

Chronique des arrêts du Tribunal administratif fédéral

Choix d'arrêts rendus de juillet 2021 à mars 2022

Par Jérôme Candrian, juge auprès du Tribunal administratif fédéral¹

Les arrêts entrés en force considérés sont les suivants :

- **A-5527/2020** du 31 mars 2022 (d) Résiliation ordinaire des rapports de travail
- **A-2632/2020** du 5 août 2021 (f) Résiliation ordinaire des rapports de travail
- **A-2946/2021** du 31 janvier 2022 (f) Résiliation immédiate des rapports de travail
- **A-1843/2021** du 6 décembre 2021 (f) Résiliation immédiate des rapports de travail
- **A-4626/2020** du 2 mars 2022 (d) Résiliation immédiate des rapports de travail
- **A-2574/2021** du 1^{er} octobre 2021 (d) Discrimination à l'embauche
- **A-2060/2021** du 22 sept. 2021 (f) Avertissement
- **A-248/2021** du 28 juin 2021 (f) Non-renouvellement des rapports de travail
- **A-5824/2020** du 14 sept. 2021 (d) Restitution d'un trop-perçu de salaire

A. Résiliation ordinaire des rapports de travail

TAF A-5527/2020 du 31 mars 2022 (d) / recours partiellement admis

Résiliation pendant le temps d'essai ; violation du droit d'être entendu ; violation du principe de la bonne foi ; motifs objectivement suffisants ; quotité de l'indemnité

Art. 5 al. 3, 9, 29 al. 2 Cst. ; 29, 30 al. 1 PA ; 335b, 336 CO, 6, 12 al. 2, 34b LPers

Litige portant sur la résiliation des rapports de travail d'une militaire devant participer à une mission de promotion de la paix à l'étranger mais dont le contrat de travail a été résilié juste avant le départ (pendant le temps d'essai).

La recourante, qui a exercé diverses fonctions au sein de l'Armée suisse, a conclu un contrat de travail de durée déterminée avec le Commandement des opérations, Centre de compétences SWISSINT, afin d'intégrer une mission internationale de maintien de la paix au Kosovo. Pendant son temps d'essai (de 4 semaines), l'employeur a mis un terme à la relation de travail avec la recourante en raison notamment de son implication dans des conflits interpersonnels, d'une collaboration devenue difficile et tendue et de son caractère jugé imprévisible, respectivement impulsif.

Rappelant la jurisprudence selon laquelle le droit d'être entendu est violé lorsque le licenciement est, dans les faits, déjà certains et établis avant même d'entendre l'employé (consid. 3.1.1), le Tribunal constate, au premier chef, que la décision de résilier le contrat de travail de l'intéressée et de ne pas l'envoyer en mission à l'étranger avait déjà été prise, de manière définitive et irrévocable, avant l'entretien avec celle-ci, au cours duquel la décision lui a été annoncée. De fait, la recourante n'a pas eu la possibilité de consulter le dossier ou de s'exprimer sur le fond des motifs invoqués, l'ancien employeur ayant même déjà été informé que la recourante allait reprendre son ancienne fonction. Ce n'est que plus tard que la recourante a pu, *pro forma*, s'exprimer par écrit avant que la décision formelle ne lui soit notifiée, sans toutefois qu'il ressorte de la décision attaquée que l'employeur se soit véritablement penché sur les arguments soulevés. Relevant que c'est bien l'autorité qui rend la décision qui supporte le fardeau de la preuve relatif au respect de cette garantie de nature formelle,

¹ Je remercie Monsieur Sébastien Gaeschlin, avocat, greffier auprès du Tribunal administratif fédéral, pour sa précieuse collaboration.

Le Tribunal retient, au cas d'espèce, que le droit d'être entendu de la recourante a été violé, ce qui justifie l'octroi d'une indemnité sur la base de l'art. 34b al. 1 let. a LPers (consid. 3.4.4).

S'il est établi que la personnalité et le style de conduite de la recourante étaient effectivement source de conflits, de mécontentement et d'agitation au sein du contingent, ces manquements, leur caractère intolérable et leurs conséquences possibles, n'ont pas été communiqués clairement à la recourante, son évaluation finale n'en faisant pas (ou plus) état. Au vu des circonstances de l'espèce, la recourante pouvait partir du principe que son attitude serait tolérée. De fait, l'augmentation de sa note lors de son évaluation finale, ainsi que notamment la formulation très modérée des points d'amélioration consignés ont sans doute suscité auprès de la recourante l'attente qu'elle pourrait participer à la mission à l'étranger. Le Tribunal considère qu'elle pouvait, de bonne foi, partir du postulat que rien ne s'opposerait à son détachement. En définitive, l'autorité inférieure, par la manière dont elle a notifié sa décision de ne pas envoyer la recourante en zone d'intervention et de résilier son contrat de travail pour des manquements dans son comportement, le lendemain de son évaluation finale, a violé le principe de la bonne foi et la résiliation s'avère par conséquent abusive. Le recours est admis sur ce point, ce dont il faut tenir compte dans la fixation du montant de l'indemnité due (consid. 4.4 – 4.6).

Cela étant, le Tribunal parvient ensuite à la conclusion que le Commandement des opérations était, au vu des circonstances et des exigences accrues liées à un engagement à l'étranger, fondé, sous l'angle du principe de proportionnalité, à convenir d'un nouveau temps d'essai avec la recourante (consid. 5.3) et que la résiliation des rapports de travail était, vu notamment la nature et la finalité du temps d'essai (consid. 4.3.3 et 4.3.4), fondée sur des motifs objectivement suffisants au sens de la jurisprudence et, par ailleurs, conforme au principe de la proportionnalité (consid. 5.4, 5.5 et 5.6).

