

## Résumé et commentaire

### Proposition de citation :

Michel Chavanne, Le droit de la fonction publique : une branche à mi-chemin entre le droit privé du travail et le droit administratif ? ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_7/2020, Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2021

## Le droit de la fonction publique : une branche à mi-chemin entre le droit privé du travail et le droit administratif ? ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_7/2020

Michel Chavanne, avocat, spécialiste FSA en droit du travail<sup>1</sup>

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt, long d'une vingtaine de pages, concerne une affaire zurichoise bien connue<sup>2</sup> et traite successivement de la question du whistleblowing<sup>3</sup>, de l'exploitabilité des preuves illicites dans le cadre d'une procédure administrative et de la nullité d'un congé en droit de la fonction publique. Sur cette dernière question, le Tribunal fédéral est amené à examiner la réglementation cantonale applicable et, en particulier, la question de savoir si l'autorité inférieure était en droit de déclarer nulle une décision administrative prononçant le licenciement d'une fonctionnaire cantonale, alors même que la loi cantonale (§ 18 Personalgesetz ; PG ; ZSR 177.10) ne prévoit pas la possibilité d'annuler une telle décision et de réintégrer le travailleur licencié.

La présente contribution ne pourra prétendre à l'exhaustivité. Elle se limitera à l'examen de l'arrêt du Tribunal fédéral, sous l'angle de la question de la nullité du congé, en se référant çà et là à la problématique des preuves illicites, en tant qu'il s'agit d'un élément influant sur l'analyse de la validité du prononcé constatant la nullité du congé.

---

<sup>1</sup> L'auteur remercie Romain De Simoni, avocat-stagiaire en son étude, pour son aide dans le cadre de la rédaction de la présente contribution.

<sup>2</sup> RITZMANN/MÖRGELI (NZZ n° 257, 04.11.2020).

<sup>3</sup> A ce propos, voir STEFAN RIEDER, Whistleblowing als interne Risikokommunikation, Zurich/Saint-Gall 2013, p. 204 ss.

## II. Résumé de l'arrêt

### A. Les faits

1. X. a travaillé auprès de l'Institut d'histoire de la médecine de l'Université de Zurich (ci-après UZH) de septembre 1990 à août 1997, puis à nouveau dès juillet 2001. Soupçonnant X. d'avoir révélé des faits internes à l'Institut et jugés confidentiels (whistleblowing), le recteur de l'UZH a mis fin aux relations de travail entre elle et X., par courrier du 29 octobre 2013, pour la fin du mois d'avril 2014. Cette démarche a été précédée par des perquisitions menées par la police au domicile privé d'X. ainsi qu'à son bureau à l'Institut d'histoire de la médecine le 14 novembre 2012. Ces perquisitions s'inscrivaient dans le cadre d'une instruction pénale fondée sur une plainte déposée par l'UZH contre des auteurs inconnus pour violation du secret de fonction.

X. a recouru contre son licenciement auprès de la Commission de recours des universités de Zurich en concluant à qu'il soit déclaré nul, abusif ou illégal et à ce qu'une indemnisation appropriée lui soit versée.

Le 5 décembre 2014, dans le cadre de la procédure pénale, le tribunal de district de Zurich a acquitté X. du chef de prévention de violation du secret de fonction. Ce faisant, il a notamment constaté que les éléments de preuve recueillis et résultants d'une collecte des données des contacts téléphoniques et de la perquisition du domicile d'X. l'avaient été en violation des règles de procédure sur l'administration des preuves (art. 140/141 CPP). Le tribunal a donc écarté les moyens de preuve en question du dossier après en avoir constaté le caractère inexploitable.

2. La procédure administrative relative au licenciement d'X. – qui avait entre-temps été suspendue – a repris. Par décision du 7 février 2019, la Commission de recours des universités de Zurich a considéré que la résiliation des rapports de travail était formellement viciée, en raison de l'incompétence du recteur. Partant, l'UZH a été condamnée à verser à X. une indemnité correspondant à deux mois de salaire brut.

Statuant sur recours d'X. le 14 novembre 2019, le Tribunal administratif du canton de Zurich a annulé la décision du 7 février 2019, considérant que la décision du 29 octobre 2013 communiquant à X. la résiliation des rapports de travail était nulle.

