé immédiat aient entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (arrêt TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018 consid. 4.3.2 et les références citées). Il ne suffit donc pas que la continuation du contrat soit simplement insupportable pour la partie qui le résilie. Bien plutôt, ce ressenti doit aussi apparaître soutenable d'un point de vue objectif (arrêt TAF A-6627/2016 du 11 avril 2017 consid. 4.2, confirmé in arrêt TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018). Savoir si le comportement incriminé atteint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret (arrêt TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018 consid. 4.3.2 et les références citées). Selon la doctrine et la jurisprudence, la résiliation pour de justes motifs n'est légitime que si la poursuite des rapports de service est intolérable pour l'autorité. En d'autres termes, cette résiliation n'est possible que si la poursuite des rapports de service met en cause l'intérêt public et surtout la confiance de l'autorité dans ses agents, ainsi que le bon fonctionnement du service. Le critère de savoir ce que l'autorité peut tolérer est essentiel (KNAPP, La violation du

Tribunal cantonal TC Page 6 de 13 devoir de fidélité, cause de cessation de l'emploi des fonctionnaires fédéraux in RDS 103/1984 I p. 511). Les justes motifs peuvent être de toute nature (arrêt TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018 consid. 4.3.2 et les références citées). Certains sont des événements ou des circonstances que le collaborateur ne pouvait éviter; d'autres sont des activités, des comportements, des situations imputables à l'intéressé (arrêts TF 8C_638/2016 du 18 août 2017 consid. 4.2; 8C_585/2014 du 29 mai 2015 consid. 5.2; 8C_780/2012 du 11 février 2012 consid. 5.2.1). Ainsi, le renvoi pour de justes motifs n'implique pas nécessairement une faute de l'agent (cf. arrêt TF 8C_638/2016 du 18 août 2017 consid. 4.2). On peut ainsi distinguer les causes de cessation de l'emploi dues au fait du collaborateur (incapacité, non-respect des conditions d'éligibilité, justes motifs tenants à la personne) des causes tenant à l'intérêt public, par exemple lorsque, par sa seule présence, le fonctionnaire perturbe le déroulement du service, notamment en cas de conflit de personnalités au sein d'un même service (KNAPP, p. 645 s.; ATF 126 I 33 consid. 3; RDAF 1997 I p. 81).

3.3. Lorsqu'elle se prononce sur un renvoi pour de justes motifs, l'autorité doit tenir compte de toutes les circonstances du cas concret, notamment de la situation, de la place occupée et de la responsabilité de l'agent (arrêts TF 2P.273/2000 du 11 avril 2001 consid. 3a/dd et les références citées; cf. 8C_301/2017 du 1er mars 2018 consid. 4.3.2). Elle dispose, en présence de justes motifs, d'une liberté d'appréciation dans le choix de la sanction (modification ou résiliation des rapports de service), laquelle est toutefois subordonnée au principe de proportionnalité. Une mesure y contrevient si elle excède le but visé et qu'elle ne se trouve pas dans un rapport raisonnable avec celui-ci et les intérêts, en l'espèce publics, compromis (arrêt TF 8C_780/2012 du 11 février 2012 consid. 5.2.; WYLER/BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique, 2017, p. 20).

En droit de la fonction publique, le principe de la proportionnalité est notamment concrétisé par l'obligation ou non pour l'autorité de signifier à son collaborateur un avertissement (cf. arrêt TAF A- 5420/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.4.1). Le Tribunal fédéral considère en effet que seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie un licenciement avec effet immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une telle résiliation que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2 et les arrêts cités; arrêt TF 8C_301/2017 du 1er mars 2018 consid. 4.3.2; cf. ROSELLO in DUNAND/MAHON [éd.], Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, 2016, p. 244). Dans la réglementation communale en cause, à l'instar de ce que prévoit la législation cantonale (cf. art. 39 et 44 al. 2 LPers), l'avertissement est obligatoire en procédure ordinaire de licenciement (cf. art. 22 al. 2 RP) et peut être imposé dans certaines circonstances en cas de renvoi avec effet immédiat (cf. art. 23 al. 2 RP).

