

# **VD\_OMNI GE.2008.0108 vom 7. November 2008**

VD Tribunal cantonal, 2008-11-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2008.0108](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2008.0108)

FR: VD\_OMNI GE.2008.0108 du 7 novembre 2008

IT: VD\_OMNI GE.2008.0108 del 7 novembre 2008

## **Regeste**

X. \_\_\_\_\_/Municipalité de 1. \_\_\_\_\_ | Licenciement d'une employée communale engagée par un contrat de travail intitulé "de droit privé". La procédure de licenciement appliqué ressemble fort à celle d'un fonctionnaire nommé. Cela plus le fait que le contrat de travail contient tous les éléments d'une décision de nomination conduit la recourante à soutenir qu'elle a été implicitement nommée fonctionnaire et que dès lors, elle peut contester son licenciement devant la CDAP. Recours déclaré irrecevable. En effet, le contrat de travail de la recourante ne peut être qualifié d'acte de nomination au vu de sa teneur. Quant aux actes postérieurs de la municipalité, ils ne sont pas pertinents en l'espèce, seul l'acte premier duquel sont issus les rapports de travail étant déterminant pour examiner la recevabilité du recours. Rappel de la jurisprudence qui veut que même si les conditions pour engager du personnel communal par contrat de droit privé ne sont pas remplies, ce contrat n'est pas pour autant automatiquement converti en acte de nomination.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Aux termes de l'article 4 alinéa 1 de loi sur la juridiction et procédure administratives du 18 décembre 1989 (ci-après: LJPA, RSV 173.36), la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (CDAP) (anciennement Tribunal administratif) connaît en dernière instance cantonale de tous les recours contre les décisions administratives cantonales ou communales lorsque aucune autre autorité n'est expressément désignée par la loi pour en connaître; les contestations relatives aux contrats de droit administratif sont cependant exclues (art. 1 al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase, LJPA).

### **E. 2**

Le recours s'exerce par écrit dans les 20 jours dès la communication de la décision attaquée (art. 31 al. 1 LJPA). Déposé en temps utile, le présent recours satisfait également aux conditions formelles énoncées à l'article 31 alinéa 2 et 3 LJPA, de sorte qu'il est donc recevable en la forme.

### **E. 3**

de la loi sur les communes du 28 février 1956 (LC; RSV 175.11). Lorsque ces rapports ont au contraire leur origine dans un contrat de travail de droit privé régi par les articles 319 et suivants du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220) ou un contrat de droit administratif, le contentieux de leur résiliation échappe à la compétence de la cour de droit administratif et public (TA GE.2000.0089 du 17 octobre 2000; GE.1999.0130 du 10 décembre 1999; GE.1995.0007 du 23 mars 1995, in Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 1995 p. 483; GE.1994.0103 du 14 février 1995, in RDAF 1995 p. 479; GE.1994.0034 du 13 juillet 1994).

#### E. 4

La recourante allègue que, malgré l'intitulé de son contrat de travail, elle a en réalité été nommée fonctionnaire par la municipalité. Dès lors, son licenciement est une décision susceptible de recours. Elle prétend que le contrat de travail du 20 avril 2007 contenait tous les éléments mentionnés à l'article 7 alinéa 1 du règlement pour le personnel de l'administration communale de la Ville de 1. \_\_\_\_\_ du 11 octobre 1977 (ci-après: RPAC) et qu'elle a accepté une nomination en apposant sa signature sur ce contrat. Elle soutient en outre que le comportement de la municipalité postérieur à la conclusion du contrat démontre qu'elle considérait cet engagement comme une nomination provisoire, preuves en sont la prolongation de son temps d'essai proposé lors de la séance du 22 février 2008 et les références à la procédure de licenciement de l'article 8 RPAC contenues dans la lettre du 13 mars 2008 et dans le procès-verbal de l'audition du 18 mars 2008. Enfin, selon elle, il ne fait aucun doute que le rapport de droit entre les parties est fondé sur le droit public, une des parties au rapport étant une autorité. Il convient donc de déterminer si les rapports de travail reposent sur une base contractuelle ou sur le régime statutaire, du sort de cette question dépendant la qualification juridique des rapports entre les parties (droit privé ou public).