Eu égard aux circonstances de l'affaire, le Tribunal estime qu'il convient de fixer l'indemnité due à la recourante sur la base de l'art. 34b al. 1 let. a et 2 LPers, à l'équivalent d'un mois de salaire. En effet, la recourante a pu retrouver son ancienne fonction, n'a ainsi pas subi de perte de revenu significative et n'a pas été amenée à rechercher un nouvel emploi. Au surplus, elle n'a été engagée que pour une très courte durée et n'a pas eu le temps de fournir véritablement sa prestation de travail. Surtout, les motifs de la résiliation ont été jugés objectivement suffisants, la recourante peut donc se voir imputer une faute concomitante et seuls des manquements aux règles de procédure peuvent être reprochés à l'autorité inférieure, de sorte que l'on ne saurait parler d'une grave atteinte à sa personnalité. Ces éléments justifient de fixer une indemnité en dessous de la règle générale exprimée par l'art. 34b al. 2 LPers (consid. 6.4 – 6.6).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-2632/2020 du 5 août 2021 (f) / recours admis

Résiliation ordinaire des rapports de travail en l'absence de motifs objectivement suffisants ou résiliation abusive ?

Art. 12, 14 al. 1 et 33 al. 1 PA ; 19 al. 1, 34b al. 1 et 34c al. 1 let. b LPers ; 336 CO ; 2 al. 2 CC

Litige portant sur la résiliation des rapports de travail d'un employé de l'École polytechnique fédérale (EPFL) motivée par une restructuration ayant conduit à la suppression du poste qu'il occupait avant son absence pour cause de maladie.

Le caractère abusif de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la manière dont la partie qui résilie exerce son droit, dans la mesure où – sur la base d'une appréciation d'ensemble des circonstances de l'espèce – cela conduit à la reconnaissance du caractère répréhensible d'un motif. Dans cet exercice, l'employeur doit en effet agir avec égard et prévenance et jouer franc jeu. Une résiliation abusive peut aussi apparaître dans le cas où l'employeur porte une atteinte grave à la personnalité de l'employé ou adopte un comportement biaisé ou trompeur contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Il en va de même lorsque

l'employeur exerce son droit de résiliation contrairement à son but ou s'il existe une disproportion évidente entre les intérêts en présence. En droit de la fonction publique, l'employeur est en outre tenu d'épuiser toutes les possibilités raisonnables permettant la poursuite des rapports de travail avant de licencier un employé si celui-ci n'a commis aucune faute (cf. art. 19 al. 1 LPers). Il est en revanche généralement admis que la résiliation n'est pas abusive du seul fait qu'elle est intervenue en l'absence de motifs objectivement suffisants au sens de l'art. 10 al. 3 LPers (consid. 7.4.4).

En l'espèce, l'employeur n'a pas été en mesure de fournir des éléments de preuve convaincants relatifs à la réorganisation alléguée pour justifier la résiliation des rapports de travail. En tout état de cause, même si une réorganisation devait réellement avoir eu lieu, force est d'admettre qu'elle n'a pas conduit à la suppression du poste du recourant, lequel est désormais occupé par deux nouveaux collaborateurs. Par conséquent, le motif de licenciement allégué par l'employeur, à savoir une réorganisation ayant conduit à la suppression du poste du recourant, est inexistant et n'a servi que de prétexte (consid. 7.4.6.1).

De surcroît, conformément à l'art. 19 al. 1 LPers, avant de résilier le contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, l'employeur était tenu de prendre toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui pour garder le recourant à son service. En outre, à supposer qu'une restructuration ait réellement eu lieu et qu'elle ait conduit à la suppression du poste du recourant, l'EPFL se devait d'éviter autant que possible les licenciements (cf. art. 21 al. 1 OPers-EPF). En effet, dans ce cadre, l'affectation du collaborateur à un autre travail du domaine des EPF pouvant être raisonnablement exigé de lui a notamment priorité sur le licenciement (cf. art. 21 al. 2 let. b OPers-EPF). Par ailleurs, les deux EPF et les instituts de recherche veillent à ce que leurs collaborateurs et les partenaires sociaux bénéficient à temps d'une information étendue et transparente en cas de restructuration (cf. art. 21 al. 3 OPers-EPF), ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Selon la jurisprudence, le fait que l'employeur aurait dû entreprendre davantage en vue de trouver un poste raisonnablement exigible du travailleur ne suffit certes pas pour considérer la résiliation comme abusive. Néanmoins, un licenciement pourrait être abusif si l'employeur n'entreprend aucune démarche en vue de rechercher du travail ou si celui-ci se limite à procéder à des démarches d'apparence. En l'occurrence, l'employeur s'était engagé, dans sa décision de résiliation des rapports de travail, à annuler celle-ci si un poste correspondant aux compétences de l'intéressé était trouvé avant le terme de résiliation. Si l'employeur a bien entrepris quelques démarches en ce sens, force est de constater qu'il s'agissait de démarches d'apparence, dans la mesure où il lui aurait suffi de ne pas reconduire les contrats à durée déterminée des nouveaux collaborateurs occupant désormais le poste du recourant pour être en mesure de respecter son engagement et se conformer ainsi à l'art. 19 al. 1 LPers (consid. 7.4.6.2). Au vu de l'ensemble des circonstances, l'illicéité dont est entachée la décision de résiliation des rapports de travail résulte de façon évidente d'une violation caractéristique du principe de la bonne foi, de sorte que cette décision est manifestement abusive (consid. 7.4.6.3). La Commission de recours interne des EPF ne pouvait retenir uniquement que dite décision ne reposait pas sur des motifs objectivement suffisants au sens de l'art. 10 al. 3 LPers.

Dès lors que le recours est admis et que le recourant n'a pas conclu à l'octroi d'une indemnité, l'employeur proposera au recourant de le réintégrer dans l'emploi qu'il occupait ou, si cela est impossible, lui proposera un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui (cf. art. 34c al. 1 LPers ; consid. 7.5).

