Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour I
A-1754/2017

Arrêt du 12 décembre 2018

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Jürg Steiger, Maurizio Greppi, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

A._____,
représenté par Maître Boris Heinzer, avocat,

recourant,

contre

Département fédéral des affaires étrangères DFAE,
Freiburgstrasse 130, 3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Droit de la fonction publique ; fin des rapports de travail.

Faits :

A.

A.a A._____, né le (…) 1954, est entré au service de la Confédération suisse en 1990 en qualité de Directeur de B._____, fonction qu'il a occupée jusqu'en 2005. Le 1er avril 2005, il a été engagé au poste de directeur de l'Office C._____ par un nouveau contrat de droit public conclu pour une durée indéterminée et pour un salaire colloqué en classe de traitement 35.

A.b En vertu d'un nouveau contrat de travail conclu en août 2013 avec la Confédération suisse représentée par le Conseil fédéral agissant par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), A._____ a occupé dès le 1er septembre 2013, avec le titre d'ambassadeur, la fonction de Chef de la Délégation permanente de la Suisse auprès de l'Organisation D._____ et de l'Organisation E._____ à Z._____. La durée du contrat était limitée au 31 août 2017 et le salaire colloqué en classe de traitement 32. Dans une disposition finale, le contrat stipulait qu'il annulait et remplaçait celui du 16 et 18 décembre 2004 conclu entre la Confédération suisse, représentée par le Département fédéral de l'intérieur (DFI), et A._____.

Les termes de cet engagement avaient été réglés par convention *(Vereinbarung*) des 24 mai et 3 juillet 2013 entre le DFAE et le DFI. Dite convention stipule notamment que le contrat de travail entre le DFAE et A._____ s'étend du 1er septembre 2013 au 31 août 2017 (cf. art. 4) et que le DFI accepte d'envisager son éventuelle réintégration dans l'administration fédérale à l'échéance des relations de travail au 1er septembre 2017 et à régler le financement d'un telle réintégration (cf. art. 5 « Das EDI erklärt sich bereit, eine allfällige Reintegration von Herrn A._____ in die Bundesverwaltung nach Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses per 1er septembre 2017 zu prüfen und eine Finanzierung einer solchen Reintegration zu regeln »).

B.

B.a Au printemps 2016, A._____ a entrepris des pourparlers avec le DFAE et avec le DFI tant au sujet de l'avenir de la délégation suisse auprès de D._____ et de E._____ à Z._____ qu'au sujet de ses perspectives professionnelles au sein de l'administration fédérale. Il ressort de ces différents échanges que le DFAE, qui ne souhaitait pas maintenir dite délégation suisse sous la forme actuelle, était d'avis que son contrat de travail prendrait fin au 31 août 2017 sans qu'il soit nécessaire de le dénoncer. De

son côté, ne disposant d'aucun poste correspondant à ses compétences, le DFI lui avait proposé une retraite anticipée à des conditions que A._____ a refusées.

B.b Faisant droit à la demande de A._____, le DFAE a constaté par décision du 15 février 2017 que les rapports de travail résultant du contrat des 19/30 août 2013 prendrait fin de plein droit le 31 août 2017. Le DFAE a fondé sa motivation sur l'art. 6 al. 1 de l'O-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération (O-cadre LPers , RS 172.220.11), qui dispose que l'art. 9 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1), limitant à trois ans les contrats de durée déterminée, ne s'applique pas pour toute une série d'employés, dont le personnel du DFAE affecté à l'étranger. En conséquence, le contrat de travail litigieux prévoyant des rapports de travail d'une durée de quatre ans avait été valablement conclu et venait à échéance le 31 août 2017.

C.

C.a Par acte du 22 mars 2017, A._____, dûment représenté, interjette recours par devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) à l'encontre de cette décision dont il requiert, à titre principal, la réformation dans le sens qu'il est constaté que le contrat de travail du 19/30 août 2013 est de durée indéterminée et que les rapports de travail ne prendront pas fin de plein droit le 31 août 2017, et, à titre subsidiaire, son annulation et le renvoi de la cause au DFAE afin qu'il statue à nouveau.

C.b A l'appui de ses conclusions, le recourant soutient en substance que, si l'art. 6 al. 1 litt. g de l'O-cadre LPers contient bien une réglementation spéciale pour les collaborateurs du DFAE affectés à l'étranger, celle-ci ne déroge que partiellement au système de l'art. 9 LPers. Selon lui, elle n'autoriserait pas de conclure initialement un contrat de durée déterminée supérieur à trois ans, mais permettrait uniquement de prolonger jusqu'à concurrence de cinq ans un engagement d'une durée initiale inférieure. Ainsi, en vertu de l'art. 9 al. 2 LPers, le contrat litigieux ayant été conclu pour plus de trois ans, il est réputé de durée indéterminée. Toute autre interprétation de l'art. 6 al. 1 litt. g de l'O-cadre LPers contreviendrait, à son avis, aux principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où une telle disposition sortirait de la délégation de compétences donnée par l'art. 9 al. 2 LPers au Conseil fédéral.

Le recourant prétend également que la conclusion en août 2013 d'un contrat à durée déterminée arrivant à terme deux ans avant le droit à la retraite d'un employé de longue date de la Confédération a pour objectif d'éluder

les règles de la LPers sur la protection contre les congés et est constitutive d'un abus de droit. Il se prévaut encore des art. 5 al. 3 et 9 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), ainsi que de l'art. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) pour considérer que, au vu des promesses données quant au maintien de son engagement au service de la Confédération, tant lors de la conclusion du contrat litigieux en 2013 que lors d'un entretien le 19 décembre 2014, le principe de la bonne foi interdit d'admettre que les rapports de travail prennent fin le 31 août 2017.

C.c Le recourant requiert également l'octroi de l'effet suspensif à son recours ainsi que l'audition de plusieurs témoins : du Secrétaire général du DFI F._____, de la Cheffe du personnel du DFI, G._____, de l'ancienne Directrice des ressources du DFAE (DR), H._____, et de l'ancien Chef du personnel du DFAE, I._____. Au titre de l'effet suspensif, il retient qu'à défaut de décision du Tribunal d'ici au 31 août 2017, la décision attaquée produira ses effets et qu'il se trouvera alors sans emploi.

D.

D.a Dans sa réponse au recours du 30 juin 2017, l'autorité inférieure réfute en substance avoir donné une quelconque promesse quant au maintien de l'engagement du recourant au sein de la Confédération. Elle admet qu'une discussion réunissant, outre le recourant, la Cheffe du Personnel DFI, la Directrice de la DR alors en fonction et le Chef du Personnel DFAE, s'est déroulée le 19 décembre 2014. Durant cette réunion, a été évoquée la possibilité de prolonger l'engagement du recourant au-delà du 31 août 2017. Cette éventualité était toutefois corrélée à l'élection de la Suisse au Conseil exécutif de D._____ pour la période 2016-2019. Or, la Suisse a finalement renoncé et reporté sa candidature à 2019, notamment en raison du manque d'implication du recourant – dont c'était l'une des missions – pour obtenir le soutien des délégations d'autres Etats.

D.b Pour le surplus, l'autorité inférieure ne partage pas l'interprétation faite par le recourant des dispositions légales applicables. Elle estime avoir valablement conclu un contrat à durée limitée de quatre ans. Elle prétend aussi qu'il serait tout à fait possible de conclure deux contrats de durée déterminée successifs si l'employé est amené à travailler dans deux unités différentes. L'autorité inférieure appuie son raisonnement sur le Commentaire établi par l'Office fédéral du personnel (OFPER) et en conclut que ce qui est possible avec deux contrats de durée déterminée doit l'être également, avec l'accord de l'employé, avec un contrat de durée déterminée conclu après un contrat de durée indéterminée. Elle rejette par ailleurs tous les autres griefs du recourant.