a) Les obligations des fonctionnaires sont étendues, leurs droits sont relativement complexes; ils forment dans leur ensemble ce que l'on appelle le statut de la fonction publique. Un tel régime prend naissance par un acte de nomination, qui doit être qualifié de décision au sens de l'article 29 LJPA; cet acte intervient généralement à l'issue d'une procédure, comportant souvent une mise au concours. En outre, la nomination, en droit suisse, est qualifiée, assez logiquement, de décision soumise à acceptation expresse ou tacite de l'intéressé; il va de soi en effet que l'on ne peut pas devenir fonctionnaire contre son gré (Grisel, *Traité de droit administratif suisse*, 1984, p. 460 ss; Moor, *Droit administratif*, vol. III, 1992, n. 5.1.2.1, p. 210 ss). Autrement dit, la nomination de fonctionnaires intervient à l'issue d'une procédure et doit revêtir une certaine forme; elle doit enfin être acceptée par son destinataire. Plus encore que pour d'autres décisions (Moor, *op. cit.*, vol. II, 2002, n. 2.2.8.1, p. 297 ss), l'acte de nomination doit revêtir la forme écrite.

b) Aux termes de l'article 1 alinéa 2 RPAC, est fonctionnaire au sens du règlement toute personne nommée en cette qualité par la municipalité pour exercer, à titre principal ou accessoire, une fonction ou un emploi permanent au service de la commune. L'article 5 alinéa 1 RPAC précise que peuvent être nommées en qualité de fonctionnaire les personnes majeurs qui offrent toutes garanties de moralité et qui possèdent la formation correspondante aux exigences de la fonction. Sauf cas exceptionnel, le fonctionnaire est d'abord nommé à titre provisoire. L'engagement provisoire peut être librement résilié de part et d'autre un mois à l'avance pour la fin d'un mois (art. 8 al. 1 RPAC). Après une année d'engagement provisoire, la municipalité doit procéder à la nomination définitive ou résilier l'engagement en observant le délai de congé (art. 8 al. 2 RPAC). Dans des cas exceptionnels, l'engagement provisoire peut être prolongé d'une année au maximum. Au-delà d'un an, le délai de résiliation de l'engagement est porté à trois mois (art. 8 al. 3 RPAC). La nomination est communiquée au fonctionnaire par acte écrit indiquant la fonction, la date d'entrée en service, la classe de traitement, le traitement initial et le taux d'indexation. Il sera également fait mention des déductions obligatoires (art. 7 al. 1 RPAC). Elle ne porte effet qu'une fois acceptée; le fonctionnaire est censé l'accepter s'il ne manifeste pas son refus dans les huit jours dès réception de l'acte de nomination (art. 7 al. 2 RPAC). Une fois le fonctionnaire nommé, la municipalité peut le licencier pour cause de suppression d'emploi, s'il n'est pas possible de trouver dans l'administration un autre poste ou si l'intéressé refuse le poste offert, avec un préavis donné au moins six mois à

l'avance (art. 69 RPAC) ou pour de justes motifs en l'avisant trois mois à l'avance au moins si la nature des motifs ou de la fonction n'exige pas un départ immédiat (art. 69 RPAC). La municipalité peut également engager des employés par contrat écrit de droit privé lorsqu'ils ne remplissent pas les conditions pour être nommés en qualité de fonctionnaire (art. 80 al. 1 RPAC). Dans ce cas, le règlement prévoit que ces employés sont soumis aux dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail, ainsi qu'aux dispositions de droit public sur le travail (art. 80 al. 2 RPAC). Certains chapitres du règlement énumérés à l'article 80 alinéa 3 RPAC leur sont également applicables. c) En l'espèce, la recourante a été engagée par contrat du 20 avril 2007 intitulé "de droit privé". Ce contrat contient effectivement toutes les indications prescrites par l'article