4. 4.1. Dans le cas particulier, il s'agit de relever à titre préliminaire que le dossier de la cause ne contient aucun procès-verbal d'audition à proprement parler, excepté celui du 27 septembre 2016, les entretiens du collaborateur étant succinctement résumés dans des PV de séance du conseil communal. Il en va de même des déclarations des quatre interlocutrices féminines, lesquelles sont pour la plupart rapportées, voire interprétées, parfois avec partialité.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 13 4.2. Après examen, avec le Préfet, il faut admettre que les faits prétendument constitutifs d'un juste motif au sens de l'art. 23 RP n'étaient pas suffisamment étayés, l'instruction de la commune, focalisée uniquement sur les propos des précitées, étant lacunaire. L'existence d'un soi-disant harcèlement sexuel procède bien plutôt d'un amalgame entre quatre situations.

4.2.1. S'agissant de la première dénonciatrice, force est de constater que les deux interventions litigieuses du collaborateur ont été jugées hors

contexte, sans que son avis n'ait réellement été pris en compte. Concernant le post-it, l'assistant social a affirmé l'avoir rédigé après que la bénéficiaire, sur ses conseils, ait accepté de changer la photo de son curriculum vitae. Il aurait ainsi voulu valoriser l'estime de soi de la plaignante (cf. procès-verbal de la séance du 5 septembre 2016; cf. recours du collaborateur devant le Préfet du 8 novembre 2016). La commune ayant refusé de consulter le dossier du service social, il n'est pas possible de vérifier cette version des faits. Pour ce qui du SMS, il convient de souligner que c'est la bénéficiaire qui a initié l'échange, en lui écrivant "Bonjour Monsieur, vous voulez détruit ma vie ? D'abord vous annulez l'appartement et Mnt mon apprentissage? Ca c'est fait pas!" (sic). D'après l'assistant social, la dénonciatrice l'aurait contacté par téléphone pour lui dire qu'elle ne remplirait plus ses obligations étant donné qu'il avait refusé de cautionner l'appartement et d'avaliser son apprentissage, ce qui avait donné lieu au SMS litigieux reproduit dans la partie en fait ci-dessus (cf. recours du collaborateur devant le Préfet du

E. 5.1

Aux termes de l'art. 8 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage à plusieurs conditions cumulatives, dont notamment s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11) (let. b). A teneur de l'art. 11 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (al. 1).

Tribunal cantonal TC Page 10 de 13 N'est pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (al. 3). La perte de travail est prise en considération même si l'assuré a touché des indemnités pour des heures supplémentaires non compensées ou une indemnité de vacances à la fin de ses rapports de travail et même si une telle indemnité de vacances était comprise dans son salaire. Le Conseil fédéral peut édicter une réglementation dérogatoire pour des cas particuliers (al. 4). Le Conseil fédéral règle la prise en considération de la perte de travail en cas de suspension provisoire d'un rapport de service fondé sur le droit public (art. 10, al. 4) (al. 5). Les notions de "salaire" et "d'indemnité pour cause de résiliation anticipée" recouvrent en principe celle de salaire déterminant au sens de la législation du 20 décembre 1946 sur l'assurance- vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) (ATF 139 V 384 consid. 5.3.1). D'après l'art. 29 LACI, si la caisse a de sérieux doutes que l'assuré ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité au sens de l'art. 11, al. 3, ou que ces prétentions soient satisfaites, elle verse l'indemnité de chômage (al. 1). En opérant le versement, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée par la caisse (al. 2, 1ère phr.).

E. 5.2.1

Aux termes de l'art. 337c du code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220), intitulé "Fin des rapports de travail / IV. Résiliation immédiate / 2. Conséquences / b. Résiliation injustifiée", lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cassation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a

intentionnellement renoncé (al. 2). Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (al. 3). D'après la doctrine et la jurisprudence, la première prétention (cf. art 337c al. 1 CO) se traduit par le montant de la rémunération dont le salarié aurait bénéficié durant le délai de congé normalement applicable (WITZIG, Droit du travail, 2018, n. 904). Autrement dit, il s'agit d'allouer au travailleur le montant qu'il aurait perçu pendant sa période de préavis (cf. arrêt TF 4A_474/2010 du

