

# **NE\_GERICHTE CDP.2015.139 vom 2. Oktober 2015**

NE Tribunal cantonal, 2015-10-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2015.139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2015.139)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2015.139 du 2 octobre 2015

IT: NE\_GERICHTE CDP.2015.139 del 2 ottobre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

### **E. 2**

a) Les rapports de travail de tout le personnel de NOMAD sont régis par une convention collective de travail de droit public (CCT Santé 21) (art. 9 de la loi portant constitution d'un établissement de droit public pour le maintien à domicile, RS 800.101). Aux termes de l'article 3.2.1 CCT santé 21, dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2016, l'employé-e ou l'employeur peut résilier le contrat de travail moyennant le respect de délais variables en fonction du nombre d'années d'activité accomplies (al. 1). En cas de résiliation pour justes motifs, la résiliation prend effet immédiatement (al. 3). Selon l'article 3.2.2, toute résiliation signifiée par l'employeur doit être précédée d'un entretien (al. 2). Si l'employeur invoque une violation des obligations incombant à l'employé-e, la résiliation doit avoir été précédée, en sus, d'un avertissement écrit, lequel précise les objectifs, le délai pour les réaliser et les moyens mis à disposition. L'avertissement peut entraîner la non-attribution de l'échelon annuel, à condition que cette mesure soit mentionnée par écrit (al. 3). En cas de justes motifs, il n'y a pas d'avertissement (al. 4). b) Au regard du texte des articles 3.2.1 et 3.2.2 de la CCT santé 21, la résiliation ordinaire ne dépend pas nécessairement de justes motifs, au sens défini par la doctrine et la jurisprudence (par exemple arrêt du TF du 16.08.2006 [2P.116/2006] cons. 3.4, avec les références). Les motifs de renvoi des fonctionnaires ou d'employés de la collectivité publique peuvent procéder de toutes circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, excluent la poursuite des rapports de service, même en l'absence de faute; de toute nature, ils peuvent relever d'événements, de circonstances que l'intéressé ne pouvait éviter, ou au contraire d'activités, de comportements ou de situations qui lui sont imputables (cf. tout particulièrement : Hänni, La fin des rapports de service en droit public, in : RDAF 1995, p. 421 ss; Moor, Droit administratif, 1992, nos 5.4.2.5 et 5.4.2.6, p. 250 ss; Knapp, Précis de droit administratif, 1991, nos 3155 ss, p. 645 ss et nos 3177 ss, p. 648; Poledna, Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten- Vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, in : ZBl 1995, p. 49 ss). Les conditions justifiant une résiliation ne se déterminent pas de façon abstraite ou générale, mais dépendent concrètement de la position et des responsabilités de l'intéressé, de la nature et de la durée des rapports de travail ainsi que du genre et de l'importance des griefs en cause (cf. par analogie avec le droit privé : Wyler, Droit du travail, 2002, p. 364; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitvertrag, 1996, p. 360-363 et les références citées; arrêts du TF du 09.10.2006 [2P.149/2006] cons. 6.2 et du 31.08.2005 [2P.163/2005] cons. 5.1). Peuvent être considérées comme justes motifs toutes les circonstances qui, d'après les règles de la bonne foi, font admettre que l'autorité qui nomme ne peut plus continuer les rapports de service. Il suffit que la résiliation ordinaire respecte

les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration dans ce domaine et qu'elle apparaisse soutenable compte tenu des prestations et du comportement de l'employé, ainsi que des données personnelles et organisationnelles (ATF 108 Ib 209 cons. 2, arrêt du TF du 23.11.2000, [2A.486/2000] cons. 3a, Grisel, Traité de droit administratif, p. 508, Knapp, Précis de droit administratif, p. 648). Lorsqu'il est question d'une violation des obligations incombant à l'employé, les parties à la convention ont toutefois voulu tempérer la rigueur de la sanction en donnant une chance au fonctionnaire de se ressaisir. Selon le texte de la convention, l'avertissement ne constitue pas en lui-même une sanction disciplinaire, mais une étape en principe obligatoire (art. 3.2.2 al. 3 CCT santé 21: "... la résiliation doit être précédée, en sus, d'un avertissement écrit...") avant la résiliation ordinaire. Il est difficile d'apprécier de l'extérieur si l'on peut reprocher à un fonctionnaire des prestations insuffisantes ou un comportement incorrect; cela nécessite en effet de tenir compte des circonstances concrètes du travail en cause et des faits qui sont reprochés à l'intéressé. L'autorité de nomination dispose ainsi d'un large pouvoir d'appréciation pour appliquer ces concepts indéterminés (ATF 118 Ib 164 cons. 4a, p. 166). Selon la jurisprudence, l'autorité décide librement, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, dont elle devra néanmoins user de façon consciencieuse, si la résiliation est justifiée. L'existence d'un juste motif autorisant le renvoi, immédiat ou non, n'a pas besoin d'être démontrée : il suffit que le licenciement se situe dans les limites du pouvoir appréciateur de l'autorité et apparaisse, au regard des prestations et du comportement de l'employé ainsi que des circonstances personnelles et des exigences de service, comme une mesure soutenable (ATF 108 Ib 209 ; JT 1983 I, p. 332-333; RJN 2007, p. 209 cons. 2b, 1998, p. 207 cons. 3a, 1995, p. 145, 147-148). Selon l'article 33 let. a et d LPJA, la Cour de céans examine uniquement si l'autorité a abusé de son pouvoir d'appréciation ou l'a excédé; elle n'est pas habilitée à contrôler l'opportunité de la décision puisque aucun texte légal en matière de statut de la fonction publique ne lui en donne la compétence (RJN 2007, p. 209 cons. 2b et la référence citée).