## **E. 7**

alinéa 1 RPAC et a été contresigné par la recourante le 29 avril 2007. Ces quelques éléments posés, l'on ne voit pas en quoi ils inciteraient, comme le soutient la recourante, à qualifier ce contrat d'acte de nomination. En effet, son titre est très explicite sur la portée qu'il faut lui donner et, ainsi, sur la volonté de la municipalité. Le fait qu'il contienne toutes les indications prescrites pour un acte de nomination n'apparaît en outre pas être quelque chose d'exceptionnel, ces indications étant celles mentionnées dans la plupart des contrats de travail. L'on peut même envisager l'hypothèse selon laquelle l'autorité intimée disposerait d'un modèle de contrat de travail dont elle changerait l'entête en fonction du rapport de travail qu'elle souhaite établir, contrat de travail ou nomination, afin de se simplifier la tâche, raison pour laquelle toutes les indications de l'article 7 alinéa 1 RPAC apparaissent dans les contrats de droit privé qu'elle passe avec ses employés. Le fait que la recourante ait contresigné ce document le 29 avril 2007 ne permet pas non plus d'arriver à une autre conclusion. Certes, la nomination est une décision soumise à acceptation expresse ou tacite, mais un contrat de travail de droit privé, acte par essence bilatéral, nécessite lui aussi une acceptation de l'employé aux propositions d'engagement de l'employeur. En apposant sa signature sur ce contrat, dont on a établi qu'il ne constitue pas une décision de nomination, la recourante a en réalité simplement accepté les termes de son engagement. Il avait d'ailleurs été procédé de la même manière pour son contrat de personnel auxiliaire en mai 2006. Quant aux autres arguments soulevés par la recourante, selon lesquels l'autorité intimée aurait agi, dans la suite des rapports de travail, et, notamment dans la procédure de licenciement, comme à l'égard d'un fonctionnaire nommé provisoirement, ils ne sont pas pertinents en l'espèce. En effet, il convient tout d'abord de relever que ce comportement de l'autorité intimée ne s'est manifesté qu'en février et mars 2008, et à trois reprises uniquement. L'on ne peut donc qualifier ce comportement de significatif et en tirer la conclusion que l'autorité intimée considérait la recourante comme un fonctionnaire nommé à titre provisoire. Au vu du nombre d'employés de l'autorité intimée, il n'est pas inconcevable qu'elle puisse se tromper sur le statut de certains d'entre-eux et utiliser des termes inappropriés dans des courriers qui leur sont adressés ou lors de séances. Cela est certes fâcheux, car l'employé est ainsi induit en erreur, mais il n'en reste pas moins que lorsque cela se produit uniquement trois fois sur un an d'engagement, aucune portée juridique ne peut être imputée à ces erreurs. D'ailleurs, l'on relèvera que l'élément essentiel pour déterminer si le recours est recevable, est l'acte premier duquel sont issus les rapports de travail et non les actes intervenus postérieurement. Dans le cas d'espèce, comme indiqué ci-dessus, cet acte premier est un contrat de droit privé et non un acte de nomination. En licenciant la recourante et en respectant les délais stipulés dans dit contrat, l'autorité intimée a uniquement fait usage du droit formateur résolutoire (Engel, Traité des obligations en

droit suisse, 1997, p. 30 ss) que lui offrait le contrat. Ainsi, une contestation sur la régularité de cette résiliation n'est pas du ressort de la cour de céans (art. 1<sup>er</sup> al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase, LJPA). Partant, il importe peu de savoir si les rapports de droit entre les parties sont fondés sur du droit privé ou du droit public, comme le soutient la recourante. 5. La recourante allègue encore qu'elle remplissait les conditions pour être nommée fonctionnaire. Selon elle, l'autorité intimée ne jouirait pas d'une base légale suffisante en la forme d'une ordonnance administrative pour introduire une condition de nationalité à la nomination. En outre, en le faisant, elle violerait l'Accord sur la libre circulation des personnes et son annexe I. Au vu du sort du recours, il n'y a pas lieu d'examiner ces allégations de la recourante. Au demeurant, l'on rappellera que, même si les conditions autorisant l'autorité intimée à engager la recourante par voie contractuelle n'étaient pas remplies, il n'en découlerait pas pour autant que le contrat devrait être automatiquement converti en acte de nomination. La cour de céans a expressément écarté un tel procédé; elle a en particulier exclu que, lorsque la durée maximum fixée par le statut du personnel communal pour un engagement par un contrat de droit privé est dépassée, l'on considère que l'échéance du délai équivaut à une nomination (GE.2006.0172 du 14 mai 2007; GE.1996.0112 du 5 septembre 1997; GE.1994.0034 du 13 juillet 1994). 6. En conclusion, le recours doit être déclaré irrecevable et la cause rayée du rôle. Suivant la pratique de la cour de céans en matière de contentieux de la fonction publique, il ne sera pas prélevé d'émolument. L'autorité intimée, qui obtient gain de cause, a procédé sans recourir à un mandataire; elle n'a dès lors pas droit à l'allocation de dépens.

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