

# **NE\_JURISPRUDENCE\_ADM REC.2011.253 vom 15. November 2012**

Ne Jurisprudence Adm, 2012-11-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_jurisprudence\\_adm\\_REC.2011.253](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_jurisprudence_adm_REC.2011.253)

FR: NE\_JURISPRUDENCE\_ADM REC.2011.253 du 15 novembre 2012

IT: NE\_JURISPRUDENCE\_ADM REC.2011.253 del 15 novembre 2012

## **Regeste**

Aux termes de l'article 12, alinéa 3 LSt, durant la période probatoire, 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 CO. La recourante a été engagée à titre provisoire en qualité de contrôleuse du marché de l'emploi au sein de l'OFCO dès le 1er janvier 2011. Dès le 18 juillet 2011, l'intéressée a été en incapacité de travail, en partie liée au climat de travail dans lequel elle évolue. Constatant une incompatibilité entre le côté répressif des missions de l'OFCO et le désir de la recourante de privilégier l'aspect préventif de son travail, le service des ressources humaines de l'Etat a résilié son engagement provisoire par décision du 28 septembre 2011 avec effet au 30 novembre 2011. Elle considère que cette résiliation est une sanction de son incapacité est qu'elle est donc contraire à l'article 336, alinéa 1, lettre a CO.

\_\_\_\_\_ Par arrêt du 30 mai 2013 (Réf.: [CDP.2013.3-FONC]), le Tribunal cantonal a rejeté le recours déposé contre la présente décision; arrêt non publié.

## **Volltext**

A.

Madame A. (ci-après: l'intéressée ou la recourante) a été engagée, à titre provisoire à partir du 1er janvier 2011, en qualité de contrôleuse du marché du travail auprès du Service de surveillance et des relations du travail, devenu entre-temps l'office de contrôle (ci-après: OFCO, rattaché au Service de l'emploi).

B.

A partir du 18 juillet 2011, l'intéressée a été en incapacité totale de travailler attestée par certificats médicaux remis au Service des ressources humaines en date des 19 juillet, 8 août et 7 septembre 2011.

C.

Par écrit du 13 septembre 2011, le Service des ressources humaines (ci-après: l'intimé ou le SRHE) a signifié à l'intéressée son intention de résilier son engagement provisoire. Il ressort de ce document qu'un manque apparent de motivation a été relevé par les supérieurs de l'intéressée ainsi que des problèmes d'intégration. Selon le SRHE, certains aspects de la fonction de l'intéressée, tels le contrôle et les dénonciations ne sont pas en adéquation avec la sensibilité de celle-ci ou avec ses aspirations personnelles. Finalement, il est mentionné que les compétences de l'intéressée ne correspondent pas à celles qui sont nécessaires à l'accomplissement efficace des missions inhérentes à la fonction de contrôleuse du marché de l'emploi et qu'elles seraient plus en adéquation avec une activité dans le domaine de la

prévention. Le SRHE relève que l'intéressée ne travaille plus depuis près de deux mois pour cause de maladie et qu'elle n'a pas informé ses responsables de la nature de son incapacité de travail.

Un délai de 14 jours a été imparti à l'intéressée afin qu'elle puisse exercer son droit d'être entendue.

D.

Par écrit du 24 septembre 2011, l'intéressée se dit consternée par la lettre du 13 septembre 2011, par son absence de faits et sa reprise pure et simple des appréciations faites à son égard par Monsieur B., chef de l'OFCO. En ce qui concerne le manque de motivation qui lui est reproché, elle répond que son comportement et les multiples démarches qu'elle a entreprises et qui n'ont eu pour seule réponse qu'il n'y avait pas de travail pour le moment démontrent qu'elle s'impliquait dans ce qu'elle faisait et qu'elle avait conscience de l'importance de la mission de l'OFCO. Pour ce qui est des problèmes d'intégration, l'intéressée conteste vivement cette critique.

Enfin, en ce qui concerne sa santé, l'intéressée déclare être absente depuis le 18 juillet 2011 pour raison de maladie et ajoute avoir régulièrement informé son supérieur. Elle précise que c'est le climat dans lequel elle exerce son activité professionnelle qui l'a contrainte à l'arrêt de travail. Elle prend acte de la procédure engagée tout en précisant qu'il aurait été plus utile que quelqu'un prenne le temps d'agir face aux problèmes que rencontre le service dans lequel elle travaille et qui malheureusement ne devraient pas être résolus pas son éventuel renvoi.

