

Droit de la fonction publique

Chronique semestrielle des arrêts du Tribunal administratif fédéral

Choix d'arrêts rendus de janvier à juillet 2020

Par Jérôme Candrian, juge auprès du Tribunal administratif fédéral¹

A. Introduction

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

- **A-5641/2019** du 9 mars 2020 (d) – Résiliation des rapports de service
- **A-2752/2019** du 15 avril 2020 (d) – Suspension de salaire
- **A-6432/2018** du 10 février 2020 (f) – Violation du devoir de fidélité de l'employé
- **A-7410/2018** du 18 mai 2020 (i) – Révocation de la fonction de commandant
- **A-2138/2020** du 22 juillet 2020 (d) – Procédure disciplinaire
- **A-4779/2019** du 16 mars 2020 (d) – Qualification d'une relation contractuelle
- **A-2823/2019** du 1er avril 2020 (d) – Caractère décisionnel d'une injonction
- **A-2658/2019** du 21 juillet 2020 (f) – Contrats de durée déterminée successifs

B. Résiliation ordinaire des rapports de travail

TAF A-5641/2019 du 9 mars 2020 (d) / recours admis

Résiliation des rapports de service sans avertissement ; existence d'une raison objective de résiliation ?

Art. 10 al. 3 LPers ; 10 al. 5 et 13 al. 2 de l'ordonnance sur le personnel de Swissmedic

Litige portant sur un licenciement ordinaire prononcé sans avertissement par Swissmedic. La recourante estime que la résiliation des rapports de travail est intervenue sans raison objective.

L'autorité inférieure a justifié le licenciement de la recourante par un manque de motivation, une quantité de travail insuffisante dans sa nouvelle fonction, une faible loyauté ainsi qu'une mauvaise hiérarchisation des dossiers. Le Tribunal a considéré que les raisons précitées étaient en principe suffisantes pour justifier une résiliation ordinaire des rapports de travail. En revanche, leur existence au cas d'espèce est discutable, vu notamment les **évaluations positives reçues par la recourante** au cours des dernières années (consid. 3.3.2 et 3.3.3).

Par ailleurs, le Tribunal s'est penché sur la manière et la forme de la résiliation. Selon la jurisprudence, un licenciement ordinaire, même s'il peut être objectivement justifié, nécessite **toujours un avertissement préalable**. D'une part, il s'agit de reprocher à l'employé concerné la faute commise et de l'inciter à agir conformément au contrat à l'avenir (fonction de réprimande). D'autre part, il est rappelé que la poursuite ou le renouvellement d'un comportement contraire au contrat peut entraîner des sanctions, notamment la résiliation du contrat (fonction d'avertissement). L'employé doit pouvoir **voir clairement quel comportement l'employeur n'est plus prêt à tolérer** et comment il doit se comporter à l'avenir. *In casu*, le fait que le changement de fonction de la recourante représente sa « dernière chance » n'était pas évident du point de vue d'un tiers impartial, ni suffisamment clair et

¹ Je remercie Manon Progin et Maxime Siegrist, greffiers auprès du Tribunal administratif fédéral, pour leur précieuse collaboration.

sans ambiguïté. C'est pourquoi l'**avertissement doit être qualifié de « défectueux »** et la recourante a droit à une indemnité convenable s'élevant à six mois de salaire (consid. 3.4 et 3.4.1).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-2752/2019 du 15 avril 2020 (d) / recours partiellement admis

Suspension de salaire ; résiliation ordinaire injustifiée ; indemnisation ; solde de vacances

Art. 10 al. 3, 19, 34b al. 1 let. a, 34c al. 1 let. b LPers ; 11a, 56 al. 1, 57 al. 4, 78 al. 1 let. a OPers ; 38 al. 1 et 2 O-OPers

Litige portant sur une résiliation injustifiée des rapports de service d'un employé de l'Office fédéral du service civil (CIVI)

Si le salarié refuse sans raison valable de participer aux **mesures d'intégration** au sens de l'art. 11a OPers, l'employeur peut réduire ou, dans les cas graves, retirer le droit au maintien du salaire selon l'art. 56 al. 1 OPers. Les mesures de réintégration peuvent consister en des prescriptions médicales, des mesures de « *Case management* », ou des instructions de l'employeur dans le cadre de la réintégration. Celles-ci peuvent être temporaires (consid. 4.3).

