

JU_GERICHTE ADM 2022 57 vom 27. April 2023

JU Tribunal cantonal, 2023-04-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju_gerichte_ADM_2022_57

FR: JU_GERICHTE ADM 2022 57 du 27 avril 2023

IT: JU_GERICHTE ADM 2022 57 del 27 aprile 2023

Regeste

Licenciement à l'Hôpital du Jura - Indemnités de salaire et réparatrice | autres

Erwägungen

E. 2

B. Le 25 octobre 2021, la recourante a fait l'objet d'un avertissement écrit au sens de l'art. 2.5.2 lettre b CCT, au motif qu'elle ne s'était pas soumise au dépistage salivaire hebdomadaire exigé du personnel des institutions de soins de l'H-JU (PJ)

E. 2.1

La Cour administrative est saisie soit par la voie du recours de droit administratif, soit par la voie de l'action de droit administratif. Les contestations dans lesquelles l'action est en principe ouverte sont énumérées de manière exhaustive à l'article 147 Cpa (BROGLIN/WINKLER DOCOURT/MORITZ, Procédure administrative et juridiction constitutionnelle – Principes généraux et procédure jurassienne, 2ème éd., 2021, n° 544 p. 224). Cette disposition doit être mise en parallèle avec les art. 146 et 168 Cpa ; ces derniers prévoient que l'action de droit administratif ne concerne que des contestations relatives à des prétentions de droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision sujette à un recours auprès des instances de la juridiction administrative. Autrement dit, même lorsqu'elle se voit saisie d'une action déposée en application de l'art. 147 Cpa, la Cour administrative doit tenir compte des art. 146 et 168 Cpa qui posent le principe de la subsidiarité de l'action par rapport au recours. Pour déterminer si la voie de l'action est ouverte, la Cour de céans doit d'abord examiner si le litige correspond à l'un de ceux qui figurent dans l'énumération de l'art. 147 Cpa. Si tel est le cas, il faut encore que le litige en question ne puisse pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 2 Cpa, décision qui serait sujette à opposition puis à recours au sens des art. 94 ss et 117 ss Cpa (BROGLIN/WINKLER DOCOURT /MORITZ, op. cit., n° 552 p. 227). Le cas échéant, en cas de doute entre la voie de l'action et celle de la décision sujette à recours, il y a lieu d'opter pour la seconde conformément au principe de subsidiarité de l'action (cf. ADM 140/2015 du 2 mai 2017 et les références citées, RJJ 2009, p. 239 consid. 2.2 ; RJJ 2008, p. 82, consid. 2.2 ; RJJ 2003, p. 170 consid. 5a).

E. 2.2

Selon l'article 147 let. a Cpa, l'action de droit administratif est en principe ouverte en cas de contestations relatives à des « prétentions découlant des rapports de service des magistrats, des employés de l'État et des autres agents publics ». Cependant, nonobstant le libellé de cette disposition légale, la jurisprudence et la doctrine considèrent de manière constante qu'il est possible de rendre une décision, sujette à recours, en matière de rapports de service (notamment RJJ 2006 p. 99, et RJJ 1993 p. 10). Cela se justifie notamment lorsque des

dispositions légales déterminent les droits des employés. Dans de tels cas, une autorité administrative pourra sans peine rendre une décision, sujette à recours, dès lors

E. 2.3

En l'espèce, le recours vise à obtenir le paiement d'une indemnité de salaire relative au délai de congé, le paiement d'une indemnité réparatrice pour licenciement immédiat injustifié et un certificat de travail conforme aux normes légales.

E. 2.3.1

La recourante fonde essentiellement ses prétentions sur l'art. 2.5.3 al. 2 CCT ainsi que sur les dispositions légales du Code suisse des obligations, en particulier l'art. 337c CO, à titre supplétif. La loi sur le personnel de l'Etat (LPer ; RSJU 173.11) est inapplicable puisqu'il est prévu à son art. 2 al. 3 que le personnel des établissements de droit public sort de son champ d'application (art. 9.1 CCT). Conformément à l'art. 9.2 CCT, l'intimé a rendu une décision sur opposition le 1er avril 2022, après avoir consulté la commission paritaire, admettant le versement à la recourante d'un montant de CHF 3'000.- nets sur la base de l'art. 2.5.3 al. 2 CCT ; il a également indiqué la voie de droit. Partant et bien que l'intimé semble en douter, au vu de la doctrine et des jurisprudences rappelées ci-dessus, on doit admettre que la question litigieuse du versement d'indemnités découlant des rapports de service de la recourante doit faire l'objet d'une décision sur opposition de l'intimé, sujette à recours auprès de la Cour de céans, les dispositions légales étant suffisamment précises pour statuer par la voie de la décision.

