**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Cour I

Case postale
CH-3000 Berne 14
Téléphone +41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.tribunal-administratif.ch

**Numéro de classement : A-5622/2010**
pac/fey
{T 0/2}

# Décision incidente du 29 septembre 2010

En la cause

Parties

A._____,
représenté par Me Michel Tinguely,
recourant,

contre

**Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports DDPS**,
autorité inférieure,

Objet

Résiliation des rapports de service.

## Faits :

**A.**
A._____ (ci-après l'employé) est employé depuis le 1er juillet 2003 auprès des Forces terrestres de l'Armée suisse (ci-après l'employeur). Le 1er janvier 2006, il a été engagé en tant qu'aspirant sous-officier de carrière.

**B.**
Par décision du 23 février 2010, le commandant des Forces terrestres a licencié A._____ avec effet au 30 juin 2010 et retiré l'effet suspensif à un éventuel recours.

Le licenciement est motivé par le fait que l'une des conditions d'engagement – à savoir une réputation irréprochable – aurait disparu; en effet, à la fin de l'année 2006, l'employé a été condamné à une peine de 15 jours-amende avec sursis pendant 3 ans et 700 francs d'amende pour avoir conduit un véhicule alors qu'il était sous le coup d'un retrait de permis.

**C.**
Par mémoire du 29 mars 2010, A._____ a recouru contre cette décision auprès du Secrétariat général du DDPS, demandant notamment son annulation et la restitution de l'effet suspensif à son recours.

Entre autres arguments, il a soutenu que l'inscription au casier judiciaire de la condamnation l'ayant sanctionné pour avoir conduit sans permis – retiré ensuite d'une surcharge pondérale lors d'un déménagement – ne suffisait pas à entacher sa réputation et donc à justifier son licenciement.

**D.**
A compter du 14 juin 2010, l'employé a été en incapacité le travail pour raisons médicales.

**E.**
Par décision du 6 juillet 2010, le DDPS (ci-après l'autorité inférieure) a rejeté le recours de A._____, fixé la cessation des rapports de travail au 30 septembre 2010 et retiré l'effet suspensif à un éventuel recours.

En substance, le DDPS a confirmé la décision de l'employeur, exposant que ce dernier n'aurait pas à tolérer la présence de "récidivistes" dans ses rang; il invoque par ailleurs que l'inscription d'un délit au casier judiciaire peut constituer un motif de licenciement valable.

S'agissant du retrait de l'effet suspensif, l'autorité inférieure invoque que le maintien de l'effet suspensif l'exposerait au risque de ne pas pouvoir récupérer d'éventuels salaires touchés indûment à compter du 1er octobre 2010. Elle expose également que l'intérêt de l'employé à continuer de percevoir son salaire ne serait pas prépondérant, dès lors que, même en cas d'admission du recours, les salaires pourraient évidemment être versés.

**F.**
En date du 6 août 2010, A._____ (ci-après le recourant) a déposé recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après TAF) contre la décision susmentionnée. Il conclut principalement à l'annulation de l'acte attaqué ainsi qu'à la régularisation de "la situation [...] avec effet au 12 décembre 2009, respectivement au 1er janvier 2010 ou 13 mars 2010"; il formule en outre des conclusions ayant trait à la promotion de grade de sous-officier. Il a également requis la restitution de l'effet suspensif.

Le recourant reprend pour l'essentiel l'argumentation développée dans son recours au DDPS du 29 mars 2010. Il admet par ailleurs avoir conduit sans permis, lors d'un congé, pour aller voir une démonstration militaire.

S'agissant de la restitution de l'effet suspensif, il fait valoir que son intérêt à la poursuite des rapports de travail est évident et n'entraîne aucun inconvénient pour le DDPS.

**G.**
Invité à se prononcer sur la requête de restitution de l'effet suspensif précitée, le DDPS a conclu à son rejet.

Les motifs qu'il invoque sont les mêmes que ceux déjà développés dans l'acte attaqué.