E. 5.2.2

En droit de la fonction publique, la situation est quelque peu différente de celle du régime du CO, les législateurs cantonaux n'ayant pas nécessairement prévu deux prétentions distinctes, l'une afférente au salaire, et l'autre au "tort moral", alors que sous l'angle de la subrogation, la nature de l'indemnité est pourtant déterminante (pour des contre-exemples avec deux indemnités, cf. art. 34b de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, LPers; RS 172.220.1 et l'art. 61 LPers-VD, qui renvoie au CO). Aux termes de l'art. 41 LPers, 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. Sous l'ancienne loi fribourgeoise du 22 mai 1975 sur le statut du personnel de l'Etat (aLStp), bien avant l'introduction d'une disposition prévoyant les conséquences du licenciement injustifié, force est de relever que le Tribunal cantonal avait admis l'application des art. 336 ss CO, en particulier de l'art. 336a CO, lequel se réfère à une indemnité sui generis (cf. arrêt TA FR 1A 2001 92 du 25 avril 2002 consid. 2a et 3). Ensuite, la conception est restée inchangée, avec l'adoption, en 2003, de l'art. 48 aLPers (actuel art. 41 LPers); les travaux parlementaires révèlent en effet que dite indemnité doit être fixée selon l'étendue du dommage, à l'exclusion notamment de la notion de préavis (cf. Message accompagnant le projet de LPers, BGC 2001 p. 1008, 1019; cf. sixième séance du 9 octobre 2001 au sujet du projet de loi sur le personnel de l'Etat, BGC 2001 p. 1370, 1373). Ce point de vue est partagé par la doctrine, qui considère que la réparation versée aux employés de droit public licenciés de manière injustifiée qui ne peuvent pas être réintégrés doit être rapprochée: - de l'indemnité versée pour licenciement abusif en vertu de l'art. 336a CO (cf. ROSELLO, n. 646; POLEDNA, Annäherungen ans Obligationenrecht in HELBLING/POLEDNA, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, 1999, p. 231-231; BINDSCHEDLER TORNARE, Droit administratif cantonal, l'indemnisation pour licenciement contraire au droit in Regards de marathoniens sur le droit suisse, 2015, p. 327) ou - de l'indemnité pour résiliation injustifiée au sens de l'art. 337c al. 3 CO (cf. ROSELLO, n. 646, qui se réfère à l'arrêt TC GE ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014, qui qualifie la nature de l'indemnité prévue par les statuts d'un employeur de droit public qui ont une teneur similaire à l'art. 41 LPers). A l'instar du Tribunal genevois dans un arrêt relativement récent, l'Instance de céans est d'avis que l'indemnité compensatoire de la LPers est de même nature et vise le même but que celles précitées du droit privé. Un congé injustifié constituant toujours un acte illicite en droit de la

Tribunal cantonal TC Page 12 de 13 fonction publique, l'indemnité de l'art. 41 LPers a elle aussi une double finalité, punitive et réparatrice. Elle revêt dès lors le caractère d'une sanction (cf. arrêt TC GE ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014 consid. 12b et les

références citées). Par conséquent, sous l'angle du droit au chômage, elle ne constitue pas du salaire ou une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, et ce, même si elle est calculée en fonction du traitement du collaborateur. En outre, le fait que son montant soit également, dans une certaine mesure, destinée à réparer le préjudice économique subi par l'agent des collectivités n'y change rien (cf. arrêt TC GE ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014 consid. 12b). Partant, lorsque l'employeur verse une indemnité compensatoire, la caisse de chômage qui a versé ses indemnités dès le licenciement de l'assuré n'est pas subrogée aux droits de celui-ci en vertu de l'art. 29 LACI (cf. arrêt TC GE ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014 consid. 14). Un tel raisonnement paraît conforme à la volonté du législateur fribourgeois, qui a sciemment renoncé à instaurer deux indemnités distinctes, par opposition au CO. En outre, il permet également de garantir un certain équilibre entre le montant des prestations prévues par le droit privé et par le droit public. Considérant en effet que l'employé de l'Etat de Fribourg ne perçoit qu'une seule indemnité, qui ne parvient pas dans certaines circonstances à compenser la perte de salaire correspondant au délai de résiliation de trois mois dont aurait pu bénéficier le travailleur de droit privé (cf. art. 37 LPers), il paraît équitable de ne pas considérer cette indemnité comme du salaire. Ainsi, comme le Tribunal cantonal l'a toujours retenu dans sa jurisprudence, même à l'époque où l'art. 41 LPers n'existait pas, l'indemnité LPers revêt un caractère sui generis et s'apparente à une peine conventionnelle que le juge doit fixer en équité. Compte tenu de sa fonction punitive et réparatrice, l'indemnité doit avant tout être fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur, laquelle sera surtout déterminée par les motifs de congé, une éventuelle faute concurrente de l'employé, la manière dont s'est déroulé le licenciement ainsi que par la nature des relations de travail (arrêt TA FR 1A 2001 92 du 25 avril 2002 consid. 3; arrêt TC FR 601 2016 252 du 2 février 2017). Le fait que l'employé ait ou non retrouvé un emploi constitue un élément parmi d'autres à prendre en considération dans la fixation du montant de l'indemnité, mais n'est pas décisif à lui seul (cf. arrêt TF 8C_421/2016 du 17 août 2015 consid. 3.4.2).