E. 2.3.2

En revanche, s'agissant de la prétention relative au certificat de travail, la conclusion n° 4 de la recourante (modifiée le 31 mai 2022) est irrecevable puisqu'un employé qui conteste la teneur de son certificat de travail doit introduire une action à l'encontre de son employeur (BROGLIN/WINKLER DOCOURT/MORITZ, op. cit., n° 545 p. 225 et la référence citée).

E. 2.4

Pour le reste, interjeté dans les formes et délai légaux par une personne disposant manifestement de la qualité pour agir à cet effet, le recours est recevable, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière.

E. 6

qu'il ne s'agit que d'appliquer, de manière unilatérale, un barème ou d'autres règles définissant le traitement. Il en va autrement lorsque les prétentions revendiquées ne trouvent pas de fondement directement et précisément déterminé dans la loi. C'est notamment le cas si les droits invoqués par un fonctionnaire ou un employé de l'Etat trouvent leur fondement dans un contrat de droit administratif discuté librement par deux parties, s'ils doivent être déduits du principe général d'égalité de traitement ou s'ils constituent des prétentions en réparation d'un préjudice à la fois matériel et moral suite à un licenciement injustifié (RJJ 2001 p. 224 consid. 1 ; RJJ 2004 p. 164 consid. 3.1 et ADM 116/2005 du 7 septembre 2007 consid. 1, non publié in RJJ 2007 p. 201 ; ADM 9/2010 du 2 mai 2011 consid. 1.1, confirmé par arrêt du TF 8C_686/2014 du 25 août 2015 ; ADM 140/2015 du 2 mai 2017 ; ADM 2017/68 du 21 août 2017 ; BROGLIN/WINKLER DOCOURT/MORITZ, op. cit., n° 552 p. 227).

E. 7

3. 3.1 La recourante invoque une violation de son droit d'être entendue en tant que l'intimé a omis de se prononcer sur les dépens réclamés en procédure d'opposition. 3.2 Le droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 III 65 consid. 5.2). L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 142 II 154 consid. 4.2). Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. L'art. 28 Cpa impose à l'autorité qu'elle examine et règle les affaires avec soin et célérité. Cette disposition a une portée générale qui s'applique tant en procédure non contentieuse qu'en procédure contentieuse. Le principe de la célérité prohibe le retard injustifié à statuer ; l'autorité viole cette garantie constitutionnelle lorsqu'elle ne rend pas la décision qu'il lui incombe de prendre dans le délai prescrit par la loi ou dans un délai que la nature de l'affaire, ainsi que toutes les autres circonstances, font apparaître comme raisonnable; il en va de même lorsque l'autorité refuse de statuer ou ne le fait que partiellement (TF 8D_1/2018 du 9 novembre 2018 consid. 2). Une violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 145 I 167 consid. 4.4). Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée (ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1). 3.3 En l'espèce, l'intimé ne s'est effectivement pas prononcé, comme il aurait dû le faire, sur l'allocation de dépens requise par la recourante pour la procédure d'opposition, appuyée par une note d'honoraires d'un montant de CHF 4'479.- (PJ 23 recourante). La Cour de céans constate que l'intimé a commis un déni de justice. Il serait toutefois contraire au principe d'économie de procédure de lui renvoyer l'affaire en lui ordonnant de rendre une décision sur ce point. En effet, il s'est déjà déterminé sur le principe du droit à des dépens, qu'il a nié, dans sa réponse du 5 septembre 2022 et dans sa duplique du 13 janvier 2023. La recourante s'est également exprimée sur cette question dans ses différentes prises de position et a retenu des conclusions à ce sujet dans son recours. La jurisprudence admet qu'une autorité de recours traite une affaire à la place de l'autorité inférieure, pour des motifs d'économie de procédure, lorsqu'une partie le demande expressément, lorsque l'autorité normalement compétente s'est déjà déterminée de manière claire au sujet de l'affaire et lorsque l'autorité saisie

E. 7.1

La recourante demande une indemnité relative au délai de congé correspondant à 6 mois de salaire bruts, y compris 13ème salaire, soit CHF 20'725.20. Ce montant équivaut au délai de congé de trois mois, lequel doit être prolongé d'un mois, à trois reprises en raison de trois incapacités de travail survenues durant ledit délai de congé (en décembre 2021, mars et avril 2022). L'intimé ne lui a accordé que trois mois de salaire bruts, y compris 13ème salaire, soit CHF 10'362.60.