### **E. 3**

La LPJA fixe les règles générales de procédure que les autorités, au nombre desquelles on compte NOMAD (art. 2 let. f LPJA, cf. art. 1<sup>er</sup> de la loi portant constitution d'un établissement de droit public pour le maintien à domicile), doivent suivre lorsqu'elles sont appelées à prendre des décisions administratives (art. 1 LPJA). Selon l'article 14 LPJA, l'autorité constate d'office les faits et procède, s'il y a lieu, à l'administration des preuves. Cette disposition consacre le principe inquisitoire, lequel régit plus particulièrement l'activité de la juridiction administrative primaire. Il signifie que l'autorité administrative, tenue de veiller à la correcte application de la loi, doit fonder sa décision sur des faits suffisamment établis et dont la réalité repose sur des preuves suffisantes (Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, vol. I, 3<sup>e</sup> éd., 2012, ch. 6.3.2.4 let. c; Schaer, Juridiction administrative neuchâteloise, 1995, p. 82). L'administration des preuves à laquelle procède l'autorité va ainsi de pair avec l'obligation de constater les faits, car l'application correcte du droit implique la connaissance des faits déterminants, dont la réalité doit être établie. L'autorité doit établir spontanément les faits pertinents de la manière la plus objective possible en procédant en cas de besoin aux investigations nécessaires (Moor/Poltier, Droit administratif, vol. II, 3<sup>e</sup> éd., 2011, ch. 2.2.6.3). Pour établir ces faits, elle ne peut pas se contenter d'attendre que l'administré lui demande d'instruire ou lui fournisse de lui-même les preuves adéquates, sous réserve de son obligation de collaborer. Vu l'intérêt public à l'application correcte du droit administratif, l'autorité doit en effet

établir spontanément les faits pertinents de la manière la plus objective possible en procédant aux investigations nécessaires et en assurant l'égalité de traitement entre les administrés. Elle ne peut ainsi pas se satisfaire des seuls faits invoqués par les parties, non vérifiés, simplement parce que ces faits seraient admis par une autre partie, par l'autorité intéressée ou intimée ( Bovay , Procédure administrative, p. 175 ss; Moor , Droit administratif, vol. II, no 2.2.6.3, p. 175).