E.
A l'issue d'un échange d'écritures limité à cette question, le Tribunal, par décision incidente du 20 juillet 2017, a rejeté la requête d'octroi de l'effet suspensif et refusé de prononcer une autre mesure provisionnelle.

F.
F.a Par réplique du 6 septembre 2017, le recourant maintient en substance la totalité de ses griefs et conclusions, réitérant sa demande d'audition de témoins. Il conteste au demeurant l'appréciation négative de ses prestations et produit à cet égard la copie d'une dédicace du Chef de la délégation roumaine auprès de D._____.

F.b Invité à se déterminer, en particulier sur les allégations du recourant au sujet des garanties qui lui auraient été données quant à sa réintégration au 1er septembre 2017, le DFI, par pli du 31 octobre 2017 porté à la connaissance des parties le 6 novembre suivant, se rallie entièrement aux constations de l'autorité inférieure. Il observe que, dans la convention conclue avec le DFAE (et non avec recourant), il s'était limité à se dire prêt à envisager une éventuelle réintégration après la fin des rapports de travail avec le DFAE. Le DFI estime avoir respecté son engagement, comme le prouverait une lettre adressée au recourant le 19 septembre 2016 qui l'informe qu'aucune solution n'a été trouvée. A aucun moment, il n'aurait formulé de promesses excédant les termes dedite convention.

F.c Par duplique du 23 novembre 2017, l'autorité inférieure persiste entièrement dans sa position. Elle relève que le contrat de travail a pris fin car il était venu à échéance, et non en raison de l'insuffisance des prestations du recourant. Cela étant, celles-ci doivent être mises en lien avec l'absence de prolongation du contrat. L'autorité inférieure produit également un exemplaire des « principes directeurs en matière de transferts », établis par la DR du DFAE en date du 7 avril 2017.

F.d Invité à déposer ses observations finales, le recourant informe, par courrier du 18 décembre 2017, y renoncer et maintenir ses conclusions.

F.e La cause a ensuite été annoncée comme gardée à juger, sous réserve de mesures d'instruction complémentaires.

G.
Les autres faits, ainsi que les arguments développés par les parties à l'appui de leurs positions respectives, seront repris dans les considérants en droit ci-après, dans la mesure utile à la résolution du litige.

Droit :

1.

1.1. La procédure de recours est régie par la PA, pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.2. Sous réserve de l'exception prévue à l'art. 32 al. 1 let. c LTAF – non pertinente en l'espèce –, le Tribunal administratif fédéral est compétent, en vertu de l'art. 36 al.1 LPers, pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises en matière de personnel fédéral par l'employeur. Le DFAE est un employeur au sens de l'art. 3 al. 2 LPers et l'acte entrepris satisfait aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, si bien que la compétence fonctionnelle du Tribunal est donnée.

1.3. Pour le surplus, déposé en temps utile (art. 50 al. 1 et 20 al. 1 PA) et en les formes requises (art. 52 PA), par le destinataire de la décision litigieuse, lequel a participé à la procédure devant l'autorité inférieure et possède un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA), le recours est recevable quant à sa forme et il peut être entré en matière sur ses mérites.

2.

2.1 Selon l'art. 49 PA, le Tribunal administratif fédéral contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). En matière de droit du personnel, le Tribunal examine toutefois avec une certaine retenue les questions ayant trait à l'appréciation des prestations des employés, à l'organisation administrative ou à la collaboration au sein du service et, dans le doute, ne substitue pas son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative qui a rendu la décision, laquelle connaît mieux les circonstances de l'espèce. Cette réserve n'empêche pas le Tribunal d'intervenir lorsque la décision attaquée semble objectivement inopportune (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; ATAF 2007/34 consid. 5 ; arrêt du Tribunal A-2678/2016 du 17 octobre 2017 consid. 2.1).

2.2 Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (cf. art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art.

62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA ; ATF 138 V 218 consid. 6 ; ATAF 2012/21 consid. 5.1). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (cf. art. 13 PA), notamment en apportant les éléments en leur possession permettant d'établir la preuve des faits dont elles se prévalent (cf. ATF 132 II 113 consid. 3.2 ; ATAF 2009/50 consid. 10.2.1) et motiver leur recours (cf. art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2).

2.3 Dès lors qu'il appartient au Tribunal d'établir d'office les faits pertinents, celui-ci n'est pas lié par les offres de preuves des parties mais peut se limiter à ce qui lui paraît pertinent. Le droit d'être entendu n'empêche pas le Tribunal de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. art. 12 PA ; ATF 136 I 229 consid. 5.3 et les réf. cit.). En particulier, l'audition de témoins apparaît comme un moyen de preuve subsidiaire qui n'est utilisé qu'à titre exceptionnel lorsque les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre façon (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-1342/2015 du 29 mars 2016 consid. 3.1.2, A-4054/2015 du 15 février 2016 consid. 2.3), étant par ailleurs rappelé que la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est essentiellement écrite et que l'art. 29 al. 2 Cst. ne garantit pas, de façon générale, le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 140 I 68 consid. 9.6.1, 134 I 140 consid. 5.3).

3.
Le présent litige pose la question de savoir si l'autorité inférieure a constaté à bon droit que le contrat la liant au recourant était de durée déterminée et venait à échéance à son terme le 31 août 2017 sans qu'il soit nécessaire de le dénoncer.

4.
Il convient dans un premier temps d'examiner le droit applicable en la matière.

4.1 Les rapports de travail du personnel de la Confédération sont régis en premier lieu par la LPers (cf. art. 2 al. 1 let. a LPers). A moins que la LPers ou une autre loi fédérale n'en dispose autrement, les dispositions pertinentes du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) sont applicables par analogie (cf. art. 6 al. 2 LPers). Sont employeurs les entités figurant à l'art. 3 al. 1 LPers. Sont toutefois aussi considérés comme employeurs les départements, la Chancellerie fédérale, les groupements, les offices et les unités administratives décentralisées, dans la mesure où le Conseil fédéral leur délègue les compétences nécessaires à cet effet (art. 3 al. 2 LPers.). Les rapports de travail découlent de la conclusion d'un contrat de travail de droit public établi en la forme écrite (art. 8 LPers). L'art. 9 al. 1 LPers dispose que le contrat de durée déterminée est conclu pour trois ans au plus ; au-delà, les rapports de travail sont réputés de durée indéterminée. Les contrats de durée déterminée qui se succèdent sans interruption sont réputés de durée indéterminée lorsqu'ils ont duré trois ans. Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions pour certaines catégories de professions (art. 9 al. 2 LPers).

Aux termes de l'art. 37 al. 1 LPers, le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution en veillant à ce qu'elles ne limitent pas l'autonomie dont doit disposer l'employeur dans l'exécution de ses tâches. Les unités administratives auxquelles le Conseil fédéral a délégué les compétences d'employeur visées à l'art. 3 al. 2 édictent les dispositions d'exécution sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral (cf. art. 37 al. 3bis LPers).

4.2 Faisant usage de ces prérogatives, le Conseil fédéral a adopté l'O-cadre LPers qui fixe notamment le cadre dans lequel les employeurs édictent des dispositions d'exécution. Selon l'art. 6 al. 1 let. g O-cadre LPers, l'art. 9 LPers sur les contrats de durée déterminée ne vaut pas pour le personnel affecté à l'étranger du DFAE ; le contrat de durée déterminée peut être prolongé pour une durée maximale de cinq ans.