L'UZH saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public.

### B. Le droit

La question que le Tribunal fédéral a été amenée à examiner est celle de savoir si c'est à bon droit que l'autorité précédente a constaté la nullité de la décision du 29 octobre 2013 prononçant la résiliation des rapports de travail.

1. La première partie de l'analyse du Tribunal fédéral concerne la **question des preuves illicites**, en tant que les faits ayant conduit au licenciement reposaient sur des moyens de preuve administrés de manière contraire aux règles du Code de procédure pénale.

Le Tribunal fédéral relève tout d'abord que la Loi cantonale zurichoise sur la procédure administrative (Verwaltungsrechtspflegegesetz ; VRG ; ZSR 175.2) ne contient aucune disposition traitant expressément de la question des preuves illicites. Selon la Haute Cour, la question doit alors être résolue à l'aune des art. 29 al. 1 Cst. et 6 CEDH qui consacrent la règle

du droit à un procès équitable. Le Tribunal fédéral en conclut qu'il existe une interdiction de principe d'utiliser des moyens de preuve obtenus de manière illicite, en précisant que cette interdiction n'est toutefois pas absolue. Typiquement, **lorsque des intérêts supérieurs justifient l'application du droit public, des preuves obtenues illégalement peuvent être exceptionnellement exploitées. Dans un tel cas, l'intérêt public à la manifestation de la vérité doit être mis en balance avec l'intérêt privé de la personne concernée** (ATF 143 II 443, consid. 6).

En l'espèce, le Tribunal fédéral donne son aval à l'autorité précédente en tant qu'elle avait conclu que les preuves ayant permis d'établir le motif du licenciement avaient été obtenues illégalement, et partant, ne pouvaient être exploitées dans le cadre de la procédure relative au licenciement. Il ajoute que dans la mesure où l'UZH ne s'est pas prévalu d'autres motifs pour justifier le licenciement d'X., celui-ci doit être considéré comme vicié, faute de la part de l'UZH de pouvoir en prouver les motifs, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner le caractère potentiellement abusif.

2. La Haute Cour est ensuite amenée à se prononcer sur la question de savoir si c'est à bon droit que la juridiction précédente a constaté la nullité de la décision du 29 octobre 2013.

Dans son prononcé, le Tribunal administratif du canton de Zurich s'est référé à sa pratique constante en lien avec le § 18 alinéa 3, première phrase PG qui exclut toute demande d'annulation du congé et de réintégration du travailleur. En tant que juridiction amenée à statuer, le tribunal ne peut ainsi que se limiter à déterminer le caractère abusif d'un licenciement et, le cas échéant, accorder au travailleur une indemnité, mais pas annuler le congé en tant que tel. Le Tribunal administratif zurichois réserve néanmoins le cas où la résiliation est frappée de nullité absolue. Il ajoute que, dans un tel cas, la question de la nullité doit s'analyser à l'aune de la théorie des preuves et nécessite une pesée des intérêts, à effectuer en fonction des circonstances du cas d'espèce.

**En droit de la fonction publique, le Tribunal fédéral a en effet déjà reconnu, sur le principe, la nullité d'un congé, en précisant que celle-ci demeurerait limitée aux cas dans lesquels le vice matériel et formel affectant la résiliation est à ce point grave qu'un simple constat du caractère abusif du congé, assorti, le cas échéant, de la condamnation de l'employeur à verser une indemnité, ne permettrait pas d'en corriger la contrariété au droit** (ATF 144 I 181, consid. 5.2.1 ; TF 8C\_242/2020 du 9 septembre 2020, consid. 6.4). Dans l'ATF 144 I 181, notre Haute Cour avait reconnu à une collaboratrice de la ville de Zurich, qui réclamait l'annulation de son congé et sa réintégration, le droit au maintien des rapports de travail. Dans cette affaire, l'Ordonnance de la ville de Zurich du 6 février 2002 sur les rapports de travail du personnel de la ville, qui s'appliquait, prévoyait expressément cette possibilité.

Dans l'affaire en question, le Tribunal fédéral relève cependant qu'il convient de tenir compte, dans la pesée des intérêts à effectuer dans le cadre de l'examen de la nullité, du fait que le droit cantonal zurichois interdit expressément aux autorités de recours d'annuler le congé.