E. 7.2

Selon l'art. 2.5.2 let. b CCT, lorsqu'un employeur résilie le contrat de travail d'une collaboratrice, celle-ci doit avoir reçu au préalable au minimum un avertissement écrit.

Avant de prononcer la résiliation du contrat de travail, l'employeur entend la collaboratrice et lui donne la possibilité de s'exprimer sur les motifs invoqués contre elle, de consulter le dossier, de faire valoir ses moyens de preuve et de se faire assister par une personne de son choix. La résiliation du contrat de travail n'est valable qu'en la forme écrite avec indication des voies et du délai de recours, ce dernier étant de 30 jours. Les délais de résiliation du contrat de travail sont de 3 mois pour la fin d'un mois, dès la 2ème année de travail. En vertu de l'art. 335c CO, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement (al. 1). Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrats- type de travail ou convention collectives (al. 2). Selon l'art. 336c, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela durant 30 jours au cours de la première année, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service (al. 1 let. b). Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'al. 1 est nul ; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période (al. 2). Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme (al. 3). La durée de la protection est exprimée sous forme de maxima; elle correspond ainsi à la durée effective de l'incapacité de travail, mais au plus à la durée

E. 7.3

En l'espèce, le contrat de travail de la recourante a débuté le 1er juillet 2020 et a pris fin le 30 novembre 2021, son délai de congé était de 3 mois, soit pour fin février 2022, puisqu'elle était dans sa deuxième année de service (cf. contrat de travail du 15 juin 2020 ; PJ 1 intimé). C'est donc en application de loi – en particulier la CCT et le CO – et non pas « à bien plaisir » comme le dit l'intimé, que la recourante a droit au versement de son salaire durant son délai de congé de trois mois. Elle a été en incapacité de travail une première fois au mois de décembre 2021, du 6 au 10 décembre, puis du 15 au 22 décembre, soit durant une période de protection de 13 jours (PJ 14 recourante). Le délai de congé a dès lors été prolongé d'autant, soit jusqu'au 13 mars 2022. En application de l'art. 336c al. 3 CO, le délai a été

E. 7.4

Partant, la recourante a droit au versement de son salaire durant le délai de congé, prolongé d'un mois, soit de décembre 2021 à mars 2022, ce qui correspond à la somme de CHF 13'816.80 bruts, y compris 13ème salaire, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 novembre 2021 ; le chiffre 3 de la décision attaquée est ainsi modifiée en ce sens. 8.

E. 8

dispose des mêmes pouvoirs d'examen que l'autorité normalement compétente (cf. RJJ 2007 p. 218 consid. 4). Comme toutes les conditions sont remplies, il se justifie de trancher, à ce stade, la question du droit à l'allocation des dépens pour la procédure d'opposition. L'art. 226 al. 1 Cpa, auquel renvoie implicitement la CCT à son art. 9.1, énonce qu'en règle générale, il n'est pas alloué de dépens dans les procédures devant une autorité administrative statuant en première instance et sur opposition. Dans la mesure où l'on ne se

