VPB 69.33

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 30 septembre 2004, en la cause X [CRP 2004-020])

Mahnung an einen Bundesangestellten. Innerdienstliche Weisung.

- Unterscheidung zwischen der einer Kündigung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG vorausgehenden Mahnung und der Verwarnung als disziplinarischen Massnahme gemäss Art. 25 Abs. 2 BPG (E. 2a).

- Die Auslegung ergibt, dass es nicht angebracht ist, die Mahnung nach Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren, welche als solche, unabhängig von einer Kündigungsverfügung, Anfechtungsobjekt einer Beschwerde sein könnte (E. 2c).

- Begriff der nicht mit Beschwerde anfechtbaren innerdienstlichen Weisungen (organisatorischen Anordnungen; E. 3).

Avertissement adressé à un employé fédéral. Prescriptions de service.

- Distinction entre l'avertissement précédant une résiliation au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers et l'avertissement disciplinaire au sens de l'art. 25 al. 2 LPers (consid. 2a).

- L'interprétation démontre qu'il apparaîtrait comme peu judicieux de qualifier l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers de décision au sens de l'art. 5 PA, pouvant faire l'objet d'un recours en tant que tel, indépendamment d'une décision de licenciement (consid. 2c).

- Définition des prescriptions de service non susceptibles de recours (mesures organisationnelles; consid. 3).

Avvertimento ad un impiegato federale. Prescrizioni di servizio.

- Distinzione fra l'avvertimento che precede un licenziamento ai sensi dell'art. 12 cpv. 6 lett. b LPers e l'ammonimento disciplinare ai sensi dell'art. 25 cpv. 2 LPers (consid. 2a).

- L'interpretazione dimostra che apparirebbe poco giudizioso considerare l'ammonimento ai sensi dell'art. 12 cpv. 6 lett. b LPers come una decisione secondo l'art. 5 PA che può essere in quanto tale impugnata con un ricorso, indipendentemente da una decisione di licenziamento (consid. 2c).

- Definizione delle prescrizioni di servizio che non possono essere oggetto di ricorso (misure organizzative; consid. 3).

Résumé des faits:

A. Monsieur X. est (...) à l'Office A. Des problèmes relationnels ayant surgi entre M. X. et sa supérieure directe, Mme Y., divers entretiens furent organisés dans le but de trouver une solution; ils n'aboutirent cependant pas à une amélioration concrète.

En date du 10 février 2004, M. X. reçut un avertissement de la part de M. Z., directeur de A, lui reprochant les faits suivants:

- non-respect de certaines procédures de travail définies;

- non-observation de délais de planification interne;

- absences non excusées à (...) et lors de séances;

- non-gestion du calendrier Outlook;

- changement du profil de son poste sans concertation préalable;

- manque d'acceptation et de soutien à l'égard de sa supérieure.

L'avertissement indiquait que si les violations susmentionnées se renouvelaient, une procédure disciplinaire ou une procédure de licenciement serait ouverte. L'avertissement prévoyait en outre notamment les mesures suivantes:

- à partir dudit jour, M. X. serait directement subordonné au chef de B;

- M. X. dirigerait de façon autonome les modules du (...) jusqu'à leur conclusion. La direction de (...) serait confiée ad interim à Mme Y. Ses autres tâches lui seraient attribuées directement par le directeur de B;

- dans le cadre de son 60%, il était tenu d'être présent 3 jours par semaine à (...);

- un nouveau bilan serait dressé fin août 2004 et, sur cette base, il serait décidé de la suite à donner à la relation de travail.

B. Par recours du 17 mars 2004, M. X., représenté dès ce moment par Me T., avocat à (...), conclut à l'annulation de la décision entreprise. Bien que l'avertissement ne fût pas assorti de voies de droit, il estima qu'un recours interne était ouvert à son encontre au sens de l'art. 35 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1). Sur le fond, il réfuta les reproches qui avaient été formulés à son égard, soutenant qu'ils étaient le fruit d'une déformation des faits, voire qu'ils reposaient sur des faits inexistants. Alors que le différend existant entre sa supérieure et lui-même portait sur des problèmes de conception de la formation d'entraîneur, celle-ci s'efforçait de porter le débat dans une direction personnelle. Par ailleurs, les mesures instituées par la décision attaquée nuisaient au bon fonctionnement de A. A l'appui de ses dires, il produisit de nombreuses pièces, relevant qu'il ne s'agissait que d'une partie des pièces relatives à l'affaire.