A propos de la nullité en droit administratif, le Tribunal fédéral rappelle qu'en règle générale, les actes administratifs entachés de vice(s) ne sont pas nuls, mais peuvent seulement être contestés et, le cas échéant, annulés. A l'inverse, ils deviennent en principe valables s'ils ne sont pas contestés en temps utile. La nullité absolue d'un acte n'est donnée que si celui-ci est entaché d'un vice grave et substantiel (1), si ce vice important est évident ou à tout le moins

facilement reconnaissable (2) et si, en outre, la sécurité juridique n'est pas sérieusement compromise par le prononcé de la nullité (3). Les principaux motifs de nullité sont l'incompétence fonctionnelle d'une autorité ainsi que les graves erreurs de procédure (ex. violation grave du droit d'être entendu, l'absence de possibilité de participer à la procédure). Un acte nul est dépourvu d'effets juridiques. La nullité doit être constatée d'office et peut être soulevée en tout temps par toute personne intéressée (ATF 137 I 273, consid. 3.1 ; ATF 139 II 243, consid. 11.2).

En l'espèce, la question qui se pose est de savoir si le Tribunal administratif zurichois, en admettant la nullité de la décision du 29 octobre 2013 malgré le texte clair du § 18 alinéa 3 PG, a versé dans l'arbitraire. L'instance précédente avait retenu qu'un vice particulièrement grave existait notamment lorsque, sur la base des preuves exploitables, il n'existait aucun motif de résiliation, et que celle-ci semblait injustifiée et arbitraire. Le Tribunal fédéral relève cependant que **l'UZH a fait valoir qu'au moment où le licenciement avait été prononcé elle n'était pas nullement consciente de l'étendue du caractère illicite des preuves recueillies**. Sur la base de celles-ci, elle a estimé que le licenciement était justifié et n'a, en conséquence, pas intentionnellement mis fin aux rapports de travail sans aucun motif. Le Tribunal fédéral en conclut que le caractère inexploitable des preuves recueillies – déterminé à la suite de la pesée des intérêts – ne conduit pas à admettre qu'aucun motif de résiliation n'était apparent au moment de la résiliation. La Haute Cour ajoute qu'il n'en va pas différemment d'un vice grave affectant la résiliation. En effet, le § 18 alinéa 3 PG régit la protection contre le licenciement et prévoit que si le congé est abusif ou qu'il n'est pas objectivement justifié et que le salarié n'est pas réintégré, l'employeur doit une indemnité, calculée conformément aux règles régissant l'art. 336a CO.

Si un vice matériel exceptionnellement grave doit néanmoins entraîner la nullité absolue d'une décision administrative, le tribunal doit alors expliquer dans quelles mesures les trois conditions cumulatives énumérées précédemment sont remplies, pour ne pas risquer de verser dans l'arbitraire. S'agissant de la condition de la sécurité juridique, le Tribunal fédéral relève tout d'abord que l'autorité précédente ne s'y arrête que brièvement. Si le Tribunal fédéral confirme implicitement que le constat de la nullité du congé est possible même lorsque le droit cantonal n'en prévoit pas expressément l'annulabilité, il note qu'en l'occurrence, le législateur zurichois a voulu clarifier la situation pour les parties en ne prévoyant pas la possibilité d'annuler le congé et de réengager le travailleur licencié. En effet, la loi zurichoise tient compte du fait qu'admettre la nullité du congé peut créer une incertitude pour les employeurs et les travailleurs, à long terme, en ce qui concerne la poursuite des relations de travail, le pourvoi des postes vacants et le sort des créances réciproques (à ce propos, voir FLORIAN ROTH, Zur Nichtigkeit von Kündigungsverfügungen im Personalrecht, *in* : Jusletter 9 mars 2020, p. 5). En outre, le Tribunal fédéral remarque que l'arrêt du Tribunal administratif zurichois ne contient aucune motivation s'agissant de la condition du caractère évident ou facilement reconnaissable du vice. En effet, au moment du licenciement d'X., l'UZH partait du principe que les preuves appuyant les faits qui fondaient le licenciement de X. seraient exploitables. Cette position avait du reste été suivie par la Commission de recours des universités de Zurich. Le Tribunal fédéral conclut en indiquant que si l'instance précédente n'est parvenue à la conclusion contraire qu'après avoir effectué une pesée complète des intérêts et jugé que les preuves en cause étaient inexploitables, le vice n'était précisément pas évident ni facilement reconnaissable.

