Droit de la fonction publique

Chronique semestrielle des arrêts du Tribunal administratif fédéral

par Jérôme Candrian, Dr en droit, juge auprès du Tribunal administratif fédéral¹

A. Introduction

Les arrêts rendus pendant la période considérée entrés en force sont les suivants :

- **A-6825/2017** du 6 juillet 2018 (d) : correction du certificat de travail provisoire
- **A-3148/2017** du 3 août 2018 (f) : résiliation immédiate des rapports de travail
- **A-4716/2017** du 8 août 2018 (d) : résiliation pour raisons économiques
- **A-5664/2017** du 23 août 2018 (f) : résiliation ordinaire des rapports de travail
- **A-1058/2018** du 27 août 2018 (d) : résiliation pendant le temps d'essai
- **A-6754/2016** du 10 septembre 2018 (d) : discrimination fondée sur le sexe et égalité salariale
- **A-663/2017** du 27 septembre 2018 (d) : heures supplémentaires litigieuses
- **A-632/2018** du 24 octobre 2018 (d) : recours pour déni de justice ; compétence pour allouer des prestations d'invalidité prof. LPP
- **A-1246/2018** du 29 octobre 2018 (d) : résiliation ordinaire des rapports de travail
- **A-3796/2018** du 22 novembre 2018 (d) : résiliation ordinaire des rapports de travail

B. Analyse

Arrêt du TAF A-6825/2017 du 6 juillet 2018 (d) ; A c./ Administration fédérale des contributions

Correction du certificat de travail provisoire.

Art. 330a al. 1 CO en relation avec l'art. 6 al. 2 LPers.

Demande d'un certificat de travail provisoire suite à un changement de supérieur. Désaccord avec plusieurs points du libellé de ce document. Recours de l'employée.

Rappel des exigences auxquelles est soumis le certificat de travail intermédiaire, notamment les **principes d'exhaustivité et de véracité** (consid. 3).

En l'espèce, le certificat contient une évaluation individualisée de la performance de l'employée, ce qui exclut l'existence d'un silence qualifié de la part de l'autorité inférieure. Il n'existe en revanche **aucun droit à une évaluation globale** (par ex. : « bonne performance ») (consid. 4.1.3).

Les **points du certificat litigieux ont été documentés** à suffisance de preuves par les évaluations du personnel. Ils peuvent donc être mentionnés dans le certificat de travail. En ne portant pas d'accusation concrète et en établissant un pronostic favorable concernant l'employée, l'autorité inférieure a **exprimé les aspects**

¹ Je remercie Monsieur Maxime Siegrist, greffier administratif fédéral, pour sa précieuse collaboration.

négatifs avec une formulation très prudente, limitant ainsi au maximum un potentiel effet préjudiciable pour cette dernière en cas de recherche d'un nouvel emploi (consid. 4.2.6).

Les expressions « à notre satisfaction », « toujours à notre satisfaction » et « toujours à notre entière satisfaction » sont des formulations standards, reconnues par la jurisprudence ou les « *codes secrets* ». Il est incontesté en doctrine que ces **formulations standards correspondent à divers degrés de performance**. Etant donné que le libellé n'est pas le même dans le cas présent, on ne peut présumer que les futurs employeurs l'interpréteront dans le même sens que ces formulations (consid. 4.3.3).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-3148/2017 du 3 août 2018 (f) ; A c./ CFF

Résiliation immédiate des rapports de travail ; nature juridique de la décision de résiliation ; condition temporelle d'exercice du droit de résilier pour justes motifs ; violation des devoirs de diligence et de loyauté.

Art. 10 al. 4 LPers, 20 al. 1 LPers ; 321a CO, 337 CO ; 35 ss CCT CFF, 177 CCT CFF.

Le recourant a travaillé depuis 1988 au sein des CFF. Suite à des difficultés de collaboration et un avertissement de l'employeur en mars 2017, ce dernier a résilié les rapports de travail avec effet immédiat au mois de mai 2017.

En l'espèce, **même si la mention explicite de l'effet immédiat de la résiliation faisait défaut dans le dispositif de la décision**, l'intention des CFF de résilier les rapports de travail instantanément ne faisait aucun doute (consid. 5).

Le licenciement immédiat a été prononcé suite à un avertissement de la part de l'autorité inférieure. Cette dernière a donc clairement fait comprendre au recourant que son comportement n'était pas admissible, tout en l'informant sur l'attitude qu'elle attendait de lui, notamment en matière de communication. La **réaction du recourant à l'avertissement (consistant notamment en l'envoi de courriers virulents aux signataires précités par lesquels il a annoncé avoir déposé des plaintes pénales à leur encontre)** est constitutive d'une violation de ses obligations de diligence et de fidélité, **propre à détruire définitivement et immédiatement le lien de confiance** qui le liait à son employeur (consid. 7).