Les **refus délibérés et persistants** d'un employé **d'autoriser son médecin à fournir des informations au service médical de l'employeur** doivent être qualifiés de cas grave au sens de l'art. 57 al. 4 OPers, d'autant plus que l'autorisation était également nécessaire pour une clarification des faits (consid. 4.4.2).

La **suspension du paiement du salaire** jusqu'à la présentation de la procuration s'avère proportionnée en l'espèce (consid. 4.5). Le recours est ainsi mal fondé sur ce point (consid. 4.6).

En ce qui concerne le **maintien de l'emploi**, l'autorité inférieure s'est limitée au placement du recourant auprès du préposé à la réintégration. Il est vrai que le recourant a refusé le poste temporaire proposé. Toutefois, comme les faits n'ont pu être entièrement éclaircis que cinq mois plus tard, l'autorité inférieure aurait dû **rechercher à nouveau des possibilités d'emplois supplémentaires** au sein du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) ou de l'administration fédérale. En présupposant prématurément que dits postes étaient inadaptés, elle a violé l'article 10 al. 3 let. c LPers (consid. 6.4.2). Le recourant a ainsi droit à une indemnité de six salaires mensuels bruts.

Les conditions pour recevoir une indemnité pour employés occupant une **fonction spécialisée** ou exerçant une profession de monopole au sens de l'art. 78 al. 1 let. a OPers ne sont pas réunies en l'espèce (consid. 7.4).

En règle générale, les employés percevant un salaire mensuel ne peuvent pas être indemnisés pour leurs vacances par des prestations en espèces ou d'autres privilèges. Les congés doivent être pris en nature, même après la cessation d'emploi ou pendant la période de congé. Toutefois, si les vacances ne peuvent plus être prises avant la fin de la relation de travail pour des raisons opérationnelles ou si la relation de travail est résiliée immédiatement après une période d'absence plus longue, elles peuvent être compensées à titre exceptionnel. Un **solde positif de congés doit être versé si l'employé concerné n'a pas pu ou n'a pas voulu prendre ses vacances avant la fin de la relation de travail sans qu'il y ait faute de sa part ou si le fait de prendre des vacances était déraisonnable**. Le caractère raisonnable ou non de l'autorisation doit être évalué sur la base des circonstances spécifiques de chaque cas (consid. 8.4).

[Télécharger en pdf](#)

C. Procédures disciplinaires

TAF A-6432/2018 du 10 février 2020 (f) / recours admis

Violation du devoir de fidélité de l'employé ; devoir de sollicitude de l'employeur ; principe de complétude du dossier personnel de l'employé ; principe de la bonne foi

Art. 20 et 25 LPers ; 2 al. 4 et 5, 98 al. 1 et 99 al. 2 et 3 OPers

Litige portant sur l'obligation, pour un collaborateur du corps des gardes-frontières ayant intégré l'Administration fédérale des douanes (AFD) de porter, durant son service, une plaquette nominative avec l'uniforme, de façon lisible.

L'**avertissement disciplinaire** est une sanction administrative, qui ne peut être prise qu'au terme d'une enquête disciplinaire menée à charge et à décharge conformément aux règles de la procédure administrative (cf. ég. art. 25 LPers, 99 al. 2 et 3 OPers). Le Tribunal retient que les faits pertinents ont été établis de manière incomplète par l'autorité inférieure (art. 12 PA). L'AFD a toutefois complété l'instruction au cours de la procédure de recours.

Ne pas porter de plaquette nominative ou la porter de façon totalement ou partiellement dissimulée contrevient aux directives internes du service et constitue une **violation du devoir de fidélité** de l'employé (art. 20 LPers, consid. 5.2).

Le **devoir de sollicitude** (« Fürsorgepflicht ») implique notamment que l'employeur prenne en considération, lorsqu'il statue sur la situation d'un employé, l'ensemble des éléments qui sont susceptibles de déterminer sa décision et qu'il tienne compte de la position juridique de l'employé (consid. 3.3.1).