En définitive, **le Tribunal fédéral retient que la juridiction cantonale a versé dans l'arbitraire en constatant la nullité du congé, alors que les trois conditions cumulatives permettant d'admettre un motif de nullité absolue n'étaient à l'évidence pas réalisées et que le § 18 alinéa 3 PG excluait expressément la faculté pour l'autorité de recours d'annuler le congé.** La résiliation ne devait pas être considérée comme nulle, de sorte que le Tribunal fédéral admet partiellement le recours de l'UZH.

### III. Analyse

En Suisse, le droit de la fonction publique a fait l'objet de plus en plus de débats au cours de ces dernières années (voir notamment la motion 15.3785 déposée au Conseil des Etats le 19 juin 2015 par Föhn Peter). Compte tenu de la forte influence qu'exerce le droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, certains considèrent que rien ne justifie aujourd'hui que les fonctionnaires continuent de bénéficier de statuts spéciaux, qu'ils soient fédéraux, cantonaux ou communaux. Ces personnes sont alors de l'avis que les fonctionnaires devraient être, sans réserve, soumis au Code des obligations, à l'instar des travailleurs du secteur privé. D'autres, en revanche, estiment qu'il se justifie de maintenir un régime propre à la fonction publique, qui soit doté d'une réglementation qui diffère des règles de droit privé du travail (à ce sujet, voir HÉLOÏSE ROSELLO, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 1 ss). Sur cette question, c'est le lieu de noter qu'en Italie, une réforme dite de la « contractualisation » ou de la « privatisation » de l'emploi a impacté le système juridique italien et tendait à unifier le marché du travail, notamment en plaçant les fonctionnaires dans une situation contractuelle de droit privé (à ce propos, voir BARBARA GAGLIARDI, *Les limites du rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit du travail en Italie*, in : *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2016).

L'arrêt commenté donne l'occasion de rappeler le régime du droit fédéral ainsi que des différents droits cantonaux de la fonction publique et d'examiner en quoi ceux-ci empruntent tantôt des caractéristiques au droit privé du travail, tantôt des caractéristiques au droit administratif.

En droit de la fonction publique, le statut applicable aux rapports de travail énumère les circonstances qui justifient une décision de fin des rapports de service ou une résiliation. Il en va de même de la définition des sanctions. Ainsi, l'inexistence de l'une des conditions est sanctionnée conformément aux règles fédérales ou cantonales applicables, qui ne prévoient pas nécessairement la nullité ou l'annulabilité de la résiliation, mais peuvent prescrire le paiement d'une indemnité. Il ressort des diverses législations cantonales et de la législation fédérale en la matière que cette dernière solution tend à devenir la règle (RÉMY WYLER/MATHIEU BRIGUET, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, Berne 2017, p. 18).

Tout d'abord, dans la fonction publique fédérale, l'octroi d'une indemnité est la règle dans le cas d'une résiliation ordinaire en l'absence de motifs objectivement suffisants ou de résiliation immédiate en l'absence de justes motifs (art. 34b al. 1 let. a LPers-CH), alors que la réintégration n'est prévue que dans les hypothèses mentionnées à l'art. 34c LPers-CH (licenciement intervenu suite au signalement d'une irrégularité, résiliation abusive, en temps inopportun ou discriminatoire au sens de la LEg).

Dans la fonction publique cantonale vaudoise, l'art. 59 al. 3 LPers-VD exige un avertissement préalable ainsi que la réalisation d'un motif de congé mentionné dans la loi. Le défaut d'avertissement préalable peut justifier l'annulation de la résiliation ; sous réserve de l'absence d'avertissement préalable, l'absence de l'un des motifs de congé est sanctionnée par le paiement d'une indemnité qui n'affecte pas la validité de la résiliation (art. 60 al. 1 LPers-VD). En droit de la fonction publique genevoise, l'art. 31 LPAC-GE prévoit, s'agissant des sanctions, un système différencié selon lequel la réintégration est ordonnée si la Chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service ne repose pas sur un motif fondé (al. 2), alors que la réintégration ne peut qu'être proposée à l'autorité compétente si l'autorité de recours retient que la résiliation des rapports de travail est contraire au droit (al. 3) ; en cas de décision négative de l'autorité compétente ou en cas de refus du fonctionnaire recourant, la Chambre administrative de la Cour de justice fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à 1 mois et supérieur à 24 mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération. Dans les cantons de Berne, Fribourg, Jura et Valais, le principe d'une réintégration est en revanche expressément prévu en cas de licenciement injustifié ou abusif, l'indemnisation demeurant l'exception (voir notamment art. 29 al. 2 LPers-BE ; 41 let. e LPers-FR ; 87 LPers-JU ; 66 LPers-VS).