E.

Par décision du 28 septembre 2011, le SRHE a résilié l'engagement provisoire de l'intéressée avec effet au 30 novembre 2011. Il rappelle que l'engagement provisoire constitue une période probatoire qui doit permettre à l'autorité de s'assurer que le collaborateur réponde bien aux exigences du poste qu'il occupe. En l'espèce, les supérieurs de l'intéressée ont constaté qu'elle éprouvait des difficultés personnelles importantes et inconciliables avec le caractère répressif de sa fonction. Ses considérations, si louables qu'elles soient, ne correspondent pas à sa fonction et nuisent à l'accomplissement des tâches et à l'efficacité attendue. Le SRHE conclut donc au vu de ces éléments que les prestations fournies par l'intéressée ne sont pas suffisantes et qu'il se voit contraint, dès lors, de mettre à terme cet engagement provisoire.

F.

L'intéressée a recouru contre la décision précitée auprès du Département de la justice de la sécurité et des finances, par le biais de son mandataire, par acte du 31 octobre 2011. La recourante invoque la constatation inexacte des faits ainsi que le caractère abusif du congé, au sens de l'article 336 CO. En ce qui concerne les faits, la recourante rappelle les circonstances dans lesquelles elle a été engagée au sein de l'OFCO, alors en pleine réorganisation. Elle explique avoir été reçue par Messieurs C. et B.. Ceux-ci lui parlèrent de la volonté d'adopter une vision plus préventive des contrôles effectués par l'OFCO, ce qui plut à l'intéressée. Toutefois, elle constata bien vite que son supérieur privilégiait l'aspect répressif des contrôles en visant avant tout la sanction des manques constatés. Elle fit part de cette réflexion à plusieurs personnes de l'OFCO, dont son supérieur. On lui aurait répondu que ce n'était pas son problème, qu'elle ne devait en parler à personne et qu'elle

devait se contenter d'exécuter les tâches demandées. Suite à cela, l'intéressée tomba malade dès le 18 juillet 2011 et n'a plus repris son travail.

Pour ce qui est du caractère abusif du congé, la recourante allègue que la résiliation de son engagement n'est nullement liée à ses compétences mais à sa volonté de pouvoir privilégier l'aspect préventif de sa fonction, au fait qu'elle ait informé sa hiérarchie d'un manque de travail et finalement à son incapacité de travail. Elle précise que durant ses six mois d'activité à aucun moment ses supérieurs ne lui ont fait part de leurs attentes par rapport à son travail que ce soit lors d'un entretien ou par écrit et qu'il aurait peut-être été nécessaire de lui expliquer que la prévention devait parfois passer par la répression. La recourante déclare qu'il est insoutenable de justifier son licenciement par le seul fait qu'elle aurait eu des "difficultés personnelles importantes et inconciliables avec la mission répressive de sa fonction" alors même que la fonction de l'OFCO n'est précisément pas uniquement répressive. Elle déclare que le SRHE aurait dû vérifier qu'elle avait bien compris les différents aspects de sa fonction, au besoin il aurait dû lui notifier un avertissement avant de mettre un terme à son engagement provisoire. N'ayant pas agi de la sorte, elle estime que l'intimé a abusé de son pouvoir d'appréciation et que pour cette raison déjà la décision attaquée doit être annulée.

Au surplus, la recourante invoque une violation de l'article 336 lettres a, c et d CO et conclut à l'annulation de la décision litigieuse ainsi qu'à l'octroi de dépens.

G.

Par écrit du 25 novembre 2011, le chef de l'OFCO a pris position sur le recours de l'intéressée. Selon ses dires, les parties avaient rapidement constaté que le poste de contrôleur du marché de l'emploi ne correspondait pas aux attentes de la recourante qui pourtant avait été rendue attentive quant à l'aspect répressif de sa fonction lors de son entretien d'engagement.

H.