C. Par décision du 7 mai 2004, le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS)

déclara le recours irrecevable. La lettre du 10 février 2004 ne pouvait pas être considérée comme une décision susceptible de recours. Elle attirait certes l'attention de M. X. sur ses mauvaises prestations mais ne modifiait pas sa situation juridique. Il ne se révélait par ailleurs pas défavorable pour lui d'être subordonné à un nouveau chef. On ne pouvait pas non plus soutenir que de nouvelles tâches lui avaient été confiées. De l'avis du DDPS, la lettre de A du 10 février 2004, se référant à des mesures organisationnelles, ne comportait à juste titre pas de mention des voies de droit.

D. Par acte du 9 juin 2004, M. X. (ci-après: le recourant) a interjeté un recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral (ci-après: la Commission de recours ou de céans) contre cette décision. Il conclut à l'admission du recours, à l'annulation de la décision entreprise et à ce que le DDPS soit invité à instruire et à statuer sur le recours du 17 mars 2004. Il estime qu'il découle de la nouvelle législation fédérale, de la jurisprudence et de la doctrine qu'un avertissement constitue une sanction disciplinaire susceptible de recours. Il considère que c'est à tort que le DDPS a jugé que la communication litigieuse ne modifiait pas sa situation juridique. Enfin, il fait valoir une mauvaise lecture de l'acte incriminé qui aurait conduit le DDPS à nier que A aurait modifié ses rapports de travail.

E. Invité à présenter ses observations, l'Office fédéral du personnel (OFPer) s'est prononcé en date du 8 juillet 2004. N'ayant pas pu consulter l'ensemble du dossier, il s'est prononcé sous réserve. Il estime qu'il faut distinguer l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers de l'avertissement au sens de l'art. 25 al. 2 LPers, respectivement de l'art. 99 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3). L'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers ne constitue pas une décision susceptible de recours, contrairement à l'avertissement au sens de l'art. 25 al. 2 LPers. Selon l'OFPer, A ayant eu l'intention de prononcer un avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers, c'est à juste titre que le recours contre celui-ci a été déclaré irrecevable.

Invité à présenter ses observations, le DDPS s'est prononcé en date du 12 août 2004 et a conclu à l'irrecevabilité du recours. Considérant comme A que l'avertissement litigieux est un avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers, il confirme que celui-ci n'avait pas à être émis sous forme de décision. Sur le fond, il soutient que les mesures prises à l'égard du recourant ont uniquement un caractère de prescriptions de service.

(...)

Extrait des considérants:

1. (...)

2. Le nouveau droit du personnel fédéral prévoit divers types d'avertissements qu'il s'agit d'examiner ci-après.

a. 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 («Mahnung»/«avvertimento») écrit. L'existence d'un avertissement écrit 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 («Verwarnung»/«avvertimento»), le blâme ou un changement du domaine d'activité (art. 25 al. 2 LPers). Si l'employé a commis une négligence grave ou a agi intentionnellement, les dispositions d'exécution peuvent en outre imposer une réduction de salaire, une amende ou un changement du temps ou du lieu de travail (art. 25 al. 3 LPers). Il ressort de l'art. 25 LPers que l'avertissement représente la mesure disciplinaire la plus légère (JAAC 68.6 consid. 8). Selon l'art. 99 al. 1 OPers, les mesures disciplinaires ne peuvent être prononcées qu'au terme d'une enquête. Le déroulement de l'enquête disciplinaire est réglé par l'art. 98 OPers.

La question se pose maintenant de savoir si c'est à juste titre qu'une distinction est opérée entre ces deux types d'avertissements, distinction portant notamment sur la possibilité d'attaquer un tel acte. En effet, par obiter dictum, la Commission de recours a considéré que l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers ne peut faire l'objet d'un recours en tant que tel, c'est-à-dire indépendamment d'une décision de licenciement (JAAC 68.6 consid. 11). Au contraire, l'avertissement disciplinaire au sens de l'art. 25 LPers doit être considéré comme une décision (cf. l'art. 98 al. 4 OPers) et peut faire l'objet d'un recours en tant que tel, comme toute mesure disciplinaire (cf. JAAC 68.6; à titre d'exemple par rapport à l'ancien droit JAAC 61.27).

b. En droit privé, l'avertissement revêt de l'importance dans le cadre du licenciement immédiat. En effet, la jurisprudence considère que seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 31 consid. 4.1, ATF 130 III 220 consid. 3.1, ATF 127 III 154 consid. 1a et les références citées). Dans un arrêt récent, après un exposé des opinions émises par les spécialistes du droit du travail et le rappel de la jurisprudence, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'existait pas de critère absolu quant au nombre et au contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives, dans chaque cas particulier, entre autres circonstances, la nature, la gravité, la fréquence ou la durée des manquements reprochés au travailleur, de même que son attitude face aux injonctions, avertissements ou menaces formulés par l'employeur (ATF 127 III 155 ss consid. 1b et 1c).

