

100.2018.150

NIG/REN

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 6 mai 2019

Droit administratif

B. Rolli, président
Th. Müller et C. Tissot, juges
G. Niederer, greffier

A. _____
représenté par Me B. _____
recourant

contre

Commune C. _____
représentée par Me D. _____
intimée

et

Préfecture du Jura bernois
Rue de la Préfecture 2, case postale 106, 2608 Courtelary

relatif à une décision sur recours de cette dernière du 20 avril 2018
(résiliation des rapports de service, recevabilité du recours, nullité)



En fait:

A.

Par contrat de droit public du 26 janvier 2017, A. _____ a été engagé pour une durée indéterminée en qualité d'assistant social auprès du service social de la commune C. _____, tout d'abord à 50% puis, à partir du 1^{er} mai 2017, à un taux de 80%. L'entrée en fonction a été fixée au 6 mars 2017. A la suite de plusieurs entretiens avec l'intéressé et en raison notamment de prestations jugées insuffisantes, la commune a, par décision du 7 juillet 2017, mis fin aux rapports de service avec effet au 31 août 2017.

B.

L'intéressé a recouru contre cette décision auprès de la Préfecture du Jura bernois par mémoire du 22 août 2017, en concluant à ce qu'il soit constaté que le licenciement est nul et que les rapports de travail se poursuivent au-delà du 31 août 2017. Dans une décision sur recours du 20 avril 2018, la Préfecture a déclaré le recours irrecevable et constaté d'office que la décision attaquée n'est pas nulle, ce sans percevoir de frais, ni allouer de dépens.

C.

Désormais représenté par un avocat et par acte du 22 mai 2018, le recourant a porté le litige devant le Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en concluant en résumé, sous suite de frais et dépens, principalement, à l'admission du recours et à la modification de la décision sur recours entreprise en ce sens que le recours du 22 août 2017 est déclaré recevable et la décision communale du 7 juillet 2017 déclarée nulle, subsidiairement, à l'admission du recours et à ce que la décision sur recours soit seulement modifiée en ce sens qu'elle constate d'office la nullité de la décision du 7 juillet 2017, plus subsidiairement, à l'admission

du recours, à l'annulation de la décision du 7 juillet 2017 et au renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision au sens des considérants. Par envoi du 28 juin 2018, la Préfecture a indiqué qu'elle renonçait à déposer un préavis circonstancié, renvoyant à sa décision sur recours du 20 avril 2018. Dans sa réponse du 30 juillet 2018, l'intimée a conclu en substance au rejet du recours, à la condamnation du recourant au paiement de dépens pour les deux instances, de même qu'aux frais judiciaires de la procédure devant le TA. Le recourant a répliqué le 17 septembre 2018 et maintenu ses conclusions. Invitée à se prononcer, la Préfecture a versé au dossier une prise de position datée du 9 octobre 2018, dans laquelle elle a conclu au rejet du recours ainsi qu'à la confirmation de sa décision sur recours, sous suite de frais. Le recourant a encore dupliqué par écrit du 26 novembre 2018 et confirmé ses conclusions.

En droit:

1.

1.1 Aux termes de l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21) auquel renvoie l'art. 108 al. 1 de la loi cantonale du 16 septembre 2004 sur le personnel (LPers, RSB 153.01), le TA connaît en qualité de dernière instance cantonale des recours contre les décisions et décisions sur recours fondées sur le droit public. En l'occurrence, la décision sur recours contestée a trait à la résiliation de rapports de service et ressortit incontestablement au droit public. Aucune des exceptions prévues aux art. 75 ss LPJA n'étant par ailleurs réalisées, le TA est compétent pour connaître du présent recours.

1.2 Le recourant, débouté par l'instance précédente, est formellement lésé par la décision contestée. Il peut en outre justifier d'un intérêt digne de protection à la contester et a donc qualité pour recourir au sens de l'art. 79

al. 1 LPJA. Interjeté au surplus en temps utile auprès de l'autorité de justice administrative compétente et par un mandataire dûment légitimé, le recours est recevable (art. 15, 32, 41 ss et 81 LPJA).

1.3 En tant que le recourant conclut, à titre plus subsidiaire, à l'annulation de la décision de l'intimée du 7 juillet 2017, celui-ci méconnaît l'effet dévolutif du recours interne à l'administration interjeté auprès de la Préfecture, qui implique que la décision sur recours du 20 avril 2018 a remplacé la décision communale (JAB 2010 p. 411 c. 1.4; ATF 136 II 101 c. 1.2; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum bernischen VRPG*, 1997, art. 60 n. 7; BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2015, p. 572). Une telle conclusion est, en soi, irrecevable.

1.4 Le pouvoir d'examen du TA résulte de l'art. 80 let. a et b LPJA (en lien avec l'art. 108 LPers). Il est donc limité au contrôle du droit (y compris la constatation des faits), à l'exclusion des questions d'opportunité.

2.

Se pose tout d'abord la question de savoir si c'est à bon droit que la Préfecture a retenu que le recours administratif du 22 août 2017 est tardif.