[Télécharger en pdf](#)

B. Résiliation immédiate des rapports de travail

TAF A-2946/2021 du 31 janvier 2022 (f) / recours rejeté

Résiliation avec effet immédiat ; grave violation du devoir de diligence ; utilisation dans la procédure en droit du personnel des déclarations du recourant dans le cadre de l'enquête pénale portant sur les mêmes faits

Art. 12 PA ; 10 al. 4, 20 al. 1 LPers ; 36, 176 al. 2 CCT CFF 2019

Litige portant sur la résiliation immédiate des rapports de travail d'un agent de nettoyage des Chemins de fer fédéraux suisses CFF qui n'a pas remis, conformément aux instructions de son employeur, immédiatement les objets trouvés aux guichets parce qu'il souhaitait retrouver lui-même le propriétaire et solliciter de sa part une compensation financière.

Le recourant s'en prend tout d'abord à la constatation des faits. Il estime que son employeur ne pouvait retenir les faits tels qu'ils ressortent de l'ordonnance pénale du Ministère public, en tant que, d'une part, il a fait opposition contre cette dernière, et que, d'autre part, le propriétaire du sac retrouvé a retiré sa plainte, de sorte que le Ministère public l'a avisé qu'il allait rendre une ordonnance de classement. Le recourant considère ensuite que son employeur devait respecter le principe de la présomption d'innocence qui prévaut en droit pénal et que, dès lors qu'aucune condamnation pénale n'était entrée en force, il ne saurait retenir qu'il a manqué à son devoir de diligence en ne restituant pas immédiatement l'ensemble des effets retrouvés.

En présence de compétences parallèles, le principe de la séparation des pouvoirs implique que l'administration et les autorités pénales exercent leurs compétences respectives dans une indépendance réciproque. Aussi, lorsque les mêmes faits donnent lieu à une procédure judiciaire pénale et à une procédure administrative, les deux autorités parallèlement compétentes ne sont en principe pas liées par les constatations et les interprétations juridiques de l'autre. En matière de droit du personnel fédéral, si les faits reprochés à l'employé peuvent constituer une infraction pénale, ce n'est pas uniquement l'existence d'une condamnation qui est propre à justifier un licenciement avec effet immédiat. Au contraire, il convient bien plus de déterminer si les faits à l'origine de l'enquête pénale sont de nature à remettre en cause l'existence du rapport de confiance nécessaire entre l'employé et l'employeur public. Dans la mesure où l'autorité administrative n'est pas liée par la qualification retenue par le juge pénal, il importe peu que dite enquête aboutisse ou non à une condamnation. En vertu de la maxime inquisitoire, l'autorité administrative peut se fonder sur les faits constatés par les autorités pénales et le dossier d'enquête s'ils sont de nature à emporter sa conviction dans le cadre de la procédure administrative (consid. 5.3.1).

En l'espèce, le Tribunal estime qu'un classement de la procédure pénale ne signifie pas encore que les faits à l'origine de la première ordonnance pénale ne sont pas suffisamment établis pour être convaincants et fait remarquer qu'en tout état de cause, le recourant a déclaré, lors de son audition par la police, qu'il connaissait la procédure à suivre en cas d'objet trouvé, qu'il avait trouvé le sac et regardé son contenu ainsi que le passeport du propriétaire, mais qu'il avait gardé les objets trouvés dans le dessein de les rendre lui-même à leur propriétaire et de lui demander une récompense financière (consid. 5.3.2, 5.3.4, 5.3.5).

Après avoir rappelé sa jurisprudence en lien avec la résiliation avec effet immédiat, ainsi que les obligations professionnelles les plus importantes du travailleur (consid. 5.2), le Tribunal retient que l'attitude du recourant, qui n'a pas remis immédiatement les objets trouvés aux guichets, conformément aux instructions de son employeur, parce qu'il souhaitait retrouver lui-même le propriétaire et solliciter de sa part une compensation financière, est non seulement inacceptable dans les circonstances individuelles du cas d'espèce, mais également de manière générale, en tant qu'elle est susceptible de remettre en cause le lien de confiance entre les utilisateurs des transports publics et l'ancienne régie fédérale. Il n'est, en effet, pas acceptable de la part d'un employé public qu'il cherche à s'enrichir sur le dos des administrés en sollicitant de leur part une récompense pour des

objets retrouvés dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. En tant que préposé au nettoyage des trains, il pouvait être attendu de lui qu'il se comporte avec diligence en présence d'objets trouvés et qu'il n'agisse pas dans l'intérêt contraire des usagers et de son employeur. En ne restituant pas immédiatement le sac trouvé et son contenu et en cherchant à obtenir une récompense de la part de leur propriétaire, le recourant a commis un grave manquement à son devoir de diligence (consid. 5.4).

Par conséquent, l'autorité inférieure disposait de justes motifs au sens de l'art. 10 al. 4 LPers et de l'art. 176 CCT 2019 pour résilier avec effet immédiat les rapports de travail du recourant et cette mesure respecte le principe de la proportionnalité (consid. 5.5).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-1843/2021 du 6 décembre 2021 (f) / recours rejeté

Résiliation immédiate des rapports de travail ; violation du devoir de fidélité ; cash-trapping

Art. 10 al. 4 LPers ; 176 CCT CFF 2019

Litige portant sur une résiliation immédiate des rapports de travail d'un agent de nettoyage des Chemins de fer fédéraux suisses CFF qui a procédé à des manipulations interdites sur des distributeurs automatiques de billets.

En l'espèce, l'employeur reproche au recourant d'avoir procédé, à dessein, à des manipulations interdites sur des distributeurs automatiques de billets par une technique qui se rapproche de celle du « *cash trapping* » dans le but de bloquer les retours d'argent. Suite au visionnement des enregistrements vidéos, le Tribunal constate que les explications du recourant ne sont guère convaincantes et que les faits ont été établis de manière exacte et complète par les CFF (consid. 5.3 et 5.4). Le Tribunal retient que, si le comportement du recourant relève d'un certain amateurisme, il n'en demeure pas moins qu'il constitue un très grave manquement à son devoir de diligence et de fidélité, lequel est par ailleurs susceptible de constituer une infraction pénale à l'encontre du patrimoine de son employeur ou des voyageurs n'ayant pas obtenu d'argent en retour. Cette seule violation suffisait, compte tenu de sa gravité, à justifier un licenciement avec effet immédiat, quels que soient l'ancienneté du recourant, son âge, sa situation personnelle, ses évaluations annuelles ou l'absence de procédure disciplinaire dans son dossier personnel. Au surplus, il apparaît, eu égard aux intérêts en présence, comme la seule mesure proportionnée qu'un employeur public pouvait prendre. Il convient, en effet, de rappeler que le devoir de fidélité de l'employé public ne s'exerce pas uniquement envers son employeur, mais également envers l'État et ses citoyens. Ainsi importe-t-il peu que le recourant ait agi en civil ou dans le cadre de ses fonctions. L'un comme l'autre justifiaient pleinement une résiliation immédiate des rapports de travail (consid. 5.5).