L'employeur doit veiller à ce que le **dossier personnel de ses collaborateurs** comprenne toutes les données relatives à la conclusion et au déroulement des rapports de travail, à savoir toutes les pièces intéressant sa situation administrative et tous les rapports concernant sa compétence, son rendement ou son comportement, de même que les observations formulées par l'employé à l'égard desdites pièces. Ce **principe de complétude** a pour but de garantir les droits de défense de l'employé (consid. 5.3.1).

Le Tribunal retient que l'employé a contrevenu aux prescriptions de service relatives au port de la plaquette nominative (consid. 5.2). Ce fait ne saurait cependant lui être reproché car **il pouvait de bonne foi se considérer toujours au bénéfice de la dérogation de port de la plaquette nominative** qui lui avait été octroyée par son ancien supérieur (consid. 4.2). Si cette décision n'a pas été consignée dans le dossier personnel de l'employé, il s'agit d'une négligence de l'employeur qui lui est opposable (consid. 5.3.1 et 5.3.2). Le Tribunal retient ainsi que l'employeur ne pouvait pas conclure que l'employé a violé son devoir de fidélité selon l'art. 20 LPers et prononcer une sanction disciplinaire (consid. 5.4).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-7410/2018 du 18 mai 2020 (i) / recours rejeté

Révocation de la fonction de commandant ; mesure disciplinaire ; enquête administrative et suspension jusqu'à droit connu sur le plan pénal

Art. 21 al. 1 let. a et c^{bis} et 25 LPers ; 98 al. 4 et 99 OPers

Litige portant sur la révocation du poste de commandant de la région IV et l'affectation de l'employé à une nouvelle fonction au sein du commandement du Corps des gardes-frontières.

Le Tribunal retient que l'**avis de révocation** du poste de commandant de la région IV des gardes-frontières avait le caractère d'une décision au sens de l'art. 5 PA, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une simple mesure organisationnelle, soit le cas d'un employé soumis à une obligation de transfert

en vertu de l'art. 21 al. 1 let. a et c^{bis} LPers, contre laquelle la voie du recours n'est pas ouverte, mais **d'une mesure disciplinaire** selon l'art. 25 LPers, contre laquelle un recours auprès du Tribunal peut être déposé (consid. 2).

Le Tribunal considère que l'autorité inférieure était **fondée à prononcer une mesure disciplinaire, quand bien même l'enquête pénale menée en parallèle n'était pas achevée** (art. 98 al. 4 *a contrario* OPers, le caractère exceptionnel exigé par cette disposition étant réalisé du simple fait de la fonction de commandant qui est exercée par un nombre très limité de personnes et qui implique la gestion d'un corps spécialisé et particulièrement exposé au regard de toutes les autres fonctions fédérales). Le Tribunal retient en outre que **l'enquête administrative exigée par l'art. 99 OPers n'empêche pas en soi la prise d'une décision immédiate**, si les faits sont déjà suffisamment établis, quand bien même l'enquête administrative avait été suspendue jusqu'à droit connu sur le plan pénal (consid. 4).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-2138/2020 du 22 juillet 2020 (d) / recours partiellement admis

Procédure disciplinaire ; fonctions officielles du procureur fédéral, en particulier le devoir de loyauté ; preuves par indices et preuves de faits internes

Art. 10, 31 al. 2 LOAP ; 29 al. 2 Cst. ; 6 § 2 CEDH

Litige portant sur une procédure disciplinaire dirigée contre le procureur fédéral pour violation du devoir de loyauté.

Outre les devoirs prévus dans l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les rapports de travail et le traitement du procureur général de la Confédération et ceux prévus par le code de conduite du ministère public, le **devoir général de loyauté** (et les devoirs de travail et de comportement qui en découlent) est d'une importance capitale. Toute violation des obligations précitées constitue un manquement à un devoir officiel. L'obligation de loyauté s'applique également sans disposition légale expresse, y compris au procureur fédéral (consid. 6.1).

La preuve complète peut également être fournie indirectement, au moyen de preuves par indices. Celles-ci sont équivalentes aux preuves directes (consid. 7.3)

Lorsqu'il s'agit d'**évaluer des événements internes**, qui sont souvent inconnus de l'autorité et difficiles à prouver, il est permis de **déduire des faits connus (base de présomption) à partir de faits inconnus (présomption de conformité)**. De telles présomptions factuelles peuvent survenir dans tous les domaines d'application du droit, y compris le droit public. Il s'agit de conclusions de vraisemblance tirées sur la base de l'expérience de vie (consid. 7.4).