Le droit privé ne connaît pas de mesure analogue à l'avertissement disciplinaire au sens de l'art. 25 LPers.

c. Pour interpréter un texte légal, le point de départ est constitué par la lettre de la loi (interprétation littérale), tout en sachant que celle-ci peut n'être pas déterminante à elle seule, notamment lorsque le texte n'est pas clair ou qu'il peut être compris de diverses manières. C'est sur la véritable portée du texte qu'il faut se baser en tenant compte des autres éléments d'interprétation (en particulier les circonstances d'élaboration, la systématique et le but de la disposition [interprétations historique, systématique et téléologique]).

En l'espèce, alors que les textes français et italien utilisent le même terme d'avertissement aussi bien à l'art. 12 qu'à l'art. 25 LPers, le texte allemand distingue entre «Mahnung» (art. 12) et «Verwarnung» (art. 25). L'approche historique ne fournit pas de renseignement sur la portée de ces deux types d'avertissement. Sous l'angle systématique, il est par contre révélateur de constater que l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers relève de la section «Naissance et fin des rapports de travail», alors que l'avertissement au sens de l'art. 25 LPers figure dans la section «Droits et obligations résultant des rapports de travail».

Ces deux types d'avertissement ne se confondent en effet pas et ont une raison d'être différente. Alors que l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers doit plutôt être conçu comme un rappel adressé à l'employé, comme une mise en garde 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 au sens de l'art. 25 LPers revêt clairement 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 des employés (JAAC 61.25 consid. 3 et les références citées). Cette différence se marque aussi dans la procédure menant à l'avertissement: alors qu'elle n'est soumise à aucune condition en ce qui concerne l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers, il n'en va pas de même pour l'avertissement au sens de l'art. 25 LPers. En effet, celui-ci 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.

Les éléments exposés ci-dessus justifient une approche différenciée: l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers se concevant plutôt comme une mesure de protection de l'employé et n'étant soumis à aucune condition formelle (si ce n'est la forme écrite), il apparaîtrait comme peu judicieux de le qualifier de décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pouvant faire l'objet d'un recours en tant que tel, indépendamment d'une décision de licenciement (cf. d'ailleurs déjà sous l'empire de l'ancien droit, Hermann Schroff / David Gerber, Die Beendigung der Dienstverhältnisse in Bund und Kantonen, Saint-Gall 1985, p. 254 note 2, considérant qu'un avertissement n'est pas toujours rendu sous forme de décision).

Dans l'optique d'un rapprochement avec le droit privé, on mentionnera également le fait que le droit privé ne prévoit pas de possibilité d'agir en justice contre un avertissement en tant que tel. Son bien-fondé ne peut être contesté que dans le cadre d'une autre procédure, portant par exemple sur un licenciement subséquent ou sur une atteinte à la personnalité.

Les considérations pratiques ne sauraient par ailleurs pas non plus être négligées. En ouvrant un recours contre l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers, le risque existe que l'autorité ne fonde tout simplement plus ses décisions de licenciement sur ladite disposition (qui deviendrait de facto lettre morte), mais se base sur les let. c ou d, voire sur l'al. 7 relatif au licenciement immédiat (qui lui ne requiert pas impérativement d'avertissement et qui serait dès lors clairement pénalisant pour l'employé concerné).

Finalement, le bien-fondé de l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers pouvant être revu dans le cadre de la procédure de contestation du licenciement, ses conséquences sur la situation juridique de la personne visée restent très limitées. En outre, il convient de ne pas perdre de vue que ce n'est pas l'avertissement en soi qui justifie le licenciement, mais bien les manquements répétés et persistants de l'employé (ATF 127 III 155 ss consid. 1b et c).

L'étude des dispositions d'exécution de deux employeurs de la Confédération confirme cette interprétation. En effet, alors que la convention collective de travail des Chemins de fer fédéraux (CCT CFF[12]) aussi bien que celle de la Poste (CCT Poste[13]) prévoient une possibilité pour l'employé de contester la menace de résiliation (art. 138 CCT CFF), respectivement l'avertissement (art. 510 CCT Poste), elles soulignent également que la menace de résiliation, respectivement l'avertissement, ne revêtent pas le caractère de décision. La CCT Poste ajoute précisément que l'avertissement ne peut en aucun cas être attaqué par un recours administratif.