**H.**
Le 7 septembre 2010, A._____ (ci-après le recourant) a déposé un complément à son mémoire de recours du 6 août 2010.

Il complète et précise les arguments développés dans ledit mémoire, et ne demande plus l'annulation de la décision du 23 février 2010, mais le constat de sa nullité. Il reformule par ailleurs des conclusions ayant trait à la question de la promotion au grade de sous-officier.

**I.**
Par courrier du 22 septembre 2010, le recourant a transmis au TAF un certificat médical du 20 septembre 2010 attestant de sa capacité de travail à 50% à compter du 1er octobre 2010; il ressort en outre de ce certificat qu'il ne sera en tous les cas pas complètement rétabli avant le 15 octobre 2010.

**J.**
En date du 28 septembre 2010, le recourant a transmis par fax au TAF la copie d'une correspondance de l'employeur, du 24 septembre 2010.

Il résulte de ce courrier que l'employeur doute des certificats médicaux fournis par l'employé et qu'il lui reproche également de ne pas avoir consulté, le 15 septembre 2010, le service médical de la Confédération, alors qu'il y avait été invité par courrier recommandé du 7 septembre 2010.

L'employeur fait également grief au recourant d'avoir utilisé son véhicule de service et pris des vacances entre le 22 juin et le 3 septembre 2010 sans en avoir averti l'employeur.

L'employeur conclut ce courrier en considérant que le recourant n'aurait pas apporté le preuve de son incapacité de travail, qu'il n'y aurait "pas de suspension du délai pour cause de maladie" et que la résiliation des rapports de service prendrait bien effet au 30 septembre 2010.

**K.**
Les autres faits et arguments des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit de la présente décision incidente.

## Droit :

**1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 let. c de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral est compétent, en vertu de l'art. 36 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1), pour connaître 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 en matière de personnel fédéral par l'organe interne mentionné à l'art. 35 al. 1 LPers. Dans le cas présent, l'organe interne est le DDPS (art. 110 let. a de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération [OPers, RS 172.220.111.3]). La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

**1.2** Déposé en temps utile par le destinataire de la décision attaquée (art. 22 ss, 48 et 50 PA), le recours du 6 août 2010 et son complément du 7 septembre 2010 répondent aux exigences de forme et de contenu prévues à l'art. 52 PA. Ils sont donc recevables.

Dans la présente décision incidente, il s'agit uniquement de se prononcer sur la demande de restitution de l'effet suspensif s'agissant des rapports de travail à proprement parler. En effet, la question de la promotion à un grade de sous-officier ne fait pas pour l'instant l'objet de la présente procédure et en tous les cas pas de la présente décision incidente.

**2.**

Conformément à l'art. 55 al. 1 PA, le recours a un effet suspensif. Le but de cette disposition est d'éviter que l'acte attaqué n'entre en vigueur tant que l'autorité de recours n'a pas tranché de sa conformité au droit. Il s'agit d'une protection légale accordée au recourant auquel l'on garantit ainsi que la situation antérieure à la décision perdurera jusqu'à droit connu sur le recours (ATF 130 II 149, consid. 2.2; REGINA KIENER, in Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich et St-Gall, 2008, ad art. 55 PA, n.m. 3).

Lorsque la cause ne porte pas sur une prestation pécuniaire – et tel est bien le cas en l'espèce (ATF 2A.205/2002 du 27 juin 2002 consid. 3.2 et consid. 4.2.1. ci-dessous) – l'autorité inférieure, respectivement

l'autorité de recours, peuvent retirer l'effet suspensif à un éventuel recours (art. 55 al. 2 PA). Le retrait de l'effet suspensif doit reposer sur des motifs convaincants, sans que ne soient toutefois nécessaire la réalisation de circonstances extraordinaires (REGINA KIENER, op. cit. n.m. 15).