Dans les cantons alémaniques, le droit à la réintégration du travailleur licencié n'existe souvent pas (Uri art. 16 al. 4 et 5 PV-UR ; Schwyz art. 21f et 21g PG-SZ ; Zurich art. 18 al. 3 PG-ZH ; Zoug art. 14 PG-ZG ; Schaffhouse art. 15 al. 4 PG-SH ; Lucerne art. 72 PG-LU. Dans les cantons de Schwyz, d'Argovie, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, de Schaffhouse, de Zoug, d'Obwald et dans certaines communes, il est expressément indiqué qu'en cas de licenciement abusif ou en violation des règles de procédure, l'employé ne dispose d'aucune prétention à la poursuite des rapports de travail. A cet égard, le Tribunal fédéral a explicitement considéré qu'une loi cantonale peut, sans arbitraire, limiter le remède d'une résiliation injustifiée à l'allocation d'une indemnité pécuniaire, à l'exclusion de toute possibilité d'annulation et de réintégration (TF 8C\_620/2013 du 25 février 2014, consid. 3.3).

Un peu plus d'une année après avoir rendu l'arrêt précité, la Haute Cour est allée encore plus loin en précisant qu'en droit de la fonction publique, il est admis qu'une violation du droit d'être entendu – laquelle entraîne en principe l'annulation de l'acte vicié – puisse être liquidée par voie d'indemnisation (TF 8C\_413/2014 du 17 août 2015, consid. 5.1). L'affaire ayant fait l'objet de cet arrêt concernant un employé communal genevois licencié. La Cour cantonale a considéré que le droit d'être entendu du fonctionnaire avait été gravement violé et constaté que, de ce fait, la résiliation des rapports de service était contraire au droit. Elle a alloué à l'employé communal une indemnité pour refus de réintégration équivalant à douze mois de traitement brut à la charge de la commune. La Cour cantonale a considéré que la constatation de la nullité de la décision de licenciement découlant de la violation du droit d'être entendu mettrait en danger la sécurité du droit, dès lors que, dans le cadre de ses compétences organisationnelles, la commune a pris des dispositions la liant à des tiers pour remplacer l'intéressé et que la situation juridique de ce dernier a évolué depuis la décision litigieuse (consid. 4.2). WYLER/BRIGUET (op. cit.) sont favorables à cette approche. Ces auteurs sont en effet d'avis qu'une application mécanique et automatique des conséquences de la violation du droit d'être entendu – soit l'annulation de la décision attaquée – ne tient pas suffisamment compte des circonstances du cas d'espèce. Ils relèvent que l'évolution des statuts de fonction publique tend à se rapprocher du droit privé, dès lors que de nombreuses réglementations cantonales prévoient désormais comme règle l'indemnisation lorsque les conditions légales

propres à justifier une résiliation par l'employeur ne sont pas réunies (RÉMY WYLER/MATHIEU BRIGUET, op. cit., p. 30).

On retient ainsi de la jurisprudence rendue en la matière que le droit constitutionnel fédéral n'impose pas l'annulation de la décision comme unique sanction de la violation du droit d'être entendu en droit de la fonction publique, mais qu'il admet l'alternative de l'indemnisation. Selon le Tribunal fédéral, l'indemnisation peut intervenir même si le statut ne le prévoit pas expressément, voire par une application par analogie des art. 336 à 336b CO (TF 8C\_413/2014 du 17 août 2015, consid. 5.1 ; 8C\_861/2012 du 20 août 2013, consid. 6.2).

