

# **NE\_GERICHTE CDP.2023.326 vom 28. Dezember 2023**

NE Tribunal cantonal, 2023-12-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2023.326](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2023.326)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2023.326 du 28 décembre 2023

IT: NE\_GERICHTE CDP.2023.326 del 28 dicembre 2023

## **Regeste**

Fonctionnaire. Requalification du contrat de droit privé en contrat de droit public. Violation du droit d'être entendu et de la procédure d'avertissement.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Conseil communal peut engager du personnel par contrat de droit privé.

### **E. 2**

Dans un premier argument, la recourante fait valoir une violation de son droit d'être entendu et de la procédure d'avertissement préalable. Elle invoque avoir été convoquée à l'entretien du 27 septembre 2023 en fin de journée sans précision de l'objet de la séance et sans avoir fait l'objet d'un avertissement, de sorte qu'elle n'a pas eu la possibilité de consulter le dossier, de se faire accompagner au rendez-vous, de se préparer et de faire valoir ses moyens de défense avant le rendu de la décision de licenciement. a/aa) Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de nature formelle ancrée à l'article 29 al. 2 Cst. féd., dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée, sans égard aux chances de succès du recours sur le fond ( ATF 141 V 495 cons. 2.2, 137 I 195 cons. 2.2, 135 I 279 cons. 2.6.1). Une violation du droit d'être entendu peut être réparée devant une instance supérieure si celle-ci dispose d'un libre pouvoir de cognition et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le justiciable ( ATF 136 III 174 cons. 5.1.2, 135 I 279 cons. 2.6.1). La réparation de la violation du droit d'être entendu doit toutefois rester l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée qui n'est pas particulièrement grave. Si par contre l'atteinte est importante, il n'est en règle générale pas possible de remédier à la violation. Une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure ( ATF 137 I 195 cons. 2.3.2 ; arrêt du TF du 21.07.2014 2C\_980/2013 cons. 4.3). En matière de fonction publique, le pouvoir de cognition limité de l'autorité de recours (art. 33 let. d LPJA ) ne rend en principe pas possible une réparation du vice devant la Cour de céans (arrêts de la CDP des 29.03.2018 [ CDP.2017.195 ] cons. 2a, des 06.02.2018 [ CDP.2017.176 ] cons. 2a et des 30.09.2015 [ CDP.2015.131 ] cons. 2a et les réf. citées), si bien qu'il convient d'examiner le grief de violation du droit d'être entendu avant tout autre ( ATF 135 I 279 cons. 2.6.1, arrêt du TF du 14.06.2012 [5A\_278/2012] cons. 4.1). a/bb) Le droit d'être entendu sert non seulement à établir correctement les faits, mais constitue un droit indissociable de la personnalité garantissant à un particulier de participer à la prise d'une décision qui touche sa situation juridique (arrêt du TF du 09.02.2016 [8C\_176/2015] cons. 2.2). Il comprend, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de

nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos ( ATF 142 II 218 cons. 2.3 et les réf. citées, 142 III 48 cons. 4.1.1 et les réf. citées, 141 V 557 cons. 3.1, 135 I 279 cons. 2.3). Il comprend ainsi de nombreux éléments qui ont tous un même but : permettre à l'intéressé de comprendre ce qui se passe et de se défendre. Il se subdivise en deux grands ensembles : le droit à l'information et le droit d'agir pour sa défense en s'exprimant et en participant à l'administration des preuves ( Steffen , Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique : juste une question de procédure ?, RJN 2005, p. 55 et 57). En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe en définitive tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure ( ATF 132 II 485 cons. 3.2, 129 II 497 cons. 2.2 et les réf. citées). L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale, mais doit être définie au regard des intérêts concrètement en jeu. Doivent en particulier être prises en considération, d'une part, l'atteinte aux intérêts de l'administré, telle qu'elle résulte de la décision à prendre et, de l'autre, l'importance et l'urgence de l'intervention administrative, l'idée maîtresse étant toutefois qu'il faut permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (arrêt du TF du 25.02.2014 [8C\_269/2013] cons. 5.2 et les réf. citées ; cf. aussi arrêt du TF du 12.05.2020 [8C\_257/2019] cons. 4.2 ). a/cc) En matière de rapports de travail de droit public, l'employé doit en particulier connaître l'ensemble des faits qui lui sont reprochés et leurs conséquences probables (arrêts du TF des 12.03.2012 [8C\_866/2010] cons. 4.1.2 et 02.09.2009 [8C\_158/2009] cons. 5.2 et 6.2, publié partiellement in ATF 136 I 39 ). Autrement dit , le droit d'être entendu doit pouvoir être exercé avant que la décision ne soit prise. Cela signifie qu'il faut donner la possibilité au collaborateur d'argumenter et de proposer. En invitant l'employé à se prononcer, il faut clairement lui indiquer l'intention de décision. L'employé ou le fonctionnaire ne présentera en effet probablement pas les mêmes arguments s'il pense qu'il ne va être confronté qu'à des reproches ou s'il sait que des mesures s'ont envisagées à son encontre ( Steffen , op. cit., p. 55-56 et 64-65 et les réf. citées). Ce droit d'être entendu avant que l'autorité compétente ne décide existe tout particulièrement lorsque l'autorité envisage de motiver sa décision par des faits ou des comportements qu'elle reproche au collaborateur ou par des insuffisances qu'elle a constatées chez lui. Celui-ci doit être informé des faits qui lui sont reprochés et avoir la possibilité de les contester, d'en atténuer la portée ou, d'une manière générale, de faire valoir des moyens susceptibles de modifier l'appréciation de l'autorité ( Bovay , Procédure administrative, 2 e éd., 2015, p. 271-272). Le droit d'être entendu devant ainsi par principe s'exercer avant le prononcé de la décision ( ATF 142 II 218 cons. 2.3, p. 222), le collaborateur doit, sauf cas d'urgence, pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer ses objections. On admet qu'en l'absence de délai uniformisé, un délai de huit à dix jours est raisonnable (arrêts du TF des 14.05.2018 [8C\_541/2017] cons. 2.2, 01.03.2018 [8C\_301/2017] cons. 3.2, 15.07.2017 [8C\_615/2016] cons. 3.2.1 et 09.02.2016 [8C\_176/2015] cons. 2.2 et les réf. citées ; cf. aussi Steffen , op. cit., p. 64 ). Cela vaut tout au moins en présence d'une partie qui est déjà représentée ou qui agit seule. Le délai peut en revanche s'avérer trop court si elle doit choisir un mandataire pendant ce délai (arrêt du TF du 14.05.2018 [8C\_541/2017] cons. 2.2). Enfin, si, en vertu de son droit à l'autodétermination, l'intéressé peut renoncer à l'exercice de son droit, une telle renonciation ne doit pas être admise trop facilement, en admettant un peu rapidement un acte concluant ( ATF 119 Ia 140 , 116 V 32 , Steffen , op. cit., p. 60). Par ailleurs, en matière de rapports de travail de droit public, des occasions

relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait entrer en ligne de compte à son encontre ( ATF 144 I 11 cons. 5.3 et les réf. citées ; arrêts du TF des 01.03.2018 [ 8C\_301/2017 ] cons. 3.2, 06.07.2016 [ 8C\_817/2015 ] cons. 4.3.1, 17.03.2016 [ 8C\_243/2015 ] cons. 5.5 et les réf. citées). Elle ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés ou plus généralement les faits qui justifient un congé, mais elle doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard ( ATF 144 I 11 cons. 5.3 et les réf. citées ; arrêt du TF du 02.09.2009 [ 8C\_158/2009 ] cons. 5.2, non publié in : ATF 136 I 39 ). Le droit d'être entendu devant par principe s'exercer avant le prononcé de la décision, il n'est pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire, ou pire de le convier à un entretien au cours duquel la décision litigieuse, déjà prête et signée, lui est remise. Sauf cas d'urgence, le collaborateur doit pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer ses objections. Il est admis qu'en l'absence de délai uniformisé, un délai de 8 à 10 jours est raisonnable (arrêts du TF des 01.03.2018 [ 8C\_301/2017 ] cons. 3.2, 15.07.2017 [ 8C\_615/2016 ] cons. 3.2.1 et les réf. citées ; Steffen , op. cit., p. 55-56, 64, 65 et les réf. citées). Cela vaut tout au moins en présence d'une partie qui est déjà représentée ou qui agit seule. Le délai peut en revanche s'avérer trop court si elle doit choisir un mandataire pendant ce délai (arrêt du TF du 14.05.2018 [8C\_541/2017] cons. 2.2). a/dd) Le contenu du droit d'être entendu et les modalités de sa mise en œuvre sont déterminés en premier lieu par les dispositions du droit cantonal de procédure. L'article 21 al. 1 LPJA reprend la formulation générale de l'article 29 al. 2 Cst. féd. ; sa portée est identique à celle du droit d'être entendu garantie par cette disposition ( Schaer , Juridiction administrative neuchâteloise, 1995, ad art. 21 LPJA , p. 96 ss) . a/ee) Le règlement communal, applicable en l'espèce au vu de la requalification du contrat de la recourante effectuée ci-dessus (cf. cons. 1), prescrit expressément, à son article 44, qu'avant de prendre l'une des décisions prévues aux articles 38 à 43, le conseil communal entend l'intéressé en lui indiquant les faits ou omissions qui lui sont reprochés ainsi que les moyens de défense dont il dispose, en particulier son droit de consulter le dossier et de se faire assister d'un mandataire (al. 1). Il précise encore que les décisions sont communiquées à l'intéressé par écrit avec indication des motifs (al. 2). b) Selon l'article 43 al. 2 du règlement communal, à l'appui du licenciement seront invoquées les circonstances ayant pour conséquence l'impossibilité de poursuivre les rapports de service notamment lorsque le fonctionnaire enfreint ses devoirs de services (art. 12 à 28 du présent règlement) à répétées reprises malgré un avertissement (let. d 2 e phrase). Selon la jurisprudence relative à l'article 46 LSt , applicable en l'espèce au vu de la teneur similaire de l'article 43 al. 2 let. d du règlement communal, l'avertissement préalable ne constitue pas en lui-même une sanction disciplinaire ; il s'agit en principe d'une étape obligatoire avant le blâme ou avant la résiliation des rapports de service, lorsque les faits qui sont reprochés au titulaire de la fonction publique dépendent de sa volonté et qu'ils ne sont pas graves au point d'envisager d'emblée une sanction disciplinaire ( ATF 125 I 122 cons. 2 in fine ; RJN 2004, p. 125 ). Selon la jurisprudence, le but de l'avertissement est d'amender si possible le fonctionnaire. Il n'existe pas de critère absolu en matière d'avertissement, eu égard à la diversité des situations envisageables. La jurisprudence ne saurait poser de règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives, dans chaque cas particulier, entre autres