Lorsqu'elle est saisie d'un recours avec demande de restitution de l'effet suspensif, l'autorité de recours doit examiner de manière sommaire les arguments des parties, puis pondérer les différents intérêts en présence. L'examen du juge de l'effet suspensif est un examen de la situation telle qu'elle résulte des preuves à disposition (examen *prima facie*). Lorsque la situation juridique est déjà suffisamment claire, l'autorité de recours tiendra également compte de l'issue probable du litige (décision du Tribunal fédéral du 30 août 2005, 2A-426/2006, consid. 2.1 et les références citées; ATF 129 II 286, consid. 3.2; REGINA KIENER, op. cit. ad art. 55 PA, n.m. 16).

Pour le surplus, la loi elle-même ne définit aucunement les conditions permettant le retrait de l'effet suspensif (arrêt partiel et décision incidente du TAF, du 7 novembre 2007, dans la cause A-4122/2007, consid. 5.1 et les références citées).

**3.**
Compte tenu du courrier de l'employeur, du 24 septembre 2010 (cf. lettre J de l'état de fait ci-dessus), il sied de préciser ce qui suit. A teneur de l'art. 54 PA, le recours a un effet dévolutif. Autrement dit, les compétences relatives à la cause passent de l'instance précédente à celle de recours. En principe et sous réserve de l'art. 58 PA qui permet une reconsidération de la part de l'autorité inférieure jusqu'au dépôt de sa réponse (et même au-delà, cf. arrêt du TAF, du 3 mai 2010 dans la cause A-4049/2009, consid. 9.2), seule l'autorité de recours saisie est en droit de se prononcer sur l'objet du litige. Cela vaut aussi pour l'effet suspensif.

Il découle de ce qui précède que l'employeur, dans son courrier du 24 septembre 2010, a outrepassé ses compétences en fixant à nouveau la fin des rapports de service au 30 septembre 2010. A supposer du reste que ce courrier doive être considéré comme une reconsidération au sens de l'art. 58 PA, cet écrit ne modifie en rien la décision entreprise en faveur du recourant, de sorte que le présent Tribunal doit continuer à traiter de la cause (AUGUST MÄCHLER, in Kommentar zum

Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich et St-Gall, 2008, ad art. 58 PA, n.m. 16 ss), y compris de la demande de restitution de l'effet suspensif.

**4.**
Comme mentionné ci-dessus (consid. 2), l'autorité, lorsqu'elle doit se pencher sur la question du retrait de l'effet suspensif, tentera dans un premier temps de se baser sur un pronostic quant à l'issue de la cause, puis elle examinera la vraisemblance des motifs invoqués, avant de se livrer à une pesée des intérêts contradictoires, en particulier sous l'angle de la proportionnalité (REGINA KIENER, op. cit ad art. 55 PA, n.m. 17).

**4.1** S'agissant du pronostic sur l'issue de la cause, il n'est pas possible d'en formuler un au stade actuel de la procédure. Ceci posé, il sied de prendre en considération les éléments de nature formelle et matérielle qui suivent.

**4.1.1** La décision du 23 février 2010, par laquelle l'employeur a licencié le recourant avec effet au 30 juin 2010, est fondée sur l'art. 12 al. 6 let. f LPers. En vertu de cette disposition, après le temps d'essai, il y a notamment motif de résiliation ordinaire par l'employeur lorsque l'une des conditions d'engagement fixées dans la loi ou dans le contrat de travail disparaît.

La procédure est régie par l'art. 14 LPers. En particulier, l'employé doit, par courrier écrit, se prévaloir de manière plausible de la nullité auprès de son employeur dans un délai de 30 jours dès la connaissance de cette fausse application de l'art. 12 al. 6 LPers (art. 14 al. 1 LPers). Si l'employeur maintient vouloir résilier les rapports de travail, il peut, dans les 30 jours, après avoir reçu de l'employé le courrier écrit précité, demander à l'autorité de recours de vérifier la validité de la résiliation; à défaut d'une telle demande de constatation de validité, la résiliation est considérée comme nulle (art.14 al. 2 LPers).