trouve pas, en l'espèce, dans les cas mentionnés à l'al. 2, la Cour de céans constate que la recourante n'a pas droit à l'octroi de l'indemnité de dépens réclamés pour la procédure d'opposition. Le recours est dès lors rejeté sur ce point. 4. Sur recours de droit administratif, le pouvoir d'examen de la Cour administrative se limite à la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et à la constatation inexacte ou incomplète des faits (art. 122 litt. a et b Cpa). Dans la mesure où le licenciement d'un agent public ne tombe pas sous le coup de la notion de sanction disciplinaire prévue à l'art. 122 let. c Cpa (BROGLIN / WINKLER DOCOURT / MORITZ, n° 489 p. 202), la Cour administrative ne peut pas, dans le cas particulier, revoir la décision attaquée sous l'angle de l'opportunité. 5. Il n'est pas contesté qu'à la suite de la décision de la Commission paritaire du personnel de l'H-JU du 21 janvier 2022, l'intimé a annulé le licenciement avec effet immédiat notifié le 30 novembre 2021, par décision sur opposition du 1er avril 2022. Les rapports de travail ont toutefois pris fin le 30 novembre 2021. Selon la jurisprudence, l'autorité de recours est effectivement habilitée à convertir un licenciement pour justes motifs avec effet immédiat en un licenciement pour justes motifs avec préavis (RJJ 2011 p. 60 consid. 4.1 ; ATF 137 I 58 consid. 4.3.3), comme c'est le cas en l'espèce. L'objet du litige porte ainsi d'une part sur le principe de l'octroi d'une indemnité à titre de salaires versés durant le délai de congé, cas échéant sur l'éventuelle prolongation dudit délai de congé, et d'autre part sur le montant de l'indemnité réparatrice allouée en raison du licenciement immédiat prononcé de manière injustifiée. 6. Au regard de l'art. 9.1 CCT, toutes les questions non expressément réglées par la CCT le sont conformément aux dispositions du droit public et, à titre supplétif, aux dispositions de la législation en vigueur, en particulier les art. 335c et 336c CO. En l'occurrence, la Cour de céans peine à suivre le raisonnement de l'intimé en tant que ce dernier soutient que seule la CCT est applicable. Aussi, c'est à tort que l'intimé affirme que la CCT prévoit uniquement une indemnité en cas de licenciement immédiat injustifié (art. 2.5.3 CCT). La CCT prévoit également, en cas de licenciement ordinaire, un délai de résiliation du contrat de travail de trois mois pour la fin d'un mois, dès la 2ème année de travail (art. 2.5.2 CCT). La CCT

E. 8.1

La recourante demande également une indemnité réparatrice correspondant à 6 mois de salaires bruts, y compris 13ème salaire, soit CHF 20'725.20, tandis que l'intimé ne lui a accordé qu'une indemnité équivalent à environ 1 mois de salaire, soit CHF 3'000.- nets.

E. 8.2

Selon l'art. 2.5.3 § 2 CCT, si le licenciement de l'employeur est jugé injustifié, l'indemnité à laquelle peut prétendre la collaboratrice sera au maximum de six mois de salaire. Toute réintégration de la collaboratrice est exclue. Aux termes de l'art. 337c CO, 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). Outre les dommages-intérêts de l'art. 337c al. 1 CO, le travailleur peut prétendre à une indemnité spécifique d'au maximum six mois de salaire selon l'art. 337c al. 3 CO, sans que

la loi n'impose au juge de s'en tenir strictement à une quote-part de salaire. A l'instar de celle prévue à l'art. 336a CO en cas de congé abusif, cette indemnité a une double finalité, à la fois punitive et réparatrice; comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, mais en une indemnité sui generis, s'apparentant à une peine conventionnelle (THÉVENOZ / WERRO, op. cit., ad art. 337c n° 15). Le versement d'une telle indemnité constitue la règle; son refus présuppose un cas exceptionnel, lorsque tout manquement de l'employeur ou tout reproche d'un autre ordre qui lui serait imputable est exclu ou encore lorsque la

E. 8.3

A l'époque, en application de l'Ordonnance portant introduction de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 21 décembre 2020, dans sa version en vigueur du 29 novembre 2021 au 7 décembre 2021 (RSJU 818.101.26), le personnel intervenant notamment dans les établissements hospitaliers publics en contact étroit avec les personnes prises en charge était soumis à des mesures particulières : le personnel ne pouvait exercer son activité que s'il était titulaire d'un certificat COVID-19 valide ou disposait d'un résultat négatif suite à un test de dépistage du COVID-19 de