circonstances, la nature, la gravité, la fréquence ou la durée des manquements reprochés au travailleur, de même que son attitude face aux injonctions, avertissements ou menaces formulées par la commission. Les juridictions cantonales disposent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du TF du 31.08.2005 [2P.163/2005] cons. 7.1 ; cf. arrêt du TF du 08.03.2010 [8C\_358/2009] cons. 4.3.1). L'avertissement implique l'octroi d'un délai suffisant pour s'améliorer qui tient compte des exigences posées par le chef de service. Le délai pourra donc être plus ou moins long selon qu'il s'agit d'améliorer des prestations dont les résultats probants ne peuvent se vérifier qu'à moyen, voire à long, terme, ou de modifier un comportement que le fonctionnaire est à même de corriger immédiatement ( R.J.N. 2001, p. 203 , p. 205). c) En l'espèce, la recourante a été convoquée à un entretien en date du 27 septembre 2023. Il ne ressort pas du dossier que celle-ci aurait été prévenue à l'avance – elle invoque avoir été avertie oralement à la fin de la journée – et qu'elle aurait été informée de l'objet de cette séance, respectivement de la volonté de la commission de résilier ses rapports de travail – elle évoque qu'elle a été convoquée sans précision. L'autorité intimée ne conteste pas ce qui précède. Force est ainsi de constater que l'intéressée a été convoquée à l'entretien du 27 septembre 2023 sans préavis et ceci sans savoir sur quoi il porterait. Aussi, il doit être retenu que la commission ne l'a pas informée au préalable de sa volonté de mettre fin aux rapports de travail qui les liaient et ne lui a pas laissé le temps nécessaire afin de se déterminer à ce sujet, étant précisé qu'un délai de plusieurs jours aurait été nécessaire à ce titre (cf. cons. 2b). Le fait que celle-ci ait été l'objet d'un avertissement en septembre 2021, qu'elle n'ait pas été augmentée pour 2023 ou qu'un entretien d'évaluation ait eu lieu en juillet 2023 ne change rien à ce qui précède. En effet, l'avertissement formel du 8 septembre 2021 a été donné presque deux ans auparavant. L'intéressée ne pouvait dès lors pas s'imaginer que la commission entendait mettre en œuvre la procédure de licenciement mentionnée plusieurs années auparavant. Ceci d'autant plus que celle-ci a été sommée, dans le courrier du 8 septembre 2021, de « remédier immédiatement aux manquements constatés faute de quoi une procédure de licenciement sera initiée ». Cette formulation sous-entend que si des manquements devaient subsister dans les prochains jours, voire les prochaines semaines, la procédure de licenciement mentionnée serait mise en œuvre. Une éventuelle procédure de résiliation des rapports de travail aurait donc dû au besoin être mise en œuvre à brève distance de l'avertissement prononcé, ce qui n'a pas été le cas ici. Il ressort d'ailleurs du dossier que la hiérarchie de l'intéressée a été satisfaite du travail effectué dans les suites de son avertissement. Il ressort ainsi du dossier que la commission a renoncé implicitement à mettre fin aux relations de travail qui la liaient à son employée suite à l'avertissement prononcé. Ceci est confirmé par le fait que, même s'il subsistait des manquements qui ont été relevés par la commission dans son courrier du 12 décembre 2022, il n'a plus été question d'une procédure de licenciement mais de la non-augmentation salariale de l'intéressée, une telle mesure étant manifestement moins grave. En outre, il a été précisé, dans cette lettre, que les différents motifs évoqués feraient l'objet d'une réévaluation par la hiérarchie de la recourante lors du premier trimestre 2023. Il est à noter ici que cette évaluation n'a pas eu lieu pendant ladite période, comme indiqué, mais en été 2023, preuve en est que la gravité des manquements invoqués dans le courrier du 12 décembre 2022 ne nécessitait pas de prendre des mesures urgentes. S'agissant de cette évaluation, il est à relever qu'aucun point ne figure dans la colonne de droite, c'est-à-dire dans la colonne « insatisfaisant ». Seule quelques catégories (régularité/punctualité, capacité à travailler en équipe, flexibilité et autonomie) figurent dans la case du milieu, soit dans la catégorie « moyennement satisfaisant ». Il a d'ailleurs