2.1 Dans le cadre de la procédure de recours interne à l'administration et conformément à l'art. 67 LPJA, le recours doit en particulier être déposé dans les trente jours à compter de la notification de l'acte attaqué. D'après l'art. 41 al. 1 LPJA, les délais dont le début dépend d'une communication courent dès le lendemain de celle-ci. L'art. 44 al. 1 et 2 LPJA dispose à cet égard notamment que les décisions sont en principe notifiées par la poste et, sous réserve des exceptions prévues par cette disposition, par pli recommandé. L'art. 44 al. 3 LPJA précise qu'une communication qui n'est remise que contre la signature du ou de la destinataire ou d'un tiers habilité est réputée reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution. Conformément à l'art. 44 al. 6 LPJA, une notification irrégulière ne doit porter préjudice à personne. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), la fiction de notification n'est cependant applicable que lorsque la communication d'un acte officiel doit

être attendue avec une certaine vraisemblance. Cette condition n'est réalisée que lorsqu'une procédure est en cours et impose ainsi aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, à savoir de faire en sorte, entre autres, que les décisions relatives à la procédure puissent leur être notifiées. Le devoir procédural d'avoir à s'attendre avec une certaine vraisemblance à recevoir la notification d'un acte officiel naît ainsi avec l'ouverture d'une procédure et vaut pendant toute la durée de celle-ci (ATF 141 II 429 c. 3.1, 139 IV 228 c. 1.1, 138 III 225 c. 3.1, 134 V 49 c. 4, 130 III 396 c. 1.2.3, 127 I 31 c. 2a/aa; TF 1C_552/2018 du 24 octobre 2018 c. 3.1, 2C_1038/2017 du 18 juillet 2018 c. 3.2, 2C_35/2016 du 18 juillet 2016 c. 3.1; JAB 2009 p. 107 c. 7.3.2, 2006 p. 378 c. 4.1; VGE 2017/105 et 2017/106 du 20 septembre 2017 c. 4.4 avec les références citées; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op. cit., art. 44 n. 10 s.).

2.2 La jurisprudence prévoit encore que l'employeur doit de bonne foi escompter que le travailleur s'absentera de son domicile lors de ses vacances, de sorte qu'il est gravement contraire au principe de la confiance d'admettre qu'un congé signifié au domicile du travailleur puisse déployer ses effets alors que celui-ci est en vacances au su de son employeur (ATF 140 III 244 c. 5.2; TF 4C.34/2006 du 4 mai 2006 c. 2.3). Ainsi, le travailleur à qui une lettre de congé est envoyée à son domicile alors qu'il se trouve en vacances n'est censé en avoir pris connaissance qu'à son retour, à moins qu'il soit resté chez lui pendant la période considérée ou qu'il ait fait suivre son courrier à son adresse de vacances. Il convient également de faire une exception si le travailleur est parti en vacances sans en informer son employeur (TF 4P.307/1999 du 5 avril 2000 c. 3c avec les références, également cité dans une affaire concernant la fin de rapports de service de droit public: TF 2P.187/2003 du 27 novembre 2003 c. 6.2; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 2014, p. 409 s.).

2.3 En substance, dans la décision sur recours attaquée, la Préfecture a retenu que le recourant pouvait s'attendre à recevoir une notification par son employeur, divers entretiens ayant eu lieu et une convention visant à mettre fin aux rapports de travail lui ayant été présentée lors d'une séance du 29 juin 2017 durant laquelle il a été informé qu'une décision de résiliation allait être prononcée. Néanmoins, la Préfecture a considéré que

l'intimée ne pouvait de bonne foi procéder à la notification de cette décision le 7 juillet 2017, dans la mesure où elle savait que le recourant était en vacances depuis le 10 juillet 2017. Ce faisant, elle a retenu que la notification était irrégulière. Toutefois, la Préfecture a considéré que le recourant n'a pas subi de préjudice de ce fait, à mesure qu'il a pris connaissance de la décision le 24 juillet 2017 et qu'il lui restait alors suffisamment de temps pour agir dans le délai de recours. Selon l'autorité précédente, le recourant doit donc se laisser imputer la notification de la décision litigieuse sept jours après la tentative infructueuse de notification, à savoir le 17 juillet 2017, si bien que son recours administratif est tardif.

2.4 Dans son recours de droit administratif du 22 mai 2018, le recourant critique en premier lieu l'appréciation de la Préfecture, selon laquelle, en dépit d'une notification irrégulière de la décision communale (liée au fait que l'intimée savait qu'il se trouvait en vacances lorsque cet acte lui a été adressé), le recourant n'a pas été empêché d'agir dans le délai légal de recours, ayant pris connaissance de la décision litigieuse le 24 juillet 2017 seulement (le lendemain de son retour de vacances) alors que la fiction de notification était réputée intervenue le 17 juillet 2017. Le recourant y voit une violation des principes applicables à une notification irrégulière. Il affirme que l'interprétation de la Préfecture a pour effet de raccourcir de manière inadmissible le délai de recours de 30 jours, de sorte qu'il n'aurait plus alors disposé de l'entier du délai pour agir. Le recourant prétend que le délai de recours doit en pareilles circonstances commencer à courir à partir du moment où il a effectivement pris connaissance de la décision communale, le 24 juillet 2017, si bien que son recours du 22 août 2017 (remis à la poste le même jour) a été formé dans le délai de recours et est par conséquent recevable.