E. 5.3

Partant, la nature de l'indemnité de l'art. 41 LPers empêche par définition la subrogation. Les conclusions de la caisse de chômage C._____ doivent dès lors être rejetées, et la décision attaquée modifiée en ce sens. S'agissant de la fixation de l'indemnité à proprement parler, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, elle est confirmée dans son résultat, étant rappelé que la conclusion de l'intimé sur ce point est irrecevable. 6. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours est rejeté. La décision préfectorale est toutefois modifiée s'agissant des prétentions de la caisse de chômage, lesquelles sont rejetées. Selon l'art. 134a al. 2 CPJA, 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 CPC). En

Tribunal cantonal TC Page 13 de 13 l'occurrence, les conclusions de la commune recourante étant inférieures à CHF 30'000.-, aucun frais de procédure ne peut être perçu. Dès lors qu'elle succombe, aucune indemnité de partie ne lui est allouée (cf. art. 137 CPJA). la Cour arrête: I. Le recours est rejeté. La décision de la Préfecture de la Veveyse du 29 janvier 2018 est confirmée, sous réserve de l'article 5 de son dispositif, lequel est annulé. II. Les conclusions prises par la Caisse C._____ de chômage devant le Tribunal cantonal le 18 avril 2018 sont rejetées. III. La conclusion de B._____ relative à l'augmentation de son indemnité pour licenciement injustifié est irrecevable. IV. Il n'est pas perçu de frais de

procédure. V. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. VI. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lucerne, dans les 30 jours dès sa notification. Fribourg, le 20 novembre 2018/ape/smo La Présidente: La Greffière:

E. 8

novembre 2016). A la lecture du dossier de la cause, on ne peut que déceler une relation conflictuelle entre les deux protagonistes, illustrée notamment par une ordonnance pénale rendue le 12 avril 2017. Selon celle-ci, le compagnon de la bénéficiaire a été condamné pour utilisation abusive d'une installation de télécommunication, pour avoir menacé le collaborateur le 9 août 2016 en lui disant que s'il voulait garder son emploi, il devait accepter les demandes de son amie. S'il est certes indéniable que ces explications n'empêchent pas de qualifier le comportement de l'intéressé de trop familier et de non-professionnel, elles permettent de replacer les faits dans leur contexte. 4.2.2. Concernant les deux collègues de l'administration, la première collaboratrice aurait rapporté au syndic, vraisemblablement à sa demande, qu'au souper du personnel, le collaborateur avait constamment sa main droite dans son dos et sa main gauche sur son épaule. En outre, son front était pratiquement posé sur elle quand il lui parlait et il n'arrêtait pas de piquer dans les assiettes des autres (cf. procès-verbal de la séance de la commune du 5 septembre 2016). Quant à la seconde, elle aurait confirmé au syndic qu'à une époque, elle recevait des demandes très explicites par SMS de la part de l'assistant social, qui lui aurait également demandé son adresse e-mail personnelle, soi-disant pour mieux la draguer. Une fois qu'elle lui aurait demandé de cesser, il y aurait eu des répercussions sur le dossier de son frère, bénéficiaire de l'aide sociale. Elle aurait écrit à la commission à ce sujet (cf. procès-verbaux des séances de la commune du 29 août et du 5 septembre 2016). Là encore, l'instruction lacunaire, menée à charge exclusivement, prête le flanc à la critique. Aucune des deux collaboratrices n'a réellement été auditionnée. Leurs prétendues déclarations et plaintes sont uniquement rapportées via le syndic lors des séances. En outre, du dossier de la cause, il ne ressort ni SMS, ni courrier à la commission.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 13 Interrogé brièvement à ce sujet, le collaborateur a précisé que sa demande d'adresse e-mail était motivée par le fait que sa collègue avait procuration sur les affaires de son frère, et qu'il voulait ainsi obtenir ses coordonnées privées pour faciliter le traitement du dossier de ce dernier. D'après lui, il n'avait quasiment pas discuté avec la patrouilleuse scolaire lors de la soirée du personnel et était ainsi étonné de ses doléances. 4.2.3. Après avoir pris connaissance de ces trois situations, le conseil communal a initialement décidé lors de sa séance du 30 août 2016 d'adresser au collaborateur un avertissement lui indiquant clairement qu'en cas de récidive, son contrat de travail serait résilié avec effet immédiat. Cependant, "[d]epuis cette détermination [...], la Commission sociale a reçu un nouveau courrier de plainte [...] de la part [...] [d'une] bénéficiaire du service social" (procès-verbal de la séance de la commune du 19 septembre 2016). Adressé au collaborateur mais ouvert pendant ses vacances par sa collègue, le courrier avait la teneur suivante: "[...] Après se qui sait passé, et je vous ait déjà écrit à propos de ça, j'arrivais plus à venir et resté seule avec vous, ont ma conseillé à parle de ça avec vous mon avocate me la dit, le chômage ne ma plus donné de nouvelle car je me suis inscrit et inscrit pus desinscrit! Il faudrait que vous me versé aux plus vite, chaque que j'écoute le rengistrement je pleure! Pour quoi vous avez fait ça!!! Ce n'est pas car j'ai besoin de votre aide qu'il faut faire sa!!! Je vous ai appelé au Bureaux plusieurs fois, mais sans réponse j'espère que vous allé faire le [nécessaire]! Salutation à votre familles!" (sic).