Il résulte de l'acte attaqué (partie en fait) que, "le 29 mars 2010, le recourant a interjeté un recours contre la décision du 23 février 2010". Le DDPS considère ensuite que, "par opposition du 29 mars 2010, le recourant a fait valoir la nullité de la résiliation" et que "sur ces entrefaites, l'autorité précédente a demandé la confirmation de la validité de la résiliation". La décision ne dit rien en revanche du

contenu d'une telle demande, et donc des motifs qui ont conduit l'employeur à rejeter les griefs de l'employé, pas plus qu'elle ne mentionne l'éventuelle transmission préalable à l'employeur, en tant qu'opposition, du recours du 29 mars 2010. Ensuite, il n'y a pas trace de ces documents parmi les pièces au dossier déposé par le DDPS. Enfin, "les compléments de l'état de fait" que le recourant apporte dans ses mémoires – prolixes – des 6 août et 7 septembre 2010 ne se réfèrent pas non plus aux documents en question. Il n'est dès lors pas certain que la procédure consacrée à l'art. 14 LPers ait été respectée, et donc possible que la résiliation du 23 février 2010 soit frappée de nullité.

**4.1.2** S'agissant du fond, l'acte attaqué mentionne l'art. 7 al. 1 let. f de l'Ordonnance du DDPS du 9 décembre 2003 sur le personnel militaire (OPers mil; RS 172.220.111.310.2), en vertu duquel peuvent être engagés comme sous-officiers de carrière, dès le début de l'instruction de base, les personnes qui jouissent d'une réputation irréprochable. Du point de vue du DDPS, la réputation irréprochable est une condition d'engagement fixée dans la loi ou dans le contrat de travail, dont la disparition constitue un motif de résiliation ordinaire au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers).

Le DDPS admet que l'utilisation de la locution "réputation irréprochable", constituée de termes généraux et abstraits, réserve un large pouvoir d'appréciation qui doit être exercé en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Le DDPS semble considérer pourtant que, en toutes hypothèses, c'est-à-dire sans égard à la typicité de l'infraction et à la quotité de la peine, la réputation d'un individu n'apparaît plus irréprochable, au sens de "bonne", lorsque des inscriptions figurent dans le casier judiciaire et n'ont pas été radiées. L'autorité inférieure a en effet estimé que l'armée n'avait pas à endurer la présence de "récidivistes" dans ses rangs. Cette question, qui concerne le fond de la cause, singulièrement la correcte application par l'autorité inférieure des art. 12 al. 6 let. f LPers et 7 al. 1 let. f OPers mil, n'a toutefois pas à être résolue dans l'immédiat.

**4.2** Comme déjà considéré, en matière de retrait de l'effet suspensif, l'autorité de recours doit ensuite examiner les motifs des parties dans le cadre d'un examen *prima facie*, c'est-à-dire sur la base des seules pièces dont elle dispose (cf. consid. 2 ci-dessus et les références citées).

**4.2.1** L'autorité inférieure motive le retrait de l'effet suspensif par le risque qu'une récupération des salaires versés après le 1er octobre 2010 – et en cas de rejet du recours – ne serait pas garantie.

Elle omet toutefois que le maintien des rapports de travail n'aurait pas pour seul effet d'entraîner le versement du salaire du recourant après le 30 septembre 2010, mais bel et bien d'obliger ce dernier à fournir également sa prestation de travail. Le contrat de travail – qu'il soit de droit public ou de droit privé – est un contrat synallagmatique en vertu duquel chacune des parties doit une prestation à l'autre.

Ni l'acte attaqué ni les observations de l'autorité inférieure ne précisent en revanche en quoi le fait que l'employé continue à exercer sa fonction serait préjudiciable à l'employeur. En l'espèce, l'intérêt de l'employeur à se séparer immédiatement de l'employé ne paraît pas établi, d'autant moins que les documents fournis par le recourant semblent indiquer que ses prestations donnaient plutôt satisfaction, ce qui n'est pas contesté non plus par l'employeur ou l'autorité inférieure.