2.5 L'intimée rappelle quant à elle, dans sa réponse du 30 juillet 2018, que le recourant savait dès l'entrevue du 20 juin 2017 qu'elle n'entendait pas poursuivre les rapports de travail et dès l'entretien du 29 juin 2017 qu'une résiliation allait être prononcée. Elle relève que le recourant en a été informé à cette occasion après qu'une convention de départ lui a été proposée et qu'il a refusé de la signer, le recourant ayant en outre rendu ses clés et son badge en indiquant qu'il ne reviendrait pas travailler.

L'intimée conteste qu'elle savait que le recourant était en vacances et affirme que même si tel avait été le cas, elle aurait été fondée à procéder à l'envoi de la décision. Elle précise qu'elle ne devait toutefois pas considérer que le recourant était en vacances, puisqu'il avait déclaré qu'il ne reviendrait pas travailler. Elle explique aussi qu'elle pouvait admettre que le recourant se trouvait chez lui, dans la mesure où il avait produit un certificat médical indiquant qu'il était en état d'incapacité de travail. De plus, l'intimée précise qu'elle ignorait aussi que le recourant se rendait à l'étranger. Selon l'intimée, il incombait en outre au recourant de prendre ses dispositions afin que la décision puisse lui être notifiée. Partant, elle conteste que la notification de la décision du 7 juillet 2017 est irrégulière mais considère que c'est à bon droit que la Préfecture a retenu que la notification est intervenue le 17 juillet 2017, que le recourant avait encore le temps d'agir lorsqu'il en a pris connaissance et que son recours est tardif.

2.6 En l'occurrence, le dossier de la cause laisse apparaître que le recourant s'est entretenu le 20 juin 2017 avec le responsable du service social ainsi qu'avec le chancelier et qu'il a été informé à cette occasion que l'intimée avait l'intention de mettre fin aux rapports de service avec effet au 30 juin 2017, ce par l'intermédiaire d'une convention de départ (voir dossier [dos.] Préfecture 12 § 5). Une proposition de convention a été remise au recourant lors d'une entrevue, le 22 juin 2017 (dos. Préfecture 3), mais ce dernier a refusé de la signer, critiquant essentiellement le nombre de traitements accordés. Par conséquent et à mesure que l'intimée n'a pas accepté de modifier cette convention (pièce justificative [PJ] 13 de la réponse du 26 janvier 2018) un nouvel entretien s'est déroulé le 29 juin 2017, lors duquel le recourant s'est vu accorder la possibilité de se prononcer sur les motifs de résiliation des rapports de service, ce qu'il a d'ailleurs fait (dos. Préfecture 4 et 11; PJ 10 de la réponse du 26 janvier 2018). Cela étant, il convient d'admettre que depuis le 29 juin 2017 en tout cas, le recourant devait s'attendre à ce que la décision prononçant la fin des rapports de service lui soit notifiée, ce qui vaut dès lors à plus forte raison à la date de la (tentative de) notification de celle-ci et d'autant plus que, selon un e-mail du 6 juillet 2017 émanant du secrétaire régional d'un syndicat qui a agi pour le recourant, ce dernier a pris acte de la volonté de l'intimée de résilier les rapports de service (PJ 16 de la réponse du

26 janvier 2018). De plus, contrairement à ce que le recourant a soutenu devant la Préfecture (dos. Préfecture 63 § 2), la procédure administrative (non contentieuse) ne débute pas par le prononcé d'une décision mais suite à la requête d'un administré ou à l'initiative de l'autorité et d'office, lorsque ses tâches exigent qu'elle règle un rapport de droit de manière contraignante. L'ouverture de la procédure crée alors la litispendance (art. 16 LPJA) et le rapport de droit procédural (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op. cit., art. 1 n. 1 et art. 50 n. 1; B. BOVAY, op. cit., p. 211, 213 et 217) et cela à partir du moment où les mesures prises par l'autorité laissent à penser qu'une décision va être prononcée (ATF 140 II 298 c. 5.3 s. et les références citées). Partant, dès lors que les démarches entreprises par l'intimée à compter du 20 juin 2017 laissent clairement entendre qu'une décision allait être rendue (un terme à la fin du mois en cours ayant même été évoqué), il sied de reconnaître qu'une procédure administrative (en l'occurrence de licenciement, voir à cet égard: JAB 2009 p. 107 c. 7.3.2) a été initiée par l'intimée à compter de cette même date en tout cas, ce que tendent d'ailleurs aussi à démontrer les démarches qui ont suivi, en particulier celles du 29 juin 2017 (établissement et négociation d'une convention de départ, mise en œuvre d'un entretien afin de garantir le droit d'être entendu du recourant sur les motifs de la résiliation). Par conséquent, le recourant était partie à une procédure lorsque la décision du 7 juillet 2017 lui a été notifiée et il devait s'attendre au prononcé d'une telle décision. La fiction de notification prévue par l'art. 44 al. 3 LPJA est dès lors applicable.