Cette solution tient à notre avis correctement compte du fait que la réintégration du travailleur licencié peut, dans de nombreux cas, perturber la bonne marche de l'administration, notamment si le licenciement était de base dû à une éventuelle violation des devoirs de service du travailleur. En outre, cette solution présente également un intérêt pour le travailleur, dès lors qu'il n'est bien souvent pas dans l'intérêt de ce dernier d'être dans un premier temps réintégré sur son lieu de travail pour, dans un second temps, se voir notifier une seconde décision de licenciement, cette fois-ci régulière (voir aussi RÉMY WYLER/MATHIEU BRIGUET, op. cit., p. 33).

Il ressort de ce qui précède qu'il existe, du côté des cantons alémaniques, une forte tendance à exclure toute possibilité d'annulation du congé et de réintégration du travailleur licencié, alors que cette possibilité est expressément prévue, à certaines conditions, dans les lois cantonales romandes. Cette différence de régimes s'explique à notre sens par l'influence de la culture latine sur les cantons romands. En effet, il existe en droit français notamment plusieurs cas de réintégration qui concernent tant les travailleurs du secteur privé que ceux du secteur public (à ce propos, voir HÉLOÏSE ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 319).

**Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a toutefois implicitement admis que la nullité d'un congé pouvait être constatée, en vertu des principes applicables en matière de droit administratif général, même en l'absence d'une disposition cantonale prévoyant l'annulabilité du congé et la réintégration du travailleur. La solution adoptée par le Tribunal fédéral est à notre avis délicate, en ce qu'elle ouvre une brèche dans le système des sanctions découlant d'un congé abusif ou injustifié, et ce faisant, crée un risque important d'insécurité juridique.**

En droit administratif, un acte entaché d'un vice est en principe annulable et doit, le cas échéant, être contesté par le biais d'un recours devant l'autorité compétente et dans le délai imparti à cet effet, faute de quoi il entre en force et ne peut, sauf exception, plus être remis en cause. Dans certains cas dans lesquels le vice matériel ou formel est particulièrement grave, le droit commande cependant de constater la nullité de l'acte. Tel sera le cas si le vice est substantiellement grave (1), qu'il est évident ou à tout le moins facilement reconnaissable (2) et, en outre, si la sécurité du droit n'est pas sérieusement comprise par le constat de la nullité (3).

Est-ce que de tels principes de droit administratif général s'appliquent automatiquement et sans réserve au droit de la fonction publique ?

En Suisse, le droit de la fonction publique a connu une évolution majeure depuis ses origines et un phénomène important d'intégration, dans la relation de travail soumise au droit public,

des règles et des techniques caractéristiques d'un régime de droit privé (à ce propos, voir HÉLOÏSE ROSELLO, *op. cit.*, p. 1 ss). Or, le droit privé du travail ne permet pas la réintégration d'un travailleur injustement licencié au sein de son précédent emploi, sauf en cas de réclamation fondée sur une discrimination liée au sexe, à la suite d'un congé-représailles, sur la base de l'art. 10 de la Loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes (RS 151.1 ; ci-après LEg). C'est le seul cas d'application envisagé par le législateur dans les rapports de travail de droit privé. On rappelle que la seule sanction d'un licenciement abusif ou discriminatoire, en droit privé, réside dans la possibilité d'obtenir de l'employeur le versement d'une indemnité. En conséquence, **sous réserve de l'exception prévue par l'art. 10 LEg, c'est la règle de l'indemnisation, figurant à l'art. 336a CO qui s'applique en cas de congé abusif ou injustifié.** Il est du reste intéressant de relever qu'une analyse de la jurisprudence sur la LEg rapporte qu'au moment du dépôt de la requête devant l'autorité de conciliation, 32.2% des rapports de travail subsistent. Près de 70% des rapports de travail ont donc d'ores et déjà pris fin au moment de l'introduction de l'instance (KARINE LEMPEN/ANER VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2017*, p. 13). En outre, au moment du jugement, seul 16% des rapports de travail subsistent. A priori, les travailleurs confrontés à un congé injustifié pour un motif tombant sous le champ d'application de la LEg préféreront demander une indemnité fondée sur l'art. 336a CO, en lieu et place de l'annulation du congé et de la poursuite des rapports de travail.