L'autorité inférieure a **agi avec une certaine célérité suite au comportement du recourant, tout en lui garantissant le droit d'être entendu**. Elle n'a donc pas invoqué de justes motifs de licenciement de manière tardive (consid. 6).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-4716/2017 du 8 août 2018 (d) ; A. c./ CFF

Résiliation des rapports de service pour raisons économiques ou opérationnelles graves alors que l'employé est malade ; résiliation en temps inopportun.

Art. 13 PA, 10 al. 3 LPers, 34 al. 1 let. a LPers, 34c al. 1 let. b LPers, 34c al. 1 let. c LPers, 336 CO, 336c al. 1 let. b CO.

Le recourant, employé par les CFF, était en cours de réinsertion professionnelle pour cause de maladie. Suite à une réorganisation, il a appris que son poste actuel serait supprimé. Les CFF l'ont licencié pour raisons économiques ou opérationnelles graves, car aucun poste raisonnable ne pouvait lui être offert. Le recourant soutient notamment que la résiliation a été prononcée en temps inopportun selon les art. 336 ss CO. Le Tribunal a admis le recours sur ce point.

En raison de la protection des données et du secret médical, **il n'est pas possible de déterminer l'état de santé d'une partie sans sa coopération** et il est nécessaire de l'informer de son devoir de collaborer (consid. 4.1). En l'espèce, rien ne prouve que l'autorité inférieure ait informé le recourant dans ce sens pour la deuxième période de protection contre les licenciements.

Ainsi, la décision querellée n'est **pas suffisamment motivée en ce qui concerne la deuxième période de protection**. Ce vice ne peut pas être réparé car l'autorité inférieure n'a pas fourni de justification suffisante. Le dossier étant lacunaire concernant la santé du recourant, l'affaire est renvoyée à l'autorité inférieure pour réévaluation et éventuellement reconsidération. Si la seconde période de protection n'était pas prouvée en raison de l'état de santé du recourant, ce dernier devrait supporter les conséquences de l'absence de preuves (consid. 5).

Une relation de travail de durée indéterminée peut être résiliée pour raisons économiques ou opérationnelles graves **si l'employeur ne peut pas offrir un autre poste raisonnable à l'employé** (consid. 9).

La jurisprudence exige que l'employeur ait contacté un nombre limité d'autres employeurs. En l'espèce, l'autorité inférieure a toujours activement soutenu le recourant dans sa réinsertion. **Il n'y a aucune prétention à ce qu'un poste vacant soit automatiquement attribué au recourant, cette question étant laissée à la discrétion de l'employeur** (consid. 11.1 - 11.4).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-5664/2017 du 23 août 2018 (f) ; A. c./ EPFL

Résiliation ordinaire des rapports de travail ; mauvaise volonté de l'employé à accomplir un autre travail pouvant être raisonnablement exigé de lui.

Art. 10 al. 3 let. d LPers, 10 al. 3 let. e LPers ; 21 al. 2 let. b et c OPers-EPF, 21 al. 4 OPers-EPF ; 7 § 1 et § 2 du plan social pour le domaine EPF.

La Commission des recours interne des EPF (CRIEPF) a admis le recours d'un employé contre la décision de résiliation de l'EPFL, en considérant qu'il ne pouvait être reproché à l'employé d'avoir fautivement refusé un autre travail pouvant être raisonnablement exigé de lui. Le TAF a admis le recours formé par l'EPFL contre cette décision et confirmé sa décision de résiliation.

La CRIEPF a examiné à raison le litige au titre de l'art. 10 al. 3 let. d LPers (**mauvaise volonté de l'employé à accomplir un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui**), alors que l'EPFL se fondait à tort sur l'art. 10 al. 3 let. e LPers (impératifs économiques ou impératifs d'exploitation majeurs) (consid. 4).

A cet égard, la CRIEPF a retenu à raison que la charge de travail occasionnée par le nouveau cahier des charges proposé à l'employé ne dépassait pas un taux d'occupation de 100%, que le salaire et la durée du trajet étaient similaires et que celui-ci avait la capacité d'exercer les nouvelles tâches attribuées. Le **nouveau poste prévoyait des tâches différentes de l'ancien mais totalement compatibles avec la fonction et la formation de l'employé** (consid. 5.3).