"Aussi, [...] [une des] membre[s] de la Commission sociale [...] a interrogé téléphoniquement la personne concernée et celle-ci lui a communiqué que lors d'une visite au service social (avant l'été), elle s'était retrouvée seule avec B._____ dans son bureau et qu'il l'avait prise dans ses bras et avait tenté de l'embrasser. Elle a dû le repousser. Depuis, ne voulant plus le voir, elle a renoncé à se présenter au service social ce qui a engendré la suspension de l'aide" (procès-verbal de la séance de la commune du 19 septembre 2016). Interrogé à ce sujet le 27 septembre 2016, le collaborateur a nié qu'il y ait eu contact physique entre lui et la bénéficiaire et a évoqué un moment tendu entre eux, à propos d'une amende qu'elle aurait reçue, dont l'existence a été confirmée par l'autorité préfectorale. Dans ses observations devant le Préfet le 5 mai 2017, l'intéressé a ajouté que la bénéficiaire avait violé le principe de subsidiarité et que sur l'enregistrement relaté dans le courrier litigieux, l'assistant social lui exposait dès lors que, compte tenu de la clôture de ses dossiers auprès de l'ORP en raison du fait qu'elle ne remplissait pas les obligations lui incombant, l'aide sociale serait suspendue voire arrêtée. En outre, il lui aurait signalé à cette occasion avoir pris contact avec la justice de paix, ce qui expliquait les termes "pourquoi vous avez fait ça" (cf. recours du 8 novembre 2016 du collaborateur devant le Préfet, p. 4). Lors de sa séance du 19 septembre 2016, soit bien avant que le collaborateur n'ait pu se déterminer sur les déclarations de la seconde bénéficiaire, la commune concluait pourtant déjà que "[d]ès lors, vu que ces propos corroborent ceux déjà tenus par Mlle [...], la Commission sociale estime que le comportement de B._____ n'est clairement pas adapté à sa situation professionnelle et qu'il devrait être relevé de sa fonction avec effet immédiat [...] la commission sociale estime qu'il n'est plus possible de travailler avec B._____, la relation de confiance étant rompue. [Elle] relève néanmoins l'importance de procéder à un licenciement "dans les règles" de sorte à éviter tout recours [...] Il faut cependant entendre [B._____] pour connaître son opinion sur la situation, [...] ceci pour éviter un motif de recours. [...] [Elle] propose par conséquent que