**4.2.2** S'agissant de l'intérêt du recourant à la restitution de l'effet suspensif, l'autorité inférieure le conteste: elle expose en effet qu'en cas d'admission du recours, le recourant n'aurait évidemment aucune peine à se faire verser les salaires éventuellement dus dès lors que la Confédération serait un débiteur fiable. C'est omettre, comme rappelé ci-dessus (consid. 4.2.1), qu'un contrat de travail ne comporte pas que le versement d'un salaire, mais bel et bien un emploi et l'intérêt de toute personne à pouvoir continuer une activité lucrative paraît assez évident.

**4.2.3** Il résulte de ce qui précède que l'autorité inférieure ne fournit guère de motifs convaincants en faveur du maintien du retrait de l'effet suspensif. Toutefois, le Tribunal examinera quand même la question de la pondération des intérêts en cause.

**4.3** Comme déjà rappelé ci-dessus également, des motifs convaincants doivent justifier le retrait de l'effet suspensif, lesquels peuvent résider dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'exécution, respectivement à l'inexécution immédiate de la décision. Il convient de procéder à une pesée des intérêts en présence, en tenant compte du principe de la proportionnalité (cf. consid. 2 ci-dessus et les références citées; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 405 s.).

**4.3.1** Le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question du retrait de l'effet suspensif dans le cadre d'un litige portant sur la résiliation d'un contrat de travail. Comme considéré ci-dessus, l'intérêt personnel de l'employé à maintenir son statut et son salaire doit être admis. Il est également possible, en revanche que l'administration puisse faire valoir un intérêt à une exécution immédiate de l'acte attaqué (arrêt du TAF, du 21 février 2008, A-8198/2007, consid. 2.1 et les références citées).

**4.3.2** Comme rappelé ci-dessus (consid. 4.2.1), toutefois, l'autorité inférieure n'avance que son intérêt financier lié au risque de ne pouvoir récupérer les salaires éventuellement indûment versés. Elle n'invoque pas en quoi le maintien des rapports de travail engendrerait une situation inacceptable pour l'employeur. Par ailleurs, et comme déjà considéré également, elle ne conteste pas que les prestations de l'employé soient apparemment suffisantes, ni n'établit par exemple que les faits reprochés à l'employé l'empêcheraient d'exercer son activité. Le seul fait d'invoquer l'intérêt financier de l'employeur tout en niant l'intérêt de l'employé à maintenir son emploi n'est pas suffisant (ATF 2A.409/2004 du 22 juillet 2004 consid. 6).

**4.4** Compte tenu de ce qui précède, l'intérêt personnel du recourant à préserver ses droits durant la procédure de recours et ainsi à lui maintenir son statut d'employé des Forces terrestres peut dès lors être considéré comme prépondérant, en tout cas jusqu'au terme de celle-ci. La requête de restitution de l'effet suspensif doit dès lors être admise.

**5.**
Il sera statué sur l'octroi d'une éventuelle indemnité de dépens et sur la fixation d'éventuels frais dans la décision au fond.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**
La requête de restitution de l'effet suspensif est admise.

**2.**
Il sera statué sur l'octroi d'une éventuelle indemnité de dépens et sur les frais de la présente décision incidente dans la décision au fond.

**3.**
La présente décision incidente est adressée :

- au recourant (Recommandé avec avis de réception)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 04-14 / 05-2010 ; Recommandé avec avis de réception)
- au Commandant des Forces terrestres (Recommandé avec avis de réception)

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

Le juge instructeur : Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot Yanick Felley

## 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). Les décisions incidentes peuvent être contestées dans ces cas, pour autant que les conditions prévues à l'art. 93 LTF soient remplies.

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 :