Le Conseil fédéral a également adopté l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2011 (OPers, RS 172.220.111.3). Selon l'art. 28 OPers, les rapports de travail de durée déterminée ne doivent pas être conclus dans le but de contourner la protection contre les licenciements prévue par l'art. 10 LPers ou l'obligation de mettre les postes au concours. Le Département fédéral des finances (DFF), après avoir consulté les autres départements et la Chancellerie fédérale, édicte les dispositions nécessaires à l'exécution uniforme de l'OPers (cf. art. 116 al. 1 OPers) ; ce qu'il a fait en adoptant l'ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'OPers (O-OPers, RS 172.220.111.31). Toutefois, le DFAE peut, en accord

avec le DFF, édicter des dispositions dérogatoires, dans les domaines énumérés à l'art. 114 al. 2 OPers. L'ordonnance du 22 septembre 2002 du DFAE concernant l'OPers (O-Opers – DFAE, RS 172.220.111.343.3) – qui concrétise cette faculté donnée au département – s'applique, en l'absence de réglementation contraire portant sur certaines dispositions, au personnel soumis à la discipline des transferts du DFAE (art. 1 al. 1 O-Opers-DFAE) et également, par analogie, aux autres membres du personnel du département affectés à l'étranger ainsi qu'au personnel d'autres départements affectés à l'étranger pour autant que ceci soit prévu dans leur contrat de travail ou dans une convention conclue entre le département et le service compétent (art. 1 al. 2 O-OPers-DFAE).

Les employés soumis à la discipline des transferts sont définis comme les employés du DFAE affectés aux services de carrière, personnel de rotation et employés soumis à la discipline de transfert selon les dispositions de leur contrat de travail, qui peuvent être transférés en tout temps à un lieu d'affectation à l'étranger ou à un lieu de service à la centrale (art. 3 let. a O-OPers-DFAE). Quant aux employés affectés à l'étranger, ce sont les employés du DFAE ou d'autres départements qui sont affectés à l'étranger selon les dispositions de l'art. 1 al. 1 et 2 (art. 3 let. b O-OPers-DFAE).

4.3 Aux termes de l'art. 2 al. 1 let. f OPers en lien avec l'art. 3 al. 1 let. a LPers, le Conseil fédéral est compétent pour conclure, modifier et résilier les rapports de travail des chefs de mission. Il décide également de leur transfert (art. 2 al. 2 OPers ; cf. ég. art. 6 let. a O-OPers - DFAE). Les autres décisions de l'employeur relatives au personnel visées à l'art. 2 al. 1 et 1bis OPers – dont les chefs de mission font partie – sont prises par les départements, pour autant que ni l'OPers ni tout autre acte n'en dispose autrement (cf. art. 2 al. 3 OPers). L'art. 2 al. 4 OPers prévoit que les départements règlent les compétences relatives à l'ensemble des décisions de l'employeur qui concernent le reste de leur personnel, à moins que la LPers, d'autres actes législatifs supérieurs, l'OPers ou d'autres prescriptions du Conseil fédéral n'en disposent autrement. L'O-OPers - DFAE fixe la compétence relative aux décisions de l'employeur à ses articles 4 ss. L'art. 4 O-OPers - DFAE pose que sont compétents pour conclure, modifier et résilier les rapports de travail : le DFAE, sous réserve de l'art. 2 al. 1 OPers pour les employés en classes de salaire 32 à 38 (let. a) ; la Direction des ressources (DR), sous réserve de l'art. 6 O-OPers - DFAE, pour les employés des classes de salaire 1 à 31 (let. b). Pour les décisions de l'employeur non couvertes par les articles 4 à 8 O-OPers - DFAE, sont compétents : le département pour les personnes visée à l'art. 2 al. 1 OPers (à

savoir notamment les chefs de mission ; let. a) ; la DR pour les autres employés (let. c).

4.4 L'OFPER est une unité de l'administration fédérale centrale rattachée au DFF (cf. ch. V 1.4 de l'Annexe 1 à l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA], RS 172.010.1). Il est notamment chargé d'élaborer les bases permettant à la Confédération de mener une politique du personnel et une politique de prévoyance prospectives (cf. art. 10 al. 1 let. a de l'ordonnance du 17 février 2010 sur l'organisation du DFF [Org DFF, RS 172.215.1]) ; dans ce cadre, il exerce en particulier les fonctions énumérées à l'art. 10 al. 2 Org DFF. A ce titre, l'OFPER établit des rapports, des commentaires et des explications dans le but de guider les employeurs soumis à la LPers et aux ordonnances afférentes. Tel est le cas du commentaire du 23 avril 2013 relatif à la révision de l'O-cadre LPers. Ces documents ont valeur d'ordonnances administratives. Les ordonnances administratives s'adressent aux agents de l'administration et leur prescrivent la façon dont ils doivent accomplir leurs tâches. Elles ne sont en principe pas publiées, mais communiquées aux agents administratifs par la voie de service; les particuliers ne sont donc pas censés les connaître. Le plus souvent, elles sont adoptées par les Départements, voire par les offices fédéraux, sous la forme de directives, circulaires, instructions (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A–5446/2016 du 23 mai 2018 consid. 3.1.4 ; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., n° 1592 s. p. 538 et n° 1648 s. p. 558).

La fonction principale de ces ordonnances est de garantir l'application uniforme de certaines dispositions légales et la rationalisation de la pratique. Ce faisant, elles permettent également d'assurer l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et facilitent aussi le contrôle juridictionnel (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3; ATAF 2009/15 consid. 5.1, arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4357/2015 du 10 juillet 2017 consid. 2.5, A-6982/2013 du 24 juin 2015 consid. 2.2). Cela étant, les ordonnances administratives n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux. Elles ne dispensent pas l'administration de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce, mais servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité. Elles ne peuvent en outre sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les ordonnances administratives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 141 V 175 consid. 4.1, 138 II 536 consid. 5.4.3; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-

1412/2015, A-1422/2015 du 14 décembre 2016 consid. 4, A-4357/2015 du 10 juillet 2017 consid. 2.5).

5.
Le recourant a été engagé par décision du Conseil fédéral du 13 février 2013 en qualité de Chef de mission avec titre d'ambassadeur. Signé en août 2013, son contrat de travail de droit public prévoyait une prise d'activité au 1er septembre 2013 et une échéance au 31 août 2017. Le lieu d'activité était Z._____ et le domaine d'activités celui des services généraux (non transférables) du DFAE. Le recourant est ainsi soumis à la LPers, à l'OPers et autres dispositions d'exécution, en particulier l'O-Opers-DFAE dans la mesure où son contrat le mentionnait expressément (cf. supra consid. 4).

Le premier point à résoudre est donc celui de savoir s'il était possible à l'autorité inférieure de stipuler un contrat avec une durée déterminée initiale de quatre ans. Est donc déterminante pour l'issue de cette question l'interprétation donnée à l'art. 9 LPers et, singulièrement, à l'art. 6 al. 1 let. g O-cadre LPers.

5.1 De jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique; cf. ATF 142 IV 137 consid. 6.2; 141 III 53 consid. 5.4.1). Le Tribunal ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1). En principe, même si toutes les méthodes se valent, il convient de partir malgré tout de l'interprétation littérale. Si le résultat ainsi dégagé est absolument clair et sans univoque, le Tribunal ne peut s'en écarter que pour des motifs pertinents qui peuvent découler des autres méthodes d'interprétation et qui permettent de penser que ce résultat ne restitue pas la véritable portée de la norme ou n'est pas celui raisonnablement voulu par le législateur (cf. ATF 138 III 359 consid. 6.1, 137 V 13 consid. 5.1 et les réf. citées).