2.7 De même, bien que le recourant a allégué devant la Préfecture qu'il a averti l'intimée au sujet de son départ en Afrique (entre fin avril et début juin 2017 selon son écrit du 26 octobre 2017 et depuis au moins le 14 juin 2017 selon celui du 18 décembre 2017; dos. Préfecture 63 et 75), aucun élément au dossier ne permet d'établir ses propos. En effet, d'après les pièces versées en procédure, le recourant a fait mention d'un retour de vacances pour la première fois dans son courrier du 26 juillet 2017 (PJ 20 de la réponse du 26 janvier 2018). Il n'en a toutefois parlé ni dans son e-mail du 3 juillet 2017, ni dans celui du 5 juillet 2017, ni encore dans celui de son représentant syndical, du 6 juillet 2017. L'achat de billets d'avion le 14 juin 2017 (dos. Préfecture 58) n'implique du reste aucunement que

l'intimée était au courant des vacances prévues par le recourant. Cette information ne ressort pas non plus du procès-verbal de la séance du conseil municipal du 4 juillet 2017 (voir PJ 13 de la réponse du 26 janvier 2018). Dès lors, dans ces circonstances, on ne saurait considérer que l'intimée a notifié la décision du 7 juillet 2017 en toute connaissance du fait que le recourant était parti en vacances en Afrique. Partant, la mauvaise foi de l'intimée doit être niée et c'est donc à tort que la Préfecture a considéré que la notification de la décision était irrégulière pour cette raison. La décision du 7 juillet 2017 a donc été notifiée (fictivement) sept jours après la tentative infructueuse de notification du 10 juillet 2017, soit le 17 juillet 2017. Le recours du 22 août 2017, remis à la poste le même jour, est ainsi tardif, le délai de recours ayant expiré le mercredi 16 août 2017 à minuit et, partant, irrecevable. Il s'ensuit que, sous réserve de la nullité (voir c. 3), les autres griefs soulevés par le recourant ne peuvent être examinés (violation par la Préfecture du devoir d'instruction, tardiveté de la remise en cause des certificats médicaux par l'intimée, droit au traitement en raison de l'absence d'un abandon de poste; voir p. 15 § 2 et p. 17 du recours de droit administratif ainsi que p. 4 à 6 de la réplique du 17 septembre 2018).

3.

Reste à déterminer si c'est à juste titre que la Préfecture s'est prononcée sur la nullité de la résiliation. A cet égard, il convient d'examiner si un motif de nullité de la résiliation entraîne également la nullité de la décision de résiliation elle-même, auquel cas il peut être invoqué au-delà du délai de recours et la Préfecture pouvait le sanctionner d'office, étant rappelé que la nullité peut en principe être constatée d'office et en tout temps (ATF 134 III 75 c. 2.4; TF 5A_678/2017 du 11 septembre 2017 c. 1, 2C_227/2015 du 31 mai 2016 c. 1.3.1; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op. cit., art. 49 n. 61) ou si, au contraire, le motif de nullité de la résiliation doit être invoqué dans le recours contre la décision portant sur la résiliation et ne peut plus être revu en l'espèce en raison de l'irrecevabilité de ce dernier.

3.1 S'agissant premièrement du droit applicable, l'art. 32 de la loi cantonale du 16 mars 1998 sur les communes (LCo, RSB 170.11) dispose

que si les communes ne se dotent pas d'une réglementation propre, le droit cantonal sur la fonction publique s'applique par analogie au statut de leur personnel. Dans le cas présent, l'intimée a adopté un règlement concernant le personnel communal (ci-après: RPers), entré en vigueur le 1^{er} avril 2009. L'art. 2 al. 2 RPers prévoit que les dispositions cantonales en matière de personnel sont applicables aux questions non résolues dans ce règlement (s'agissant des employés au sens de l'art. 1 let. a RPers).

3.2 Conformément à l'art. 13 al. 2 RPers, après l'échéance de la période d'essai est nulle toute résiliation prononcée pendant l'une des périodes prévues au premier alinéa de cette norme (notamment durant une période d'incapacité de travail; art. 13 al. 1 let. b RPers). L'art. 13 RPers ne règle toutefois pas les conséquences de la nullité. Par conséquent et en vertu de l'art. 2 al. 2 RPers, c'est donc sous l'angle de la LPers qu'il convient de répondre à cette question.

3.3 En l'espèce, à l'instar de l'art. 13 RPers, l'art. 28 LPers sanctionne de nullité la résiliation des rapports de travail prononcée après la période probatoire, notamment durant une incapacité de travail partielle ou totale résultant d'une maladie. A la suite de l'entrée en vigueur de la LPers, au 1^{er} juillet 2005, cette disposition a remplacé l'art. 22b de l'ancienne loi cantonale du 5 novembre 1992 sur le statut général de la fonction publique (aLPers), qui sanctionnait également de nullité la résiliation prononcée en temps inopportun (voir art. 22b al. 3 aLPers, in Journal du Grand Conseil, 1995, annexe 12, p. 11). Dans le contexte de cette disposition, la doctrine et la jurisprudence ont précisé qu'en cas de résiliation prononcée durant une période de protection, la décision elle-même est nulle, si bien que le rapport de service se poursuit et qu'une nouvelle décision est nécessaire pour y mettre fin (DANIEL VON KAENEL, *Die Beendigung des Angestelltenverhältnisses nach bernischem Personalrecht*, in JAB 1996 p. 193, p. 199; VON KAENEL/ZÜRCHER, *Personalrecht*, in MÜLLER/FELLER [édit.], *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2013, p. 82, n. 87; HANS-ULRICH STOOSS, *Handbuch Öffentliches Personalrecht*, 2017, p. 1187, n. 63; JAB 2013 p. 417 c. 4.1 in fine, 2009 p. 107 c. 9.2, 2007 p. 538 c. 2.1; voir également en ce sens: arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich: VB.2017.00444 du 13 juin 2018 c. 2.2; voir aussi c. 4.2.5 ci-après). Au vu

de ce constat, il sied donc d'admettre que la nullité prévue par l'art. 28 LPers et, par le renvoi de l'art. 2 RPers, par l'art. 13 RPers, entache, cas échéant, la décision de résiliation elle-même. Cela étant, c'est à bon droit que la Préfecture s'est prononcée d'office sur la nullité de la résiliation dans la décision sur recours attaquée, malgré la tardiveté du recours administratif du 22 août 2017.