La CRIEPF a toutefois tort lorsqu'elle retient que le poste proposé ne peut être considéré comme un autre travail pouvant être raisonnablement exigé, au motif que l'employeur aurait dû attendre le résultat d'un rapport d'évaluation concernant un problème de fumée passive dans le bureau de l'employé (et prendre des mesures), avant de lui donner un délai pour accepter ou refuser le nouveau poste. En effet, l'EPFL a pris toutes les mesures nécessaires et le problème posé par la zone fumeurs n'était en aucun cas directement lié au poste proposé à l'employé. D'autres motifs plus importants ont également incité ce dernier à refuser ledit emploi (consid. 5.4 et 5.5).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-1058/2018 du 27 août 2018 (d) ; A. c./ Office fédéral des constructions et de la logistique

Résiliation du contrat de travail pendant la période d'essai ; motifs du licenciement.

Art. 6 al. 2 LPers, 12 al. 2 LPers, 34b al. 1 let. a LPers, 34b al. 2 LPers, 34c LPers ;

30a al. 1 OPers.

A. a travaillé depuis le 1^{er} novembre 2017 en tant que femme de ménage auprès de l'Office fédéral des constructions et de la logistique (autorité inférieure), avec un temps d'essai de trois mois. Début décembre 2017, elle a émis le souhait de prendre des vacances pour la période de Noël, ce que l'Office a refusé. Suite à une réponse de l'employée qualifiée de violente par ses supérieurs, les rapports de travail ont été résiliés à compter du 31 janvier 2018, pendant la période d'essai. Recours de l'employée.

La période probatoire offre aux parties contractantes la possibilité de préparer une relation juridique fondée sur une expérience commune par le biais de tests réciproques. Il s'agit donc d'un engagement contractuel peu contraignant, conçu pour pouvoir mettre fin à la relation de travail à court terme, si la collaboration sur le long terme n'apparaît pas possible (consid. 4.2).

Même si la LPers, l'OPers ou le CO ne subordonnent pas explicitement la licéité de la résiliation d'emploi pendant le temps d'essai à l'existence de certains motifs, **celle-ci doit cependant être justifiée pendant cette période probatoire** (consid. 4.3).

Contrairement à l'avis de l'autorité inférieure, une vive réaction isolée de la part de la recourante n'est pas une raison suffisamment objective pour conduire à la résiliation du contrat de travail. **La réaction « violente » de la recourante n'a pas été documentée et ses capacités professionnelles n'ont jamais été remises en question** (consid. 5.4).

Concernant l'indemnité compensatrice due à la recourante, le Tribunal a retenu que **l'atteinte à sa personnalité était mineure**. Compte tenu de la durée du contrat de trois mois, il convient de lui accorder une indemnisation de quatre salaires, le maintien de l'emploi n'étant pas possible (consid. 7).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-6754/2016 du 10 septembre 2018 ; A. c./ Etat-major de conduite de l'Armée

Discrimination fondée sur le sexe ; égalité salariale ; allègement du fardeau de la preuve ; pouvoir d'appréciation de l'employeur.

Art. 8 al. 3 Cst., 29 al. 2 Cst. ; 35 al. 1 PA ; 3 al. 2 LEg, 5 al. 1 LEg, 6 LEg.

A. a travaillé depuis le 1^{er} août 2014 pour l'Etat-major de conduite de l'armée suisse (autorité inférieure). Le 1^{er} mars 2015, elle a changé de poste au sein de la même unité organisationnelle. Apprenant que son successeur gagnait plus qu'elle à l'époque, elle a demandé des explications ainsi qu'une décision à

l'autorité inférieure, qui a constaté qu'il n'y avait pas de discrimination en raison du sexe au sens de l'art. 5 al. 1 let. c LEg et aucune inégalité de rémunération au sens de l'art. 8 al. 3 Cst. A. a saisi le Tribunal administratif fédéral d'un recours contre dite décision.

Comme il découle du droit subjectif garanti par l'art. 8 al. 3 3^e phrase Cst. et consacré par l'art. 5 al. 1 LEg, il existe un lien étroit entre les conclusions de la recourante concernant la cessation de la non-discrimination et l'égalité de rémunération, d'une part, et le paiement de la différence salariale, d'autre part, même si elle n'a pas pris de conclusion tendant au paiement de la différence salariale. **La discrimination salariale n'est en effet éliminée que si le salaire non discriminatoire dû à une personne – dans la mesure où il n'est pas frappé de prescription – est payé ultérieurement et continue d'être payé pendant toute la durée de la relation de travail** (consid. 1.3.3).

La **discrimination est présumée en matière de rémunération si elle est rendue vraisemblable par la personne qui s'en prévaut** (art. 6 LEg). Si nécessaire, l'employeur est tenu de prouver que la différence de rémunération est objectivement justifiée. Cette disposition est un allègement du fardeau de la preuve et l'objectif est de s'assurer que l'employeur est impliqué dans la procédure de la preuve (consid. 4.2).