5.2

5.2.1 Au niveau fédéral, la compétence d'édicter des règles de droit – qui prendront le plus souvent la forme de la loi (cf. art. 22 de la loi sur le Parlement du 13. décembre 2002 [LParl, RS 171.10] et art. 164 al. 1 Cst.) – relève en principe de l'Assemblée fédérale (art. 163 al. 1 Cst.). Une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclut (art. 164 al. 2 Cst.). Aux termes de l'art. 182 al. 1 Cst., le Conseil fédéral ne peut adopter des règles de droit que sous forme d'ordonnances et dans la mesure où la Constitution (*ordonnance indépendante*) ou la loi l'y autorisent (*ordonnance dépendante de substitution*). Selon l'al. 2 de cette même disposition, le Conseil fédéral veille également à la mise en œuvre de la législation (*ordonnance dépendante d'exécution*).

L'art. 182 Cst. introduit ainsi la distinction entre les ordonnances d'exécution et les ordonnances de substitution. Toutefois les ordonnances présentent le plus souvent un contenu mixte, fait à la fois de simples règles d'exécution et de règles de substitution (cf. ATF 139 II 460 consid. 2.2, 136 I 29 consid. 3.3; ATAF 2011/60 consid. 4.3.2).

5.2.2 Les ordonnances d'exécution ne peuvent contenir que des normes secondaires se rapportant à la même matière que celle qui fait l'objet de la loi qu'elle exécute et qui doivent rester dans le cadre cette loi, se bornant à en préciser certaines dispositions. Elles ne peuvent ni abroger ni modifier la loi et, surtout, elles ne doivent pas imposer aux citoyens de nouvelles obligations qui ne sont pas prévues par la loi (cf. ATF 136 I 29 consid. 3.3, 133 II 331 consid. 7.2.2, ATAF 2011/60 consid. 4.3.2).

Quant aux ordonnances de substitution, comme leur nom l'indique, elles se substituent à la loi dans la mesure où elles se caractérisent par le fait qu'elles contiennent des règles primaires qui devraient en principe se trouver dans la loi, mais que le Conseil fédéral est autorisé à édicter sur la base d'une délégation contenue dans une loi formelle (cf. ATAF 2011/60 consid. 4.3.2, arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1405/2014 du 31 juillet 2015 consid. 2.1.1.1). Ces règles primaires ne précisent plus la loi, mais la complètent. Ce sont des règles de droit dont on ne trouve aucune trace dans la loi de base. Elles étendent ou restreignent le champ d'application de cette loi, confèrent aux particuliers des droits ou leur impose des obligations dont la loi ne fait pas mention (cf. ATAF 2009/6 consid. 5.1.2 et les réf. citées).

La délimitation entre ordonnance d'exécution et ordonnance de substitution peut donc s'avérer délicate. Elle est néanmoins importante quant à l'exigence de la base légale: une délégation législative est indispensable pour que le Conseil fédéral puisse adopter des règles primaires (cf. ATF 134 I 322 consid. 2.4 arrêt du Tribunal fédéral 2C_744/2014 du 23 mars 2016 [confirmant l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5414/2012 du 19 juin 2014] consid. 7.1; ATAF 2009/6 consid. 5.1.2), alors que sa compétence d'édicter des règles secondaires se déduit directement de l'art. 182 al. 2 Cst., bien que cette compétence soit aussi souvent prévue dans les dispositions finales de la loi qu'il précise par son ordonnance (cf. ATF 142 II 182 consid. 2.3.1 ; AUER/ MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., 2013, n. 1597; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9ème éd., Zürich/Bâle/Genève 2016, p. 572 n. 1859).

5.2.3 Le contrôle des ordonnances d'exécution se fait en deux étapes. Tout d'abord, les ordonnances d'exécution doivent être soumises à un contrôle de légalité. Le Tribunal examine en premier lieu si elles restent dans le cadre de la loi, se contentent d'en préciser le contenu ou d'en définir les termes sans contenir de règles primaires étendant le champ d'application de la loi. Suit un contrôle de constitutionnalité. En effet, tout en restant dans le cadre de la loi, il se peut que de telles ordonnances contiennent une violation originaire de la Constitution, auquel cas le juge doit refuser de les appliquer (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1405/2014 du 31 juillet 2015 consid. 2.2.3).

5.2.4 Une délégation législative est soumise, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, au respect de quatre conditions ayant elles-mêmes valeur constitutionnelle. Elle doit ne pas être exclue par la Constitution fédérale et figurer dans une loi formelle fédérale (art. 164 al. 2 et art. 182 al. 1 Cst.), se limiter à une matière déterminée et bien délimitée ainsi qu'énoncer elle-même les points essentiels sur lesquels doit porter la matière à réglementer (cf. ATF 140 I 218 consid. 6.5, 134 I 322 consid. 2.4, 132 I 7 consid. 2.2 ; ATAF 2016/29 consid. 4.1). Le Conseil fédéral est habilité à déléguer à son tour aux départements une compétence législative qui lui a été déléguée par le législateur fédéral ordinaire (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6043/2016 du 10 octobre 2017 consid. 4.1.3). Cette faculté existe indépendamment d'une clause de délégation expresse (cf. art. 48 al. 1 LOGA).

La norme adoptée par le délégataire doit en outre être conforme à la loi et à la Constitution, c'est-à-dire qu'elle doit demeurer dans le cadre et dans

les limites de la délégation législative. Lorsque la délégation est peu précise et donne un large pouvoir d'appréciation au délégataire, le Tribunal administratif fédéral se limite, selon le principe de l'immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.), à examiner si les dispositions concernées de l'ordonnance sortent de manière évidente du cadre de la délégation de compétences du législateur ou si, pour d'autres raisons, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution (cf. ATF 137 III 217 consid. 2.3, 136 I 197 consid. 4.2 ; ATAF 2011/60 consid. 4.3.3, 2008/31 consid. 8.3.2). Ne pouvant substituer sa propre appréciation à celle du délégataire, il doit uniquement vérifier si les dispositions visées sont propres à réaliser le but de la loi fédérale, sans se soucier de savoir si elles constituent le moyen le mieux approprié pour l'atteindre (cf. ATAF 2015/22 consid. 4.2). Il ne peut pas contrôler si la délégation elle-même est admissible (cf. ATF 131 V 256 consid. 5.4, 128 II 34 consid. 3b).

La responsabilité concernant l'opportunité de la mesure prescrite incombe ainsi au Conseil fédéral ; il ne revient pas au Tribunal de s'exprimer au sujet de son caractère approprié du point de vue économique ou politique (cf. ATF 140 II 194 consid. 5.8, ATF 136 II 337 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-882/2016 du 6 avril 2017 consid. 2.3, A-2495/2016 du 20 janvier 2017 consid. 5.1).

5.3

5.3.1 Si l'on s'en tient à la seule lettre de la loi et de l'ordonnance, subsiste un doute sur la portée de l'exception figurant à l'art. 6 al. 1 let g O-cadre LPers, qui dispose que l'art. 9 LPers sur les contrats de durée déterminée ne vaut pas pour « le personnel affecté à l'étranger du DFAE ; le contrat de durée déterminée peut être prolongé pour une durée maximale de cinq ans ». En effet, cette disposition peut être comprise, à l'instar de l'autorité inférieure, comme permettant de conclure un contrat de durée déterminée excédant la durée normalement autorisée par l'art. 9 LPers de trois ans (1ère phrase); mais pour une durée maximale de cinq ans (2ème phrase). Au cas où il est conclu initialement pour une durée inférieure à cinq ans et qu'il est ensuite prolongé, il conserve sa nature juridique de contrat à durée déterminée, nonobstant les termes de l'art. 9 al. 1 2ème phrase LPers selon lesquels les contrats à durée déterminée qui se succèdent sans interruption sont réputés de durée indéterminée lorsqu'ils ont duré trois ans. On peut également soutenir, comme le fait le recourant, que la dérogation ne vaut que pour la prolongation du contrat à durée déterminée (dont la durée initiale ne pourrait alors pas dépasser trois ans conformément à l'art. 9 al. 1 LPers), qui, exceptionnellement peut s'étendre à une période maximale

de cinq ans sans être converti *ex lege* (cf. art. 9 al.1 2ème phrase LPers) en contrat à durée indéterminée.