En tant que personne concernée par l'enquête disciplinaire, le procureur général avait incontestablement un **intérêt personnel dans l'issue de la procédure**, raison pour laquelle il aurait dû s'abstenir de prendre toute décision en lien avec celle-ci (consid. 8.1.4).

Une **fausse déclaration** ne peut être présumée que si le recourant était conscient de son inexactitude lorsqu'il l'a prononcée (consid. 10.4). Le fait que le recourant était au courant de l'existence de la réunion au moment de sa déclaration ou qu'il ne pouvait tout simplement pas s'en souvenir est un fait interne qui – en l'absence d'un « aveu » – peut difficilement être prouvé directement. Dans un tel cas, les preuves doivent être fondées sur des preuves par indices et des présomptions naturelles (consid. 10.4.1).

Selon l'expérience générale de la vie, il est tout simplement absurde que les quatre personnes présentes à une réunion – et qui peuvent toutes se souvenir des réunions précédentes tenues dans une configuration similaire –, n'aient aucun souvenir de la réunion en question (consid. 10.4.4). Les **fausses déclarations à l'autorité de surveillance** constituent ainsi une violation du devoir de loyauté (consid. 10.5).

En raison du devoir de loyauté, la **liberté d'opinion** prévue à l'article 16 Cst. est limitée lorsque le comportement incriminé porte atteinte à l'administration et à la confiance du public en cette dernière. Ce devoir exige **une certaine retenue, notamment dans la manière de critiquer** (consid. 12.3). Si, lors d'une conférence de presse, le recourant décrit l'ouverture de l'enquête disciplinaire comme une « supposition » et comme une « ingérence dans l'indépendance du ministère public de la Suisse » et parle d'une « crise institutionnelle » évoquée par l'autorité inférieure, il a dépassé les limites de ce qui est admissible (consid. 12.5).

La **nature et l'étendue de la mesure disciplinaire** sont déterminées par la gravité de la faute. Celle-ci est fixée objectivement par l'importance des intérêts administratifs qui ont été violés ou mis en danger et subjectivement par le degré de faute. Sur le plan subjectif, outre la forme de la faute, il faut tenir compte de la personnalité globale du collaborateur concerné et de son attitude face au manquement qui a été commis. La **position officielle du fautif** est également importante, dans la mesure où plus la position est élevée, plus la responsabilité est considérée comme grave (consid. 14.1).

[Télécharger en pdf](#)

D. Divers

TAF A-4779/2019 du 16 mars 2020 (d) / recours admis

Qualification d'une relation contractuelle en contrat de travail ou en mandat ; critère de la subordination juridique

Art. 6 al. 2 LPers ; 319, 397 et 400 CO ; 25 al. 2 PA

Litige portant sur la qualification d'une relation contractuelle en contrat de travail ou en mandat.

La distinction entre un contrat de travail et un mandat repose sur une évaluation globale de la relation juridique et sur un certain nombre de critères. La désignation choisie par les parties n'est pas un critère. Les **caractéristiques qui parlent en faveur d'une relation de travail** sont : la subordination juridique, la dépendance économique, le paiement régulier du salaire, les déductions sociales, la durée de la relation juridique, la fourniture d'outils, de matériaux et d'un espace de travail, la faible liberté dans la structuration du travail, les heures de travail prescrites, le travail assigné ou un lieu de travail désigné (consid. 3.3).

En l'espèce, le recourant a signé un contrat en tant que médecin pour une durée limitée du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2019, appelé « mandat » (N.D.L.R : *Auftrag*). Il a travaillé dans le cadre d'exams médicaux de personnes susceptibles d'être engagées dans les locaux du Centre de recrutement de Lausanne, a reçu le matériel et l'infrastructure nécessaires à la réalisation desdits exams et a été intégré dans les procédures organisationnelles (consid. 4.1.1). Il était également subordonné en termes de temps, dans la mesure où il était appelé à l'avance pour les missions, devait se présenter à certaines heures et pouvait également être mobilisé à court terme et sur appel. Le recourant n'aurait ainsi pu travailler ailleurs que de manière limitée, son activité de médecin occupant la majeure partie de son temps (consid. 4.1.2).

La **subordination** s'est manifestée notamment par la dépendance totale du recourant à l'égard des instructions, des règlements, de la responsabilité, du fait que son travail devait être basé sur des listes de contrôle, etc. (consid. 4.1.3).

Enfin, la **durée du contrat de quatre ans**, les cotisations sociales payées à parts égales par les parties, l'assurance auprès de PUBLICA et la délivrance d'un certificat de travail parlent également en faveur de l'existence d'un contrat de travail à durée déterminée et non d'un mandat.

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-2823/2019 du 1^{er} avril 2020 (d) / recours rejeté

Caractère décisionnel d'une injonction de la direction de l'EPFZ

Art. 29a Cst. ; 5 et 25 PA ; 37 al. 1 et 3 de la loi sur les EPF

Litige portant sur une décision de la direction de l'EPFZ relative aux suites à donner à une enquête administrative destinée à clarifier le différend entre deux professeurs.

La simple mention selon laquelle le recteur de l'EPFZ aura un entretien personnel avec la recourante afin d'établir les attentes de la direction et de conclure un accord correspondant sur les objectifs, ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 PA. Contrairement à l'opinion de la recourante, cela ne la prive pas de droits existants et ne lui impose pas d'obligations de comportement, d'autant plus que l'accord sur les objectifs n'a pas encore été conclu (consid. 6.2.1).

Toutefois, même si la mention contestée de la direction devait contenir une injonction adressée à la recourante, cela ne constituerait pas une décision contestable. Ces **ordres internes de l'employeur** ne sont reconnus comme contestables que si les droits et les devoirs de l'employé basés sur le contrat de travail sont affectés et que l'on ne se préoccupe pas uniquement de questions d'organisation ou de fonctionnement (consid. 6.2.2).

La **publication interne et, sur demande, externe prévue des résultats de l'enquête administrative constitue un acte matériel**. Cette publication ne vise pas à constater, modifier, annuler ou établir des droits et obligations, mais simplement à ordonner les circonstances réelles. Elle n'a ainsi pas la qualité d'une décision (consid. 6.3.1).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-2658/2019 du 21 juillet 2020 (f) / recours rejeté

Contrats de durée déterminée successifs

Art. 9 al. 1 aLPers ; 9 al. 1 LPers ; 1 à 4 Titre final Code civil ; 28 OPers

Conclusion de plusieurs contrats successifs de durée déterminée entre le DFAE et un employé.

Le Tribunal retient que **l'enchaînement de plusieurs contrats de travail successifs ne peut pas être considéré comme un contrat de durée indéterminée** conformément à l'art. 9 al. 1 *in fine* LPers, une durée variant de 1 à 4 mois ayant séparé la fin et la conclusion de chaque nouveau contrat. Les interruptions de quatre mois ne peuvent pas être considérées comme nécessaires pour le repos et le redéploiement de l'employé sur le vu des circonstances concrètes du cas d'espèce. Ainsi, même à admettre que la lettre de l'art. 9 LPers puisse être sujette à interprétation selon les spécificités concrètes, il n'y a pas de contrat de durée indéterminée en l'espèce (consid. 4.2.3).

L'art. 9 LPers a été révisé en 2013. Les contrats conclus antérieurement à la révision, mais échus postérieurement, doivent être traités conformément aux grands principes en la matière, codifiés aux art. 1 à 4 du Titre final du Code civil. L'art. 9 aLPers s'appliquait donc pour tous les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de sa révision. Le Tribunal n'a pas tranché la question de la reconnaissance d'un droit acquis des parties au moment de la conclusion du contrat, antérieur à la révision de l'art. 9 LPers, quant à la transformation légale de rapports contractuels de durée déterminée en un rapport

de durée indéterminée, soit un effet juridique qui prend sa source dans la volonté des parties (consid. 4.2.4).

La Confédération a un intérêt évident à conclure des contrats de durée déterminée, pour la réalisation de missions de durée d'emblée limitée dans le temps et dans des environnements différents. La **conclusion successive de contrats de durée déterminée n'est dès lors pas un procédé abusif** et l'art. 28 OPers n'a pas été violé en l'espèce (consid. 5).

[Télécharger en pdf](#)