

31

Extrait de l'arrêt de la Cour I
dans la cause A. contre Département fédéral de la défense, de la
protection de la population et des sports
A-6708/2010 du 23 mai 2011

Nature juridique de l'avertissement précédant la résiliation du contrat de travail.

Art. 5 al. 1 PA. Art. 12 al. 6 let. b et art. 25 LPers.

- 1. Distinction entre l'avertissement préalable au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers et l'avertissement disciplinaire au sens de l'art. 25 LPers (consid. 3.1 et 3.2).**
- 2. L'avertissement prononcé en l'espèce se fonde sur l'art. 12 al. 6 let. b LPers et ne constitue pas une décision susceptible de recours (consid. 3.3).**

Rechtsnatur einer der Kündigung des Arbeitsvertrags vorausgehenden Massregelung.

Art. 5 Abs. 1 VwVG. Art. 12 Abs. 6 Bst. b und Art. 25 BPG.

- 1. Unterscheidung zwischen einer Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG und einer Verwarnung nach Art. 25 BPG (E. 3.1 und 3.2).**
- 2. Vorliegend wurde eine Mahnung gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG ausgesprochen und diese stellt keine anfechtbare Verfügung dar (E. 3.3).**

Natura giuridica dell'avvertimento precedente la disdetta del contratto di lavoro.

Art. 5 cpv. 1 PA. Art. 12 cpv. 6 lett. b e art. 25 LPers.

- 1. Distinzione tra l'avvertimento preliminare ai sensi dell'art. 12 cpv. 6 lett. b LPers e l'avvertimento disciplinare ai sensi dell'art. 25 LPers (consid. 3.1 e 3.2).**
- 2. L'avvertimento pronunciato nella fattispecie si fonda sull'art. 12 cpv. 6 lett. b LPers e non costituisce una decisione suscettibile di ricorso (consid. 3.3).**

A. travaille à temps partiel comme collaboratrice spécialisée au sein du Secrétariat général du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS). Elle a demandé à son supérieur, B., de lui accorder une certaine flexibilité s'agissant de son horaire de travail. Les précités ont signé une convention en date du 12 février 2009 réglant notamment cette question. La mise en œuvre de cette convention a donné lieu à des différends entre A. et son supérieur. A partir de la fin du mois de mai 2010, B. a tenté de conclure une convention avec A. fixant notamment les heures durant lesquelles celle-ci devait se trouver à son poste de travail. A. a refusé de signer cette convention datée du 1^{er} juin 2010.

Le 5 juillet 2010, le DDPS a adressé à A. un avertissement écrit au sens de la réglementation sur le personnel de la Confédération. A la demande de son avocat, il le lui a notifié sous forme de décision datée du 17 août 2010. Le dispositif de cet acte a la teneur suivante:

- « 1. Vous êtes tenue de respecter la convention du 1^{er} juin 2010.
2. Si, à titre exceptionnel, il arrive que vous ne puissiez pas observer les dispositions convenues, vous devez au préalable en informer votre supérieur, personnellement ou par téléphone, afin de discuter de la suite de la procédure.
3. Le compte de temps de travail doit être égalisé d'ici la fin de l'année. A cet effet, la différence du temps de présence minimal par jour (9h15–15h45) par rapport au temps de travail réglementaire par jour (7,35 heures) doit en principe être compensée en l'espace d'un mois.
4. Vous ne pouvez pas prendre plus de jours de vacances que ce dont vous disposez encore pour 2010.
5. Je tiens à ce que vous vous conformiez aux processus de travail en vigueur. Et c'est sans équivoque que je vous mets en demeure de remplir correctement vos obligations professionnelles, notamment en ce qui concerne votre comportement, et d'agir de manière à éviter des plaintes de toute nature. J'exige en particulier que vous défendiez entièrement les intérêts de l'employeur en toute circonstance.
6. Aucun frais n'est perçu pour la présente décision. »

Le 16 septembre 2010, A. a déposé un recours contre cet acte auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'avertissement. L'autorité inférieure a conclu à l'irrecevabilité du recours, éventuellement à son rejet.