Dans ses observations du 28 novembre 2011, le SRHE conclut au rejet du recours. Il conteste tout d'abord le fait qu'il aurait été mentionné lors de l'entretien d'engagement que l'office allait désormais orienter sa stratégie sur la prévention. L'intimé nie le fait que l'incapacité de travail qui affecte la recourante depuis le 18 juillet 2011 ait eu une quelconque influence sur la décision de renvoi. Il reconnaît tout à fait que l'intéressée était en droit de s'exprimer sur les choix stratégiques de ses supérieurs. Toutefois, l'intimé rappelle qu'il appartient au chef d'office, en collaboration avec la cheffe de service de définir la ligne de conduite et de donner les instructions nécessaires aux collaborateurs, ces derniers devant s'y conformer.

Par conséquent, en persistant à vouloir exercer son activité de manière exclusivement préventive et "pédagogique" et en contestant les choix et les instructions de son employeur, l'intéressée a provoqué la rupture du rapport de travail. En ce qui concerne l'absence d'avertissement, l'intimé rappelle que la loi n'impose pas que la résiliation d'un engagement provisoire soit précédée d'un avertissement et qu'il suffit que le congé ne soit pas abusif au sens du Code des obligations.

I.

Le 10 septembre 2012, la recourante a fait parvenir ses observations finales accompagnées de copies de courriers électroniques échangés avec Monsieur D., adjoint de la cheffe de

service. Ces documents tendent à démontrer que ce n'est pas le travail qui est la cause de son licenciement, mais plutôt son incapacité de travail et sa volonté de changer de poste.

La requérante qui a retrouvé un emploi depuis le 1er mars 2012 reprend ses conclusions du 31 octobre 2011 et demande à ce que la fin des rapports de travail soit fixée au 28 février 2012.

Considérant en droit:

1.

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

2.

2.1

En vertu de l'article 8 de la loi sur le statut de la fonction publique (ci-après: LSt), du 28 juin 1995, est titulaire de fonction publique au sens de ladite loi, toute personne faisant l'objet d'un engagement provisoire ou d'une nomination à temps complet ou partiel. Le titulaire de 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 LSt).

2.2

La cessation des rapports de service des titulaires de fonction publique est régie par le chapitre 3 du titre II de la LSt. L'article 37 énumère six causes: il s'agit du décès, de la retraite, de l'invalidité, de la démission, de la suppression de poste et du renvoi pour justes motifs ou pour raisons graves. Il faut ajouter à cette liste le simple congé donné pendant la période probatoire, prévu à l'article 12 alinéa 3 LSt. Chaque cause répond à des conditions qui lui sont propres et suit une procédure particulière, définie dans la loi. La résiliation des rapports de travail d'un collaborateur engagé à titre provisoire doit se faire conformément à l'article 12 alinéa 3 LSt, ce qui exclut l'application des articles 37 ss LSt (ATF du 23 février 1998, réf.: 2P.268/1997, consid. 2b).

2.3

Aux termes de l'article 12 alinéa 3 LSt, durant la période probatoire, 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 CO. Cette dernière disposition prohibe les congés donnés pour une raison inhérente à la personnalité de l'employé (notamment le sexe, le statut familial, l'origine, la race, la nationalité, l'homosexualité, l'âge, les antécédents judiciaires), ceux donnés en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel (par exemple: les convictions religieuses, la liberté d'expression, les droits de réunion et de pétition, l'appartenance à un parti politique), ceux donnés afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques résultants de l'engagement (par exemple: le versement de la prime de fidélité), ceux donnés parce que le collaborateur fait valoir de bonne foi des prétentions résultant de l'engagement (par exemple: une augmentation de traitement), ceux signifiés parce que le titulaire de fonction publique accomplit un service obligatoire, militaire, dans la protection civile et, enfin, en raison de l'appartenance ou non de l'intéressé à une organisation syndicale. Durant la période d'essai ou à la fin de celle-ci, l'administration conserve une grande liberté d'appréciation pour mettre fin au rapport de service (ATF non publié du 23.03.99, dans la

cause P. [1P70/1999], consid. 3; Haefelin /Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1988, p. 313; Jaag, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zurich ■ ausgewählte Fragen in ZBI 95/104, p. 493). D'après la jurisprudence, la résiliation doit être justifiée par des motifs valables. Elle doit respecter les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration dans ce domaine et apparaître soutenable compte tenu des prestations et du comportement de l'employé ainsi que des données personnelles et organisationnelles (ATF 108 Ib 209, consid. 2b; Poledna, Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten ■ vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, in ZBI 96/1995, p. 62).