Partant, il y a lieu de faire appel aux méthodes d'interprétation décrites ci-dessus (cf. consid. 5.1) afin de déterminer le sens à accorder à cette disposition.

5.3.2 L'adoption de la LPers par le peuple suisse le 26 novembre 2010 a porté abrogation du Statut des fonctionnaires du 20 juin 1927 (cf. art. 39 LPers). Ainsi la nomination pour une durée administrative de quatre ans a été remplacée par un engagement révocable de droit public. L'art. 8 al. 2 du projet de LPers prévoyait que le contrat de durée déterminé était conclu pour cinq ans au plus ; au-delà de cinq ans, les rapports de travail étaient réputés de durée indéterminée (FF 1999 1465). Selon, le message du Conseil fédéral (MCF), la Confédération devait pouvoir conclure des contrats de travail de durée déterminée, sans encourager la conclusion de contrats en chaîne, raison pour laquelle le projet LPers les limitait à une durée de cinq ans au plus (cf. MCF du 14 décembre 1998 concernant la loi sur le personnel de la Confédération, FF 1999 1421, 1435). Les discussions au Conseil national, qui intervenait comme premier conseil, ont tourné autour de la possibilité de limiter ces contrats à trois ans (cf. proposition de la minorité BÜLMANN in : Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 1999 N 2063), durée qui ne semblait toutefois pas adaptée aux besoins de la Confédération.

Finalement, au sein du Conseil national, une majorité s'est dégagée en faveur d'une proposition du conseiller FRITSCHI qui proposait que la durée maximale de cinq ans soit assortie de la possibilité pour le Conseil fédéral de prévoir des exceptions pour certaines catégories de profession. Dans son intervention, il faisait référence en particulier aux soldats et aux assistants de certaines hautes écoles (cf. BO 1999 N 2064). En réponse au conseiller DAVID, qui soutenait la proposition FRITSCHI à la condition que le Conseil fédéral use de cette possibilité d'exception avec la plus grande retenue (« mit grösster Zurückhaltung Gebrauch machen »), le Conseiller fédéral VILLIGER a précisé que les exceptions seraient fondées (« durch begründete Ausnahmen ») et interprétées de manière très restrictives (cf. BO 1999 N 2065). Sur proposition de sa commission, le Conseil national a également ajouté une disposition complémentaire qui prévoyait que les contrats de travail de durée déterminée qui se succèdent pendant une durée atteignant cinq ans étaient automatiquement convertis en contrat de durée indéterminée.

Au Conseil des Etats, la conseillère BRUNNER a combattu en vain cette dernière possibilité consistant à autoriser la conclusion de contrats successifs de courte durée à l'intérieur de cette période de cinq ans. Elle estimait que cela revenait à admettre les contrats en chaîne prohibés en droit privé. Par ailleurs une proposition du conseiller AEBY de réduire à quatre ans la durée maximale des contrats de durée déterminée n'a pas non plus trouvé grâce (cf. BO 1999 E 1089).

Finalement le projet a été adopté par le Parlement (et par le peuple le 26 novembre 2010) dans sa teneur telle qu'en vigueur jusqu'au 30 juin 2013. Jusqu'à cette date, un contrat de durée déterminée pouvait être conclu pour cinq ans au plus ; au-delà de cinq ans, les rapports de travail étaient réputés de durée indéterminée. Les contrats de durée déterminée qui se succédaient sans interruption étaient réputés de durée indéterminée lorsqu'ils avaient duré cinq ans. Le Conseil fédéral pouvait déjà prévoir – à l'instar de l'actuel art. 9 al. 2 LPers – des exceptions pour certaines catégories de professions (cf. art. 9 al. 2 aLPers, RO 2001 894). L'art. 6 aO-cadre LPers – qui concrétisait cette faculté – ne contenait alors aucune dérogation en faveur du DFAE et de son personnel (RO 2001 912 et RO 2010 2819).

5.3.3 Le projet de révision de la LPers du Conseil fédéral prévoyait l'abrogation de l'art. 9 LPers (cf. FF 2011 6201) au motif que le fait de limiter à cinq ans la durée des contrats à durée déterminée constituait une dérogation au CO qui n'avait pas lieu d'être. Selon le Conseil fédéral, l'interdiction de l'abus de droit de 2 CC et la jurisprudence au sujet de l'art. 334 CO, qui traite de la fin des contrats de durée déterminée (applicable par renvoi de l'art. 6 al. 2 LPers), offraient une protection suffisante pour empêcher les contrats en chaîne (cf. MCF du 31 août 2011 concernant une modification de la LPers, FF 2011 6171, 6080s). Le Parlement ne l'a pas suivi. La Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-CE), soucieuse de la problématique des contrats en chaîne et estimant que cette suppression allait trop loin, a introduit un nouvel art. 9 LPers calqué en substance sur l'al. 2 de l'art. 9 LPers alors en vigueur, tout en modifiant les délais en les ramenant à trois ans (cf. BO 2012 E 199, intervention CRAMER). Lors des délibérations au Conseil des Etats, le Conseiller BERBERAT a proposé de compléter cette disposition par la possibilité pour le Conseil fédéral de fixer d'autres durées qui doivent être exceptionnelles, pour des fonctions spéciales, pour lesquelles la durée de trois ans est trop courte. Ont été évoqué les assistants des EPF, les personnes engagées pour des projets de recherche précise et aussi quelques fonctions au DDPS, notamment pour des personnes à l'étranger (cf. BO 2012 E 199). Relevant que

la réduction à trois ans ne prenait pas en compte la réalité de certains cas, la Conseillère fédérale WIDMER-SCHLUMPF a néanmoins obtempéré dans la mesure où la possibilité de prévoir des exceptions offrait une certaine flexibilité. Le Conseil d'Etat a adopté l'art. 9 al. 2 LPers auquel le Conseil national a adhéré sans discussion (cf. BO 2012 N 1441). La révision de la LPers a été adoptée par le Parlement le 14 décembre 2012 et est entrée en vigueur le 1er juillet 2013 (cf. RO 2013 1493).

5.4

5.4.1 Il résulte tout d'abord de ce qui précède que la délégation législative figurant à l'art. 9 al. 2 LPers habilite clairement le Conseil fédéral à édicter des exceptions à la règle qui veut qu'en principe les contrats de durée déterminée sont limités à trois ans. Cette délégation n'est pas exclue par la Constitution. A cet égard, le Tribunal relève, tant à l'intention du recourant que de l'autorité inférieure, que la liste figurant l'art. 164 al. 1 Cst. n'est pas constitutive des domaines pour lesquels la délégation serait exclue (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_854/2016 du 31 juillet 2018 consid. 7.2), si bien qu'il est inutile – du moment que la délégation figure dans une loi au sens formel – de discourir pour savoir si la durée du contrat de travail ressortit à la let. c de cette disposition. Ce qui est déterminant, c'est que la clause de délégation circonscrit suffisamment le domaine de compétence du Conseil fédéral en lui donnant la possibilité de légiférer seulement pour des *catégories* de professions et non pour des individus en particulier. En effet, c'est la fonction occupée, l'activité déployée et/ou encore le lieu où se déroule cette activité qui justifient l'exception. Contrairement à ce que soutient le recourant, le fait que le cercle des personnes entrant dans le champ d'application de la disposition litigieuse est défini uniquement par le Département qui les emploie et le lieu de leur activité est suffisant. Par ailleurs, le législateur n'a pas limité les prérogatives du Conseil fédéral à la durée initiale du contrat et/ou à la durée du renouvellement de celui-ci. Il lui confère la possibilité de soustraire certaines catégories de profession à la totalité de l'art. 9 al. 2 LPers et non seulement à l'un des termes de celui-ci.