Vérifiant ensuite si l'employeur a respecté les règles de procédure et le principe de célérité, le Tribunal rappelle que la jurisprudence applicable en droit privé du travail, selon laquelle la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations de travail, sous peine de déchéance, n'est pas sans autre transposable aux rapports de travail de droit public. Des motifs objectifs (droit d'être entendu, spécificités de la procédure administrative) peuvent ainsi justifier, selon les cas, d'accorder à l'employeur de droit public un délai de réaction plus long qu'en droit privé, mais celui-ci ne doit pas pour autant laisser traîner les choses (consid. 6.2).

En l'espèce, le Tribunal considère que, compte tenu de la gravité des faits reprochés au recourant et de leur nature pénale, le fait que l'autorité inférieure ait diligenté une enquête complète afin d'identifier le recourant sur les enregistrements vidéo des distributeurs automatiques de billets et sollicité, à cette fin, l'appui des forces de police ne prête pas le flanc à la critique. Une telle enquête relève même du devoir de l'employeur public qui ne peut, sans autre, formuler à l'encontre de ses collaborateurs des accusations de nature pénale. Au regard des impératifs de l'enquête de police, un

délai de deux mois et demi entre le moment où le service d'enquête a été saisi et le moment où le recourant a pu être auditionné par son employeur n'apparaît pas excessif. Par la suite, le recourant a été suspendu le jour de son audition et les différents services impliqués ont encore procédé à d'autres mesures d'enquête afin de vérifier les explications fournies lors de l'audition. Ce n'est qu'à l'issue de ces dernières mesures que l'employeur a acquis la conviction que les faits reprochés au recourant étaient avérés et qu'il disposait des éléments nécessaires pour motiver sa décision. Le projet de décision de résiliation immédiate des rapports de travail ayant été envoyé deux jours après ces mesures et la décision finale deux jours après réception des observations du recourant, le principe de célérité n'a pas été violé *in casu* (consid. 6.4).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-4626/2020 du 2 mars 2022 (d) / recours partiellement admis

Résiliation immédiate des rapports de travail ; violation du devoir de fidélité ; violation du droit d'être entendu (accès aux pièces)

Art. 29 al. 2 Cst. ; 10 al. 4, 34b al. 1 let. a LPers ; 176 al. 1, 183 al. 1 let. a CCT CFF 2019 ; 12 PA

Litige portant sur une résiliation immédiate des rapports de travail d'un assistant clientèle des Chemins de fer fédéraux suisses CFF qui a fait montre d'un comportement de nature à porter atteinte aux intérêts et à la réputation de son employeur face à une jeune cliente qui ne disposait pas de titre de transport.

Le recourant était en fonction comme assistant clientèle des CFF pour le trafic régional avec deux collègues sur le S-Bahn zurichois et effectuait des contrôles aléatoires. Une jeune cliente n'était pas en possession d'un titre de transport et le recourant lui a alors demandé de décliner son identité. A l'arrêt suivant, elle a voulu s'enfuir. Le recourant s'est alors mis en travers de son chemin, l'a empêchée de fuir en la tenant de toutes ses forces. La cliente a alors résisté et s'est débattue fortement, si bien que les deux protagonistes se sont retrouvés tous deux à terre. Le recourant a alors plaquée la cliente au sol pendant environ 6 secondes avant de se relever. A la gare, la cliente a été emmenée par le service de sécurité. Les CFF ont porté plainte contre le recourant auprès du Ministère public de la Confédération pour abus d'autorité. La procédure pénale a toutefois été classée.

Le droit d'être entendu, garanti par la Constitution fédérale (art. 29 al. 2 Cst.) et concrétisé dans la PA, s'applique sans restriction en droit de la fonction publique. Il englobe notamment, comme partie intégrante, le droit des parties de consulter le dossier (art. 26 à 28 PA). Il existe ainsi un droit à la consultation de tous les actes servant de moyens de preuve (cf. art. 26 al. 1 let. b PA). Il s'étend à toutes les pièces décisives figurant au dossier et garantit que les parties puissent prendre connaissance des éléments fondant la décision et de s'exprimer à leur sujet. En l'espèce, le Tribunal constate que l'employeur s'est appuyé, dans sa décision de résiliation des rapports de travail, sur les déclarations formulées par un assistant à la clientèle recueillie dans le cadre de l'instruction du dossier. L'employeur n'a toutefois pas pu démontrer les avoir présentées au recourant dans le cadre de la consultation du dossier. L'employeur doit supporter les conséquences de l'absence de preuve à cet égard. Il s'ensuit que l'employeur a violé le droit d'être entendu du recourant, ce qui justifie l'octroi d'une indemnité sur la base de l'art. 34b al. 1 let. a LPers et de l'art. 183 al. 1 let. a CCT CFF 2019 (consid. 3.2 et 3.3).

Selon le Code de conduite des CFF, il est attendu des collaborateurs un comportement honnête, loyal et respectueux dans leurs relations avec autrui (Code de conduite des CFF, chiffre 2.1). Selon les CFF, cela signifie, pour les assistants clientèle, qu'un comportement calme, correct et non provocateur est attendu de leur part. La priorité absolue doit toujours être accordée à l'autoprotection, à la sécurité des collaborateurs et à l'exploitation. C'est également ce que prévoit la directive de travail pour les assistants clientèle : selon celle-ci, « *les voyageurs qui tentent de se soustraire au contrôle ne sont pas poursuivis par les assistants clientèle. Pour des raisons d'autoprotection, il est interdit de se mettre en*

travers du chemin de tels voyageurs » (consid. 6.2.1).