## 2.4

Selon l'article 15 alinéa 2 LSt, les titulaires de fonction publiques accomplissent leurs tâches avec engagement, fidélité, honnêteté et impartialité, dans le respect des instructions reçues. Le renvoi d'un fonctionnaire pour justes motifs (et a fortiori la résiliation d'un engagement provisoire) ne fait pas dépendre le licenciement de l'agent concerné d'une faute de sa part (Rapport du Conseil d'Etat du 03.05.1995 à l'appui du projet de la loi sur le statut de la fonction publique, BGC 1995 n° 161 I, p. 820-821; RJN 2002 p. 226, consid. 4). Il est uniquement fondé sur la rupture du rapport de confiance qui doit exister entre l'autorité et ses collaborateurs, car on doit pouvoir attendre d'une collectivité publique tenue vis-à-vis de l'ensemble de la population d'assurer ses tâches, qu'elle puisse s'en remettre sans hésitation aux fonctionnaires chargés de les accomplir (P. Hänni, la fin des rapports de service en droit public, in RDAF 1995, p. 421 ss; RJN 1990, p.96, 1985, p.129, 1983, p.140).

## 3.

### 3.1

En l'espèce, la recourante a été engagée à titre provisoire en qualité de contrôleur du marché de l'emploi à partir du 1er janvier 2011. Elle a exercé son activité jusqu'au 18 juillet 2011, date à partir de laquelle elle a été en incapacité de travail. Bien que le dossier ne contienne aucune trace d'un entretien formel que les parties auraient eu durant cette période, il est constant que l'idée que se faisait la recourante de sa profession ne correspondait pas à la réalité. Elle reconnaît d'ailleurs avoir fait part à plusieurs reprises à son supérieur, de son souhait de privilégier l'aspect préventif de son activité. Or, comme le relève l'intimé dans ses observations du 28 novembre 2011, si un collaborateur a le droit de s'exprimer et de faire des remarques ou des suggestions à son supérieur quant à son activité, il est du ressort du chef d'office en collaboration avec la cheffe de service de donner les instructions nécessaires à la bonne marche de l'office et de veiller à ce que les collaborateurs s'y conforment. Il est effectivement inconcevable, par souci d'égalité de traitement notamment, de créer des postes à la carte, en fonction des affinités et des sensibilités de chacun. Manifestement, la recourante ne s'identifiait pas aux divers aspects de la mission de l'OFCO et c'est en ce sens qu'il faut entendre le manque d'intégration qui lui est reproché. Quand bien même lors de son engagement il lui aurait été dit que l'accent allait être mis sur la prévention, ce qui n'a au demeurant pas été établi, cela ne change rien au fait qu'en acceptant ce poste, la recourante s'est engagée à respecter et suivre les instructions et directives de sa hiérarchie, conformément à son devoir d'obéissance.

### 3.2

S'agissant des raisons invoquées à l'appui de la décision de résiliation de l'engagement provisoire, il faut rappeler que l'autorité de céans examine seulement si l'autorité primaire a outrepassé le pouvoir d'appréciation que lui confère la LSt ou si elle en a abusé. Elle s'impose donc une certaine retenue dans son contrôle, car elle ne peut ni substituer son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'administration, ni n'est habilitée à contrôler l'opportunité de la décision attaquée, aucun texte légal ne lui conférant cette compétence. Ces principes doivent également être suivis en cas d'engagement à titre provisoire, lequel est destiné à tester la capacité et l'aptitude d'un employé. Toutefois, il va de soi qu'on ne saurait poser des exigences trop sévères en ce qui concerne les motifs pour lesquels l'administration peut résilier un tel rapport de service qui, en raison de sa nature même, présente un caractère plus lâche. La résiliation d'un engagement provisoire est notamment admissible de la part de l'autorité lorsqu'il apparaît de façon suffisante, sur la base des constatations faites par les supérieurs, que la preuve des capacités et des aptitudes de l'employé n'a pas été apportée ou qu'elle ne pourra probablement pas l'être. En raison du caractère de l'engagement provisoire, il convient de laisser à l'administration une grande latitude de jugement sur ce point (arrêt du TA du 18 juin 1997, réf.: TA.1997.111, consid. 2b et les références citées).