En l'espèce, **l'inégalité salariale se justifie principalement par des différences de qualifications et d'expérience**. Tant l'expérience professionnelle avérée du successeur de la recourante dans le domaine juridique que son expérience en matière de gestion peuvent être retenues comme critères pertinents. De plus, l'autorité inférieure bénéficie d'un **large pouvoir d'appréciation** dans la pondération desdits critères (consid. 6.4).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-663/2017 du 27 septembre 2018 (d) ; A. c./ Administration fédérale des douanes

Heures supplémentaires litigieuses ; violation du principe de la bonne foi ; reconnaissance tacite des heures supplémentaires en raison de comportements contradictoires de la part de l'employeur.

Art. 5 al. 3 Cst., 9 Cst.; 2 CC ; 321c CO ; 17a al. 2 LPers, 20 al. 1 LPers ; 65 OPers ; n° 5 ss du Règlement du personnel D52 du Corps des gardes-frontière.

Le comportement de l'employeur est contradictoire lorsqu'il s'entretient avec son employé au sujet d'heures supplémentaires qu'il juge injustifiées sans les annuler, et qu'il laisse s'écouler un peu moins d'une année avant de les refuser.

Ce comportement est constitutif d'une violation du principe de la bonne foi (consid. 3.4.1 ss).

Si malgré l'interdiction de l'employeur, l'employé effectue néanmoins des heures supplémentaires, celles-ci ne sont généralement pas rémunérées. En revanche, **lorsque l'employeur a la possibilité d'être au courant de l'enregistrement d'heures supplémentaires mais n'informe pas l'employé de son désaccord et ne corrige pas son solde horaire, il est censé les avoir acceptées.** Cela résulte de sa conduite qui contredit son instruction initiale (consid. 3.5.1 et s.).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-632/2018 du 24 octobre 2018 (d) ; A. c./Etat-major de l'armée

Recours pour déni de justice ; compétence pour allouer des prestations d'invalidité professionnelle LPP.

Art. 32j al. 2bis LPers ; 46a PA ; 73 LPP.

A., employé au sein de l'Etat-major de l'armée (l'autorité inférieure), a été en incapacité totale de travailler. Après plusieurs mesures de réadaptation inefficaces, l'employeur a décidé de mettre fin aux relations de travail et A. a été mis au bénéfice d'une rente partielle de l'AI. Ce dernier a informé son employeur qu'il souhaitait déclarer son invalidité à PUBLICA (caisse fédérale de pensions) dans le but d'obtenir une rente d'invalidité professionnelle. L'employeur lui a répondu que sa demande nécessitait des informations supplémentaires sur son état de santé. L'employé a recouru pour déni de justice, affirmant que l'autorité inférieure était au courant de sa situation depuis un certain temps.

Le déni de justice ou le retard injustifié peuvent faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 46a PA. L'instance de recours est celle qui était compétente si la demande avait été traitée correctement. Le TAF doit ainsi examiner la recevabilité du recours et donc la compétence de l'autorité inférieure (consid. 1.1).

En cas d'incapacité professionnelle, PUBLICA peut verser des prestations d'invalidité sur proposition de l'employeur lorsque les mesures de réadaptation se sont avérées sans succès (art. 32j al. 2bis LPP). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit en vigueur jusqu'à fin juin 2013, **la question de savoir si l'employé a droit à une rente d'invalidité professionnelle relève de la compétence du tribunal de dernière instance désigné par les cantons, conformément à l'art. 73 LPP.** L'interprétation de l'art. 32j al. 2bis LPP modifié démontre que le législateur n'a pas souhaité traiter cette question

différemment et donner à l'autorité inférieure une compétence en matière d'octroi de prestations d'invalidité professionnelle. L'autorité inférieure n'est donc pas compétente pour traiter de la demande du recourant, raison pour laquelle le TAF considère qu'il ne se justifie pas d'entrer en matière sur le recours pour déni de justice (consid. 1.2-1.4).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-1246/2018 du 29 octobre 2018 (d) ; A c./ Administration fédérale des douanes

Résiliation ordinaire en raison de manquements de conduite ; avertissement ; indemnités de licenciement.

Art. 10 al. 3 let. b LPers, 19 al. 3 let. a LPers, 34b al. 1 let. a LPers ; 78 al. 1 let. a OPers.

Le recourant A. a été licencié en 2018 de manière ordinaire par l'Administration fédérale des douanes après un avertissement.