E. 8.4

En l'espèce, il convient d'examiner les circonstances qui prévalaient lors du licenciement avec effet immédiat notifié à la recourante le 30 novembre 2021. En n'informant pas son employeur sur l'impossibilité médicale de se soumettre à un test PCR nasopharyngé, la recourante a eu un comportement fautif. Les certificats médicaux des 3 et 14 décembre 2021 (PJ 13 recourante et 28 intimé) sont postérieurs au licenciement. Jusque-là, la recourante n'avait à aucun moment évoqué des problèmes médicaux l'empêchant de se soumettre au test PCR en question. La Cour de céans peine en effet à comprendre cette attitude, en particulier la raison pour laquelle la recourante n'a pas demandé à s'entretenir par exemple avec le médecin du personnel ou avec une autre personne de confiance de l'H-JU. Il n'est pas établi, contrairement à ce qu'elle invoque, qu'elle aurait été à ce point sous pression qu'elle n'était pas en mesure de s'exprimer. Elle a confirmé par courriel du même jour qu'elle ne souhaitait pas effectuer de test PCR nasal, sans aucune mention d'un quelconque empêchement d'ordre médical. Aucun parallèle ne saurait par ailleurs être fait avec le cas présenté par une autre employée de l'intimé (cf. PJ 26 produite le 28 mars 2023), qui avait reçu un avertissement écrit et qui n'avait finalement pas été licenciée puisqu'elle avait rapidement fait part de l'opération nasale qu'elle avait subie auparavant et qui ne permettait pas de procéder à un test PCR ; l'employée en question était en revanche d'accord de se soumettre à un test avec prélèvement au niveau de l'orifice du nez et au fond de la gorge. En l'espèce, au-delà du fait qu'aucun motif ne justifiait que la recourante se soustraie au test PCR prévu, l'alternative proposée par cette dernière, à savoir un test salivaire (PJ 12 recourante), ne pouvait vraisemblablement pas, à ce moment-là, être mis en œuvre, en raison du manque de matériel de prélèvement nécessaire en stock, selon les termes du Dr B. _____, spécialiste en médecine de laboratoire à l'H-JU (cf. courriel et objet du courriel du 31 janvier 2022 de ce dernier ; PJ 25 intimé, et PJ 17 p. 2 recourante). Par ailleurs, la recourante a été informée par courrier de l'intimée du 23 août 2021 qu'à partir du 1er septembre suivant et jusqu'au 31 mars 2022, le canton du Jura exige le test systématique et hebdomadaire du personnel des institutions de soins qui sont en contact avec les personnes prises en charge. En considérant les nombreuses interactions au sein de

l'institution, et pour protéger tout le monde, le comité de direction a décidé de soumettre l'ensemble du

E. 8.5

Par conséquent, au vu de l'ensemble des circonstances, en particulier des fautes respectives des parties et de la situation économique difficile de la recourante, une indemnité d'un mois de salaire paraît équitable, soit une indemnité d'un montant brut – et non pas net comme l'a retenu l'intimé –, y compris 13ème salaire, de CHF 3'454.20, sous déductions des cotisations sociales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 novembre 2021 ; le chiffre 4 de la décision du 1er avril 2022 est ainsi modifié en ce sens. 9. Au vu de ce qui précède, la Cour de céans rejette les moyens de preuve requis par l'intimé, en particulier les auditions du Dr B._____, de C._____, D._____ et E._____, et par la recourante, soit l'audition de F._____, dans la mesure où ils ne sont pas susceptibles de modifier l'issue du litige. 10. Partant, le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée modifiée quant au montant des indemnités de salaire versées, soit CHF 13'816.80 bruts avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 novembre 2021 au lieu de CHF 10'362.60 bruts et CHF 3'454.20 bruts au lieu de CHF 3'000.- nets (ch. 3 et 4 de la décision attaquée). La recourante n'obtient pas gain de cause sur le paiement de ses dépens pour la procédure d'opposition à hauteur de CHF 4'479.-. 11. La recourante a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite pour la présente procédure de recours. Étant à l'aide sociale au moment du dépôt du recours, son indigence est établie (cf. circulaire n° 14 du 30 septembre 2015 du Tribunal cantonal relative à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite et à la défense d'office, n° 12). Au vu du sort du recours, on ne saurait ensuite considérer que le recours paraissait de prime abord dénué de chances de succès. Enfin, l'assistance par un mandataire professionnel est justifiée compte tenu de la situation personnelle de la recourante. Il y a ainsi lieu de mettre cette dernière au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite et de lui désigner un mandataire d'office en la personne de Me Mariette Geiser. Dès lors que la mandataire n'a pas produit de note d'honoraires pour la procédure de recours, il y a lieu de statuer au vu du dossier (art. 3 et 5 al. 1 de l'ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat ; RSJU 188.61). En tenant compte du dépôt de la requête d'assistance judiciaire, la Cour de céans considère qu'une indemnité de CHF 2'595.60.- rétribue correctement le travail de la mandataire (honoraires : 12 heures à CHF 180.- ; débours : CHF 250.- ; TVA 7,7 % : CHF 227.15). 12. La recourante n'obtenant pas entièrement gain de cause, elle doit supporter la moitié des frais de la procédure (art. 221 al. 1 2ème phr. Cpa), sous réserve de l'assistance judiciaire dont elle bénéficie, le solde étant laissé à la charge de l'intimé (not. ADM 61/2012).