Le Tribunal administratif fédéral a déclaré le recours irrecevable.

Extrait des considérants:

2.

2.1 En l'espèce, A. a déposé un recours contre l'avertissement du 17 août 2010 pris par le Secrétaire général du DDPS. Celui-ci constitue une autorité inférieure conformément à l'art. 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ce qui fonde la compétence du Tribunal administratif fédéral pour connaître du recours. Demeure à déterminer, s'agissant de la recevabilité du recours, si l'acte attaqué – en un domaine qui n'est pas exclu du recours au sens de l'art. 32 LTAF – doit être considéré comme une décision susceptible de recours au sens de l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

2.2 La recourante conclut à la recevabilité du recours à cet égard. Elle fait valoir que l'avertissement en cause doit être qualifié de décision susceptible d'être attaquée, puisqu'il empiète sur sa position juridique; en effet, si cet acte n'était pas annulé, son contrat de travail pourrait alors être résilié de manière ordinaire.

Le DDPS conclut principalement de son côté à l'irrecevabilité du recours. A son avis, l'avertissement attaqué n'empiète pas sur le statut juridique de la recourante; il n'a en effet pour but que d'attirer son attention sur ses obligations légales et contractuelles, mais ne lui en impose aucune nouvelle; il ne peut donc pas faire l'objet d'un recours.

3.

3.1 Dans un récent arrêt du 8 mars 2010, le Tribunal fédéral a traité la question de savoir si la résiliation du contrat de travail selon l'art. 12 al. 6 let. b de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1) supposait au préalable un avertissement écrit prenant la forme d'une décision formelle, c'est-à-dire d'une décision désignée comme telle et susceptible de recours (arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2009 du 8 mars 2010 consid. 4.3.1). Il a retenu que, selon la jurisprudence, l'avertissement prévu à cette disposition ne constituait pas une décision sujette à recours. A l'appui de cette position, il s'est référé à une décision de la Commission de recours du Tribunal fédéral du 1^{er} juillet 2005 (publiée in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 69.122 consid. 3) et à une décision de la Com-

mission fédérale de recours en matière de personnel fédéral (CRP) du 30 septembre 2004 (publiée in JAAC 69.33 consid. 2).

3.2 Pour l'essentiel, il ressort de cette jurisprudence les éléments suivants (cf. aussi à ce sujet décision de la CRP du 25 août 2003 publiée in JAAC 68.6 consid. 11 et les réf. cit.; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-8518/2007 du 18 septembre 2008 consid. 4 et les réf. cit.).

3.2.1 L'art. 12 al. 6 let. b LPers prévoit que, après le temps d'essai, il y a motif de résiliation ordinaire par l'employeur dans les cas de manquements répétés ou persistants dans les prestations ou dans le comportement, malgré un avertissement écrit. L'existence d'un avertissement constitue ainsi la *condition préalable* à un licenciement valable pour cause de manquements répétés ou persistants dans les prestations ou dans le comportement.

Quant à l'art. 25 al. 1 LPers, il prévoit que les dispositions d'exécution définissent les mesures destinées à rétablir l'exécution correcte des tâches lorsque des manquements aux obligations professionnelles sont constatés. Si l'employé a agi par négligence, les dispositions d'exécution peuvent prévoir l'avertissement, le blâme ou un changement du domaine d'activité (art. 25 al. 2 LPers). Il ressort de l'art. 25 LPers que l'avertissement représente la *mesure disciplinaire* la plus légère. Selon l'art. 99 al. 1 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3), les mesures disciplinaires ne peuvent être prononcées qu'au terme d'une enquête (cf. sur son déroulement, art. 98 OPers).