### 3.3

En l'espèce, il est reproché à la recourante d'avoir des considérations personnelles inconciliables avec sa fonction de contrôleur du marché de l'emploi et de fournir des prestations ne correspondant pas aux attentes de l'intimé. La recourante reconnaît que la résiliation de son engagement est liée à son souhait de pouvoir exercer son activité de manière plus préventive et pédagogique (voir 2.2.1) et reconnaît son vif intérêt pour le domaine préventif. Toutefois, en offrant ses services pour un poste de contrôleur du marché de l'emploi, elle ne pouvait raisonnablement pas ignorer qu'elle aurait à accomplir des actes purement répressifs tels que des dénonciations. D'ailleurs, les agents de l'OFCO, comme l'a très justement rappelé M. B. dans sa prise de position du 25 novembre 2011, sont considérés comme des agents de la police judiciaire. L'autorité de céans est consciente que l'activité de contrôleur du marché de l'emploi n'est pas aisée et qu'il n'est pas donné à tout le monde d'effectuer les tâches inhérentes à cette fonction. Le fait qu'après six mois d'activité seulement, la recourante soit en arrêt maladie notamment pour de raisons liées à son travail démontre qu'elle n'était pas faite pour ce poste exigeant. Le but de l'engagement provisoire est précisément de permettre aux parties de se rendre compte que le poste correspond bien à leurs attentes. En l'occurrence, il est évident que ce n'était pas le cas. Constatant que la poursuite de leur collaboration n'était pas envisageable en raison des trop grandes divergences, il était du devoir de l'intimé de mettre un terme au rapport de service.

### 3.4

La recourante considère que la résiliation de son engagement provisoire est une sanction de son incapacité de travail et qu'elle est donc abusive au sens de l'article 336 alinéa 1 lettre a CO. Il convient au préalable de rappeler que le fardeau de la preuve du motif abusif incombe à la partie qui entend en déduire un droit (art. 8 CC). Or, la recourante n'amène aucun élément pouvant étayer cette hypothèse.

La disposition de l'article 336 alinéa 1 lettre a CO vise le congé discriminatoire. Son application suppose que trois conditions soient remplies: la résiliation doit reposer sur un motif ayant trait à la personnalité de l'autre partie, le lien de causalité doit exister entre le

motif et le congé lui-même, et la résiliation doit être dépourvue de motifs justificatifs. Le congé prononcé pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie est abusif à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. [ ] un congé signifié en raison d'un comportement, d'un défaut de caractère du travailleur ou de l'employeur, ou encore en fonction d'une absence d'entente entre les parties est toujours admissible. Il ne saurait y avoir abus au sens de cette disposition, lorsque la raison justifiant le congé présente un lien avec le rapport de travail, en particulier avec l'obligation de travailler et le devoir de fidélité du travailleur (R. Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p.399). En l'espèce, l'incapacité de la recourante n'est pas un motif qui a trait à sa personnalité. Elle est la conséquence d'une inadéquation au poste occupé, elle-même due à des divergences profondes entre, d'une part, les aspirations de la recourante par rapport à sa fonction et, d'autre part, la ligne de conduite adoptée par sa hiérarchie, ces divergences ayant finalement entraîné la rupture du rapport de confiance entre les parties.

Partant, la résiliation de l'engagement provisoire doit être confirmée en tant qu'elle n'est pas abusive au sens de l'article 12 alinéa 3 LSt.

4.

4.1

A la lumière de ce qui précède, il convient d'admettre que la décision attaquée, bien qu'elle puisse paraître sévère aux yeux de la recourante est conforme au droit et doit donc être maintenue.

4.2

Au vu du sort de la cause, aucune indemnité de dépens n'est allouée (art. 48 al. 1 LPJA).

Par ces motifs, le conseiller d'Etat, chef suppléant du Département de la justice, de la sécurité et des finances,

décide:

1. Le recours de Madame A. est rejeté;
2. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Neuchâtel, le 15 novembre 2012

Thierry Grosjean

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