E. 9

ne s'exprime toutefois pas, certes, sur les conséquences d'un congé notifié avant une période de protection, en l'occurrence de maladie. Il ne s'agit toutefois pas d'un silence qualifié, comme le soutient l'intimé, puisqu'un renvoi général aux dispositions du droit public et, à titre supplétif, aux dispositions de la législation en vigueur figure à l'art. 9.1 CCT. Il doit être fait référence au CO pour les questions non réglées expressément par la CCT, en particulier pour la suspension du délai de congé, respectivement sa prolongation (art. 336c) ainsi que les conséquences d'une résiliation immédiate injustifiée (art. 337c CO). 7.

E. 10

maximale fixée par la loi (336c al. 1 let. b CO ; THÉVENOZ / WERRO, CR CO I, 3ème éd., 2021, ad art. 336c, n° 44). Les périodes de protection mentionnées à l'art. 336c al. 1 CO

peuvent se chevaucher et se cumuler. Chacune entraîne une nouvelle suspension du délai légal de protection, à l'exception toutefois de celles qui surviennent durant le laps de temps supplémentaire au sens de l'art. 336c al. 3 CO (THÉVENOZ / WERRO, op. cit., ad art. 336c n° 59 et 72). Selon la règle du cumul intralittéral, chaque cas distinct de protection figurant sous une même lettre de l'art. 336c al. 1 CO ouvre une période indépendante et complète de protection. Pour donner droit à un nouveau délai de protection, une incapacité de travail ne doit toutefois pas avoir de lien avec la précédente, ce qui signifie qu'elle doit être due à une cause médicale différente; les incapacités de travail causées par une même atteinte à la santé (une maladie chronique ou une rechute d'une affection précédente, p.ex.) ne peuvent à l'inverse se cumuler qu'à concurrence du crédit en jours maximal selon l'art. 336c al. 1 let. b. La preuve de l'absence de lien entre deux incapacités de travail successives incombe à l'employé (THÉVENOZ / WERRO, ad art. 336c n° 60). La survenance d'une période de protection postérieurement à la notification d'un licenciement n'en affecte pas la validité ; elle entraîne la suspension du délai de congé (art. 335c al. 1CO) qui ne recommence à courir qu'à l'issue de la période de protection (art. 336c al. 2 CO). Cette suspension a lieu sans égard au point de savoir si l'incapacité de travail (art. 336c al. 1 let. b CO) coïncide avec un jour ouvrable ou un jour férié (THÉVENOZ / WERRO, ad art. 336c n° 67). Le travailleur n'est pas tenu d'invoquer la nullité du congé ou la suspension du délai de congé auprès de l'employeur dans un certain délai. L'annonce du fait générateur de la protection à l'employeur, notamment de la grossesse, n'est pas non plus érigée en une condition de l'applicabilité de l'art. 336c CO, sous réserve, toutefois, d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC ; THÉVENOZ / WERRO, ad art. 336c n° 68). L'apparition d'un cas de protection durant le terme prolongé ne donne pas lieu à une nouvelle suspension et demeure donc sans incidence. L'art. 336c al. 3 CO poursuit en effet un but différent à celui inhérent à l'art. 336c al. 1 et 2 CO, dès lors qu'il ne tend qu'à faciliter le changement d'emploi et le remplacement du travailleur congédié en prolongeant le délai de congé jusqu'au terme normalement prévu pour la fin des rapports de travail (THÉVENOZ / WERRO, ad art. 336c n° 72).

E. 11

prolongé jusqu'à la fin du mois de mars 2022, et cela peu importe que cette incapacité de travail n'ait pas été annoncée immédiatement à l'employeur. En revanche, la recourante ne saurait rien tirer des incapacités de travail qui ont suivi. L'incapacité de travail du 25 au 26 mars 2022 est sans incidence puisque l'apparition d'un cas de protection durant le terme prolongé ne donne pas lieu à une nouvelle suspension. Quant à l'incapacité de travail du 5 au 8 avril 2022, elle survient alors que le délai de congé, même prolongé, était échu (PJ 14 recourante).