Tribunal cantonal TC Page 9 de 13 [B._____] soit licencié avec effet immédiat, si lors de l'entretien, aucun élément ne permet d'infirmier cette décision." Si cette façon de procéder pose déjà de sérieux doutes sous l'angle du respect du droit d'être entendu, elle illustre une instruction lacunaire de la commune recourante, qui n'a pas été en mesure d'appréhender les quatre situations pour elles-mêmes, alors qu'elle était appelée à instruire notamment à décharge. 4.2.4. Etant souligné que les propos du collaborateur ne paraissaient pas incohérents, c'est à tort que la recourante n'a pas pris la peine de consulter les dossiers du service social, afin d'appréhender la relation conflictuelle qu'il pouvait y avoir entre l'assistant social et les bénéficiaires, ainsi que les enjeux qui étaient en cause. Un rapide coup d'œil à celui du frère de sa collègue, prétendument prétérité suite au refus de cette dernière de céder à ses avances, aurait également été opportun pour trancher entre les différentes versions des faits. Au vu de ce qui précède, force est de constater que les reproches faits au collaborateur ne sont pas établis à satisfaction de droit. Sur cette base, le Préfet ne pouvait pas retenir un comportement de harcèlement sexuel de sa part. 4.3. Reste à déterminer si l'attitude du principal intéressé était en revanche de nature à donner lieu à une procédure de licenciement pour d'autres raisons. Il en effet incontestable qu'il porte une certaine responsabilité dans la détérioration de ses relations de travail. Peu professionnel, familial et relativement agressif dans les propos adressés notamment à la première bénéficiaire, la conduite de l'assistant social n'était en effet pas exempte de reproches, étant souligné qu'il paraissait peu enclin à se remettre en question. De l'avis du Tribunal cantonal, la gravité des faits n'est pas établie, en tous les cas pas au point de justifier un licenciement

sans que le collaborateur n'ait eu la chance de s'amender. Un avertissement aurait de toute manière dû être signifié à l'intimé, la question pouvant rester ouverte de savoir si cette injonction aurait dû l'être dans le sens de l'art. 22 al. 2 RP ou de l'art. 23 al. 2 RP. 4.4. Il s'ensuit qu'en application du principe de la proportionnalité (cf. consid. 3.3), le Préfet n'a commis aucun excès ni abus de son pouvoir d'appréciation en considérant que le licenciement avec effet immédiat prononcé par la commune était injustifié et devait donner lieu à une indemnité au sens de l'art. 41 LPers, à défaut de disposition en ce sens dans la législation communale (cf. consid. 2.2). 5. Cela dit, il convient de déterminer si le Préfet était en droit de rétrocéder une partie de cette indemnité à la caisse de chômage, la jurisprudence fribourgeoise méritant d'être précisée sur ce point.

E. 12

janvier 2011 consid. 2.2.1). Quant à la seconde indemnité de l'art. 337c al. 3 CO, elle est de même nature que celle de l'art. 336a CO et est à la fois réparatrice et punitive, s'apparentant à une peine conventionnelle (ATF 135 III 405 consid. 3.1; arrêt TF 4A_431/2017 du 2 mai 2018 consid. 6.1; WITZIG, n. 909; WYLER, Droit du travail, 2014, p. 609). Pour fixer cette indemnité, le juge peut notamment prendre en considération la durée des rapports de travail, l'âge de l'employé, sa position dans l'entreprise, la situation sociale et économique des deux parties (ATF 123 III 391 consid. 3c; 121 III 64 consid. 3c; arrêt 4A_215/2011 consid. 7.2). Par "droit à une indemnité pour résiliation anticipée des rapports de travail" au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, on fait référence notamment à la prétention fondée sur l'art. 337c al. 1 CO (ATF 143 V 161 consid. 3.2). Par rapport à celle-ci, sous l'angle du droit du chômage, la subrogation est autorisée (cf. arrêt TF 4C.244/2001 du 9 janvier 2002 consid. 2). En revanche, les indemnités fondées sur les art. 336a et 337c al. 3 CO ne font pas partie du salaire déterminant au sens de la législation sur

Tribunal cantonal TC Page 11 de 13 l'AVS (ATF 123 V 5 consid. 5; RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 34 ad art. 11). Autrement dit, leurs versements ne font pas obstacle à la prise en considération d'une perte de travail. Cela implique dès lors qu'aucune subrogation de la caisse de chômage n'est envisageable s'agissant de cette indemnité sui generis, punitive et réparatrice de l'art. 337c al. 3 CO (cf. RUBIN, n. 16 ad art. 29; cf. arrêt TF 4C.244/2001 du 9 janvier 2002 consid. 2).

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