Le Conseil fédéral dispose ainsi d'une certaine flexibilité pour mettre en œuvre les exceptions qu'il estime nécessaires pour assurer la planification de ses ressources. Certes, il ressort des débats parlementaires que, dans l'exercice de cette faculté, le Conseil fédéral doit faire preuve d'une certaine retenue dans la mesure où il ne peut s'agir que d'exceptions justifiées par des considérations objectives. Il faut toutefois rappeler qu'en posant des limites à la possibilité de conclure des contrats de durée déterminée, le législateur cherchait essentiellement à éviter les contrats en chaîne, « c'est-à-dire ces séries de contrats de durée déterminée qui constituent

finalement un contrat de durée indéterminée mais qui ne veut pas dire son nom, de sorte que l'employé ne bénéficie pas de la protection que donne le contrat de durée indéterminée, quand bien même dans les faits c'est un travailleur qui se trouve dans une situation de contrat de durée indéterminée » (cf. Intervention CRAMER BO 2012 E 199 ; voir ég. PETER HELBLING, in: Portmann/Uhlmann [éd.], Stämpflis Handkommentar zum Bundespersonnalgesetz [BPG], Berne 2013, n° 24 ad art. 9).

5.4.2 La conséquence de l'abaissement dans la LPers à trois ans de la durée maximale des contrats à durée déterminée s'est traduite par l'ajout d'exceptions supplémentaires par voie d'ordonnance. En effet, un certain nombre de fonctions n'avait nul besoin d'être au bénéfice d'une exception tant que la durée maximale était de cinq ans. C'était le cas pour les postes à l'étranger provisoirement occupés par du personnel ne faisant pas partie des services de carrière du DFAE. Ces postes sont en principe occupés par des diplomates de carrière, soumis à la discipline des transferts, c'est-à-dire pouvant être affectés en tout temps à l'étranger pour une durée déterminée, en principe de quatre ans afin d'assurer un certain roulement (cf. l'art. 25 al. 4 OPers l'art. 132 O-Opers-DFAE). Pour le personnel qui n'appartient pas au service de carrière du DFAE, la durée de l'affectation se confond avec celle du contrat. Il fallait donc prévoir une exception ainsi que l'explique l'OFPER dans son commentaire du 23 avril 2013 relatif à la révision de l'O-cadre LPers (sur la valeur à accorder à ce commentaire cf. consid 4.4).

On remarquera enfin qu'en édictant l'actuel art. 6 al. 1 let. g O-cadre LPers, le Conseil fédéral a maintenu cette catégorie de personnes dans la situation qui était la sienne avant la révision de la LPers de 2013, puisque, jusqu'à cette date, il était possible de conclure des contrats à durée déterminée *initialement* de cinq ans. Il ne revient pas au Tribunal de déterminer s'il est indiqué d'attribuer ces postes à des personnes extérieures aux services de carrière du DFAE et de créer, ainsi, une catégorie de personnel pouvant être soumis à un contrat de durée déterminée. Il s'agit là d'une question de politique et de gestion des ressources humaines qui échappent au contrôle judiciaire (cf. consid. 5.2.4). Le Tribunal se contente d'observer qu'au regard des principes applicables en matière de délégation législative (cf. consid. 5.2.4), l'art. 9 al 2 LPers constitue une clause de délégation dont la densité normative est suffisante pour permettre au Conseil fédéral d'édicter la disposition réglementaire de substitution figurant à l'actuel art. 6 al. 1 let. g O-cadre LPers. Autre est la question de savoir si ce sera toujours le cas au 1er janvier 2019, une fois entrée en vigueur la révision an-

noncée de cette disposition qui prévoit d'élargir l'exception à tout le personnel des départements et de la Chancellerie affecté à l'étranger (cf. www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/54140.pdf).

5.4.3 A cet égard, la thèse soutenue par le recourant selon laquelle seule la prolongation (terme au demeurant inapproprié, il s'agit d'un *renouvellement*) du contrat est possible pour une durée maximale de cinq ans sans que celui-ci soit converti en contrat de durée indéterminée échappe à toute logique. L'origine de l'exception plaide en faveur de la possibilité de conclure *initialement* un contrat de durée déterminée excédant trois ans. La deuxième phrase de la disposition doit être comprise comme une cautèle empêchant une succession illimitée de contrats à durée déterminée. Cette manière de faire ménage les intérêts de l'employeur tout en préservant l'employé de la précarité inhérente aux contrats en chaîne.

5.5 Il résulte de ce qui précède que l'autorité inférieure était en droit de conclure un contrat de durée déterminée de quatre ans. A cela s'ajoute que, dans le cas particulier, en application de l'art. 2 al. 1 OPers, la proposition de contrat avait été soumise par le chef du DFAE et celui du DFI au Conseil fédéral. Celui-ci en avait approuvé les éléments essentiels (soit également la durée, cf. art. 25 OPers) par décision du 13 février 2013. Les pièces au dossier révèlent que le contrat avait été alors transmis au recourant pour signature mais qu'il ne semble pas lui être parvenu, si bien qu'il avait été convenu de lui communiquer deux nouveaux exemplaires lors d'une rencontre en août 2013 à la conférence des ambassadeurs. Le contrat a finalement été signé en date du 19 août 2013 par la DR du DFAE et le 30 août 2013 par le recourant. Il est vrai qu'en vertu de l'art. 25 OPers, les rapports de travail prennent naissance lorsque le contrat de travail est signé par l'autorité compétente et par la personne engagée, soit en l'espèce en août 2013, alors que le nouveau droit venait d'entrer en vigueur (cf. consid. 5.3.3). Cela étant, il appert que les termes du contrat ont été discutés avant même que la date de l'entrée en vigueur de la LPers révisée soit arrêtée (cf. RO 2013 1493), c'est à dire à une période où les contrats de durée déterminée pouvaient encore être conclus pour cinq ans. Ainsi, au moment où l'autorité compétente (le Conseil fédéral, cf. consid. 4.3) a approuvé le contrat (février 2013), elle pouvait valablement en limiter la durée à quatre ans sur la base de l'ancien droit sans qu'une exception l'y habilite.

6.

Dans un autre grief, le recourant soutient que la conclusion d'un contrat de durée déterminé après plus de vingt ans de services ininterrompus au sein

de la Confédération constituerait un abus de droit dans la mesure où il aurait pour seul but d'éluder les dispositions relatives à la protection contre le licenciement et d'empêcher l'octroi d'une indemnité fondée sur l'art. 19 al. 3 litt. b LPers.

6.1

6.1.1 Le contrat de travail de durée déterminée échoit à l'expiration de la durée convenue, sans qu'une résiliation soit nécessaire (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-634/2015 du 17 juin 2015 consid. 4.1, A-6990/2014 du 5 mars 2015 consid 3.2, A-3434/2011 du 30 janvier 2012 consid. 5.2 ; PETER HÄNNI, Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse, in: Stellenwechsel und Entlassung, 2e éd., Bâle 2012, ch. 8.22 ; REMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 497; HELBLING, op. cit., n° 53 ad art. 9). La loi ne soumet pas la conclusion d'un contrat de travail de durée déterminée à des conditions particulières. Toutefois, étant donné que les dispositions relatives à la protection contre les licenciements ne s'appliquent pas en l'absence de résiliation, un tel contrat ne doit pas avoir pour but de contourner la loi (cf. art. 28 OPers ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-634/2015 du 17 juin 2015 consid. 4.1, A-6990/2014 du 5 mars 2015 consid 3.2, A-4099/2014 du 28 août 2014 consid 2.3.1 et A-2082/2014 du 9 juillet 2014 consid 2.1.2 ; HELBLING, op. cit., n° 55 ad art. 9).