E. 12

faute concomitante du travailleur est grave (THÉVENOZ / WERRO, op. cit., ad art. 337c n° 16). Le salaire déterminant pour fixer le montant maximal admis par la loi correspond au salaire brut (fixe et/ou variable) auquel le travailleur avait droit avant le congé immédiat, le cas échéant en calculant un salaire moyen sur les six ou douze derniers mois. Toute forme de rémunération est prise en considération, si elle était due au travailleur, notamment le 13e salaire (THÉVENOZ / WERRO, op. cit., ad art. 337c n° 17). Le juge fixe librement le montant de l'indemnité en fonction de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment la gravité de la faute imputable à l'employeur ainsi que de l'éventuelle faute concomitante du travailleur (celle-ci pouvant être aussi bien un motif de suppression de

l'indemnité si elle est grave, qu'un motif de réduction de celle-ci), la mesure de l'atteinte portée à la personnalité du travailleur et la manière dont la résiliation a été annoncée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé (étant entendu que même le congé immédiat après un emploi de courte durée peut toucher durement le travailleur et lui donner la réputation, sur le marché du travail, de ne pas être digne de confiance), les effets économiques du congé immédiat, la situation sociale et économique des deux parties; aucun de ces critères n'est décisif à lui seul. Ainsi, l'indemnité consécutive à une faute grave imputable à l'employeur se situe le plus souvent entre quatre et six mois de salaire, sans que le fait de percevoir un haut salaire soit un motif de réduction. En effet, le licenciement immédiat porte une très grave atteinte à la personnalité du travailleur et, même lorsqu'il est injustifié, il affecte l'employé d'un handicap qui affaiblit considérablement ses chances sur le marché du travail. Cependant, qu'il s'agisse du principe ou de la quotité de l'indemnité, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation, statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Le fardeau de la preuve en relation avec la prétention résultant de l'art. 337c al. 3 CO incombe au travailleur (art. 8 CC ; THÉVENOZ / WERRO, op. cit. ad art. 337c n° 18). L'indemnité porte intérêt dès la date de fin des rapports de travail, en vertu de l'art. 339 CO. Bien que son maximum soit fixé en fonction du salaire brut, elle est payée nette, car, compte tenu de sa nature, elle n'est pas sujette aux cotisations sociales. L'indemnité prévue par l'art. 337c al. 3 CO tend à réparer de manière exhaustive le préjudice résultant d'un licenciement immédiat injustifié (THÉVENOZ / WERRO, op. cit., ad art. 337c n° 19 s.).

E. 13

moins de 7 jours réalisé dans le cadre de tests à grande échelle dans les institutions (art. 11 de ladite ordonnance). Par conséquent, l'H-JU a adopté une directive mettant en place des tests hebdomadaires sous la forme de tests systématiques en pools salivaires. En cas de pool positif, la cellule COVID procédait à des tests PCR dans les groupes concernés le lendemain du dépistage, avant 13h. En cas de non-respect des règles, la personne concernée fera l'objet d'une sanction qui pourrait être une mise à pied sans solde, en fonction des circonstances (cf. Directive sur le dépistage obligatoire de la COVID-19 du 5 octobre 2021 ; Directive fichier RH_-DI-1005 ; PJ 8 et 9 recurante). Auparavant, les employés avaient été avertis de la mise en place de ces différentes mesures par courrier du 10 septembre 2021 (PJ 27 et 272 intimé).

E. 14

personnel à cette directive du médecin cantonal. Les personnes sans certificat officiel, c'est-à-dire sans vaccination ou sans immunité ou qui ne souhaitent pas indiquer leur statut vaccinal auront désormais l'obligation de participer aux tests hebdomadaires comme l'impose l'ordonnance cantonale (RSJU 818.101.26, art. 10 à 13). En cas de résultat positif, il sera procédé à des tests PCR dans les groupes concernés. Il pouvait dès lors raisonnablement être attendu de la recurante qu'elle prenne les devants en informant son employeur que pour des raisons médicales, certificat médical à l'appui, elle ne pourra pas se soumettre à un test PCR en cas de pool positif. La recurante ne l'a pas fait, ni à ce moment- là, ni lors des échanges qui ont eu lieu, de vives voix et par courriel, précédant son licenciement immédiat. Il sied toutefois de relever que la recurante n'a pas directement mis les patients de l'H-JU en danger puisqu'en qualité d'employée de stérilisation, elle ne dispensait pas de soins et n'était pas en contact direct avec eux. En outre, rien n'était reproché à la recurante quant à la qualité du travail fourni ou quant à son soutien pour faire