#### **E. 4**

a) En l'espèce, la résiliation litigieuse est intervenue en application de l'article 3.2.2 al. 3 CCT Santé 21 . Dans ses observations sur le recours, l'intimé retient que la recourante aurait notamment violé ses devoirs professionnels au sens des articles 8.1 et 8.3 CCT santé 21 en ne respectant pas la planification, certains clients, l'horaire ainsi que la directive sur la saisie des relevés d'activités. Pour le surplus, elle présenterait également des problèmes de comportement en violation des dispositions précitées. L'intimé considère ainsi que la recourante ne s'est pas améliorée depuis l'avertissement du 20 mars 2014 et qu'elle n'a pas atteint les objectifs fixés le 19 janvier 2015. La découverte de nouveaux manquements à ses devoirs professionnels au mois de février 2015 aurait dès lors rompu le lien de confiance indispensable au bon fonctionnement de NOMAD. b) Aux termes de l'article 8.1 CCT Santé 21 , l'employée est tenue de respecter les normes professionnelles et légales en vigueur, ainsi que les directives émises par l'employeur. Une directive d'application de la CCT santé 21 destinée au personnel de terrain de NOMAD a été adoptée. Ce document (ci-après : PPTra) traite des horaires (principe et modalités d'application); des vacances et congés; du plan de travail mensuel et de la planification hebdomadaire. Selon l'article 8.3 CCT Santé 21 , chaque employée et employé entretient avec l'ensemble de ses collègues et avec ses supérieur-e-s un climat de respect et d'aide mutuelle. Elle favorise la transmission des informations nécessaires à la bonne marche du service (al. 1). Chacune s'acquitte consciencieusement de son travail et fait preuve de courtoisie et de respect à l'égard des patient-e-s ou des résident-e-s et du public (al. 2). c) Dans le cas particulier, saisie d'une réclamation de la fille d'un couple de clients le 20 février 2015, la responsable d'équipe et de la coordinatrice d'équipe ont invité l'intéressée à faire valoir ses observations concernant l'intervention pratiquée le même jour chez ces patients. Le procès-verbal d'entretien contient une copie de la transmission médicale effectuée par la recourante qui mentionne ce qui suit : " Ce matin, Mme n'a pas voulu de suite faire sa toilette malgré qu'elle devait partir à 9h chez la coiffeuse. Du coup, j'ai commencé à faire la toilette de son mari. La fille de Mme est arrivée et m'a dit votre voiture me gêne. La prochaine fois, mettez-la un peu plus en avant. J'ai répondu ok je suis désolée. Ensuite, elle me dit maman part à 9h, vous ne saviez pas pourtant c'est noté dans son dossier. Je lui ai répondu oui effectivement c'est noté mais votre maman n'a pas voulu de douche maintenant et je ne vais pas la forcer. Ensuite, elle me dit vos collègues font leur travail correctement contrairement à vous. Je connais Nomad, j'ai travaillé pendant des années. Vous voulez me montrer que vous savez mieux que moi comment s'occuper de mes parents. J'ai répondu je suis désolée mais si votre maman ne veut pas je ne peux rien faire. Ensuite, j'ai commencé à faire la toilette de son papa. Quelque temps après avoir fini la toilette de son papa, j'ai de nouveau proposé à sa maman si elle avait changé d'avis. Elle a dit allez c'est bon on y va. A la salle de bains, j'étais en train de laver le dos de sa maman dans la baignoire car je lui faisais la douche lorsque la fille vient avec les médicaments dans une cuillère et me dit là vous n'avez pas pensé que c'est important pour ma maman. C'est dommage qu'on envoie des gens qui ne savent rien faire." Dans les notes d'entretien, il est précisé que la recourante a été invitée à présenter le couple,

sa situation et ses pathologies. La collaboratrice a parlé de la prestation effectuée mais a eu beaucoup de difficultés à exposer la situation. Ses responsables lui ont alors rappelé que la situation du couple avait été discutée lors du colloque du 17 février 2015 auquel elle avait participé. La recourante n'a pas réussi à expliquer ce qu'était une MRP, respectivement une méthode de résolution des conflits. Enfin, les responsables considèrent que la recourante a lu le plan d'intervention (PI) mais n'a pas lu la liste des médicaments. La recourante quant à elle, estime avoir fait correctement son travail. Elle n'arrive toutefois pas à expliquer pourquoi elle a donné une douche à la patiente au lieu de la toilette prévue. Au terme de l'entretien, il a été rappelé à la recourante que les objectifs fixés lors du précédent entretien du 19 janvier 2015 devaient être immédiatement atteints. Les responsables ont considéré que lesdits objectifs n'étaient pas atteints et que le lien de confiance était rompu de sorte que des sanctions disciplinaires devaient être envisagées. Toutefois, et pour les raisons qui suivent, il sied de considérer que l'intimé n'a pas établi les faits de manière suffisamment précise pour permettre de vérifier les motifs à la base du licenciement. En effet, le contenu du procès-verbal d'entretien du 20 février 2015 ne permet pas, à lui seul, de justifier la résiliation des rapports de service. Si l'intimé semble reprocher à la recourante certaines erreurs dans les prestations effectuées et dans son comportement lors de la prise en charge du couple de clients ce jour-là, le dossier, en l'état, ne permet pas de déterminer les éventuels manquements ou comportements fautifs de la recourante en violation de ses devoirs professionnels. En particulier, il n'est pas prouvé ou du moins étayé que la recourante ait manqué de respect ou eu un comportement fautif à l'égard des patients. Elle semble, au contraire, avoir adapté son comportement face à une situation de refus de prestations de la cliente. Les faits reprochés à la recourante s'agissant cet événement qui ont motivé la décision de licenciement sont essentiellement fondés sur les plaintes non documentées de la fille du couple de patients, ancienne collaboratrice à NOMAD. A cet égard, il convient également de rappeler que la prise en charge du couple était déjà complexe avant l'intervention de la recourante. La situation du couple a d'ailleurs été discutée dans un colloque en date du 17 février 2015 comme cela ressort d'un mail du 20 février 2015. Il appartenait ainsi à l'intimé d'investiguer et d'instruire précisément afin de déterminer les éventuels manquements de la recourante dans la prise en charge du couple et d'indiquer quels objectifs n'étaient pas atteints ainsi que les particularités discutées lors du colloque du 17 février 2015 qui n'auraient pas été prises en compte. En tout état de cause, le fait que les médicaments ait été administrés à la cliente par la fille pendant la toilette ne paraît pas susceptible de constituer un manquement de la recourante qui aurait selon toute vraisemblance effectué cette prestation après la toilette. Bien que cette dernière ait fait l'objet d'un avertissement en mars 2014 comprenant la réalisation d'objectifs qui devait intervenir de suite, il appartenait néanmoins à l'intimé d'effectuer un point sur la situation en avril 2014 afin de constater les progrès de la collaboratrice. L'avertissement préalable à la résiliation ordinaire est une mesure de protection de l'employé qui concrétise le principe de la proportionnalité. En avertissant le travailleur, l'employeur donne une chance à l'employé de se ressaisir. Or, aucune pièce au dossier ne permet d'établir que l'intimé a effectué un bilan en présence de la recourante afin de déterminer si les objectifs fixés étaient atteints. Il semble, au contraire que la recourante a continué d'exercer son activité au sein de NOMAD sans faire l'objet de remarques sur la qualité de son travail jusqu'à l'événement du 19 janvier 2015. La recourante était alors légitimée à penser que les objectifs fixés dans l'avertissement précité étaient atteints. En date du 13 janvier 2015, la recourante a d'ailleurs été suivie sur le terrain par sa responsable qui a indiqué que les prestations étaient effectuées de manière