En l'espèce, sur les images enregistrées par la caméra, il apparaît clairement que le recourant a, dès que les portes se sont ouvertes, barré le chemin à la jeune cliente en se plaçant encore plus largement devant elle et en tendant son bras droit. Il l'a ensuite tenue fermement, de sorte qu'elle n'a pas pu s'enfuir. Par ce comportement déjà, le recourant a enfreint les instructions des CFF et s'est lui-même mis en danger. Après que le recourant et la cliente soient tombés au sol, le premier a maintenu la seconde à terre pendant encore six bonnes secondes avec tout le poids de son corps (consid. 6.2.2). Le comportement du recourant et la manière agressive dont il s'est comporté avec la cliente ne sont pas seulement contraires au Code de conduite et aux instructions de travail des CFF, mais constituent également, de l'avis du Tribunal, une grave violation du devoir de diligence et de fidélité ancré à l'art. 36 de la CCT CFF 2019. Par son comportement, le recourant a porté atteinte aux intérêts et à la réputation de son employeur (consid. 6.2.3). A cela s'ajoute que, lors de ses auditions, le recourant n'a fait montre d'aucune introspection, ni d'aucun regret quant à son comportement (consid. 6.2.4). Pour ces raisons, le comportement fautif et l'attitude du recourant à l'égard des attentes de son employeur étaient objectivement de nature à ébranler profondément la confiance qu'impliquent pourtant dans leur essence les rapports de travail, de sorte que l'on ne pouvait plus exiger de l'employeur qu'il poursuivît le contrat jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire. Dans ces circonstances, l'employeur n'était pas non plus tenu de prendre des mesures moins incisives en matière de droit du personnel. L'ordonnance de classement du Ministère public de la Confédération concernant l'infraction d'abus d'autorité ne change rien à ce qui précède (consid. 6.2.5). D'un point de vue objectif, force est de constater que le licenciement reposait sur de justes motifs (consid. 6.3).

En ce qui concerne la destruction de la confiance que les CFF plaçaient dans la personne du recourant, le fait que ce dernier ait fait l'objet de quatre avertissements pour son comportement pendant la relation de travail ne plaide pas non plus en sa faveur (consid. 7.2).

[Télécharger en pdf](#)

C. Égalité entre les hommes et les femmes

TAF A-2574/2021 du 1^{er} octobre 2021 (d) / recours rejeté

Discrimination à l'embauche ; prise en compte de la candidature d'un homme dans les mêmes conditions que celles pour les femmes ; éléments constitutifs d'une discrimination et degré de la preuve ; examen de la description du poste en tant qu'indice d'une discrimination à l'embauche

Art. 3, 6 LEg ; 8 CC

Litige portant sur une discrimination à l'embauche alléguée par un candidat, de nationalité étrangère et sans instruction militaire, évincé dans le cadre de la mise au concours d'un poste par le Commandement des Opérations de l'Armée suisse.

Le recourant s'est porté candidat pour un poste de chauffeur ADR/SDR (transport de marchandises dangereuses) pour une mission de promotion de la paix au Kosovo auprès de la KFOR/SWISSCOY. La description du poste mentionnait l'achèvement de l'école de recrues comme condition préalable et ajoutait que « *les femmes sans instruction militaire de base recevront une formation militaire adaptée à leur fonction* ». Dans la réponse négative adressée par e-mail au recourant, ce dernier avait d'abord été informé que les candidatures d'hommes ayant refusé de faire leur service militaire ou ayant effectué un service civil à la place du service militaire ne seraient pas prises en compte. Le recourant a alors demandé que sa candidature soit considérée au même titre et dans les mêmes conditions que celles applicables aux femmes, en excipant du fait qu'il avait été naturalisé trop tard pour suivre une école de recrues. Dans la décision de non-embauche, l'autorité inférieure a expliqué qu'un nombre suffisant de femmes et d'hommes appartenant à l'armée avaient fait acte de candidature pour ce poste, raison pour laquelle il n'y avait pas de raison de renoncer à l'exigence d'avoir suivi une

instruction militaire de base (l'école de recrue).

Le Tribunal commence par évoquer que, selon la jurisprudence, l'allègement du fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe instauré par l'art. 6 LEg ne s'applique pas à l'embauche. En matière de discrimination à l'embauche, la preuve d'un fait n'est considérée comme apportée que lorsque le juge a pu se convaincre, d'un point de vue objectif, de la véracité d'une allégation. Il n'est pas nécessaire d'avoir une certitude absolue à cet égard. Il suffit que le tribunal ne conçoive plus de doutes sérieux quant à l'existence du fait allégué ou que les doutes qui subsistent paraissent légers (consid. 4.2).

Le recourant a d'abord été informé, par courriel, que les candidatures d'hommes qui ont refusé de faire leur service militaire ou qui ont effectué un service civil à la place du service militaire ne seraient pas prises en compte. Les deux critères susmentionnés constituent à n'en point douter des motifs d'exclusion qui, en vertu de l'art. 59 al. 1 de la Cst., ne peuvent s'appliquer qu'aux hommes et doivent, à ce titre, être justifiés et respecter le principe de proportionnalité (« *rechtfertigungsbedürftig* »). Or, en l'occurrence, les motifs d'exclusion mentionnés dans le courriel litigieux ne s'appliquaient pas au recourant, dans la mesure où celui-ci n'a pas refusé le service militaire et n'a pas effectué le service civil en remplacement. Surtout, après avoir fait valoir sa naturalisation tardive auprès du Commandement des Opérations, il appert que sa candidature a été réexaminée dans les mêmes conditions que celles pour les femmes. En tout état de cause, l'absence de prise en compte de la raison pour laquelle le recourant n'avait pas suivi l'école de recrues concernerait, le cas échéant, la question du droit d'être entendu, pour laquelle le recourant ne formule aucun grief, et non celle de l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe (consid. 4.4 – 4.6). L'art. 3 al. 2 LEg ne mentionne pas la description du poste comme élément constitutif (« *Tatbestandsmerkmal* ») d'une discrimination. En raison du silence qualifié du législateur, les mesures positives prises par l'autorité inférieure en matière de recrutement ciblé de femmes – tant dans la description de poste que dans le reste du matériel de publicitaire – ne sont pas proscrites (consid. 4.7.1).

Le Tribunal remarque encore que l'offre d'emploi en question ne doit pas non plus être considérée comme un indice d'une discrimination à l'embauche interdite. L'autorité inférieure a démontré de manière plausible que l'ajout litigieux (invitation des femmes à postuler malgré une absence de formation militaire) dans la description du poste est une mesure de promotion au sens des instructions du Conseil fédéral pour la réalisation de l'égalité des chances entre les femmes et hommes dans l'Administration fédérale (FF 2013 7595). De fait, si l'école de recrues était mentionnée comme seule condition, l'Armée suisse, en tant qu'employeur, ne s'adresserait pas du tout aux femmes. Or, il est notoire que les profils d'exigences dans les descriptions de postes sont de nature à limiter d'emblée le nombre de personnes intéressées, ce que l'autorité inférieure tente manifestement d'éviter en raison d'une forte sous-représentation des femmes. Indépendamment de cela, les exigences du poste sont formulées, conformément aux instructions sur l'égalité des chances susmentionnées, de manière neutre en ce qui concerne le sexe, dans la mesure où elles mentionnent la formation professionnelle comme condition alternative aux connaissances militaires préalables (consid. 4.7.2 – 4.7.3).

En définitive, il n'est pas établi avec le degré de preuve nécessaire que la candidature du recourant a été d'emblée écartée en raison du fait qu'il n'a pas été en mesure, en tant qu'homme, de démontrer avoir achevé son école de recrues.

[Télécharger en pdf](#)

D. Divers

TAF A-2060/2021 du 22 septembre 2021 (f) / recours déclaré irrecevable

Avertissement prononcé à l'encontre d'un employé ; nature de l'acte attaqué ; irrecevabilité du recours interjeté contre un avertissement préventif

Art. 3 let. b, 5 PA ; 12 al. 6 let. b, 25 al. 1 aLPers ; 25 al. 2 let. c, 34 al. 1 LPers ; 25 al. 3^{bis} let. a, 98, 99 al. 2 OPers

Litige portant sur un avertissement prononcé à l'encontre d'un employé par l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) « en raison d'une mauvaise gestion du personnel, d'un manque de loyauté et d'un mauvais comportement ».

En l'espèce, le recourant s'est vu notifier par son employeur un avertissement à teneur duquel plusieurs reproches lui ont été formulés. L'ISDC a également retiré « immédiatement et temporairement » au recourant la gestion des employés et stagiaires qui lui étaient directement subordonnés pour une durée maximale de 12 mois. Aux termes de cet avertissement, l'employeur a indiqué au recourant qu'il recevait un avertissement « en raison d'une mauvaise gestion du personnel, d'un manque de loyauté et d'un mauvais comportement ». C'est dans ce cadre que l'autorité inférieure a pris des instructions de service à l'égard du recourant : des mesures relatives à la gestion du personnel, d'une part, et des mesures relatives à son comportement, d'autre part. L'employeur a encore rendu le recourant attentif au fait qu'il devait s'attendre à une résiliation ordinaire, voire immédiate, de ses rapports de travail s'il se rendait coupable d'autres manquements au sens du présent avertissement.

Le Tribunal expose la jurisprudence relative à la distinction entre un avertissement (« *Mahnung* ») au sens de l'ancien art. 12 al. 6 let. b LPers et un avertissement disciplinaire au sens de l'art. 25 LPers (« *Verwarnung* »). Le but poursuivi par le premier est d'améliorer les prestations de l'employé et de provoquer un changement de son comportement pour ne pas risquer la rupture du contrat de travail, alors que le second est d'assurer la bonne exécution des tâches par une mesure répressive. Il est admis que l'avertissement préventif (« *Mahnung* ») doit être compris comme une réaction directe à la faute commise par l'employé. Il a pour fonction de reprocher à l'employé un manquement à ses obligations et de l'exhorter à se comporter à l'avenir conformément au contrat (fonction de réprimande ; « *Rügefunktion* »). Il exprime par ailleurs la menace d'une sanction en cas de nouveaux manquements similaires (fonction d'avertissement ; « *Warnfunktion* »). Les conséquences d'un avertissement (« *Mahnung* ») et d'un avertissement disciplinaire (« *Verwarnung* ») sont en principe comparables : si l'employé concerné ne donne pas lieu à d'autres plaintes, l'avertissement préventif ou l'avertissement disciplinaire n'a aucune conséquence négative. Si, en revanche, il commet d'autres manquements, il est menacé de conséquences relevant du droit du personnel pouvant aller jusqu'au licenciement. Étant donné que les effets de l'avertissement préventif et de l'avertissement disciplinaire sont les mêmes, c'est le but de l'avertissement qui est déterminant pour les délimiter (consid. 2.3.5).

Le Tribunal estime ensuite que les mesures relatives à la gestion du personnel, qui consistent à adapter provisoirement le cahier des charges du recourant en le privant de sa fonction d'encadrement, de gestion et de supervision des employés subordonnés ainsi que des apprentis, ne peut, d'un point de vue matériel, être considérées comme une décision au sens de l'art. 5 PA, mais constitue un acte interne ou d'organisation. À cet égard, le Tribunal insiste sur le fait que la mesure est limitée dans le temps (durée maximale 12 mois) et qu'elle ne concerne que 25 % des activités du recourant et rappelle que la jurisprudence a du reste déjà admis qu'un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui incombent à l'employé en déterminant les devoirs attachés au service, telle que la définition du cahier des charges, constitue un acte juridique interne (consid. 2.5.2.1). Les mesures relatives au comportement doivent également être qualifiées comme des prescriptions de service (consid. 2.5.2.2).

Le Tribunal considère par ailleurs que l'acte attaqué ne revêt pas le caractère d'un avertissement disciplinaire au sens de l'art. 25 LPers, mais bien celui d'un avertissement préventif au sens de la

jurisprudence (consid. 2.5.3). Cette conclusion n'est pas remise en cause par la formulation de l'autorité inférieure, qui peut prêter à confusion, selon laquelle « l'employé reçoit un avertissement en raison d'une mauvaise gestion du personnel, d'un manque de loyauté et d'un mauvais comportement ». En effet, un examen attentif de l'acte attaqué, dans son intégralité, permet de s'apercevoir que c'est la volonté de provoquer un changement de comportement du recourant qui prévaut, plutôt que de le sanctionner. L'employeur veut en effet donner au recourant la possibilité d'améliorer son comportement et éviter une résiliation des rapports de travail (consid. 2.5.4). En définitive, dans son ensemble, l'acte attaqué doit être considéré comme un avertissement préventif, accompagné de prescriptions de service sans aucun caractère décisionnel, ni disciplinaire. La jurisprudence constante du Tribunal administratif fédéral selon laquelle un avertissement (« Mahnung ») n'est pas sujet à recours doit par conséquent être confirmée (consid. 2.5.5). Il s'ensuit que l'acte attaqué ne constitue pas une décision susceptible de recours, ce qui conduit à son irrecevabilité.

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-248/2021 du 27 septembre 2021 (f) / recours rejeté

Non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée, resp. constatation de la non-existence de rapports de travail ; forme écrite ; accord de principe et culpa in contrahendo ; constatation des faits ; principe de la bonne foi

Art. 2 al. 1 CC ; 13 CO ; 19 CCT CFF

Litige portant sur le point de savoir si les Chemins de fer fédéraux suisses CFF et le recourant, dont le contrat de durée déterminée a pris fin, sont encore ou non liés par des rapports de travail du fait d'un courriel de l'employeur adressé au recourant, avant le terme du contrat, par lequel il lui confirmait le renouvellement de son engagement.

Le courriel adressé par l'employeur au recourant trois mois avant la fin de son contrat de travail, confirmant la poursuite de l'engagement de ce dernier pour une durée d'environ une année, ne remplit pas les exigences mises par la CCT à la conclusion d'un nouveau contrat (cf. art. 19 CCT CFF). Pour la même raison, et fondé sur l'art. 13 CO, il ne peut s'agir d'une modification du contrat qui a lié les parties, au motif que la prolongation du contrat est également soumise à la forme écrite. Enfin, les parties n'entendaient pas renoncer à l'exigence de forme (consid. 4.3.2).

Examinant toutefois si la déclaration de l'employeur faite par courriel, confirmant l'engagement de l'employé, pouvait tout de même se voir reconnaître un effet liant, le Tribunal qualifie ledit courriel d'accord de principe, soit un « accord qui consacre un consentement mutuel sur le principe du contrat projeté, sans nécessairement en contenir les éléments essentiels ». La situation du cas d'espèce y correspond en tout point. En effet, les parties se sont mises d'accord sur la conclusion d'un contrat, à savoir la prolongation de l'engagement du recourant, sans que tous les éléments essentiels n'aient été déterminés entre elles (en particulier, les prétentions salariales du recourant ; consid. 4.4.1).

L'accord de principe est dénué de force obligatoire. Toutefois, à certaines conditions, il peut engager la responsabilité précontractuelle (ou *culpa in contrahendo*) de l'une des parties. En vertu du principe de la liberté contractuelle, chacun est libre d'entamer une négociation et de l'interrompre quand il le veut, même sans justification. L'exercice de cette liberté est toutefois limité par les règles de la bonne foi. La *culpa in contrahendo* repose sur l'idée que l'ouverture de pourparlers crée déjà une relation juridique entre partenaires et leur impose des devoirs réciproques, soit en particulier celui de négocier sérieusement, conformément à leurs véritables intentions. Une partie ne peut pas, par une attitude contraire à ses véritables intentions, éveiller chez l'autre l'espoir illusoire qu'une affaire sera conclue et l'amener ainsi à prendre des dispositions dans cette vue. Celui qui engage des pourparlers ne doit pas faire croire que sa volonté de conclure est plus forte qu'en réalité. La partie qui ne respecte pas

ces obligations répond non seulement lorsqu'elle a fait preuve d'astuce au cours des pourparlers, mais déjà lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence, dans les limites tout au moins de la responsabilité qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé par les parties. Toutefois, ce n'est que dans des situations exceptionnelles qu'une *culpa in contrahendo* sera retenue en cas de rupture des pourparlers. Il ne suffit pas que les négociations aient duré longtemps, ni que la partie à l'origine de la rupture ait été au courant des investissements effectués par l'autre ; la partie qui engage des frais avant la conclusion du contrat le fait en principe à ses risques et périls. Le comportement contraire aux règles de la bonne foi ne consiste pas tant à avoir rompu les pourparlers qu'à avoir maintenu l'autre partie dans l'idée que le contrat serait certainement conclu ou à n'avoir pas dissipé cette illusion à temps. Si la partie prétendument lésée connaissait ou aurait dû connaître la réalité (elle savait ou aurait dû savoir que les négociations n'allaient de toute façon pas aboutir ; cf. art. 2 al. 1 CC), il est d'emblée exclu de lui reconnaître une confiance légitime (dans le fait que le contrat serait conclu) et, partant, la responsabilité précontractuelle de l'autre partie n'entre pas en ligne de compte.

