Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour I
A-6708/2010

Arrêt du 23 mai 2011

Composition

Jérôme Candrian, président du collège,
Lorenz Kneubühler, Marianne Ryter Sauvant,
Kathrin Dietrich, Alain Chablais, juges,
Virginie Fragnière Charrière, greffière.

Parties

A._____,
représentée par Me Marino Montini, Moulins 51, avocat,
case postale 10, 2004 Neuchâtel,
recourante,

contre

Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), Secrétariat général,
Palais fédéral Est, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Rapports de travail de droit public – avertissement écrit au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers.

Faits :

A.
A._____, née en (…), licenciée en (…), a travaillé depuis le (…), à 100%, comme collaboratrice spécialisée de (…) du Secrétariat général du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (ci-après: le DDPS). Son poste a ensuite été transféré à (…) du DDPS. B._____, qui a été engagé le (…), est devenu le supérieur direct de A._____. Dès le 1er janvier 2007, cette dernière a travaillé à 70%.

B.
Dès le mois d'octobre 2007, A._____ a demandé à son supérieur, B._____, de lui accorder une certaine flexibilité s'agissant de son horaire de travail. Les deux précités ont signé une convention en date du 12 février 2009 qui réglait notamment cette question. La collaboratrice a ensuite remis à son supérieur un nouveau plan d'horaire établi en fonction des horaires scolaires de sa fille.

C.
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. L'intéressée a refusé de signer cet accord daté du 1er juin 2010.

D.
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 1er 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.

De manière générale, le DDPS indique avoir prononcé ces mesures, car sa collaboratrice n'a que partiellement répondu à ses exigences ces trois dernières années. Il produit comme preuves les évaluations de l'intéressée pour les années 2007, 2008 et 2009. Afin d'y remédier, cette dernière doit selon lui éviter d'être aussi souvent absente, le travail à (…) requérant absolument d'être joignable à des heures précises. Il expose plus précisément que A._____ a été absente en 2009 pendant plus de huit semaines pour cause de maladie (29 jours), d'accident (1 jour) et de congé payé (11 jours); en outre, elle ne s'est pas conformée aux horaires de travail prévus dans la convention du 1er juin 2010, et ce à trois reprises. Il relève également avoir tenu compte au mieux des intérêts de son employée, en particulier de sa situation familiale et de ses engagements politiques, lorsqu'il a fixé les heures de présence obligatoire.

E.

Le 16 septembre 2010, A._____ (ci-après: la recourante) a déposé un recours contre cet avertissement auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à sa recevabilité et à l'annulation de l'avertissement. D'une manière générale, elle invoque subir des actes relevant du mobbing. Elle conteste en particulier avoir été absente pendant plus de huit semaines en 2009. Elle allègue avoir justifié ses absences au moyen de certificats médicaux et avoir dûment obtenu des congés payés pour l'exercice de sa charge publique. Elle expose aussi que des horaires fixes autres que ceux prévus dans la convention du 12 février 2009 – adaptés par courrier du 17 août 2009 – ne peuvent lui être imposés; aucune raison de service valable ne peut en effet le justifier et elle ne peut respecter l'horaire fixe mentionné dans l'accord du 1er juin 2010 en raison de ses obligations familiales. Elle relève en outre douter que B._____ ait la compétence de lui imposer des horaires de manière unilatérale, tout en soulignant qu'elle ne saurait être contrainte pour le moment de respecter la convention du 1er juin 2010, vu l'effet suspensif du recours. Par ailleurs, elle mentionne ne pas avoir accepté ses évaluations, qui ne sont à son avis pas objectives.

F.
Appelée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure a, en date du 10 novembre 2010, conclu à son irrecevabilité, éventuellement à son rejet. Sur le fond, elle conteste fermement les propos de la recourante, selon lesquels elle subirait des actes constitutifs de mobbing. Elle relève qu'un extrait annuel du fichier "Personal Time" a servi de base pour établir que la recourante s'est absentée huit semaines en 2009 pour cause de maladie ou d'accident. En outre, elle invoque que l'horaire mobile de la précitée n'a pas été restreint; selon la convention du 1er juin 2010, sa présence a simplement été requise de 9h15 à 15h45, mais elle reste libre d'effectuer le solde de ses heures quand bon lui semble, et ce afin de tenir compte de ses obligations familiales. Par ailleurs, elle fait valoir que la recourante est tenue de respecter la convention susmentionnée, car celle-ci équivaut à des instructions de l'employeur au sens de l'art. 321*d* al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations [Code des obligations, CO], RS 220). Elle allègue que l'effet suspensif du recours n'affecte que l'avertissement attaqué et non la convention qui a été élaborée auparavant. De plus, elle souligne que B._____ est tenu, en tant que représentant de l'employeur, de rendre attentif ses collaborateurs lorsque leur comportement s'avère inadapté; enfin, fondées sur l'appréciation du supérieur direct et sur celle de (…) travaillant en son sein, les évaluations de la recourante ne sont pas critiquables.

G.
Invitée à répliquer, la recourante a confirmé pour l'essentiel, en date du 4 janvier 2011, les arguments contenus dans son recours. Dans sa duplique du 20 janvier 2011, l'autorité inférieure s'est référée à l'argumentation développée dans son avertissement et dans ses déterminations précédentes.

H.
Les autres faits et arguments des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la

recevabilité des recours qui lui sont soumis. Conformément à l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), il connaît, sous réserve des motifs d'exclusion énoncés à l'art. 32 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Pour être recevable, le recours doit donc être dirigé contre une décision au sens de l'art. 5 PA. Selon les termes de cette disposition, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet, soit de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), soit de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), soit encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c).

2.

2.1. En l'espèce, A._____ a déposé un recours contre l'avertissement du 17 août 2010 pris par le Secrétaire général DDPS. Celui-ci constitue une autorité précédente au Tribunal de céans conformément à l'art. 33 let. d LTAF, ce qui fonde sa compétence 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 PA précité.

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 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 1er juillet 2005 (publiée in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 69.122 consid. 3) et à une décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral [CRP] du 30 septembre 2004 (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, 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.

Selon l'art. 25 al. 1 LPers, 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 les art. 98 et 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 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, 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, 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, 3ème édition, Berne 2011, p. 180; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème édition, 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. Ainsi donc, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient de considérer en l'espèce 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 ne constitue pas une décision susceptible de recours.

Il s'ensuit que le recours doit être déclaré irrecevable.

4.

Lors de litiges liés aux rapports de travail, la procédure de première instance et la procédure de recours sont gratuites, sauf s'il y a recours téméraire (art. 34 al. 2 LPers). Le recours ne pouvant être qualifié de téméraire en l'occurrence, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de procédure. Vu l'issue de la procédure, aucune indemnité de dépens ne sera allouée à la recourante (art. 64 al. 1 PA). Par ailleurs, l'autorité inférieure n'a pas droit à une indemnité de dépens (art. 7 al. 3 du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixée par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Il n'est pas perçu de frais.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (n° de réf. 04-14 ; Acte judiciaire)

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

Le président du collège :	La greffière :
Jérôme Candrian	Virginie Fragnière Charrière

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 Fr. 15'000.- au minimum ou qui soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. b et al. 2 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 dans un délai de 30 jours dès la notification de la décision contestée. Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle et doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Il doit être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 42, 48, 54 et 100 LTF).

Expédition :