Certes, le Tribunal fédéral a considéré qu'un avertissement pouvait être assimilé à une décision susceptible de recours, alors qu'il ne s'agissait pas d'une peine disciplinaire à proprement parler, dans le cas d'un avocat qui avait fait l'objet d'un avertissement («Verwarnung») en raison de critiques qu'il avait formulées à l'égard des tribunaux dans un missive adressé à l'un de ses clients dans le cadre d'une demande de grâce (ATF 103 Ia 428 consid. 1b). L'avocat était atteint dans son honneur par cet avertissement et voyait sa position péjorée dans l'optique d'une future procédure disciplinaire; l'avertissement constituait dès lors une décision qui l'atteignait dans ses intérêts juridiquement protégés. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il en allait de même lorsque l'avertissement est une étape obligatoire précédant une éventuelle mesure préjudiciable au destinataire, telle que le retrait d'une autorisation, ou lorsque, sans être impérativement nécessaire, l'avertissement prépare et favorise une mesure ultérieure qui, autrement, pourrait être jugée contraire au principe de la proportionnalité (ATF 125 I 121 consid. 2a, ATF 103 Ib 352/353 consid. 2). Il convient cependant de relever que la jurisprudence fédérale
susmentionnée avait trait à des avertissements présentant un caractère de sanction plutôt que de protection de la personne concernée, du moins dans le cas de l'ATF 103 Ia 428. Les arrêts évoqués sont par ailleurs antérieurs à la LPers.

En conclusion, il y a lieu de confirmer que l'avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers ne peut faire l'objet d'un recours en tant que tel, c'est-à-dire indépendamment d'une décision de licenciement.

3. On entend par prescriptions de service des actes internes à la fonction publique, qui n'ont pas pour objet de régler la situation juridique d'un administré et dont le destinataire est l'administration elle-même (Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 164). Ces actes qui n'ont pas pour objet la situation du fonctionnaire en tant que sujet de droit (c'est-à-dire en tant que personne autre que l'administration), mais l'exécution même des tâches que le fonctionnaire doit accomplir (JAAC 65.81 consid. 1a/bb, JAAC 64.66 consid. 1a/bb; André Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.5). Les prescriptions de service ont pour rôle d'aménager la relation juridique déjà existante, par exemple en précisant le cahier des charges, en donnant des instructions sur la manière de trancher une affaire, ou encore en déterminant les modalités de l'horaire de travail mobile (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 138). Elles ne touchent pas les droits ou les obligations des administrés, mais visent uniquement à réglementer l'organisation interne de l'administration (Alexandre Flückiger, L'extension du
contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Berne 1998, p. 5 ss; Michael Merker, Rechtschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht, in Helbling/Poledna [éd.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, p. 471 ss, mettant l'accent sur le caractère parfois artificiel de la distinction).

Toutefois, dès qu'une mesure affecte la situation juridique d'un employé de l'Etat dans un cas concret, qu'elle s'adresse à son destinataire non pas en tant qu'organe ou agent de la collectivité, mais en tant que personne indépendante ayant une relation particulière avec la collectivité, elle doit être considérée comme une décision (JAAC 64.66 consid. 2a; ATF 121 II 478 consid. 2b, traduit au Journal des Tribunaux [JT] 1997 I 373; Jurisprudence administrative bernoise [JAB] 1996 p. 173 consid. 1d/bb; Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1994 p. 477 consid. 1b; André Moser, Der Rechtsschutz im Bund, in Helbling/Poledna [éd.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, p. 542; Tomas Poledna, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht - ein Praxisüberblick, dans Pratique juridique actuelle [PJA] 1998, p. 920 et p. 922; Paul Richli, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New public Management, Berne 1996, p. 94).

4. En l'espèce, il faut en premier lieu constater que l'avertissement adressé le 10 février 2004 au recourant par A. n'est pas un avertissement disciplinaire au sens de l'art. 25 LPers, mais un avertissement au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers. Il n'a en effet pas été rendu au terme d'une procédure (cf. le contenu du document lui-même évoquant la menace d'ouverture d'une procédure disciplinaire ou une procédure de licenciement à défaut d'amélioration) et n'a pas été conçu comme une sanction. A ce titre, il ne constitue pas une décision susceptible de recours et c'est à juste titre que le DDPS n'est pas entré en matière sur le recours déposé à l'encontre de l'avertissement du 10 février 2004.

En second lieu, les mesures prises par acte du 10 février 2004 (...) constituent des mesures organisationnelles ne pouvant pas faire l'objet d'un recours. C'est donc à juste titre que le DDPS n'est pas entré en matière à ce propos et a déclaré le recours irrecevable à cet égard aussi.

5. (...)

[12] Peut être obtenue auprès de l'Unité Centrale Personnel des CFF, Mittelstr. 43, CH-3003 Bern 65 ou par courriel: sekretariat.pe@sbb.ch
[13] Peut être obtenue auprès de la Poste suisse, Personnel, Secrétariat, Viktoriastrasse 21, 3030 Berne

Dokumente der PRK