Ces deux types d'avertissement ne se confondent pas et ont une raison d'être différente. L'avertissement (« Mahnung » dans la version allemande) au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers – tel celui du 17 août 2010 ici en cause – doit plutôt être conçu comme une mise en garde adressée à l'employé destinée à éviter des conséquences désagréables, en d'autres termes, comme une mesure destinée à protéger l'employé, en ce sens qu'une résiliation ordinaire ne pourra intervenir qu'après un avertissement écrit resté infructueux. L'avertissement disciplinaire (« Verwarnung » selon la version allemande) au sens de l'art. 25 LPers revêt clairement de son côté un caractère de sanction. En tant que mesure disciplinaire, il constitue l'expression de l'une des mesures de contrainte dont dispose l'administration vis-à-vis de ses employés.

Ces deux types d'avertissement se différencient également s'agissant de la procédure aboutissant à leur prononcé. L'avertissement au sens de

l'art. 12 al. 6 let. b LPers n'est soumis à aucune condition. En revanche, l'avertissement au sens de l'art. 25 LPers ne peut être rendu qu'au terme d'une enquête disciplinaire, dont les modalités sont régies par l'art. 98 et l'art. 99 OPers.

3.2.2 Par ailleurs, une analogie a été faite avec le droit privé du travail, dans lequel l'employeur ne peut licencier avec effet immédiat un employé qui n'aurait pas commis un manquement grave à ses obligations qu'après un avertissement (ATF 130 III 213 consid. 3.1, ATF 130 III 28 consid. 4.1, ATF 127 III 153 consid. 1b). Or, en droit privé, aucune voie de droit n'est en principe ouverte pour se plaindre d'un avertissement, mais son bien-fondé peut être revu dans le cadre de la procédure de licenciement.

En outre, les dispositions prises par les Chemins de fer fédéraux suisses et la Poste vont dans le sens de l'interprétation retenue ci-dessus s'agissant de la nature de l'avertissement de l'art. 12 al. 6 let. b LPers (cf. décision de la CRP du 30 septembre 2004, publiée in JAAC 69.33 consid. 2c). Certes, le point de savoir si l'on est en présence d'un avertissement préparant ou favorisant une mesure ultérieure (« Verwarnung »), contre lequel la jurisprudence fédérale admet une voie de recours (cf. ATF 125 I 119 consid. 2a, ATF 103 Ib 350 consid. 2; sur cette jurisprudence, décision de la CRP du 30 septembre 2004, publiée in JAAC 69.33 consid. 2c in fine), ou d'une simple mise en garde sans caractère de sanction (« Mahnung »), contre laquelle aucune voie de droit n'est ouverte, est délicat (PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle*, vol. II, 3^e éd., Berne 2011, p. 180; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich 2010, p. 198, n° 881a). Dans cette analyse, les éléments pratiques et les éventuelles conséquences négatives pour l'intéressé ne doivent pas être perdus de vue. Il n'est pas certain que l'avertissement débouche sur un licenciement, de sorte que permettre un recours contre un acte qui peut rester sans conséquence est peu conforme aux impératifs d'économie de procédure. Au demeurant, ce n'est pas parce qu'aucun recours n'est possible contre le prononcé d'un avertissement que son bien-fondé ne pourra pas être revu. En effet, dans l'hypothèse où l'employeur finit par licencier le collaborateur en application de l'art. 12 al. 6 let. b LPers, celui-ci pourra, dans le cadre de la contestation de ce licenciement, remettre en cause le bien-fondé des circonstances ayant conduit au prononcé de l'avertissement. Dans ce contexte, il est important de souligner que ce n'est pas l'avertissement au sens de l'art. 12

al. 6 let. b LPers qui permettra de justifier le licenciement, mais bien l'existence de manquements répétés et persistants de l'employé dans ses prestations ou dans son comportement. Cette question sera alors revue de manière approfondie par l'autorité.

3.3 En l'espèce, et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient de considérer que, vu son contenu limité et clairement circonscrit par les obligations légales et contractuelles existantes de la recourante, l'avertissement pris au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers par le DDPS ne constitue pas une décision susceptible de recours.