6.1.2 Un abus de droit est notamment présumé lorsque plusieurs contrats de travail à durée déterminée ayant le même contenu se succèdent sans motif objectif. Ainsi, l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe l'abus de droit et qui est applicable dans l'ensemble des domaines du droit, notamment en matière de rapports de travail de droit public (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral 8C_514/2011 du 27 mars 2012 consid. 6.1, 1C_450/2007 du 26 mars 2008 consid. 4.1 et les références citées), s'oppose à la conclusion de contrats en chaîne dont la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail (cf. ATF 139 III 145 consid. 4.1, 129 III 618 consid. 6.2, 119 V 46 consid. 1c ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6990/2014 du 5 mars 2015 consid. 3.3, A-3434/2011 du 30 janvier 2012 consid.5.3).

6.1.3 La doctrine relative au contrat de travail de droit privé, insiste sur le fait que la fraude doit être retenue lorsqu'aucune raison objective, respectivement aucune circonstance économique ou sociale particulière ne justifie de conclure une chaîne de contrats à durée limitée (cf. WYLER/HEINZER,

op. cit., p. 520s ; VINCENT CARRON, in : DUNAND/MAHON [éd.] Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n° 29 ss ad art. 334 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n° 7 ad art. 334 CO; GABRIEL AUBERT, in : Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2e éd. 2012, n° 6 ad art. 334 CO; FAVRE/TOBLER/MUNOZ, Le contrat de travail, 2e éd. 2010, n° 2.1 ss ad art. 334 CO ; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, 3e éd. 1996, n° 5 ad art. 334 CO; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 2014, n° 12 ad art. 334 CO). Elle ne cache pas qu'il peut être difficile de départager un cas licite d'une fraude à la loi (cf. SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, n° 7 ad art. 334 CO). Entre autres exemples de motif objectif, elle cite le cas où le travailleur lui-même ne veut s'engager que pour une durée déterminée (cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n° 7 ad art. 334 CO p. 887; WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 5e éd. 2011, n° 8 ad art. 334 CO) ; ce qui ne saurait être le cas en droit public, le Tribunal fédéral ayant confirmé que la fiction légale de l'art. 9 al. 1 LPers opère indépendamment de la volonté des parties (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_49/2013 du 20 août 2013 consid. 6 au sujet de ce qui était alors l’art. 9 al. 2 aLPers).

L'on trouve également l'avis en droit privé selon lequel les contrats en chaîne conservent leur licéité lorsqu'ils portent sur des rapports de travail nettement différents ou si la succession de contrats ne sert pas à échapper aux règles protectrices ou à empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant de la durée des rapports de service, mais est justifiée par des circonstances particulières correspondant à un besoin motivé par des raisons objectives (cf. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3e éd., Berne 2015, n° 105 s. p. 38 s; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 521).

6.1.4 La limitation de la durée du contrat à un maximum de trois ans, respectivement de cinq pour le cas de l’art. 6 al. 1 let. g O-cadre LPers, sert principalement à restreindre ce risque (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A–5975/2016 du 18 octobre 2017 consid. 4.2.3, A-634/2015 du 17 juin 2015 consid. 4.2 ; HELBLING, op. cit., Art. 9. ch. 24). Si la relation de travail doit être poursuivie malgré l’écoulement du temps, un nouveau contrat de travail doit être conclu ou le délai convenu doit être modifié (cf. HARRY NÖTZLI, in : Stämpflis Handkommentar zum BPG, op. cit., n° 4 ad art. 11). La conclusion ponctuelle d’un contrat de travail à durée déterminée est possible sans conditions préalables. A la différence des contrats en chaîne, elle ne doit pas être motivée par des raisons objectives (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-634/2015 du 17 juin 2015 consid. 4.3). Dès lors que la conclusion de plusieurs contrats successifs limités dans le

temps est admissible sans que ceux-ci soient transformés en contrat de durée indéterminée du moment que leur durée totale n'excède pas le cadre du délai fixé à l'art. 9 al. 1 LPers ou, par exception, à l'art 6 al. O-cadre LPers (cf. par exemple quatre contrats de six mois, cf. LILIANE SUBILIA-ROUGE, la nouvelle LPers : quelques points de rencontre avec le droit privé, in : RDAF 2003 I p. 300 ; ALEXANDER J.P. ERTL, Das befristete Arbeitsverhältnis in Theorie & Praxis Unter Berücksichtigung des Arbeitsvermittlungsgesetzes, Zürich 2015, ch. 465 p. 132), il faut comprendre l'art. 28 OPers comme une restriction à la possibilité de renouvellement des contrats de durée déterminée dans le cadre du délai total légal après l'écoulement duquel ils sont convertis en contrat à durée indéterminée.

6.2

6.2.1 Or dans le cas d'espèce, on ne se trouve justement pas dans la situation typique de contrats en chaîne dans la mesure où un contrat à durée déterminée au contenu différent a succédé, en y mettant fin, à un contrat de durée indéterminée et qu'à la suite du contrat à durée déterminée, aucun autre contrat n'a été conclu. Au grand dam du recourant qui – si l'on suit sa logique – aurait souhaité précisément la prolongation (renouvellement) de son contrat à durée déterminée au-delà de la durée maximale de cinq ans, en violation des dispositions légales dont il appelle précisément la protection.

Cela étant, s'il est vrai que l'on n'est pas en présence d'un enchaînement de contrats de durée déterminée que l'art. 28 OPers vise en premier lieu, le principe de l'interdiction de l'abus de droit – qui est de rang constitutionnel et dont l'art. 28 OPers n'est qu'une concrétisation (cf. RÉMY WYLER/MATTHIEU BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique, Lausanne 2017, p. 52s) – serait tout de même violé si la conclusion d'un contrat à durée déterminée mettant fin à un contrat à durée indéterminée n'avait pour seul but que d'éviter de mettre fin à ce dernier contrat en respectant les dispositions sur la protection contre les licenciements. Peu importe à cet égard le contenu sensiblement différent des deux contrats et le fait qu'ils soient conclus avec deux entités administratives différentes ; ces deux conditions étant propres à l'examen des contrats de chaîne. Une partie de la doctrine est par ailleurs d'avis que cette dernière condition ne joue aucun rôle, l'employeur étant toujours l'administration fédérale (cf. ERTL, op. cit., ch. 464 p. 132 ; HELBLING, op. cit., n° 17 ad art. 9).

En revanche, le fait que l'employé ait consenti à cette manière de faire est un élément qui plaide en faveur d'un accord réciproque et concordant. En

effet, la fiction légale de l'art. 9 al 1 LPers qui opère nonobstant la volonté des parties ne concerne que les contrats en chaîne (cf. consid. 6.1.3).