été relevé que l'intéressée avait fait des efforts pour améliorer sa collaboration avec l'équipe. Malgré la mention selon laquelle celle-ci devait encore faire des efforts pour améliorer la qualité de son travail (lacunes techniques professionnelles, notamment dans les outils informatiques et la correspondance), encore une fois, il n'a plus été ici question d'un éventuel licenciement. Il a d'ailleurs été demandé à la recourante de suivre un « CFC en Art 32 » afin de développer ses compétences professionnelles. Il ressort d'une telle requête que la commission entendait poursuivre les relations de travail avec son employée et non pas la licencier quelques semaines plus tard. Au vu de tout ce qui précède, l'intéressée ne pouvait pas s'attendre – contrairement à ce qu'invoque l'intimée – à être licenciée lors de l'entretien du 27 septembre 2023. d) Par conséquent, il convient d'admettre que la recourante n'a pas eu la possibilité d'exercer son droit d'être entendue avant le prononcé de la décision de l'intimée. Une telle violation des droits de procédure est en l'espèce grave au vu des intérêts en jeu – soit la résiliation des rapports de travail – et au vu du fait qu'aucune urgence ne justifiait de procéder ainsi. Partant, le grief invoqué par celle-ci en lien avec une violation de son droit d'être entendue s'avère bien fondé. Dans la mesure où il revêt un caractère de gravité manifeste, le vice de procédure ne peut, en l'occurrence, pas être réparé et il entraîne l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Le renvoi pour réparation de ce vice ne peut, quoi qu'il en soit, pas être considéré comme une vaine formalité, qui aboutirait à un allongement inutile de la procédure.

### **E. 3**

Par conséquent et au vu de ce qui précède, il convient d'admettre le recours sans examiner plus avant les autres griefs soulevés par la recourante et d'annuler la décision attaquée en renvoyant la cause à Y. \_\_\_\_\_, qui devra, après avoir accordé un droit d'être entendue dans le sens des considérants ci-dessus, rendre le cas échéant une nouvelle décision, dûment motivée et étayée. À noter qu'au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de donner suite à la réquisition de la recourante de produire les dossiers des collaborateurs de la commune engagés sous l'égide d'un contrat de droit privé.

### **E. 4**

Il est statué sans frais dans la mesure où les autorités n'en paient pas (art. 47 al. 2 LPJA ). Vu le sort de la cause, la recourante, assistée par une mandataire professionnelle, a droit à une indemnité de dépens (art. 48 LPJA ). Celle-ci doit être fixée en fonction du temps nécessaire à la cause, de sa nature, de son importance, de sa difficulté, du résultat obtenu ainsi que de la responsabilité encourue par le représentant (art. 58 al. 2 LTFrais , par renvoi de l'art. 67 LTFrais ). Me A. \_\_\_\_\_ n'ayant pas déposé un état de ses honoraires et frais, les dépens seront fixés sur la base du dossier (art. 64 al. 2 LTFrais ). Tout bien considéré, l'activité déployée par cette dernière peut être évaluée à quelques 12 heures. Eu égard au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 280 francs de l'heure (CHF 3'360), des débours à raison de 10 % des honoraires (art. 63 LTFrais ; CHF 336) et de la TVA au taux de 7,7 % (CHF 284.60) pour l'activité déployée, l'indemnité de dépens doit être fixée à 3'980.60 francs.