Lorsque le contrat en vue est soumis à des exigences de forme, une *culpa in contrahendo* pour rupture des pourparlers sera d'autant moins facilement admise que les prescriptions de forme ont précisément pour but de préserver les parties d'un engagement. Les parties ont un devoir accru d'envisager la possibilité d'un échec jusqu'à la conclusion du contrat. L'échec des négociations n'entraînera donc en principe pas de responsabilité, sauf si des éléments particuliers, tels qu'un accord oral ou écrit, ont nourri la confiance légitime que le contrat serait certainement conclu. Il est en effet contraire aux règles de la bonne foi (cf. art. 2 al. 1 CC) de donner sans réserve son accord de principe à la conclusion d'un contrat formel et de refuser *in extremis*, sans raison, de le traduire dans la forme requise. La partie qui refuse de traduire dans la forme légale l'accord auquel elle est parvenue avec son partenaire engage sa responsabilité autant qu'elle pouvait prévoir le dommage causé à celui-ci (consid. 4.4.2).

En l'espèce, le Tribunal retient que si le courriel litigieux était propre à faire naître des attentes chez le recourant, l'employeur n'est toutefois tenu à aucune réparation du point de vue de la responsabilité précontractuelle. En effet, en retenant la version des faits telle qu'alléguée par l'autorité inférieure, jugée plus cohérente et plus logique, il relève que le recourant a été informé suffisamment tôt du fait que finalement aucun contrat de travail ne serait conclu après l'échéance du précédent contrat. Quand bien même il devrait subsister un doute quant au fait que cette information ait bien été communiquée au recourant à la date retenue, ce dernier aurait dû savoir que le contrat de travail était soumis à la forme écrite et s'inquiéter du fait qu'en décembre 2020 il n'avait toujours rien reçu à signer. En toute hypothèse, il aurait dû s'en enquérir et écrire à ce sujet à son supérieur, avec lequel il était resté en contact durant sa maladie, quant à la poursuite des rapports contractuels, voyant qu'aucun contrat ne lui était parvenu jusqu'alors. Le Tribunal retient ainsi que le recourant n'était pas de bonne foi, et qu'il n'a pas agi de manière idoine afin de diminuer son dommage. Enfin, il considère que l'autorité inférieure n'a pas non plus agi de manière contraire à la bonne foi (cf. consid. 4.6).

[Télécharger en pdf](#)

TAF A-5824/2020 du 14 septembre 2021 (d) / recours admis partiellement

Restitution du salaire perçu en trop ; enrichissement illégitime ; principe de la bonne foi

Art. 6 al. 2, LPers ; 62 ss CO ; 3 CC ; 49 Titre final CC ; 9 Cst. ; 56a al. 3 2^e phrase, OPers

Litige portant sur la restitution du salaire perçu en trop par une employée de l'Administration fédérale des douanes (devenue le 1^{er} janvier 2022 l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières OFDF).

En l'espèce, l'employeur a versé à la recourante un trop-perçu de salaire en raison d'une erreur dans le calcul du délai applicable au versement du salaire en cas de maladie ou d'accident (hypothèse

erronée d'un nouveau départ du délai).

Si le salaire versé à l'employé est trop élevé, l'employeur, dans l'erreur, a le droit de réclamer le remboursement selon les principes de l'enrichissement illégitime, pour autant qu'il n'existe pas de droit au remboursement contractuel ou prévu par une loi spéciale (art. 6 al. 2 LPers *cum* ; 62 ss CO).

Selon l'art. 64 CO, il n'y a pas lieu à restitution, dans la mesure où celui qui a reçu indûment établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition, à moins qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer. L'art. 64 CO pose ainsi le principe que ce qui a été obtenu par l'enrichi de bonne foi ne doit être restitué que s'il en subsiste quelque chose dans son patrimoine lors de la répétition. Cette règle a pour but de ne pas péjorer la situation de l'enrichi après la restitution par rapport à celle qui résulterait si aucun enrichissement n'était survenu. Si l'enrichi utilise la prestation reçue sans cause pour des dépenses auxquelles il n'aurait pas consenti en temps normal, c'est-à-dire pour des dépenses extraordinaires, il n'est en principe pas tenu à restitution. En revanche, si l'enrichi a utilisé ce qu'il a obtenu sans droit pour une dépense qu'il aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, autrement faite avec ses propres moyens, son enrichissement prend la forme d'une économie de dépenses (« *Ersparnisbereicherung* ») et il est en principe tenu à restitution (consid. 6.3.1).

L'enrichi supporte le fardeau de la preuve en ce qui concerne les faits qui excluraient ou réduiraient son obligation de restituer, notamment la disparition de l'enrichissement (cf. art. 8 CC). La bonne foi de l'enrichi au moment de l'aliénation est présumée (cf. art. 3 al. 1 CC par analogie). La bonne foi fait toutefois défaut lorsque l'enrichi doit s'attendre à la restitution parce que, au vu des circonstances, il aurait dû savoir, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (cf. art. 3 al. 2 CC), que l'avantage patrimonial obtenu l'a été sans fondement juridique (consid. 6.3.4).

En l'espèce, la recourante n'est pas parvenue à démontrer l'existence de circonstances atténuant ou excluant la répétition de l'indu au sens de l'art. 64 CO.

Le Tribunal examine encore si l'obligation de restitution est conforme au principe constitutionnel du droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst., consid. 8). Dans ce cadre et après avoir mis en exergue les conditions cumulatives nécessaires afin qu'un administré puisse être protégé dans la confiance qu'il a légitimement accordée aux assurances données par une autorité ou à tout autre comportement fondant des attentes déterminées (consid. 8.3), le Tribunal retient que la recourante peut, au vu des circonstances de l'espèce, partiellement se prévaloir du principe de la bonne foi en raison du renseignement erroné donné par le responsable du personnel compétent concernant le calcul du délai relatif à l'obligation de continuer à payer le salaire en cas de maladie ou d'accident (consid. 8.4 – 8.7). En conséquence, l'intérêt à la protection de la confiance l'emporte sur celui à l'application correcte du droit objectif et le recours est partiellement admis.

[Télécharger en pdf](#)