4.

Il convient cependant encore de déterminer si c'est à juste titre que la Préfecture a nié la nullité de la résiliation des rapports de service.

4.1 A ce propos, il y a tout d'abord lieu de résoudre la question de savoir si, comme le prétend l'intimée (voir art. 4 de la réponse du 30 juillet 2018), le recourant se trouvait encore dans la période d'essai au moment de la résiliation des rapports de service et qu'il ne bénéficiait par conséquent pas de la protection en cas de résiliation en temps inopportun ou si, au contraire, tel était bien le cas.

4.1.1 D'après l'art. 8 al. 1 RPers, les employés sont engagés pour une période d'essai avant d'être engagés définitivement. Selon l'art. 8 al. 3 RPers (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, voir ATF 141 II 393 c. 2.4, 139 II 243 c. 11.1, 135 II 384 c. 2.3), la période probatoire dure 3 mois (sous réserve de l'alinéa 4, sans pertinence toutefois dans le cas présent) et, si la résiliation n'a pas été prononcée pendant la période d'essai, les rapports de service sont définitifs.

4.1.2 En l'espèce, le fait de savoir si le recourant a accepté oralement une prolongation de la période d'essai, comme le défend l'intimée (voir art. 4 du mémoire de réponse du 30 juillet 2018), est dénué de pertinence. En effet, indépendamment du point de savoir si une prolongation était possible (ce que le RPers prévoit expressément depuis le 1^{er} janvier 2018 pour une durée de 3 mois au plus), dans la mesure où l'art. 5 al. 1 RPers soumet la création d'un rapport de travail de droit public à la conclusion d'un contrat écrit, une modification de celui-ci ne pouvait en aucun cas intervenir uniquement oralement (art. 2 al. 3 RPers, art. 105 LPers et

art. 12 du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO, RS 220]; TF 8C_310/2017 du 14 mai 2018 c. 5.2 et la jurisprudence citée), comme l'a correctement souligné le recourant (voir p. 4 § 3 de la réplique du 17 septembre 2018). A cet égard, le raisonnement de l'instance précédente ne prête pas flanc à la critique en tant qu'il confirme que, dans la mesure où le recourant n'a pas signé le courrier du 13 juin 2017 prévoyant la prolongation de la période d'essai (dos. Préfecture 17), celle-ci ne peut être intervenue (voir p. 8, ch. 3.2 de la décision sur recours attaquée). C'est donc à bon droit que la Préfecture a exclu que le recourant se trouvait dans la période d'essai lorsque l'intimée a mis fin aux rapports de service. Puisque le recourant est entré en service le 6 mars 2017 et qu'une prolongation écrite de la période d'essai n'a pas valablement été convenue, ce dernier n'était plus en période probatoire au-delà du 6 juin 2017, soit en particulier au moment de la résiliation des rapports de service. Les périodes de protection prévues par l'art. 13 RPer étaient dès lors bien applicables.

4.2 Il convient ainsi de déterminer si la décision qui a prononcé la résiliation des rapports de service est nulle en raison de l'incapacité de travail du recourant.

4.2.1 A ce sujet, l'autorité précédente a déclaré que compte tenu du certificat médical du 22 août 2017 et de l'ensemble des circonstances, elle doutait sérieusement de l'existence d'une incapacité de travail. Elle a en effet expliqué qu'il était inconcevable qu'une incapacité de travail fondée sur une atteinte d'ordre psychique puisse être établie à raison d'une rétroactivité de 20 jours, le certificat médical du 22 août 2017 étant dès lors une attestation de complaisance, si bien que le certificat précédent incluant la date de notification de la décision l'était lui aussi. D'après la Préfecture, cela vaudrait d'autant plus que le recourant s'est rendu en Afrique durant la période d'incapacité de travail alors qu'un voyage de longue durée et un séjour de deux semaines est, selon elle, excessivement difficile à gérer en présence de souffrances psychiques. La Préfecture a encore remis en cause l'existence de l'incapacité de travail en soulignant qu'aucun antécédent médical n'est établi et que cette dernière a débuté le jour même où le recourant a été entendu au sujet de son licenciement. L'autorité

précédente a dès lors nié que le recourant a apporté la preuve de son empêchement de travailler et elle a retenu que la décision de résiliation n'est pas nulle.

4.2.2 Dans son recours, le recourant rappelle qu'il a produit un certificat médical daté du 3 juillet 2017, portant sur la période du 29 au 30 juin 2017, ainsi qu'un certificat du 5 juillet 2017 attestant une incapacité de travail du 29 juin au 31 juillet 2017. Il précise que l'attestation découlant de ce dernier document n'est pas rétroactive pour ce qui est de la date de notification de la décision litigieuse ou de la date à laquelle il en a pris connaissance. Il indique dès lors qu'aucune raison ne justifie de remettre en cause son incapacité de travail au moment de la notification de cette décision et conteste qu'il s'agit de certificats médicaux de complaisance. En particulier, il s'oppose à l'avis de la Préfecture, selon lequel le certificat du 5 juillet 2017 doit être invalidé par celui du 20 août 2017, du fait que ce dernier est rétroactif pour une durée de 20 jours. Selon lui, cette dernière attestation ne fait que suivre l'évolution déjà attestée par deux certificats médicaux. De plus, le recourant ajoute qu'il était suivi par sa psychiatre régulièrement depuis le 29 mai 2017 et qu'elle était ainsi capable d'attester une incapacité de travail de manière rétroactive. Le recourant conteste encore que son voyage en Afrique était incompatible avec des souffrances psychiques.

4.2.3 Dans sa réponse, l'intimée relève que le recourant n'était pas malade lors de son dernier jour de présence au travail et qu'il n'a pas déclaré se sentir mal ou avoir rendez-vous chez un médecin. Elle souligne au contraire que le recourant a rendu son badge et ses clés après avoir averti qu'il ne reviendrait plus travailler. Elle ajoute aussi que le certificat médical du 3 juillet 2017 n'atteste pas que le recourant était malade à cette date. Par conséquent, lorsqu'elle a décidé de mettre fin aux rapports de service, soit en séance du 4 juillet 2017, elle pouvait partir du principe que le recourant ne se trouvait pas en incapacité de travail et donc, dans une période de protection. L'intimée avance encore qu'elle n'a pris connaissance du voyage du recourant que le 26 octobre 2017, lorsque le mandataire de ce dernier a produit sa réponse et les billets d'avion, cette information l'ayant alors fait douter de la véracité des certificats médicaux produits. L'intimée est d'avis qu'un voyage à l'étranger est incompatible

avec une incapacité de travail et elle se rallie à l'avis de la Préfecture, selon lequel ces certificats sont des certificats médicaux de complaisance.

4.2.4 En l'occurrence, le certificat médical établi par la psychiatre du recourant le 5 juillet 2017 atteste que celui-ci a présenté une incapacité de travail de 100% pour une durée indéterminée du 29 juin au 31 juillet 2017 en raison d'une maladie (dos. Préfecture 14). Sur la base de ce document, force est d'admettre que la décision de résiliation des rapports de service, notifiée le 17 juillet 2017 (voir c. 2.6 s.), est intervenue durant une période d'incapacité de travail. En effet, contrairement à ce que prétend l'intimée (voir art. 5 § 7 ss de la réponse du 30 juillet 2018), le moment déterminant est celui de la date de la notification de la décision (JAB 2007 p. 538 c. 2.3 et les références citées) et non celui où l'intimée a pris la décision de procéder au licenciement (à savoir le 4 juillet 2017). En effet, tant en droit public qu'en droit privé, la résiliation est un acte formateur soumis à réception (JAB 2006 p. 529 c. 5.2 et les références citées). Par ailleurs, comme le recourant le souligne à juste titre et ainsi que l'a également retenu la Préfecture (voir p. 11, ch. 3.3.3 de la décision sur recours contestée), pour la date déterminante du 17 juillet 2017, le certificat médical du 5 juillet 2017 n'est pas rétroactif (voir p. 13 § 3 et 15 § 1 du recours de droit administratif). S'il est vrai que le voyage du recourant en Afrique pendant une période durant laquelle il était réputé être en état d'incapacité de travail à 100% peut de prime abord sembler incompatible avec l'attestation de sa psychiatre, il n'en demeure pas moins que cette dernière s'est expliquée de façon cohérente et convaincante à cet égard dans son écrit du 3 mai 2018 (PJ 3 du recours de droit administratif), dont la recevabilité ne prête du reste aucunement à discussion, contrairement au point de vue de l'intimée (voir p. 15 § 1 du mémoire de réponse du 30 juillet 2018 et art. 25 LPJA). Quoi qu'il en soit, la question de la force probante des certificats médicaux versés en procédure par le recourant (remise en cause par l'intimée, voir art. 5 de la réponse du 30 juillet 2018) et, avec elle, celle d'une prétendue violation du devoir d'instruction de la Préfecture à ce sujet, peuvent demeurer indécises, vu le résultat qui suit.

4.2.5 En effet, en rapport avec l'art. 13 RPers et l'art. 28 LPers (voir c. 3.3), il sied encore d'observer qu'il découle des travaux parlementaires

que l'art. 22b aLPers correspondait, dans son principe, à l'art. 336c CO (Journal du Grand Conseil, 1995, annexe 12, p. 5; D. VON KAENEL, op. cit., p. 199). L'art. 22b aLPers devait ainsi être interprété conformément aux dispositions du CO, pour autant que les rapports de travail de droit public ne nécessitaient pas une approche différente en la matière (JAB 2007 p. 538 c. 2.1 et les références citées). Dans le contexte de l'art. 336c CO, la nullité a toutefois pour objet la résiliation du contrat de travail, soit un acte formateur unilatéral soumis à réception (ATF 133 III 517 c. 3.3, 128 III 129 c. 2a; TF 4A_372/2016 du 2 février 2017 c. 5.2) et irrévocable (JAB 2013 p. 417 c. 4.3 et les références citées). Une telle résiliation nécessite certes en droit de la fonction publique le prononcé d'une décision administrative (JAB 2007 p. 538 c. 1.1.3). Comme évoqué ci-avant (voir c. 4.2.4), la décision formelle s'apparente toutefois, dans son résultat, à l'exercice d'un droit formateur. En effet, tous deux sont destinés à modifier unilatéralement une situation juridique préexistante. Ces deux éléments ne se distinguent essentiellement que sous deux aspects. D'une part, la différence (d'ordre structurel) porte dans le fait que contrairement à un droit formateur qui ne peut plus être par la suite modifié par les parties, la décision peut l'être par une nouvelle décision. D'autre part, alors que l'employeur privé peut invoquer l'autonomie privée et la liberté contractuelle, l'employeur public doit pouvoir justifier d'un motif pertinent (art. 25 al. 2 LPers et 10 al. 3 RPers) et reste lié par les droits fondamentaux et les principes constitutionnels du droit administratif, notamment le droit d'être entendu (ATF 138 I 113 c. 6.4.2 s., 137 I 58 c. 4.3.3; WYLER/BRIGUET, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique, Principes généraux, LPers-CH, LPers-VD*, 2017, p. 58 s., MOOR/POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 2011, p. 206 et 382). Ces distinctions ne s'opposent cependant pas à ce que l'art. 13 RPers (en lien avec l'art. 28 LPers et l'art. 2 RPers) soit interprété à l'aune de l'art. 336c CO (voir aussi en ce sens: JAB 1998 p. 29 c. 4 et HAFNER/STALDER, *Folgen mangelhafter Kündigungen im öffentlichen Personalrecht: Weiterbeschäftigung oder Entschädigung?*, in FRANKHAUSER et al., *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm*, 2016, p. 1102 s. et la jurisprudence citée). En outre, aucune spécificité découlant du droit public ne justifie de s'écarter d'une

interprétation fondée sur l'art. 336c CO (voir ATF 139 I 57 c. 5.1 et la jurisprudence citée).

4.2.6 Cela étant, s'agissant des périodes de protection prévues par l'art. 336c CO, le TF a rappelé que cette norme a été introduite non pas du fait que l'état du travailleur, au moment de la réception de la résiliation, l'empêcherait de chercher un autre emploi mais parce qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail (FF 1984 II p. 574, p. 628; TF 8C_1074/2009 du 2 décembre 2010 c. 3.4.5). Le TF a dès lors jugé que l'art. 336c CO ne s'applique pas si l'atteinte à la santé s'avère insignifiante au point de ne pas empêcher l'employé d'occuper, le cas échéant, un nouveau poste de travail (TF 4A_227/2009 du 28 juillet 2009 c. 3.2, 2A.116/2005 du 12 mai 2005 c. 4.1, 4C.346/2004 du 15 février 2005 c. 4.2 et la jurisprudence citée). Partant en outre du constat que les incapacités de travail limitées à la place de travail sont très fréquemment dues à des conflits de personnes, à des cas de mobbing ou de burnout et qu'elles surviennent généralement après le licenciement, la doctrine a considéré que si l'incapacité de travail est limitée à l'entreprise ou à un poste de travail et que l'intéressé garde sa pleine capacité de travail et peut vaquer sans entrave à ses occupations personnelles, la protection prévue par l'art. 336c CO ne s'applique pas (RUDOLPH/VON KAENEL, *Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen*, in SJZ 2010 p. 361, p. 363 s. et les références citées; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 2012, art. 336c CO n. 8; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 683 et 685; MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar*, 2014, art. 336c CO n. 3; WERNER GLOOR, *L'incapacité de travail "à géométrie variable"*, in Collection genevoise, *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, 2015, p. 163, p. 165 ss; voir aussi l'arrêt zurichois: PB.2005.00034 du 21 décembre 2015 c. 4.3, l'arrêt lucernois, in JAR 2009 p. 562 c. 3.1, de même que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-5819/2016 du 22 novembre 2017 c. 4.5.1 avec les références citées; contra: LUGINBÜHL/BRÜHLMANN, *Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht*, in Jusletter du 19 août 2013, p. 6 ss

ch. 4.3, avis critiqué in: RUDOLPH/VON KAENEL, *Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Entgegnung zum Beitrag von Luginbühl/Brühlmann in Jusletter vom 19. August 2013*, in Jusletter du 9 septembre 2013).

4.2.7 En l'espèce, dans son recours de droit administratif, le recourant a expliqué que le suivi médical régulier instauré avec sa psychiatre était justifié par des difficultés psychologiques provenant d'une relation conflictuelle sur le lieu de travail (voir p. 6, ch. 15 s. ainsi que p. 16 § 2 et p. 18 § 1 du recours de droit administratif). Cette dernière a par ailleurs expressément confirmé cette conclusion dans son attestation du 3 mai 2018, dans laquelle elle a précisé: "[qu']un suivi régulier a été repris le 29.05.2017 en raison de difficultés psychologiques en lien avec le travail" (PJ 3 du recours de droit administratif, voir § 1 phr. 2). Dans ce document, la psychiatre a également indiqué que: "la capacité en ce qui concerne le travail d'assistant social à C._____ n'a pas été améliorée, en raison d'un contexte professionnel incompatible avec les difficultés psychologiques [du recourant]" (voir § 1 in fine) ou encore que: "pendant la période de son voyage, [le recourant] n'était pas en capacité de travailler à C._____ " (voir § 2 in fine). Cela étant, il convient de retenir que l'incapacité de travail médicalement attestée à 100% et pour une durée indéterminée était étroitement liée au poste de travail du recourant. Cela semble d'autant plus fondé que la psychiatre du recourant n'a pas jugé le voyage entrepris par celui-ci en Afrique incompatible avec son état de santé, en indiquant notamment qu'un séjour loin de chez lui pouvait avoir un effet bénéfique sur son moral (idem, § 2 in fine). Elle a au surplus confirmé expressément dans son certificat du 1^{er} septembre 2017, que l'incapacité de travail ne visait que l'activité en tant qu'assistant social à C._____ (PJ 24 de la réponse du 26 janvier 2018). Par conséquent, dans ces circonstances et au regard de la doctrine ainsi que de la jurisprudence qui précèdent (voir c. 4.2.6), force est de reconnaître que le recourant, qui n'était pas dans l'incapacité d'occuper un autre emploi, ne peut se prévaloir de la protection prévue par le régime de l'art. 13 RPer (en lien avec l'art. 28 LPers et l'art. 336c CO). Il en résulte ainsi que même dans l'hypothèse où la décision prononçant la résiliation des rapports de service a été notifiée au recourant alors qu'il se trouvait en état d'incapacité de travail en raison d'une maladie, cet acte n'est, dans les circonstances du

cas d'espèce, pas affecté de nullité. C'est dès lors à juste titre que la Préfecture a nié l'existence d'un motif de nullité de la décision de résiliation.

5.

Au vu de ce résultat et à mesure que le dossier permet à suffisance d'établir que l'incapacité de travail du recourant était liée à son poste de travail, point n'est besoin d'ordonner d'autres mesures d'instruction, notamment l'audition de témoins requise par l'intimée (p. 7 et p. 11 § 10 ainsi que p. 16 § 4 de la réponse du 30 juillet 2018; voir aussi c. 4.1.2 in fine, concernant la prolongation de la période d'essai), de même que les expertises sollicitées tant par le recourant (voir p. 1 du bordereau de PJ du recours de droit administratif), que par l'intimée (voir p. 16 § 3 du mémoire de réponse du 30 juillet 2018). Partant, ces réquisitions de preuves sont rejetées.

6.

6.1 Au vu de tout ce qui précède, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Du fait du rejet du recours, il n'appartient pas au Tribunal de revoir la répartition des frais et des dépens pour la procédure devant la Préfecture, faute de griefs soulevés à cet égard dans le délai de recours. L'octroi de dépens à l'intimée pour la procédure devant la Préfecture est dès lors d'emblée exclu.

6.2 Le recourant, qui n'obtient pas gain de cause doit s'acquitter des frais de procédure, fixés forfaitairement à Fr. 3'000.-. Ils sont compensés avec son avance de frais du même montant. Le recourant n'a par ailleurs pas droit à des dépens pour la présente instance (art. 104 al. 1 à 3 et 108 al. 1 et 3 LPJA). Contrairement à ce qu'elle allègue (voir art. 6 du mémoire de réponse du 30 juillet 2018 et p. 4 in fine du mémoire de duplique du 26 novembre 2018), l'intimée ne peut prétendre à des dépens pour la présente instance (art. 108 al. 3 et 104 al. 4 LPJA). En effet, ni la complexité du litige, ni le comportement du recourant, de même que le fait

qu'il soit représenté par un avocat (voir VGE 2010/342 du 1^{er} décembre 2010 c. 5.2; JAB 2014 p. 14 c. 7.2 [non publié, in VGE 2012/148-150 du 30 septembre 2013]; HERZOG/DAUM, *Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege*, in JAB 2009 p. 1, p. 23; UELI FRIEDERICH, *Gemeinderecht*, in MÜLLER/FELLER [édit.], op. cit., p. 253) ou encore le changement d'appréciation de la Préfecture au sujet de la nullité de la décision de résiliation, ne constituent des circonstances particulières justifiant de s'écarter de la règle prévue par l'art. 104 al. 4 LPJA (JAB 2015 p. 581 c. 7.3), la pratique déniait du reste un intérêt pécuniaire à la commune en matière de résiliation de rapport de travail (JTA 2018/93 du 2 avril 2019 c. 5.2; VGE 2010/363 du 17 juin 2011 c. 5 [non publié, in JAB 2011 p. 490] et les références citées; voir aussi JAB 2014 p. 65 c. 9.2 a contrario).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2. Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 3'000.-, sont mis à la charge du recourant et compensés par son avance de frais.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent jugement est notifié (R):
 - au mandataire du recourant,
 - au mandataire de l'intimée,
 - à la Préfecture du Jura bernois.

Le président:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110). La valeur litigieuse au sens des art. 51 ss atteint Fr. 15'000.-.