Certains auteurs sont cependant d'avis que les principes fondamentaux de rang constitutionnel régissant l'activité administrative, tels que le respect du principe de la bonne foi ou l'égalité de traitement devraient s'appliquer sans réserve en droit de la fonction publique (à ce propos, voir MERCEDES NOVIER, *Le point sur la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud et son application, in : JdT 2015 III p. 44*). Selon cette autrice, les principes de droit public devraient primer une interprétation littérale de la loi cantonale régissant les rapports de travail ce qui, selon les cas, pourrait conduire à admettre une solution que n'a précisément pas voulu adopter le législateur cantonal. Ce raisonnement tient compte du fait que le droit de la fonction publique s'inscrit dans le domaine du droit public, dans le cadre duquel on apprécie le comportement de l'Etat (employeur). Les règles du Code des obligations ne seraient ainsi pas sans autre applicables, en faisant fi des obligations positives de l'Etat (MERCEDES NOVIER, *op. cit.*, p. 53). Si on devait transposer ce raisonnement au cas de l'arrêt commenté, cela signifierait que la nullité d'une décision administrative, en tant que principe de droit administratif, pourrait être retenue par l'autorité de recours, même si le droit cantonal ne prévoit pas l'annulabilité de la résiliation. En tout état de cause, une partie de la doctrine en tous cas admet que la nullité d'un congé se conçoive lorsque celui-ci serait communiqué par une autorité fonctionnellement incompétente (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FÉLIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht, 7<sup>e</sup> éd.*, Zurich/Bâle/Genève 2016, N 1105 ss).

En guise de synthèse, on notera la forte tendance – en droit de la fonction publique – vers une obligation générale d'indemniser le travailleur en cas de licenciement abusif ou injustifié et non vers l'annulation du congé et la réintégration du travailleur. Il ressort en effet des divers statuts cantonaux en matière de réglementation des rapports de travail que le droit de la fonction publique tend à créer, comme en matière de droit privé du travail, un régime [de congés] qui lui est propre et qui se détache des principes généraux de droit administratif (à ce propos, voir FLORIAN ROTH, *Zur Nichtigkeit von Kündigungsverfügungen im Personalrecht, in : Jusletter 9 mars 2020*, p. 5). En ce sens, les règles sur les congés en droit de la fonction



publique revêtiraient un caractère de *lex specialis*, qui, afin de préserver la sécurité du droit, à notre sens, laisseraient peu de place aux règles générales de droit administratif. Aussi, **lorsque le Tribunal fédéral admet qu'il est possible de constater, en droit public, la nullité d'un congé lorsque les conditions relatives à cette institution sont réalisées et bien que la loi cantonale exclue *ex lege* l'annulabilité du congé, il semble ne pas prendre en compte une évolution marquée des dernières années : le droit de la fonction publique est certes une branche du droit public, mais il est et veut être fortement influencé par le droit privé du travail et doit par conséquent être doté de règles très singulières au regard des principes généraux du droit administratif.** A vrai dire, le raisonnement tenu par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté entrerait même potentiellement en contradiction avec sa propre jurisprudence qui dispose que la correction d'un vice de nature formel (ex. violation du droit d'être entendu) puisse être liquidée par voie d'indemnisation (cf. TF 8C\_413/2014 du 17 août 2015, consid. 5.1). Ainsi, l'interprétation qui veut que la nullité ne puisse être admise dans les cas où la loi cantonale applicable exclut l'annulabilité du congé et la réintégration du travailleur nous semble tenir davantage compte des spécificités propres au droit de la fonction publique (bonne marche de l'administration, pourvoi des postes vacants, intérêt du travailleur licencié).

En conclusion, l'arrêt commenté, qui ne sera vraisemblablement pas publié, confirme la règle consacrée à l'ATF 144 I 181, consid. 5.2.1, qui admet que, **moyennant le respect des conditions de la nullité en droit administratif, un congé puisse être déclaré nul, même si le droit cantonal ne prévoit pas la réintégration du travailleur licencié.** Il mérite la plus grande attention : celle de travailistes voulant contester – justement – un licenciement dans la fonction publique, et aussi de tous les spécialistes de droit du travail qui peuvent observer l'émergence de nouvelles tendances dans le droit public du travail. Le débat n'est pas clos : on peut prendre le pari que le Tribunal fédéral aura dans les prochaines années l'occasion de reprendre ses réflexions.