

# **NE\_GERICHTE CDP.2011.327 vom 14. Februar 2011**

NE Tribunal cantonal, 2011-02-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2011.327\\_d20110214](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2011.327_d20110214)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2011.327 du 14 février 2011

IT: NE\_GERICHTE CDP.2011.327 del 14 febbraio 2011

## **Regeste**

Résiliation pendant l'engagement provisoire des rapports de service d'une employée enceinte. Confirmation de jurisprudence.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

### **E. 2**

a) La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 1 Cst) l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision afin que l'intéressé puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et de l'attaquer en connaissance de cause. En revanche, il y a violation du droit d'être entendu si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les faits pertinents (ATF 126 I 97 p. 102; 122 IV 8 p. 14 et les arrêts cités; RJN 1987, p. 259 et les arrêts cités. b) En l'occurrence, comme en témoigne son mémoire de recours, l'intéressée a parfaitement compris que les raisons qui ont conduit le département à considérer que la période de protection de l'article 336c al. 1 let. c CO ne s'appliquait pas dans son cas reposaient sur une jurisprudence publiée qui, si elle n'est pas partagée par celle-là, n'en est pas moins confirmée par celui-ci. Dans ces circonstances, il faut considérer que la décision du département était suffisamment motivée pour permettre à la recourante de la comprendre et de l'attaquer en connaissance de cause.

### **E. 3**

a) Est titulaire de fonction publique au sens de la loi sur le statut de la fonction publique (ci-après : LSt ) toute personne faisant l'objet d'un engagement provisoire ou d'une nomination à temps complet ou à temps partiel (art. 8 LSt ) . Le titulaire de la fonction publique est nommé par l'autorité de nomination pour une durée indéterminée. La nomination est toutefois précédée d'un engagement provisoire, de deux ans, qui constitue la période probatoire (art. 12 al. 1 LSt ) . D urant cette période, chaque partie peut signifier son congé à l'autre moyennant un avertissement donné par écrit au moins deux mois à l'avance pour la fin d'un mois. Le congé ne doit pas être abusif, au sens de l'article 336 du code des obligations (art. 12 al. 3 LSt ) . Se penchant sur la question de savoir si la LSt contenait une lacune en n'excluant pas la résiliation de l'engagement provisoire (art. 12 LSt ) en temps inopportun selon l'article 336c CO, le Tribunal administratif a répondu par la négative ( RJN 1998, p. 202 ) . Quoi qu'en dise la recourante, cette jurisprudence doit être confirmée. b) Une lacune proprement dite suppose que 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. Une telle lacune peut être occulte. Tel est le cas lorsque le législateur a omis d'adjoindre, à une règle conçue de façon générale, la restriction ou la précision que le sens et le but de la règle considérée ou d'une autre règle légale imposent dans certains cas (ATF 135 IV 113 cons. 2.4.2, p. 116). En d'autres termes, il y a lacune occulte lorsque le silence de la loi est contraire à son économie (ATF 117 II 494 cons. 6a, p. 499 et la référence citée). 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. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante (cf. ATF 129 III 656 cons. 4.1, p. 657 ss; 128 I 34 cons. 3b, p. 40 ss; 125 III 425 cons. 3a, p. 427; 124 V 271 cons. 2a et les arrêts cités). D'après la jurisprudence précitée, seule l'existence d'une lacune proprement dite (apparente ou occulte) 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 lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne constitue un abus de droit ou ne viole la Constitution. c) En l'espèce, la recourante ne démontre pas que le législateur aurait omis de régler une situation qui exigeait de l'être, appelant de ce fait l'intervention du juge. Le 28 juin 1995, au moment d'adopter la LSt, le législateur a consciemment fait le choix de protéger tant le fonctionnaire engagé provisoirement (art. 12 LSt) que le fonctionnaire nommé (art. 45 LSt) d'une résiliation abusive au sens de l'article 336 CO, mais pas d'une résiliation en temps inopportun au sens de l'article 336c CO, dont il ne pouvait ignorer l'existence, cette disposition ayant été introduite dans le code des obligations en 1971. Examinant la question de la résiliation en temps inopportun (pendant la grossesse) d'une employée communale engagée par un contrat de droit privé transformé en rapport de droit public, le Tribunal administratif a d'ailleurs rappelé que la disposition impérative de l'article 336c let. c CO ne s'appliquait qu'au contrat de travail de droit privé et que les rapports de service de droit public pouvaient renoncer à instituer des périodes de protection contre la résiliation en temps inopportun (RJN 1998, p. 204). Cette jurisprudence est conforme à celle du Tribunal fédéral qui avait nié l'existence d'une lacune similaire s'agissant des employés CFF (ATF 124 II 53 cons. 2). Cette jurisprudence est toujours actuelle (arrêt du TF du 17.01.2007 [2P.107/2006] cons. 5.3) même si, depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2001, de la LPers, le personnel de la Confédération, compris celui des CFF, peut se prévaloir de la nullité d'une résiliation intervenue en temps inopportun en vertu de l'art. 336c CO (art. 14 al. 1 let. c LPers) En ce qui concerne le grief d'inégalité de traitement, le Tribunal fédéral a jugé qu'il était évident que la nature particulière des rapports de service de droit public excluait d'emblée la comparaison avec le statut des employés soumis à un rapport régi par le droit privé (arrêt du TF du 17.01.2007 [2P.107/2006] cons. 5.4). Au demeurant l'inégalité de traitement entre un titulaire de fonction publique engagé provisoirement et un employé au bénéfice d'un contrat de travail de droit privé en période d'essai est très relative, le second ne bénéficiant pas davantage que le premier d'une protection légale contre les licenciements en temps inopportun, cette protection n'étant accordée qu'après la période d'essai (art. 336c al. 1 CO). En définitive, la recourante n'est pas plus heureuse en soutenant que les titulaires de fonction publique engagés provisoirement ne devraient pas être traités de manière semblable aux fonctionnaires nommés. Outre qu'il serait pour le moins insolite que ceux-là soient mieux protégés que ceux-ci en cas de renvoi, il n'est quoi qu'il en soit pas du ressort du juge d'améliorer ce que

d'aucuns estiment insatisfaisant.

**E. 4**

Au vu de ce qui précède, la décision attaquée, ainsi que celle de l'intimé, sont conformes au droit.

**E. 5**

Selon la pratique constante de la Cour de droit public (et du Tribunal administratif avant elle) en matière de rapports de service, la procédure est gratuite (art. 47 al. 4 LPJA ). Vu le sort de la cause, il n'y a en outre pas lieu à allocation de dépens.

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