face aux incapacités de travail du service de stérilisation de l'H-JU en 2021, dans la mesure où elle est revenue travailler alors qu'elle était en vacances (cf. rapport d'entretien du 8 octobre et annulation de l'avertissement du 2 novembre 2021 ; PJ 4 intimé et 11 et 17 recourante). Par conséquent, si la faute concomitante de la recourante ne saurait être niée puisqu'en l'absence de justification médicale valable, cette dernière devait se soumettre au test PCR nasopharyngé prévu à l'époque par son employeur, cette faute ne saurait toutefois être qualifiée de grave et n'est pas propre à entraîner un refus de l'indemnité. Quant à la faute de l'employeur, ce dernier a agi manière hâtive en licenciant la recourante avec effet immédiat, dans la mesure où en dépit du fait que la recourante savait qu'elle serait soumise à un test PCR en cas de pool positif, elle a tout de même tenté d'entrer en discussion avec son employeur, proposant un test salivaire ou une mise en quarantaine (cf. not. PJ 2 et 23 recourante). Avant la notification du licenciement immédiat, toutefois il s'est entretenu avec la recourante, laquelle s'est exprimée oralement et par courriel le même jour. La manière dont la résiliation a été annoncée peut être qualifiée de correcte. La faute de l'intimé ne saurait dès lors être qualifiée de grave. Le licenciement immédiat a eu des conséquences non négligeables sur la situation économique et sociale de la recourante. Son droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage a été suspendu dès le 1er décembre 2021 pour une période de 34 jours, dans la mesure où la Caisse de chômage a considéré que la faute de la recourante en rapport avec la résiliation des rapports de travail était qualifiée de grave (PJ 24 recourante). Sans emploi et sans indemnité de chômage, la recourante a dû faire appel à l'aide sociale. De plus, en raison de son âge (50 ans), ses chances de retrouver un emploi étaient relativement minces. Par ailleurs, elle n'a obtenu un certificat de travail de l'intimé qu'en mai 2020.

E. 16

L'intimé, qui succombe partiellement, doit être condamné à supporter les dépens de la recourante à concurrence de la moitié, l'autre moitié étant laissée à la charge de la recourante, sous réserve de l'assistance judiciaire gratuite (art. 227 al. 1 Cpa). L'intimé a également droit à la moitié de ses dépens (art. 230 Cpa) taxés conformément à l'ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat, indemnité à payer par la recourante, sous réserve de l'assistance judiciaire gratuite. Par voie de conséquence et en application de l'art. 229 2ème phr. Cpa, il convient de compenser les dépens entre les parties. PAR CES MOTIFS LA COUR ADMINISTRATIVE met la recourante au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite dans le cadre de la présente procédure ; désigne Me Mariette Geiser, avocate à Moutier, en qualité de mandataire d'office ; déclare irrecevable la conclusion n° 4 relative au certificat de travail de la recourante ; pour le surplus, admet partiellement le recours ; partant modifie les chiffres 3 et 4 de la décision attaquée, en ce sens qu'une indemnité de salaire de CHF 13'816.80 bruts, y compris 13ème salaire, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 novembre 2021, ainsi qu'une indemnité réparatrice d'un montant brut, y compris 13ème salaire, de CHF 3'454.20, sous déductions des cotisations sociales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 novembre 2021, sont versées par l'intimé à la recourante ; rejette le recours pour le surplus ;

E. 17

met la moitié des frais judiciaires de la procédure, fixée à CHF 1'000.-, soit CHF 500.-, à la charge de la recourante, sous réserve de l'assistance judiciaire gratuite dont elle bénéficie et l'autre moitié par CHF 500.- à la charge de l'intimé ; dit que les dépens sont compensés ; taxe les honoraires de la mandataire d'office de la recourante pour la présente procédure à

CHF 2'595.60 (débours et TVA compris), à verser par l'Etat ; rappelle à la recourante qu'elle est tenue de rembourser l'assistance judiciaire, dès qu'elle est en mesure de le faire et qu'elle a cédé sa créance à l'Etat (art. 232 al. 4 Cpa et 12 LiCPC) ; informe les parties des voies et délais de recours selon avis ci-après ; ordonne la notification du présent arrêt : ■ à la recourante, par son mandataire, Me Mariette Geiser, avocate à Moutier ; ■ à l'intimé, par son mandataire, Me Johnny Dousse, avocat à Neuchâtel. Porrentruy, le 27 avril 2023 AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE La présidente : La greffière : Sylviane Liniger Odiet Carine Guenat

E. 18

Communication concernant les moyens de recours : Le présent arrêt peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne ; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral, soit, à l'attention de ce dernier, à la Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

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