L'avertissement a une double fonction. Il contient un reproche (*Rügefunktion*) et la menace d'une sanction (*Warnfunktion*) en cas de récidive. Il permet à l'employé de se comporter conformément au contrat à l'avenir. **L'avertissement doit au moins impliquer une menace de résiliation ordinaire de la relation de travail en cas de non-respect.** *In casu*, le recourant a reçu un avertissement écrit réunissant toutes les exigences (consid. 4.5).

Concernant les motifs justifiant la résiliation, **la volonté de l'employeur de se séparer d'un employé difficile ne suffit pas.** La conduite de l'employé doit perturber les activités de l'institution ou ébranler la relation de confiance avec ses supérieurs. A titre d'exemples, constituent des comportements inadéquats : un comportement rebelle ou inapproprié, un manque de volonté d'assumer des responsabilités, un manque d'esprit d'équipe, etc. La légalité de la résiliation est guidée principalement par le **comportement de l'employé après l'avertissement.** En l'occurrence, le recourant s'est comporté correctement suite à l'avertissement de sorte que la résiliation n'était pas justifiée (consid. 5.2).

Le recourant, qui exerçait une profession soumise à monopole et qui a été licencié sans motif suffisant a droit à une indemnité selon l'art. 19 al. 3 let. a LPers et l'art 78 al. 1 let. a OPers (consid 7.2).

A cela s'ajoute **l'indemnité selon l'art. 34c al. 2 let. a LPers prévue en cas d'acceptation du recours si la réintégration de l'employé n'est plus possible.** Selon la jurisprudence du TAF, dite indemnité est versée cumulativement à celle

de l'art. 34b al. 1 let. a LPers si le recourant remplit les conditions de l'art. 19 LPers (consid. 7.3.1).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-3796/2018 du 22 novembre 2018 (d) ; A. c./ Office fédéral de la construction et de la logistique

Résiliation ordinaire en raison d'incapacité médicale.

Art. 4 al. 2 let. g LPers, 6 al. 2 LPers, 10 al. 3 let. c LPers, 19 al. 1 LPers, 19 al. 3 LPers ; 328 CO ; 11a OPers, 31 al. 1 let. a OPers, 31a al. 1 OPers, 31a al. 3 OPers, 78 al. 3 let. b OPers.

La recourante A., employée de nettoyage auprès de l'OFCL (autorité inférieure), a rencontré de nombreux problèmes de santé et de longues absences. Malgré des mesures de réinsertion, l'autorité inférieure l'a licenciée à cause de son incapacité de travail étendue sur une certaine période.

En cas d'incapacité de travail pendant une année entière ou plus de 1'000 jours sur cinq ans, une longue période de maladie doit être présumée. En l'espèce, en raison de l'aggravation constante de l'état de santé de la recourante, il n'y a aucune perspective d'amélioration. Les conditions préalables à un licenciement ordinaire pour incapacité médicale sont donc données. Une période de deux ans depuis l'incapacité s'est déroulée de façon ininterrompue (consid. 3.3).

L'autorité inférieure a **démontré qu'elle s'était efforcée de tenir compte des problèmes de santé de la recourante** depuis de nombreuses années (mobilier de travail, adaptation des rondes de nettoyage). La **coopération de cette dernière s'est en revanche avérée insuffisante** (critiques des efforts consentis pour elle, refus de travailler selon le système de rondes spécialement conçu). La recourante souhaitait la création d'un emploi inexistant dans l'entretien des textiles. Toutefois, une telle demande ne peut découler de l'obligation de diligence et ne peut être attendue de l'employeur (consid. 3.5).

La Loi sur le personnel (LPers) a été modifiée le 1^{er} janvier 2017, et en particulier l'art. 31 al. 2 OPers a été supprimé. Jusqu'à cette date, les aptitudes ou capacités insuffisantes au sens de l'art. 10 al. 3 let. c LPers étaient considérées par la jurisprudence comme des motifs de résiliation objectifs ne dépendant pas de la faute du travailleur. Conformément à l'art. 19 al. 1 LPers, il en découlait une obligation pour l'employeur de prendre toutes les mesures qui pouvaient être raisonnablement être exigées de lui pour garder l'employé à son service. En revanche, **depuis le 1^{er} janvier 2017, l'inaptitude au sens de l'art. 10 al. 3 let. c LPers est considérée comme un motif de licenciement dont l'employé est**

responsable (art. 31 al. 1 OPers). Il en résulte que l'employé ne peut plus prétendre à une indemnité au sens de l'art. 19 al. 1 et 3 LPers en relation avec l'art. 78 LPers (consid. 4).

[Télécharger en pdf](#)