correcte sans plus (note manuscrite de A.). Pour le surplus, l'événement du 19 janvier 2015 n'a pas été considéré comme grave dans la mesure où l'intimé n'a pas à cette occasion envisagé de se séparer de sa collaboratrice mais lui a fixé des objectifs qu'elle s'est engagée à respecter. Quant à l'intimé, il a garanti qu'il contrôlerait si les objectifs étaient atteints et procéderait à une évaluation annuelle le 18 février 2015. Le dossier ne permet toutefois pas de déterminer si de telles mesures ont eu lieu. Aussi, si le procès-verbal d'entretien du 20 février 2015 et le mail du 20 février 2015 de A. mettent en évidence des plaintes de clients, ils ne constituent que des allégations qu'il appartenait à l'intimé d'étayer et de vérifier en procédant aux investigations que l'établissement objectif des faits déterminants nécessitait. En se contentant d'admettre les faits relatés, au demeurant non détaillés, contestés par la recourante, sans s'être, au préalable, assuré de leur réalité, et en retenant qu'elle n'avait pas atteint les objectifs fixés sans même les discuter, l'intimé a méconnu les exigences découlant du principe inquisitoire qui oblige toute autorité administrative à établir d'office les faits pertinents de manière à garantir une application correcte du droit.

#### **E. 5**

Il s'ensuit que, pour ce motif, la décision attaquée doit être annulée et la cause renvoyée à NOMAD pour qu'il établisse correctement les faits avant de rendre une nouvelle décision si, une fois établis, ceux-ci devaient justifier une mesure de renvoi. Cela étant, l'intimé n'écartera toutefois pas d'emblée la procédure de l'avertissement au cas où les conditions devaient en être remplies, ce qu'il n'appartient pas à l'Autorité de céans de déterminer à ce stade. La cause ayant été jugée au fond, la requête tendant à la restitution de l'effet suspensif devient sans objet. Selon la pratique en matière de litiges relatifs aux rapports de service, il n'est pas perçu de frais lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 francs. La recourante ayant conclu à l'annulation du licenciement, la valeur litigieuse porte sur plusieurs mois voire plusieurs années de salaire (arrêt du TF du 13.05.2015 [8C\_286/2014] cons. 1); elle dépasse donc largement 30'000 francs. Il est toutefois statué sans frais dans la mesure où les autorités n'en payent pas (art. 47 al. 2 LPJA). Vu le sort de la cause, la recourante a droit à des dépens dans la mesure fixée par le tribunal (art. 48 LPJA). Me B. n'ayant pas déposé un état des honoraires et des frais (art. 66 al. 1 TFrais), la Cour de céans fixera les dépens sur la base du dossier (art. 66 al. 2 TFrais). Tout bien considéré, le temps consacré à la cause par un avocat diligent et expérimenté (étude du dossier, rédaction d'un recours) ne paraît pas devoir dépasser ici 5 heures soit, eu égard au tarif usuel de l'ordre de 250 francs de l'heure, 1'250 francs, auxquels s'ajoutent les débours par 125 francs et la TVA à 8 % par 110 francs, soit au total 1'485 francs.

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