6.2.2 A cela s'ajoute que le contrat litigieux a mis un terme au contrat à durée indéterminée précédemment conclu en décembre 2004 avec le DFI. Ce contrat était assorti – ainsi que doivent l'être tous les contrats de travail conclus avec les secrétaires d'Etat, les directeurs d'office et les vice-chanceliers de la Confédération – d'une clause prévoyant, en application de l'art. 26 OPers, que la cessation de toute collaboration fructueuse avec le chef respectivement la cheffe de département constitue un motif de résiliation ordinaire du contrat par l'employeur selon l'art. 12 al. 6 let. f aLPers, lequel disposait que la disparition de l'une des conditions d'engagement fixées dans la loi ou dans le contrat de travail pouvait entraîner la résiliation ordinaire du contrat de durée indéterminée (cf. actuel art. 10 al. 3 let. f LPers). En effet, pour les postes exposés, une entente absolue doit régner avec le supérieur (WYLER/BRIGUET, op. cit., p. 85). Lorsqu'une résiliation sur ce motif est proposée au Conseil fédéral, les facteurs paraissant exclure toute collaboration fructueuse doivent être exposés dans la proposition. L'intéressé doit avoir la possibilité de donner son avis par écrit au Conseil fédéral (cf. art. 26 al. 2 OPers). Dans une telle situation, une indemnité correspondant à un salaire annuel est versée à l'employé (cf. art. 78 al. 2 let. b et 79 al. 2 OPers en application de l'art. 19 al. 4 LPers). Cette indemnité peut également être versée lorsque la cessation des rapports de travail intervient d'un commun accord (cf. art. 78 al. 2bis OPers).

6.3 Il s'ensuit que si le contrat de durée indéterminée avait été résilié selon les dispositions sur les licenciements en vigueur, le recourant aurait perçu une indemnité équivalent à un salaire annuel. La cessation de ses rapports de travail avec DFI par la conclusion d'un contrat de durée déterminée de quatre ans avec le DFAE a donc amélioré sa situation – et ce, même si son salaire était alors colloqué dans une classe inférieure à celui qu'il recevait en qualité de chef d'office – puisqu'il a été nommé avec le titre d'ambassadeur pour une période de quatre ans. Ce constat serait le même si, par pure hypothèse, la question n'ayant pas à être tranchée in casu, cette indemnité était cumulable avec celle accordée en cas de résiliation sans leur faute aux employés de longue date ou ayant atteint un âge déterminé, qui peut représenter au plus un salaire annuel (cf. art. 19 al. 3 let. b LPers en relation avec les art. 78 al. 1 et 79 al. 1 OPers). En effet, l'addition éventuelle de deux salaires annuels réalise un montant qui reste inférieure à ce que le recourant a perçu grâce à ses activités au sein du DFAE. On ne peut dès lors considérer que la conclusion du contrat de durée déterminée avait pour objectif d'éluder les règles protectrices de la LPers.

Ces considérations, auxquelles s’ajoute le fait que le recourant a consenti à cette manière de faire, permettent d’exclure un abus de droit.

7.
Dans un dernier grief, le recourant se plaint d’une violation du principe de la bonne foi dans la mesure où il prétend avoir obtenu des assurances concrètes quant au maintien de son engagement au service de la Confédération jusqu’à sa retraite, tant lors des discussions ayant précédé la signature du contrat litigieux que lors de l’entretien du 19 décembre 2014.

7.1
7.1.1 Consacré aux art. 5 al. 3 et 9 Cst., le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. L'administration doit en particulier s'abstenir de tout comportement contradictoire propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (cf. ATF 136 I 254 consid. 5.2, ATF 129 II 361 consid. 7.1 ; ATAF 2011/ 28 consid. 3.3.3, arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1561/2017 du 5 mars 2018 consid. 5.3.1). Le droit à la protection de la bonne foi exclut que l'autorité adopte une procédure différente de celle raisonnablement prévisible (cf. ATF 140 I 99 consid. 3.6). L'administré voit ainsi protégée la confiance légitime qu'il a placée dans le comportement adopté par l'autorité et suscitant une expectative déterminée.

7.1.2 Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité ait fourni le renseignement sans réserve, qu’elle soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée et que l’intérêt à l’application correcte du droit ne l’emporte pas sur celui à la protection de la confiance légitime (cf. ATF 141 V 530 consid. 6.2, 137 II 182 consid. 3.6.2, 131 II 627 consid. 6.1). Par ailleurs, le principe de la confiance conduit à imputer à l'autorité le sens objectif de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté, et à la contraindre à en assumer les conséquences (cf. ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5276/2015 du 29 juin 2016 consid. 4.3.1.3).

Un renseignement concerne le présent et porte sur l'état actuel alors qu'une garantie se réfère à l'avenir et se prononce sur une situation souhaitée dans le futur, dans ce cas, l'autorité émet une promesse axée sur l'avenir. Les mêmes conditions s'appliquent tant à la protection de la confiance légitime qu'aux assurances données en matière de renseignements (cf. arrêts du Tribunal fédéral 8C_721/2013 du 4 mars 2014 consid. 4.4 et 8C_616/2013 du 28 janvier 2014 consid. 3.2.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6341/2015 du 28 juin 2016 consid. 2.2.3; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4e éd. 2014, § 22 ch. 19). Autrement dit, la protection de la confiance peut se justifier – au même titre qu'en présence d'un renseignement ou d'une décision erronés – à l'égard des dispositions prises de bonne foi par les intéressés et sur lesquelles il leur est difficile de revenir.

7.2 En l'espèce, à supposer qu'un comportement de l'autorité inférieure s'apparentant à une promesse soit admis, lequel ne ressort pas du dossier, on ne saurait, en tout état, considérer comme remplie la condition cumulative du préjudice subi fondant la protection de la confiance légitime. En effet, le recourant ne se prévaut d'aucune disposition irréversible qu'il aurait prise. Par ailleurs, en admettant que le recourant, mieux renseigné sur son avenir, n'eut alors pas signé le contrat litigieux, rien n'indique que ses rapports de travail avec le DFI se seraient poursuivis jusqu'à sa retraite, en particulier compte tenu de la clause particulière figurant dans son contrat (cf. consid. 6.2.2).

Partant, la requête d'audition de témoins visant visiblement à démontrer que l'autorité inférieure et/ou le DFI (lequel, faut-il le rappeler, n'est pas partie à la présente procédure) auraient émis des garanties peut être rejetée par appréciation anticipée des preuves. En effet, ces témoignages ne sont pas de nature à invalider la précédente conclusion du moment qu'une autre condition pour admettre la protection de la confiance légitime fait de toutes les façons défaut.

8.

En résumé, le contrat de travail du 19/30 août 2013 a été valablement conclu pour une durée déterminée de quatre ans. Il est venu à échéance le 31 août 2017 sans qu'il eût été nécessaire de le dénoncer. En conséquence, le recours est rejeté et la décision constatatoire de l'autorité inférieure du 15 février 2017 est confirmée.

9.

Conformément à l'art. 34 al. 2 LPers, la procédure de recours est gratuite,

de sorte qu'il n'est pas perçu de frais de procédure. Compte tenu de l’issue du litige, il n’est pas alloué d’indemnité de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA a contrario).

(le dispositif se trouve à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Il n’est pas perçu de frais de procédure.

3.
Il n’est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– au recourant (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (n° de réf. ; Acte judiciaire)
– au DFI

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :	La greffière :
Jérôme Candrian	Valérie Humbert

Indication des voies de droit :

Les décisions du Tribunal administratif fédéral concernant les rapports de travail de droit public peuvent être contestées auprès du Tribunal fédéral, pourvu qu'il s'agisse d'une contestation pécuniaire dont la valeur litigieuse s'élève à 15'000 francs au minimum ou qui soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. b et al. 2 LTF). S'il s'agit d'une contestation non pécuniaire, le recours n'est recevable que si celle-ci touche à la question de l'égalité des sexes (art. 83 let. g LTF). Si le recours en matière de droit public est ouvert, il doit être déposé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, dans un délai de 30 jours dès la notification de la décision contestée (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle et doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :