

Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique

Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Soutenue le 5 juillet 2016

Par

Héloïse ROSELLO

Jury :

Prof. Jean-Philippe DUNAND

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Directeur de thèse

Prof. Pascal MAHON

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Directeur de thèse

Prof. Thierry TANQUEREL

Faculté de droit de l'Université de Genève

Rapporteur externe

Prof. Rémy WYLER

Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Rapporteur externe

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**LES INFLUENCES DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL SUR LE DROIT DE
LA FONCTION PUBLIQUE**

Héloïse ROSELLO

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- Mme Valérie Défago Gaudin (présidente)
- M. Pascal Mahon (directeur de thèse)
- M. Jean-Philippe Dunand (directeur de thèse)
- M. Thierry Tanquerel (Professeur à l'Université de Genève, rapporteur externe)
- M. Rémy Wyler (Professeur à l'Université de Lausanne, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 5 juillet 2016



Christoph Müller
Doyen de la Faculté de droit

Résumé

En Suisse, le droit de la fonction publique a connu une évolution majeure depuis ses origines et un phénomène important d'intégration, dans la relation de travail soumise au droit public, des règles et des techniques caractéristiques d'un régime de droit privé. Cet ouvrage permet à son auteure de présenter sous un angle juridique diverses influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique et de se demander pourquoi et de quelle façon ces influences s'exercent, ainsi que de circonscrire leurs limites. On y trouvera non seulement les principales influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, mais aussi les différences inévitables qui subsistent entre ces deux domaines du droit.

Mots-clés

Droit de la fonction publique ; influences du droit privé du travail ; évolution ; limites ; LPers ; statuts du personnel

Abstract

In Switzerland, public service law has majorly evolved from its origins : employment relationships subject to public law have integrated rules and technical characteristics of private law's regime. This book presents, through a legal perspective, the influences of private labor law on public service law and examines why and in which way these influences are exerted, attempting to define their limits. One will find not only the main influences of private labor law on the public service law, but also the inevitable differences that exist between these two areas of law.

Keywords

Public Service Law; influences of private labor law; evolution ; limits; LPers; staff regulations."

Table des matières

Table des matières	VII
Table des abréviations	XIII
Table des messages	XXIII
Avant-propos	XXV
Remerciements	XXVII
Introduction	1
Première partie Les fondements de la relation de travail	7
Chapitre 1 : Sources	9
§ 1 Le droit du travail	9
A. Généralités.....	9
B. Les règles applicables.....	10
C. L'article 342 al. 1 CO.....	13
§ 2 Le droit de la fonction publique	14
A. Généralités.....	14
B. Les statuts du personnel.....	16
§ 3 Synthèse	18
Chapitre 2 : Origines	19
§ 1 Contexte de la naissance de la réglementation du travail	19
§ 2 Origines du droit privé et du droit public du travail	21
A. Le droit privé du travail	22
B. Le droit public du travail	23
§ 3 Origines du droit de la fonction publique	26
A. Généralités.....	26
B. La législation fédérale de la fonction publique	28
C. Le statut des fonctionnaires fédéraux de 1927	31
I. Une première œuvre de codification	31
II. La création des rapports de service	32
1. Recrutement.....	33
2. Par décision administrative	34
3. Par contrat de droit administratif.....	35

4. Sous les formes du droit privé	37
III. Les droits et devoirs du personnel	38
IV. La résiliation des rapports de service.....	39
1. Des fonctionnaires.....	39
2. Des employés	42
3. Des autres collaborateurs.....	43
D. Le modèle traditionnel	44
§ 4 Synthèse	51
Chapitre 3 : Caractéristiques essentielles.....	53
§ 1 Les rapports de travail de droit privé.....	53
A. Les principes applicables.....	53
I. Généralités.....	53
II. La liberté contractuelle	54
B. Le régime du Code des obligations	55
§ 2 Les rapports de travail de droit public.....	58
A. Les principes applicables.....	58
I. Généralités.....	59
II. Les principes généraux de l'activité administrative.....	63
B. Les garanties de procédure	68
I. Généralités.....	68
II. Le droit d'être entendu	72
§ 3 Synthèse	78
Deuxième partie L'évolution du droit de la fonction publique.....	79
Chapitre 4 : Evolution de la législation.....	81
§ 1 En droit fédéral	81
A. Le mouvement de réforme qui a conduit à l'abrogation du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927.....	81
I. Les révisions et la rigidité du StF	82
II. Le besoin de flexibilisation.....	83
III. L'influence de la nouvelle gestion publique	84
B. La nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000	86
I. La nouvelle loi fédérale	86
II. Ses objectifs et principales nouveautés.....	87
III. Ses récentes révisions	89
§ 2 En droit cantonal.....	91
A. La vague de révisions des statuts traditionnels de la fonction publique.....	91
B. Les nouvelles lois sur le personnel des cantons de la Suisse romande	92
§ 3 Synthèse	94

Chapitre 5 : Evolution du modèle traditionnel.....	95
§ 1 L'évolution des principales caractéristiques	95
A. La nomination.....	95
B. La garantie de l'emploi.....	96
C. Les échelles de traitement.....	97
D. Le régime disciplinaire	99
E. Constat, tendance et limites	101
§ 2 L'évolution des droits fondamentaux du fonctionnaire.....	103
A. La liberté d'établissement.....	103
B. Le droit de grève.....	105
C. La liberté syndicale.....	107
D. La liberté d'opinion et d'information.....	109
E. Constat, tendance et limites	111
§ 3 Synthèse.....	112
Chapitre 6 : Evolution du fondement de la relation de travail.....	113
§ 1 Le passage de la décision de nomination au contrat de droit public	113
A. Généralités.....	114
B. Avantages et inconvénients	114
C. Constat, tendance et limites	117
§ 2 L'apparition des conventions collectives de travail dans le secteur public	119
A. Généralités.....	119
B. Sur le plan fédéral : les possibilités offertes par la LPers.....	121
C. Sur le plan cantonal : l'exemple de la CCT Santé 21.....	123
D. Constat, tendance et limites	125
§ 3 L'incorporation des règles de droit privé du travail au droit de la fonction publique... ..	126
A. Généralités.....	126
B. Les différents renvois au droit privé	127
I. L'état du droit	127
II. Le renvoi « statique » ou « dynamique »	129
III. Le comblement de lacunes	130
IV. L'application par analogie	133
V. Les dispositions d'exécution et les rapports avec les règles du CO.....	136
C. Constat, tendance et limites	138
§ 4 Synthèse.....	139
Troisième partie Les statuts actuels de la fonction publique	141
Chapitre 7 : Création des rapports de travail	143
§ 1 Le recrutement	143

A.	En droit privé du travail	144
B.	En droit de la fonction publique	145
I.	Généralités.....	145
II.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	147
III.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	148
C.	Comparaison	151
§ 2	Le refus d'embauche.....	152
A.	En droit privé du travail	152
I.	Les droits du candidat évincé d'un poste	152
II.	La protection de la personnalité du postulant	153
III.	L'interdiction de discriminer à l'embauche à raison du sexe.....	155
B.	En droit de la fonction publique	158
I.	Les droits du candidat évincé d'un poste	158
II.	La protection de la personnalité du postulant	164
III.	L'interdiction de discrimination à l'embauche à raison du sexe	166
C.	Comparaison	171
§ 3	Les modes d'engagement.....	172
A.	En droit privé du travail	172
B.	En droit de la fonction publique	174
I.	La décision	174
1.	Généralités.....	174
2.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	175
3.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	177
II.	Le contrat de travail de droit public	178
1.	Généralités.....	179
2.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	182
3.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	187
III.	Le contrat de travail de droit privé.....	190
1.	Généralités.....	190
2.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	194
3.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	196
IV.	Le choix du mode d'engagement.....	198
1.	Généralités.....	198
2.	Requalification du rapport juridique	199
3.	Jurisprudence.....	202
4.	Constat, tendance et limites	207
V.	Questions choisies	208

1. Les principes de l'activité administrative : une application aux rapports de travail de droit privé ?	209
2. Les garanties de procédure administrative : une application aux rapports de travail soumis au droit privé ?	212
3. Le droit privé peut-il être applicable aux employés d'entités à qui des tâches ont été déléguées par une collectivité publique ?	213
C. Comparaison.....	219
§ 4 Synthèse.....	220
Chapitre 8 : Cessation des rapports de travail.....	223
§ 1 La résiliation des rapports de travail.....	223
A. En droit privé du travail.....	223
I. Généralités	224
II. La résiliation ordinaire.....	224
III. La résiliation extraordinaire	225
IV. La liberté d'appréciation de l'employeur	228
B. En droit de la fonction publique.....	229
I. Généralités	229
II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération	230
III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	233
IV. Jurisprudence	235
1. Période probatoire.....	235
2. Résiliation ordinaire.....	237
3. Résiliation extraordinaire.....	241
4. Suppression de poste.....	249
V. Le cas particulier de la révocation disciplinaire	252
1. Généralités	252
2. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération	258
3. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	259
4. Jurisprudence	260
VI. La liberté d'appréciation de l'employeur	264
1. Généralités	264
2. Résiliation ordinaire et extraordinaire.....	265
3. Autres restrictions	267
C. Comparaison.....	272
§ 2 Le congé abusif.....	276
A. En droit privé du travail.....	276
B. En droit de la fonction publique.....	282
I. Généralités	282
II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération	283

III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	284
IV. Jurisprudence.....	286
C. Comparaison	287
§ 3 Le congé en temps inopportun	289
A. En droit privé du travail	289
B. En droit de la fonction publique	292
I. Généralités.....	292
II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	293
III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	295
IV. Jurisprudence.....	299
C. Comparaison	301
§ 4 Les conséquences d'un congé infondé.....	303
A. En droit privé du travail	303
B. En droit de la fonction publique	304
I. Généralités.....	304
II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	305
III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande	307
IV. Jurisprudence.....	312
C. Comparaison	319
§ 5 Synthèse.....	321
Conclusion	327
§ 1 Les principaux enseignements de la thèse	327
A. Première partie : les fondements de la relation de travail	327
B. Deuxième partie : l'évolution du droit de la fonction publique	329
C. Troisième partie : les statuts actuels de la fonction publique.....	330
§ 2 Réflexions sur les résultats obtenus par la recherche.....	332
Annexe	337
Bibliographie.....	343

Table des abréviations

/[...] précise le lieu de provenance
§ paragraphe

A

a ancien(ne), précise qu'il s'agit d'une version d'un texte de loi qui n'est plus en vigueur ou d'un article qui n'est plus en vigueur
ad à
AG Argovie
AIG Aéroport International de Genève
AJP Aktuelle Juristische Praxis, Saint-Gall (= PJA)
al. alinéa
ALCP Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681)
AR Appenzel Rhodes-Extérieures
ArbR Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Berne
art. article(s)
ARV Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des Staatssekretariates für Wirtschaft (seco), Berne (= DTA)
ATA Arrêt du tribunal administratif du canton de Genève (à présent : chambre administrative de la Cour de justice = CACJ)
ATF Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (= BGE)
ATAF Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
AVS Assurance vieillesse et survivants

B

BE	Berne
BGE	Bundesgerichtsentscheidungen (= ATF)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar (trad. Commentaire bernois)
BL	Bâle-Campagne
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BPG	Bundespersonalgesetz (= LPers)
BS	Bâle-Ville
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (= JAB ; Jurisprudence administrative bernoise)

C

c.	considérant(s)
c.-à-d.	c'est-à-dire
CACJ	Chambre administrative de la Cour de justice, Genève
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCT	Convention collective de travail
CDP	Cour de droit public
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101) ou Cour européenne des droits de l'Homme
CF	Conseil fédéral
cf.	conferre
CFE	Chemins de fer fédéraux
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CJ	Cour de Justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJN	Commentaire de jurisprudence numérique
CN	Conseil national
CO	Code fédéral des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)

collab.	collaboration
<i>contra</i>	d'un avis contraire
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
CRIEPF	Commission de recours interne des EPF
CRP	(ancienne) Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)

D

DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DFF	Département fédéral des finances
Diss.	Dissertation
DP	Domaine public, Lausanne (voir www.domainepublic.ch)
DTA	Droit du travail et assurance-chômage : bulletin de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, SECO (= ARV)

E

éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EMS	Etablissement médico-social
EPF	Ecoles polytechniques fédérales ou loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales (Loi sur les EPF), du 4 octobre 1991 (RS 444.110)
EPFL et al.	Ecoles polytechnique fédérale de Lausanne et alii (et autres)
etc.	et caetera
ég.	également
ex.	exemple

F

FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg

G

GAV	Gesamtarbeitsvertrag (= CCT)
GE	Genève
GR	Grisons
GRH	Gestion des ressources humaines

I

<i>ibid. ou ibidem</i>	renvoie à la note précédente
<i>id. ou idem</i>	le même, la même
<i>infra</i>	plus bas
<i>in extenso</i>	d'une manière intégrale, complète

J

JAB	Jurisprudence administrative bernoise (= BVR ; Bernische Verwaltungsrechtsprechung)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne
J.-C.	Jésus-Christ
JdT	Journal des tribunaux, Lausanne
JU	Jura

L

LAIG	Loi sur l'aéroport international de Genève, du 10 juin 1993 (RS/GE H 3 25)
LAKO	Sozialforum Schweiz (= Conférence nationale suisse de l'action sociale)
LCF	Loi fédérale sur le Contrôle des finances, du 28 juin 1967 (RS 614.0)

LCFF	Loi sur les Chemins de fer fédéraux, du 20 mars 1998 (RS 742.31)
LDét	Loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés), du 8 octobre 1999 (RS 823.20)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité), du 24 mars 1995 (RS 151.1)
LGBT	Acronyme utilisé pour désigner les lesbiennes, gays, bisexuels et trans
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 6 octobre 1989 (RS 823.11)
LET	Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (Loi sur l'entreprise de télécommunications), du 30 avril 1997 (RS 784.11)
LF	Loi fédérale
LFLP	Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Loi sur le libre passage), du 17 décembre 1993 (RS 831.42)
let.	lettre
LOP	Loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse (Loi sur l'organisation de la Poste), du 17 décembre 2010 (RS 783.1)
LPAC	Loi genevoise générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997 (RS/GE B 5 05)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement), du 13 décembre 2002 (RS 171.10)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LPers/[...]	Loi sur le personnel du canton (provenance indiquée)
LPJA/NE	Loi sur la procédure et la juridiction administratives du canton de Neuchâtel, du 27 juin 1979 (RS/NE152.130)

LSt	Loi neuchâteloise sur le statut de la fonction publique, du 28 juin 1995 (RS/NE 152.510)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.32)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), du 13 mars 1964 (RS 822.11)
LTN	Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 17 juin 2005 (RS 822.41)
LU	Lucerne

N

note	note de bas de page
n°	numéro(s)
NE	Neuchâtel
N	note(s) marginale(s)

O

OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Odét	Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse, du 21 mai 2003 (RS 823.201)
OFPER	Office fédéral du personnel
OFS	Office fédéral de la statistique
OLT 1	Ordonnance I relative à la loi sur le travail, du 10 mai 2000 (RS 822.111)
OLT 2	Ordonnance II relative à la loi sur le travail, du 10 mai 2000 (RS 822.112)
OLT 3	Ordonnance III relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (RS 822.113)
OLT 4	Ordonnance IV relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (RS 822.114)
OLT 5	Ordonnance IV relative à la loi sur le travail, du 28 septembre 2007 (RS 822.115)

O-OPers	Ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération, du 6 décembre 2001 (RS 172.220.111.31)
OPDC	Ordonnance concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération, du 26 octobre 2011 (RS 172.220.111.4)
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération, du 3 juillet 2001 (RS 814.013.551)
OPers/[...]	Ordonnance sur le personnel (de la provenance indiquée)
OPers-EPF	Ordonnance du Conseil des EPF sur le personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales, du 15 mars 2001 (RS 172.220.113)
OR	= CO
OTN	Ordonnance concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Ordonnance sur le travail au noir), du 6 septembre 2006 (RS 822.411)
OW	Obwald

P

p.	page
Pacte I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1)
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS. 0.103.2)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
p. ex.	par exemple(s)
pp.	pages
PPM	Procédure pénale militaire, du 23 mars 1979 (RS 322.1)
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)

R

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal, Lausanne
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR)
RE	Règlement des employés, du 10 novembre 1959 (abrogé)

réf.	référence(s)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence, Fribourg
RH	ressources humaines
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence, Delémont
RJN	Revue neuchâteloise de jurisprudence, Peseux
RO (LF)	Recueil officiel des lois fédérales
RPAC	Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'Etat de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 24 février 1999 (RS/GE B 5 05.01)
RPers/FR	Règlement fribourgeois du personnel de l'Etat, du 17 décembre 2002 (RS/FR 122.70.11)
RLPers/VD	Règlement d'application de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud, du 9 décembre 2002 (RS/VD 172.31.1)
RS	Recueil systématique des lois fédérales ou cantonales
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RSS	Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse
RSt	Règlement général d'application de la loi neuchâteloise sur le statut de la fonction publique, du 9 mars 2005 (RS/NE 152.511)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence (= ZWR)

S

SA	société anonyme (= AG)
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SJ	La Semaine Judiciaire, Genève
SJZ	= RSJ
SO	Soleure
spéc.	spécialement
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
SSSA	Société suisse des sciences administratives (= SAGW)
ST	Schweizer Treuhänder, Zurich

StF Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires fédéraux, du 30
juin 1927 (abrogée)

supra plus haut

SZ Schwytz

T

TA Tribunal administratif

TAF Tribunal administratif fédéral

TC Tribunal cantonal

TF Tribunal fédéral

TF [n° et date] arrêt non publié du TF

TG Thurgovie

TI Tessin

TPG Transports publics genevois

trad. traduction

V

VD Vaud

VGE Verwaltungsgerichtsentscheid

vol. volume

VS Valais

Z

ZBI Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungs-
recht : offizielles Organ der Schweizerischen Staatsschreiber-
Konferenz, der Bausekretären-Konferenz, des Schweizeri-
schen Städteverbandes

ZG Zoug

ZH Zurich

ZK Zürcher Kommentar (= Commentaire zurichois)

Table des messages

- Message 1880 Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 27 novembre 1879, FF 1880 I 115-189.
- Message 1905 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905, FF 1905 II 1-295¹.
- Message 1924 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux, du 18 juillet 1924, FF 1924 III 1-348.
- Message 1967 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), du 25 août 1967, FF 1967 II 249-479.
- Message 1984 Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 574-664.
- Message 1993 (LEg) Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, du 24 février 1993, FF 1993 I 1163-1248.

¹ Voir également le rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code des obligations (supplément au message du 3 mars 1905), du 1^{er} juin 1909, FF 1909 III 747-778.

-
- Message 1993 (StF) Message concernant la modification du statut du fonctionnaire, du 4 octobre 1993, FF 1993 IV 520-565.
- Message 1997 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1-653.
- Message 1999 Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), du 14 décembre 1998, FF 1999 II 1421-1476.
- Message 2011 Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération, du 31 août 2011, FF 2011 6171-6216.

Avant-propos

Sous l'égide du Centre d'étude des relations de travail (CERT), rattaché à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, la soussignée a eu l'opportunité, il y a quelques années, de participer à la rédaction d'une requête scientifique à l'attention du Fonds national suisse (FNS) dans le cadre d'un projet de recherche lancé par les Professeurs Jean-Philippe DUNAND et Pascal MAHON.

Le 27 mars 2012, le Fonds national suisse de la recherche scientifique a accepté de financer notre recherche, intitulée « Convergences entre les régimes traditionnels de la fonction publique et le droit privé du travail. Vers un droit uniforme ? ».

Ce projet, qui a débuté le 1^{er} février 2013, vise à étudier les convergences et les divergences entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail en Suisse et dans divers Etats européens.

Pour ce faire, une première thèse (la nôtre) a pour objectif d'observer les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique en Suisse². Une seconde (rédigée par Madame Catherine BOUVERAT) a pour dessein de montrer le phénomène inverse, à savoir qu'il existe des principes typiques du droit public qui sont toujours plus intégrés au droit privé du travail.

Ces thématiques ont permis de lancer le débat suivant : pourra-t-on, un jour, parler d'un droit uniforme de la relation de travail ?

Cette question a fait l'objet d'un colloque qui s'est déroulé les 1^{er} et 2 octobre 2015 à l'Université de Neuchâtel.

Lors de cet évènement, des acteurs de la scène politique suisse, des représentants de syndicats ou d'associations patronales et des professeurs d'université se sont exprimés sur l'éventuelle opportunité d'un droit uniforme en matière de relations de travail dans notre ordre juridique.

² Le contenu du présent ouvrage a donc été soutenu par Fonds national suisse de la recherche scientifique.

Les débats à ces occasions ont substantiellement enrichi la perspective de notre recherche, non seulement sur le plan national mais aussi international, puisque nous avons eu l'honneur de recevoir des experts étrangers (venus d'Allemagne, d'Angleterre, de Belgique, d'Espagne, de France et d'Italie) qui ont participé à une table ronde.

La doctrine suisse, quant à elle, s'est notamment penchée sur la comparaison entre le droit de la relation de travail dans les secteurs public et privé, l'origine historique de leurs distinctions et les obstacles juridiques qui pourraient s'opposer à une unification du droit entre ces deux secteurs.

Nous renvoyons toute personne intéressée par les actes du colloque³ à l'ouvrage intitulé « Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique », publié dans la collection du CERT par les Éditions Romandes Schulthess. Celui-ci contient les contributions de nombreux spécialistes ainsi qu'une préface du Professeur Gabriel AUBERT retraçant sa conférence d'ouverture du colloque relative aux rapports entre le droit privé et le droit public en matière de relations de travail.

Neuchâtel, juillet 2016

Héloïse

ROSELLO

³ Ces actes sont « rédigés par des contributrices et contributeurs venus de Suisse et de six autres Etats européens, actifs dans la recherche, l'enseignement et la pratique du droit du travail et de la fonction publique »; pour plus de détails, voir DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016, Avant-propos.

Remerciements

Ma recherche n'aurait jamais pu aboutir sans le soutien, les remarques, l'amitié et les encouragements de très nombreuses personnes.

Tout d'abord, je remercie très chaleureusement mes directeurs de thèse, Jean-Philippe DUNAND et Pascal MAHON pour la confiance qu'ils m'ont accordée tout au long de mon doctorat. Je les remercie également pour les discussions, les commentaires et les riches échanges que nous avons eus : ce travail n'aurait jamais pu arriver à son terme sans leur aide !

Ensuite, je remercie également les Professeurs Thierry TANQUEREL et Rémy WYLER pour le soin et la qualité de leur travail de juré de thèse. J'aimerais aussi exprimer ici ma plus grande gratitude à la Professeure Valérie DÉFAGO GAUDIN qui a eu non seulement l'amabilité de présider ma soutenance de thèse, mais aussi de m'encourager pour ce rite de passage.

Par ailleurs, avant de commencer la rédaction de mon travail, j'ai eu le privilège d'avoir deux expériences professionnelles qui ont nourri mes connaissances en matière de fonction publique. Ces remerciements sont l'occasion de rendre hommage à toutes les personnes que j'ai côtoyées durant ces activités. Premièrement, je souhaite ainsi dire merci au Service du personnel de la Ville du Locle, avec lequel j'ai collaboré pour la refonte complète du statut des employés⁴. Deuxièmement, je remercie tout particulièrement le Juge fédéral Jean-Maurice FRÉSARD et le greffier Patrick BEAUVERD (mon tuteur) d'avoir pris le temps de m'encadrer lors d'un stage de six mois à la Ire Cour de droit social du Tribunal fédéral à Lucerne⁵.

⁴ Cette activité m'a par exemple montré certaines difficultés pratiques et actuelles auxquelles sont confrontées les collectivités publiques. Le statut du personnel de la Ville du Locle datait du 4 novembre 1988 et se révélait lacunaire sur de multiples aspects. L'introduction d'un nouveau statut, entièrement révisé, était donc nécessaire.

⁵ Cette Cour traite notamment des recours en matière de fonction publique, ce qui m'a permis d'étudier sa jurisprudence.

Je tiens ensuite à remercier mes anciens collègues et amis de l'université que j'ai côtoyés grâce à mon doctorat, notamment (dans l'ordre d'ancienneté) : Estelle, Myriam, Marlène, Nicolas, Olivier, Amalia, Matthieu, Tifenn, Songül, Stéphanie, Julien et Audrey. Une pensée amicale va également à la Professeure Christine GUY-ECABERT pour ses conseils, son attitude toujours bienveillante et son dévouement à la communauté universitaire. Je profite de ces quelques lignes pour la remercier encore une fois d'être venue assister à ma soutenance de thèse et lui souhaiter un magnifique départ à la retraite anticipée bien méritée. Enfin, un grand merci à Catherine BOUVERAT, ma collègue de bureau pendant trois années, que je ne sais comment remercier pour son indéfectible soutien, sa générosité et tous les moments que nous avons partagés. Catherine a été pour moi une véritable compagne de route !

S'agissant de mes derniers mois à l'Université de Neuchâtel, le secrétariat de la Faculté de droit, avec qui j'ai eu le plaisir de collaborer étroitement en tant qu'adjointe au Doyen (en remplacement de la titulaire pendant son congé maternité), doit aussi être nommé, pour son extrême gentillesse et sa grande disponibilité. Je remercie également le Doyen, le Professeur Christoph MÜLLER, de m'avoir confié divers dossiers du Décanat et de m'avoir offert l'opportunité de travailler avec lui et avec sa formidable équipe.

Reste à remercier de tout cœur Michel pour le temps et l'énergie consacrés à la relecture du manuscrit, étant entendu que j'assume l'entière responsabilité des inévitables coquilles ou défauts restants.

Pour conclure, mes remerciements vont à ma famille et à mes proches, pour leur amour et leur aide dans les moments de doutes, voire parfois de découragement. Ils ont toujours su trouver les bons mots et me donner la force d'avancer.

Au début du XX^{ème} siècle, « la distinction radicale établie par la doctrine et la jurisprudence entre les fonctionnaires et les autres travailleurs correspondait non seulement à une conception juridique, mais encore à une réalité tangible. Depuis lors, le développement des grandes unités industrielles et commerciales a rapproché le droit du travail du statut des agents des pouvoirs publics. C'est pourquoi l'étude de la fonction publique présente un intérêt qui déborde largement le cadre administratif ».

Jean Neuhaus, p. 216.

Introduction

En Suisse, le droit de la fonction publique a connu une évolution majeure depuis ses origines⁶ et un phénomène important d'intégration, dans la relation de travail soumise au droit public, des règles et des techniques caractéristiques d'un régime de droit privé. Malgré cette évolution, il est encore nécessaire pour certains d'aligner toujours plus le droit de la fonction publique sur le Code des obligations. Cette revendication, qui a fait dernièrement l'objet d'une motion déposée au Conseil des Etats⁷, revient fréquemment dans le débat public⁸. En effet, pour de nombreuses personnes, aucun argument convaincant ne justifie, de nos jours, un statut spécial pour les fonctionnaires, qu'ils soient fédéraux, cantonaux ou communaux⁹. D'autres, en revanche, estiment qu'il convient de maintenir une réglementation différente de celle du droit privé, entre les employeurs publics et leurs agents, et ceci, afin de garantir l'indépendance des services publics, d'éviter la corruption et de préserver la démocratie.

Au vu de l'actualité de ce débat et de la volonté de certains milieux de rapprocher le statut des agents publics des règles du Code des obligations, il paraît essentiel d'examiner sous un angle juridique les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique et de se demander pourquoi et de quelle façon ces influences s'exercent, ainsi que de circonscrire leurs limites.

⁶ Nous verrons effectivement que les statuts actuels de la fonction publique se sont éloignés du modèle traditionnel.

⁷ Voir la motion 15.3785 déposée au Conseil des Etats le 19 juin 2015 par Föhn Peter.

⁸ Nous précisons qu'une motion (04.3543), de Bruno Zuppinger, déposée le 7 octobre 2004, portait déjà sur la même thématique.

⁹ Selon la motion 15.3785, l'« administration doit être soumise au régime de partenariat social éprouvé qui est appliqué dans le secteur privé. Le statut privilégié dont elle bénéficie encore, outre qu'il est source de coûts supplémentaires, crée des distorsions de concurrence [...]. Si l'administration [...] était régie par les mêmes règles de droit du travail que le secteur privé, on réaliserait des économies de plusieurs millions de francs, mais on améliorerait aussi l'efficacité de l'appareil administratif ».

- 3 Pour ce faire, notre recherche sera consacrée à l'étude de l'application des règles du Code des obligations aux rapports de travail de droit public, et non pas à la question du transfert des activités étatiques à des entreprises du secteur privé¹⁰. Elle tentera de montrer les principales influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, mais aussi les différences inévitables qui subsistent entre ces deux domaines du droit.
- 4 Bien qu'un rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique ait été mis en évidence par la doctrine, notre étude aura cependant pour originalité de réinterroger la raison d'être de la dichotomie entre droit privé et droit public, qui est sous-jacente au phénomène du rapprochement évoqué. D'ailleurs, cette distinction entre droit privé et droit public mérite d'être expliquée avant que soit présenté notre axe principal d'analyse.
- 5 On distingue traditionnellement deux catégories fondamentales de l'ordre juridique suisse, à savoir le droit privé et le droit public¹¹. La doctrine propose de nombreux critères pour les différencier¹². Il existe la théorie du fisc, selon laquelle les rapports juridiques d'ordre patrimonial sont soumis au droit privé, les autres rapports étant soumis au droit public¹³. La théorie des intérêts distingue, quant à elle, la règle qui régit les intérêts des particuliers de celle qui a pour but la protection et la promotion d'un intérêt général. Dans le premier cas, la règle relève du droit privé, dans le second, elle est de droit public¹⁴. De son côté, la théorie des sujets « soumet au droit public les rapports juridiques dont l'une des parties est l'Etat ou une collectivité publique »¹⁵. Cette dernière se combine avec la théorie de la subordination, qui fonde le critère de distinction sur la nature des pouvoirs de l'administration : « si la règle de droit confère à [cette administration] des prérogatives juridiques, elle est de droit public ; si, au contraire, elle institue entre la collectivité et les particuliers des rapports d'égalité – dans lesquels chaque partie a la même position juridique – elle relève du droit privé »¹⁶. Il existe encore d'autres critères, toutefois ils se

¹⁰ Transfert qui implique le passage à une relation de travail soumise au droit privé.

¹¹ DUNAND/MAHON, 2009, p. V et les réf. citées. Cf. ég. SAUSER-HALL, p. 14. La subdivision entre le droit public et le droit privé est très ancienne. On la retrouve déjà dans un passage d'Ulpien, juriste du III^{ème} siècle après J.-C. Voir, par exemple, CERUTTI, p. 8 et SONNENBERG, p. 177.

¹² Voir, par exemple, MOOR, 1977, pp. 145 ss. Cf. ég. : MOOR, 2014, pp. 59 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, ch. 2.2.2.2, pp. 95-101 ; von ARX, pp. 15 ss ; HAFNER, 1999, pp. 202 ss.

¹³ MOOR, 1977, p. 146.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ MOOR, 1977, p. 147.

¹⁶ *Ibidem*.

rattachent tous à l'une ou l'autre de ces théories¹⁷. Leur combinaison, au cas d'espèce, permet de distinguer les règles de droit privé de celles de droit public¹⁸. Cependant, bien que la distinction de ces deux domaines du droit constitue l'une des classifications principales de divers ordres juridiques¹⁹, elle s'atténue par une « osmose » progressive dans tous les secteurs du droit²⁰. Le droit du travail, partagé entre ces deux catégories fondamentales, est aussi touché par ce phénomène. Constitué par des normes de droit privé et de droit public, l'hétérogénéité du droit du travail ne rend pas toujours évident l'exercice qui consiste à les distinguer. Au « sens large », le droit du travail comprend les réglementations qui forment la politique du travail ou la politique de l'emploi, réglementations qui englobent le placement, la formation ou encore l'orientation professionnelle et le droit du travail « au sens étroit »²¹. Ce dernier régit exclusivement les rapports de travail entre l'employeur et le travailleur. Il est formé du droit privé (du contrat individuel de travail), du droit public (de protection des travailleurs) et du droit collectif du travail²². Ainsi, alors que le Code des obligations, qui est une loi fédérale de droit privé, vise principalement à aménager un cadre juridique permettant de définir les droits et les obligations des parties au contrat de travail, et donc à sauvegarder les intérêts particuliers, les lois de droit public (p. ex. la LTr) ambitionnent davantage de protéger les travailleurs pour des motifs d'intérêt public (p. ex. la santé), c'est-à-dire pour sauvegarder un intérêt général²³.

Cette dichotomie n'est toutefois pas entièrement satisfaisante, car elle ne rend pas compte d'un système qui est beaucoup plus complexe. En effet, la ligne de partage entre droit privé et droit public du travail n'est pas si facile à délimiter, car on peut également opposer au droit privé (du contrat individuel de travail régi par les règles du Code des obligations), le droit de la fonction publique, qui conserve son caractère de droit public du travail.

¹⁷ Par exemple, « selon la théorie formelle, sont déterminants les procédés employés, contrat ou décision ; selon la théorie fonctionnelle, c'est l'objet de la règle – l'accomplissement d'une tâche publique – qui opère le rattachement ». MOOR, 1977, pp. 147-148.

¹⁸ Cf. SONNENBERG, p. 177.

¹⁹ En effet, le droit, du moins le droit continental européen, connaît de manière générale la distinction entre le droit public et le droit privé qui fait partie de sa systématique. Voir MOOR, 1977, p. 152.

²⁰ Cf. DUNAND/MAHON, 2009, p. V.

²¹ MAHON, 1984, p. 7.

²² REHBINDER, 1979, p. 22. Voir ég. MAHON, 1984, p. 7. Précisons que notre recherche ne portera pas sur le droit public de protection des travailleurs, ni sur le droit collectif du travail.

²³ Cela, selon le critère des intérêts. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 97.

- 7 Selon notre acception, le « droit de la fonction publique » comprend toutes les réglementations qui régissent, en Suisse, les rapports de service entre une collectivité publique et son personnel (à savoir ses fonctionnaires, agents, employés, etc.). En vertu notamment de la « théorie des sujets », combinée avec celle de la « subordination », ces réglementations soumettent en principe le personnel étatique à des rapports de droit public²⁴. Cela résulte également de l'article 342 alinéa 1 lettre a CO, qui contient une réserve exclusive en faveur des relations de travail de droit public, ce qui permet à la Confédération, aux cantons et aux communes d'adopter leur propre réglementation et de soustraire au champ d'application du Code des obligations les rapports de travail de leurs employés²⁵. Par conséquent, il n'existe pas un statut unitaire de la fonction publique, mais une pluralité de statuts, car chaque collectivité publique peut adopter sa propre réglementation²⁶.
- 8 Nous sommes conscients de l'impossibilité de prétendre comparer tous les statuts de la fonction publique des collectivités publiques (Confédération, cantons, communes) et des organisations de droit public en Suisse, et, *a fortiori*, dans une perspective d'évolution dans le temps. Etant donné qu'une étude d'une telle envergure est inimaginable dans le cadre restreint de notre recherche, nous limiterons notre examen au droit fédéral de la fonction publique, à savoir la législation relative au personnel de la Confédération (LPers), ainsi qu'aux statuts du personnel de quelques cantons, principalement les cantons de la Suisse romande, puisque ces derniers offrent déjà un échantillon intéressant d'analyse. En effet, en examinant une étude récente qui dresse un état des lieux du droit de la fonction publique de la Confédération et des vingt-six cantons²⁷ – étude portant sur les modes d'engagements, les droits et les obligations des agents publics, les sanctions et la fin des rapports de travail –, nous avons constaté que les statuts du personnel des cantons de la Suisse romande se distinguaient sur différents points et permettaient déjà d'illustrer des situations assez variées de rapprochement avec le droit privé, sans qu'il soit nécessaire de présenter systématiquement les vingt-six législations cantonales²⁸.

²⁴ Pour ces théories, voir *supra* N 5. Par ailleurs, la doctrine majoritaire et la jurisprudence ont fini par admettre que les rapports de travail des agents de l'Etat doivent, en règle générale, être soumis à un régime de droit public. *Infra* N 124.

²⁵ *Infra* N 27. Voir MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 7 ad art. 342 CO, p. 884.

²⁶ Cf. *infra* N 30. Voir, parmi d'autres, NGUYEN, 1999, p. 421.

²⁷ Il s'agit d'une étude de BELLANGER/ROY sur l'évolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique en Suisse.

²⁸ Des exemples ponctuels concernant d'autres collectivités publiques (cantonales ou communales) ou entités de droit public seront toutefois les bienvenus pour illustrer l'adoption de solutions originales.

Venons-en, maintenant, à notre axe principal d'analyse. Notre thèse se développera en trois parties, d'ampleur inégale, qui permettront de traiter des *fondements de la relation de travail* (première partie), de *l'évolution du droit de la fonction publique* (deuxième partie) et des *statuts actuels de la fonction publique* (troisième partie). 9

La première partie présentera brièvement les *sources* (chapitre 1) du droit privé du travail et du droit de la fonction publique, et quelques éléments relatifs aux *origines* de ceux-ci (chapitre 2)²⁹. Dans la foulée, nous examinerons également les *caractéristiques essentielles* (chapitre 3) des rapports de travail de droit privé, par opposition aux rapports de travail de droit public. Dès lors, cette première partie servira à contextualiser le terrain de notre recherche, et à permettre ultérieurement des comparaisons entre les statuts traditionnels de la fonction publique et les statuts les plus actuels. 10

La deuxième partie, bien qu'elle ne soit pas exhaustive, exposera les principales évolutions du droit de la fonction publique, à savoir *l'évolution de la législation* (chapitre 4)³⁰, *l'évolution du modèle traditionnel* (chapitre 5) et celle *du fondement de la relation de travail* (chapitre 6), dans la mesure où ces évolutions ont permis un rapprochement du droit de la fonction publique avec le droit privé du travail. 11

Enfin, dans une troisième partie, qui portera sur les statuts actuels de la fonction publique, nous étudierons quelques aspects de la *création des rapports de travail* (chapitre 7), par exemple le recrutement, l'embauche et les modes d'engagement du personnel, afin d'y déceler les influences du droit privé. Le contenu de la relation de travail ne sera pas examiné, car l'influence du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique ne semble pas être manifeste sur ce point³¹. Cette étape ne sera donc pas nécessaire à notre réflexion³². 12

²⁹ Il existe effectivement en Suisse un contexte historique, politique et juridique qui justifie la dualité entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique : nous le décrirons.

³⁰ Par exemple, les principales tendances du nouveau droit fédéral de la fonction publique, marqué par ses constants projets de révisions, seront aussi présentées.

³¹ Pour quelques différences actuelles entre les droits et les obligations des employés dans le secteur public et le secteur privé durant les rapports de travail, voir, par exemple, GEISER, pp. 290-292.

³² Par ailleurs, les différences qui persistent dans le contenu des rapports de travail sont notamment liées au fait que la LTr ne s'applique pas de façon uniforme à toutes les relations de travail. Voir, PERRENOUD, 2016b, pp. 468-469. Il s'agit donc plutôt de la question de l'application du droit public de protection des travailleurs aux rapports de droit privé et de droit public que d'éventuelles influences du droit privé du travail.

- 13 En revanche, l'examen de la *cessation des rapports de travail* (chapitre 8) sera incontournable, car il existe de nombreuses jurisprudences et des projets de loi (tel que celui concernant la loi sur le personnel de la Confédération) qui témoignent d'une véritable volonté de rapprocher les mécanismes du droit public de ceux du droit privé pour la cessation des rapports de travail³³.
- 14 Précisons encore que le contentieux du droit de la fonction publique ne fera pas l'objet de notre analyse, car il reste, jusqu'à aujourd'hui, globalement du ressort des tribunaux administratifs, dont la procédure se distingue des voies civiles. Le rapprochement entre les statuts de la fonction publique et les règles du Code des obligations est effectivement plus marqué sur le plan matériel que procédural³⁴, même si on peut parfois observer un rapprochement du contentieux, selon les voies de droit et la procédure choisies³⁵.
- 15 En outre, motif pris que les fondements de la multitude de statuts du personnel s'inscrivent, en Suisse, dans une tradition juridique quelque peu différente de celle de nos pays voisins (fédéralisme oblige)³⁶, notre recherche sera entièrement consacrée à l'étude de la législation suisse, et n'intégrera pas de perspectives comparatives³⁷, même si un phénomène similaire à celui que nous avons décrit touche d'autres ordres juridiques, notamment en Europe³⁸.
- 16 Finalement, une *conclusion* présentera les résultats de notre étude et répondra à notre premier objectif, à savoir celui de montrer les principales influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique. Nos dernières remarques relèveront également les résistances prépondérantes à cette tendance, permettant ainsi la mise en évidence des véritables enjeux du rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique et ouvriront quelques pistes de réflexion pour réinterroger, en droit du travail, les deux catégories fondamentales de l'ordre juridique que sont le droit privé et le droit public.

³³ Des questions d'actualité, qui se posent tant dans le secteur public que dans le secteur privé, seront aussi mises en évidence, par exemple celle de l'indemnisation ou de la réintégration de l'employé à son poste de travail.

³⁴ Toutefois, le fait que le contentieux reste de droit public et qu'il « gomme » en partie le rapprochement matériel ne peut être ignoré.

³⁵ Notamment dans le canton de Vaud. Voir le débat in : Plaidoyer 6/2016, p. 9.

³⁶ Cf. GERMANN, p. 110.

³⁷ D'ailleurs, cette perspective de droit comparé fait déjà l'objet d'une recherche menée dans le cadre du projet soutenu par le Fonds national suisse dans lequel s'inscrit notre thèse. Voir DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016, Avant-propos.

³⁸ Cf. PERRENOUD, 2016b, pp. 482-483.

Première partie

Les fondements de la relation de travail

Cette première partie présente, à titre préliminaire, les fondements de la relation de travail en Suisse, afin de contextualiser l'axe principal de notre recherche. En effet, pour examiner les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, il faut comprendre, au préalable, quels sont les fondements de ces deux domaines du droit. Pour ce faire, nous examinerons brièvement les *sources* (chapitre 1), les *origines* (chapitre 2), ainsi que les *caractéristiques essentielles* (chapitre 3) du droit privé du travail et du droit de la fonction publique.

Chapitre 1 : Sources

Pour situer l'objet de notre recherche, il est nécessaire, tout d'abord, de dresser un panorama des sources relatives au droit du travail (§ 1), et, plus particulièrement, au droit de la fonction publique (§ 2), qui seront récapitulées dans une synthèse (§ 3). 17

§ 1 Le droit du travail

Afin de distinguer le droit privé du travail et le droit qui régit la fonction publique en Suisse, il faut brièvement présenter quelques généralités (A) et les règles applicables au droit du travail (B), avant de traiter de l'article 342 alinéa 1 CO (C), qui permet notamment aux collectivités publiques d'édicter des règles de droit public en matière de rapports de travail. 18

A. Généralités

Définition – Même s'il n'existe pas, en Suisse, de définition claire et précise du « droit du travail » à proprement dit³⁹, celui-ci comprend « l'ensemble des normes juridiques qui régissent les "rapports de travail", c'est-à-dire les relations juridiques entre employeurs et travailleurs ainsi qu'entre leurs groupements (organisations, associations) »⁴⁰. Cette formulation doit, selon nous, s'interpréter de manière assez large, afin d'inclure tous les rapports juridiques issus de la relation existant entre un employeur et son employé, et ce, quelle que soit la nature juridique du lien qui les unit, qu'il soit de droit privé ou de droit public. 19

Notion – Le « droit du travail » peut être considéré comme un domaine juridique autonome, car il « se rapporte à un domaine sociologiquement complet » qu'il régit exhaustivement, en empruntant des éléments à d'autres domaines 20

³⁹ SCHWEINGRUBER, 1977, p. 171. Voir ég. MAHON, 1984, p. 15.

⁴⁰ SCHWEINGRUBER, 1975, N 3, p. 13.

du droit, tels que des composants de droit privé, mais aussi de droit public⁴¹. En effet, en matière de droit du travail, l'ordre juridique suisse contient un ensemble de règles disséminées « dans de nombreuses lois éparses, lesquelles se multiplient au fil des ans, de manière complexe et parfois peu cohérente »⁴². Dans cet ensemble, on peut distinguer d'une part, le droit du travail « au sens étroit », d'autre part, le droit du travail « au sens large »⁴³.

- 21 **Au sens large/étroit** – Comme mentionné dans notre introduction, le droit du travail « au sens large » comprend toutes les réglementations qui forment la politique du travail ou la politique de l'emploi, telles que le placement, la formation ou encore l'orientation professionnelle, ainsi que le droit du travail « au sens étroit »⁴⁴. Ce dernier règle exclusivement les rapports de travail entre l'employeur et le travailleur : il est formé du droit privé (du contrat individuel de travail), du droit public (de protection des travailleurs) et du droit collectif du travail⁴⁵. Quant au droit de la fonction publique, on considère qu'il se situe dans l'ensemble du droit du travail « au sens large »⁴⁶, car il est également concerné par les lois qui forment la politique du travail ou de l'emploi, ainsi que par d'autres réglementations relatives au droit du travail au « sens étroit ».

B. Les règles applicables

- 22 **Les sources du droit du travail** – En Suisse, plusieurs sources formelles produisent des effets dans le domaine du droit du travail⁴⁷. En effet, le droit du travail doit tout d'abord être conforme à la Constitution fédérale. Après quoi, il faut tenir compte des nombreuses lois et ordonnances fédérales, qui contiennent aussi des dispositions relatives au droit du travail. Finalement, le droit cantonal peut également constituer une source formelle. Nous mentionnerons aussi, pour rappel, les normes issues du droit international et du droit européen dans la mesure où elles peuvent influencer l'évolution du droit suisse en matière de relations de travail⁴⁸.

⁴¹ REHBINDER, 1979, pp. 21 s.

⁴² WYLER/HEINZER, p. 5.

⁴³ SCHWEINGRUBER, 1977, p. 161. Cf. MAHON, 1984, p. 7.

⁴⁴ MAHON, 1984, p. 7.

⁴⁵ REHBINDER, 1979, p. 22. Voir ég. MAHON, 1984, p. 7.

⁴⁶ Voir BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, N 62, p. 45.

⁴⁷ Pour une liste détaillée des sources formelles du droit du travail, consulter WYLER/HEINZER, pp. 7-18.

⁴⁸ Pour une sélection de sources internationales qui concernent les rapports de travail, cf. WYLER/HEINZER, pp. 12-14.

Les lois fédérales – En Suisse, le Code des obligations⁴⁹ régit de manière uniforme les rapports de travail des particuliers, via les articles 319 à 362 CO⁵⁰. D'autres lois fédérales régissent aussi les rapports de travail⁵¹, telles que les lois fédérales sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce⁵², sur le service de l'emploi et la location de services⁵³, sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises⁵⁴, sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement⁵⁵, ainsi que la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail⁵⁶ et la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir⁵⁷.

23

Les ordonnances fédérales – En matière de droit du travail, de nombreuses lois fédérales sont accompagnées d'une ou de plusieurs ordonnances d'exécution, par exemple de :

24

- l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail⁵⁸ ;
- l'ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (ordonnance sur la protection de la maternité)⁵⁹ ;
- l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs)⁶⁰ ;
- l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (hygiène)⁶¹ ;
- l'ordonnance 4 relative à la loi sur le travail (entreprises industrielles, approbation des plans et autorisation d'exploiter)⁶² ;
- l'ordonnance 5 relative à la loi sur le travail (ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs)⁶³ ;

⁴⁹ C'est-à-dire la loi fédérale complétant le Code civil suisse, du 30 mars 1911 ; RS 220.

⁵⁰ Le droit privé du travail est ainsi régi par les articles 319 ss du Code des obligations (CO) relatifs au contrat individuel de travail.

⁵¹ Voir le recueil de textes en droit du travail édité par DUNAND/WYLER/DUPONT/KAHIL-WOLFF qui rassemble les principaux textes légaux en la matière.

⁵² Loi sur le travail, LTr, du 13 mars 1964 ; RS 822.11.

⁵³ LSE, du 6 octobre 1989 ; RS 823.11.

⁵⁴ Loi sur la participation, du 17 décembre 1993 ; RS 822.14.

⁵⁵ LDét, du 8 octobre 1999 ; RS 823.20.

⁵⁶ LECCT, du 28 septembre 1956 ; RS 221.215.311.

⁵⁷ LTN, du 17 juin 2005 ; RS 822.41.

⁵⁸ OLT 1, du 10 mai 2000 ; RS 822.111.

⁵⁹ OPMAT, du 20 mars 2001 ; RS 822.111.52.

⁶⁰ OLT 2, du 10 mai 2000 ; RS 822.112.

⁶¹ OLT 3, du 18 août 1993 ; RS 822.113.

⁶² OLT 4, du 18 août 1993 ; RS 822.114.

⁶³ OLT 5, du 28 septembre 2007 ; RS 822.115.

- l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse⁶⁴ ;
- l'ordonnance concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (ordonnance sur le travail au noir)⁶⁵.

- 25 **Le droit cantonal** – Avant l'entrée en vigueur du premier Code des obligations, le droit cantonal contenait les règles en matière de droit du travail. Par ailleurs, jusqu'à fin 2010, il contenait également les dispositions de procédure applicables aux affaires civiles contentieuses, unifiées par le nouveau Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008⁶⁶. Aujourd'hui, le droit cantonal peut renfermer des dispositions d'application du droit fédéral en matière de rapports de travail, lorsqu'une marge de manœuvre est laissée aux cantons⁶⁷.
- 26 **Le droit international et européen** – La Suisse est liée par divers pactes ou conventions internationales qu'elle doit respecter (p. ex. la CEDH, les Pactes I et II, etc.), mais ces normes instaurent des standards minimums qui sont souvent déjà acquis dans notre pays⁶⁸. Par ailleurs, certaines directives européennes⁶⁹ « ont été reçues, en tout ou partie, dans notre ordre juridique », soit en tant que mesure d'accompagnement à des accords bilatéraux (tel que celui sur la libre circulation des personnes⁷⁰), soit « par une volonté autonome du législateur suisse »⁷¹.

⁶⁴ Odét, du 21 mai 2003 ; RS 823.201.

⁶⁵ OTN, du 6 septembre 2006 ; RS 822.411.

⁶⁶ Le CPC est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 ; RS 272. Cf. ég. WYLER, 2008, p. 50.

⁶⁷ Par ex. en matière de travail et de formation professionnelle, en vertu de la réserve prévue à l'art. 342 al. 1 let. b CO. Cf. WYLER/HEINZER, p. 12. Selon AUBRY GIRARDIN, « [o]n peut toutefois s'interroger sur la place laissée au droit cantonal par le droit fédéral, dès lors que [...] la Confédération a légiféré dans le domaine de la protection des travailleurs, ainsi que dans celui de la prévention de leur santé et de leur sécurité en édictant la LTr et la loi fédérale sur l'assurance-accidents ». AUBRY GIRARDIN, p. 30.

⁶⁸ WYLER/HEINZER, pp. 12 et 14 ss.

⁶⁹ Pour les principales directives européennes qui concernent les rapports de travail, cf. WYLER/HEINZER, pp. 16-18.

⁷⁰ ALCP ; RS 0.142.112.681.

⁷¹ Voir WYLER/HEINZER, p. 16. Ces auteurs rappellent que l'ALCP présente effectivement des incidences directes en droit suisse du travail.

C. L'article 342 al. 1 CO

Let. a – Alors que le droit privé régit de manière uniforme les rapports de travail des particuliers (principalement par les art. 319 ss CO applicables aux travailleurs et employeurs du secteur privé), l'article 342 alinéa 1 lettre a CO contient une réserve exclusive en faveur des relations de travail de droit public, ce qui permet à la Confédération, aux cantons et aux communes d'adopter une réglementation en la matière⁷². Ces collectivités ont donc la possibilité de soustraire au champ d'application du Code des obligations les rapports de service de leurs employés en édictant des normes spéciales de droit public⁷³, mais doivent toutefois se conformer aux articles 331 alinéa 5 et 331a à 331e CO en ce qui concerne la prévoyance en faveur du personnel⁷⁴.

Let. b – En outre, l'article 342 alinéa 1 lettre b CO prévoit une réserve pour « les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle ». Il en résulte que la Confédération et les cantons peuvent également adopter des règles de droit public portant sur les rapports de travail et sur la formation professionnelle, mais ces réglementations s'appliquent cumulativement à la réglementation du Code des obligations, quelle que soit la nature (droit privé ou public) du rapport juridique en cause⁷⁵. Toutefois, même si les cantons ont la possibilité d'adopter des prescriptions de droit public (car la Confédération ne dispose que de compétences concurrentes), la densité de la législation fédérale est telle qu'elle ne leur laisse, en pratique, qu'une marge de manœuvre assez restreinte, notamment en matière de protection des travailleurs⁷⁶.

⁷² Voir, p. ex., HAFNER, 2014, pp. 300-301 ; BRÜHWILER, 2014, N 1 ad art. 342 CO, p. 557 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 342 CO, pp. 1302 s. ; SUBILIA/DUC, N 2, p. 751 ; POLEDNA, 1999, pp. 212 s. ; HAFNER, 1999, p. 192.

⁷³ MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 7 ad art. 342 CO, p. 884. Selon ces auteurs, le choix de soumettre ou non les rapports de service au droit privé relève plutôt de considérations politiques ; même si le régime choisi (de droit privé ou de droit public) n'est pas sans conséquences juridiques. Sur l'opportunité de ce choix, cf., par exemple, GEISER/MÜLLER, N 211-214, pp. 77 s. ; HELBLING, 2002, p. 77.

⁷⁴ Il s'agit d'une obligation à laquelle elles ne peuvent pas déroger. Cf. STAEHELIN, ZK 2014, N 7 ad art. 342 CO, p. 405. Voir, entre autres, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 342 CO, p. 1303.

⁷⁵ MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 6 ad art. 342 CO, p. 883. Pour des exemples de réglementations, cf. STAEHELIN, ZK 2014, N 8 ad art. 342 CO, pp. 405 ss.

⁷⁶ Voir MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 17 ad art. 342 CO, p. 891.

§ 2 Le droit de la fonction publique

- 29 Pour comprendre de quoi est constitué le droit suisse de la fonction publique, il faut connaître quelques généralités (A) sur l'ensemble des règles qui régissent les rapports de service des agents de l'Etat, ainsi que les principaux statuts du personnel (B) applicables en la matière.

A. Généralités

- 30 **Une multitude de statuts** – En Suisse, le droit de la fonction publique est formé par une multitude de statuts du personnel. En effet, étant donné la structure fédéraliste de la Suisse, il n'existe pas un seul statut de la fonction publique, mais une pluralité de statuts, car chaque collectivité publique (Confédération, cantons et communes) a la possibilité d'adopter sa propre réglementation, en vertu de la réserve prévue à l'article 342 alinéa 1 lettre a CO⁷⁷. Par « statut de la fonction publique », il faut comprendre « l'ensemble des règles qui régissent les rapports de service du personnel de l'Etat »⁷⁸.
- 31 **La Confédération** – La Confédération a fait usage de sa compétence en la matière en adoptant le statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927, puis la nouvelle loi fédérale sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000⁷⁹ (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000), qui a permis de remplacer l'ancien StF. La LPers est accompagnée de son ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) du 3 juillet 2001⁸⁰, mais il existe diverses normes juridiques (lois, ordonnances, etc.) concernant les rapports de travail des employés fédéraux.
- 32 **Les cantons** – La Confédération suisse est formée de 26 cantons (Etats fédérés), à savoir d'Appenzell Rhodes-Extérieures (AR), d'Appenzell Rhodes-Intérieures (AI), d'Argovie (AG), de Bâle-Campagne (BL), de Bâle-Ville (BS), de Berne (BE), de Fribourg (FR), de Genève (GE), de Glaris (GL), des Grisons (GR), du Jura (JU), de Lucerne (LU), de Neuchâtel (NE), de Nidwald (NW), d'Obwald (OW), de Saint-Gall (SG), de Schaffhouse (SH), de Schwytz (SZ), de Soleure (SO), du Tessin (TI), de Thurgovie (TG), d'Uri (UR), du Valais (VS), de Vaud (VD), de Zoug (ZG) et de Zurich (ZH). Toujours en

⁷⁷ NGUYEN, 1999, p. 421. Voir ég. KOLLER, 2013a, p. 120, pour l'autonomie et la souveraineté des collectivités publiques.

⁷⁸ TANQUEREL, 2000, p. 8.

⁷⁹ RS 172.220.1.

⁸⁰ RS 172.220.111.3.

vertu de l'article 342 alinéa 1 lettre a CO, tous les cantons possèdent à ce jour leur propre statut de la fonction publique⁸¹.

Les communes – En Suisse, il existe environ 2300 communes⁸². Lorsque le droit cantonal ne règle pas les rapports de travail du personnel d'une ou de plusieurs communes, et pour autant qu'il l'autorise, chacune d'entre elles a la possibilité d'adopter sa propre réglementation⁸³. Les communes ont alors plusieurs options qui s'offrent à elles, par exemple rédiger un statut de la fonction publique ou reprendre celui existant dans la législation cantonale⁸⁴. Même lorsqu'une commune a la possibilité d'adopter sa propre réglementation, une faible densité de population et donc d'employés communaux la poussera probablement à reprendre les règles cantonales (ou celles d'une commune voisine). A l'opposé, un grand nombre d'agents publics incitera à notre avis la commune à façonner ses propres règles en matière de rapports de travail⁸⁵.

Les organisations de droit public – Les employés d'organisations de droit public (p. ex. les établissements de droit public) peuvent être soumis à un régime de droit public ordinaire ou à un éventuel statut du personnel de telles organisations, si la loi qui les crée ou les régit le permet, et cela, même si elles ne sont pas expressément mentionnées à l'article 342 alinéa 1 lettre a CO⁸⁶. D'ailleurs, notre Haute Cour reconnaît que les « règles adoptées par les organes d'un établissement de droit public sur la base de compétences accordées directement par le législateur cantonal sont à considérer comme relevant du droit public cantonal »⁸⁷. Comme le démontre l'exemple de l'aéroport de Genève, les organisations de droit public peuvent ainsi avoir des compétences propres. En effet, sur le plan cantonal, l'aéroport international de Genève (AIG) – établissement autonome de droit public qui jouit de la pleine person-

⁸¹ MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 7 ad art. 342 CO, p. 884. Selon ces auteurs, ces statuts du personnel diffèrent « plus ou moins » du régime de droit privé.

⁸² En date du 1^{er} juillet 2016, il existait selon l'OFS 2287 communes. Voir le site de l'OFS : « http://www.portal-stat.admin.ch/gde-tool/core/xshared/gewo_swf.php » (04.07.2016).

⁸³ Dans le canton de Genève, il existe par exemple un « statut du personnel » de la Ville de Genève, de la commune de Vernier, de Lancy, de Meyrin, de Carouge, d'Onex. Ces statuts communaux sont facilement accessibles sur internet.

⁸⁴ MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 7 ad art. 342 CO, p. 884.

⁸⁵ Toutefois, le phénomène croissant de fusions entre communes observé en Suisse conduira probablement à une réduction importante du nombre de statuts du personnel.

⁸⁶ MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 8 ad art. 342 CO, p. 884.

⁸⁷ TF 8C_802/2013 du 13 novembre 2014, c. 2.2. Voir aussi l'ATF 138 I 232, c. 1.2 et les références citées.

nalité juridique –⁸⁸ réglemente exhaustivement les rapports de travail de ses employés, avec son « Statut du personnel de l’Aéroport International de Genève », différent de celui des agents cantonaux⁸⁹. Au plan fédéral, les employés des Chemins de fer fédéraux (CFF)⁹⁰, même s’ils entrent dans le champ d’application de la LPers (voir art. 2 al. 1 let. d LPers), sont également soumis à un régime particulier, à savoir une convention collective de travail⁹¹. En revanche, d’autres organisations de droit public sont soumises exclusivement au régime de droit public de la collectivité concernée, ce qui signifie qu’elles n’ont pas un régime propre.

B. Les statuts du personnel

35 **La législation fédérale** – Parmi les règles qui régissent les rapports de travail du personnel de la Confédération, il existe de nombreuses lois et ordonnances fédérales, dont les plus connues sont :

- la loi fédérale sur le personnel de la Confédération⁹² ;
- l’ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération⁹³ ;
- l’ordonnance du Conseil fédéral sur le personnel de la Confédération⁹⁴ ;
- l’ordonnance du DFF concernant l’ordonnance sur le personnel de la Confédération⁹⁵ ;
- l’ordonnance du Conseil des EPF sur le personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales (ordonnance sur le personnel du domaine des EPF)⁹⁶.

36 **La législation cantonale** – Tous les cantons ont à ce jour leur propre réglementation en ce qui concerne les rapports de travail de leurs agents publics⁹⁷.

⁸⁸ Cf. art. 1 et 2 de la loi sur l’aéroport international de Genève (LAIG) du 10 juin 1993, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994 ; RS/GE H 3 25.

⁸⁹ Le statut du personnel de l’AIG peut être consulté sur : « <http://www.sspta.ch/documents/aig.php> » (04.07.16).

⁹⁰ Les CFF sont régis par la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux, LCFE ; RS 742.31.

⁹¹ Pour plus de détails, voir *infra* N 251.

⁹² LPers, du 24 mars 2000 ; RS 172.220.1.

⁹³ Ordonnance-cadre LPers, du 20 décembre 2000 ; RS 172.220.11.

⁹⁴ OPers, du 3 juillet 2001 ; RS 172.220.111.3.

⁹⁵ O-OPers, du 6 décembre 2001 ; RS 172.220.111.31.

⁹⁶ OPers-EPF, du 15 mars 2001 ; RS 172.220.113.

⁹⁷ Voir dans les annexes le tableau récapitulatif qui présente les 26 statuts cantonaux du personnel et leurs règlements ou ordonnances d’application.

Quant aux cantons de la Suisse romande, voici les principales réglementations en la matière :

BE :

- loi sur le personnel (LPers/BE), du 16 septembre 2004 ; ordonnance sur le personnel (OPers/BE), du 18 mai 2005⁹⁸.

FR :

- loi sur le personnel de l'Etat (LPers/FR), du 17 octobre 2001 ; règlement du personnel de l'Etat (RPers/FR), du 17 décembre 2002⁹⁹.

GE :

- loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC), du 4 décembre 1997 ; règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (RPAC), du 24 février 1999¹⁰⁰.

JU :

- loi sur le personnel de l'Etat (ci-après : LPers/JU), du 22 septembre 2010 ; ordonnance sur le personnel de l'Etat (ci-après : OPers/JU), du 29 novembre 2011¹⁰¹.

NE :

- loi sur le statut de la fonction publique (LSt), du 28 juin 1995 ; règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique (RSt), du 9 mars 2005¹⁰².

VS :

- loi sur le personnel de l'Etat du Valais (ci-après : LPers/VS), du 19 novembre 2010 ; ordonnance sur le personnel de l'Etat du Valais (ci-après : OPers/VS), du 22 juin 2011¹⁰³.

VD :

- loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers/VD), du 12 novembre 2001 ; règlement d'application de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (RLPers/VD), du 9 décembre 2002¹⁰⁴.

⁹⁸ RS/BE 153.01 et 153.011.1.

⁹⁹ RS/FR 122.70.1 et 122.70.11.

¹⁰⁰ RS/GE B 5 O5 et B 5 O5.01.

¹⁰¹ RS/JU 173.11 et 173.111.

¹⁰² RS/NE 152.510 et 152.511.

¹⁰³ RS/VS 172.2 et 172.200.

§ 3 Synthèse

- 37 **Le droit du travail** – La difficulté de définir le droit suisse du travail réside dans son hétérogénéité, car il se compose de normes juridiques éparses qui peuvent relever tant du droit privé que du droit public. Parmi ces normes, certaines relèvent de l'ensemble du droit du travail « au sens large », d'autres « au sens étroit ». Le premier comprend toutes les réglementations composant la politique du travail ou la politique de l'emploi (placement, formation ou encore orientation professionnelle), alors que le droit du travail « au sens étroit » règle exclusivement les rapports de travail entre l'employeur et le travailleur, et est lui-même formé du droit privé (du contrat individuel de travail), du droit public (de protection des travailleurs) et du droit collectif du travail¹⁰⁵. Par ailleurs, nombreuses sont les sources formelles qui produisent des effets juridiques sur le droit du travail, par exemple : Constitution suisse, lois et ordonnances fédérales ou cantonales.
- 38 **L'art. 342 al. 1 CO** – L'article 342 alinéa 1 du Code des obligations permet de distinguer les rapports de travail de droit privé (régis par le contrat individuel de travail prévu aux articles 319 ss CO) des rapports de travail de droit public (des agents de la Confédération, cantons et communes) issus des multiples statuts du personnel. Cependant, cette disposition ne permet pas de circonscrire la portée complète du pouvoir octroyé à d'autres organisations. En effet, il ne ressort pas de la réserve en faveur du droit public prévue à l'article 342 alinéa 1 lettre a CO, que les organisations de droit public peuvent également être soumises à un régime de droit public ordinaire ou créer leur propre statut du personnel, car elles n'y sont pas expressément mentionnées¹⁰⁶.
- 39 **Le droit de la fonction publique** – En Suisse, le droit de la fonction publique est formé d'un ensemble de règles relevant du droit public, ensemble qui comprend des milliers de statuts du personnel des collectivités publiques régissant les rapports de travail des agents de l'Etat. Nous l'avons montré, tant la Confédération que les 26 cantons ont usé de leur compétence. Quant aux communes ou aux organisations de droit public (p. ex. les établissements de droit public), elles peuvent être soumises au régime de droit public de la collectivité concernée ou à leur propre statut du personnel¹⁰⁷.

¹⁰⁴ RS/VD 172.31 et 172.31.1.

¹⁰⁵ MAHON, 1984, p. 7. Cf. ég. REHBINDER, 1979, p. 22.

¹⁰⁶ Cf. MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 8 ad art. 342 CO, p. 884.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

Chapitre 2 : Origines

Quelques généralités nous permettront tout d'abord de révéler le contexte de la naissance du droit suisse régissant la relation de travail (§ 1), puis nous présenterons les origines du droit privé et du droit public du travail (§ 2) ainsi que celles du droit de la fonction publique (§ 3). Une synthèse (§ 4) rappellera les circonstances entourant la naissance de ces domaines du droit. 40

§ 1 Contexte de la naissance de la réglementation du travail

La Constitution de 1848 – Le 12 septembre 1848, le peuple suisse se dote d'une Constitution fédérale¹⁰⁸ abrogeant le Pacte de 1815¹⁰⁹. La Suisse devient un Etat fédéral (ou fédératif) et cesse d'être une confédération d'Etats, même si l'on conserve cette terminologie pour des raisons pratiques¹¹⁰. L'institution de la Diète disparaît pour laisser la place à un Parlement (l'Assemblée fédérale, composée de deux chambres : le Conseil national et le Conseil des Etats), à un gouvernement (le Conseil fédéral, composé de sept membres) et à un Tribunal fédéral¹¹¹. 41

¹⁰⁸ FF 1849 I 3 ss. Voir KLEY, "Constitution fédérale", chap. 1 : La Constitution fédérale de 1848, in : DHS, version du 06.12.2006, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9811.php> ». Selon cet auteur, ce texte « liait le principe national et le maintien de la souveraineté cantonale », les pouvoirs de la Confédération étaient très limités et les cantons exerçaient tous les droits qui ne lui étaient pas délégués.

¹⁰⁹ Pour plus de détails, voir MOROSOLI, "Pacte fédéral", in : DHS, version du 21.12.2010, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9809.php> ».

¹¹⁰ Cf. KLEY, "Etat fédéral", in : DHS, version du 27.09.2012, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9801.php> » et LADNER, p. 8. Voir ég. FLEINER, pp. 53 ss.

¹¹¹ Le Tribunal fédéral a toutefois un « rôle très restreint. Formé de juges à temps partiel, il siégeait par intermittence, en général pour des affaires civiles. La justice relevait ordinairement des cantons ; en droit public, le Conseil fédéral prenait presque toutes les décisions, avec recours possible auprès de l'Assemblée fédérale ». LADNER, p. 9.

- 42 **La centralisation des pouvoirs** – La Constitution fédérale de 1848 octroie de nouveaux domaines d'intervention à la Confédération et permet alors à la Suisse, pour la première fois, de se doter d'un pouvoir central avec des compétences étendues « en matière de diplomatie, de défense nationale, de douanes, poste, monnaie »¹¹². Le phénomène de centralisation des pouvoirs amène l'Etat fédéral à faire face à de multiples problèmes¹¹³, tels que « [la] révision du système douanier, [l']unification des poids et des mesures, [la] création d'une monnaie fédérale, [la] construction des chemins de fer »¹¹⁴.
- 43 **Le développement de l'administration** – A partir de 1848, l'administration fédérale se développe et le personnel fédéral (mais aussi cantonal ou communal) va connaître une croissance impressionnante en Suisse¹¹⁵. Précisons d'emblée, quand bien même nous y reviendrons plus bas¹¹⁶, que « [p]endant toute la période de l'ancienne Confédération, c'est-à-dire pendant cinq cents ans environ, la Suisse n'a pas [eu] un seul fonctionnaire fédéral. Le fait paraît incroyable à notre époque, et pourtant il est littéralement vrai. [...] La première fonction fédérale indépendante, créée sous le Pacte de 1815, fut la Chancellerie fédérale. Mais, avec la Constitution de 1848, le monde des fonctionnaires fédéraux surgit à foison et se multiplia, dès ce moment, avec une grande intensité »¹¹⁷.
- 44 **L'extension des compétences juridiques** – Dès 1848, le pouvoir central se charge d'une partie des tâches assumées auparavant par les cantons¹¹⁸. Puis,

¹¹² DORAND et al., p. 120. « C'est en vertu de l'importance capitale de certaines activités pour la vie sociale que l'Etat a érigé en services publics les postes, les télégraphes, les chemins de fer, de même qu'il s'est chargé de beaucoup d'entreprises industrielles ou l'intérêt général domine » : ANTONIEVITCH, p. 9.

¹¹³ Concernant la centralisation des pouvoirs, consulter FLEINER, pp. 197 ss. Le mouvement de centralisation a toujours été plus marqué en période de crise, même si un va-et-vient entre tendances centralisatrice et décentralisatrice a pu constamment être constaté au gré du temps. KOLLER, 2013a, p. 123.

¹¹⁴ DORAND et al., p. 124. Ce faisant, il acquiert de nouvelles compétences juridiques.

¹¹⁵ Voir GERMANN, "Administration fédérale", chap. 1 : Evolution des effectifs, in : DHS, version du 25.09.2006, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F10343.php> ». Cette augmentation est d'ailleurs proportionnellement beaucoup plus élevée dans les cantons et les communes qu'au sein de la Confédération

¹¹⁶ Cf. *infra* N 60.

¹¹⁷ DUBS, 1878b, p. 365.

¹¹⁸ Il faut aussi préciser qu'au cours du 19^{ème} siècle un bouleversement dans l'organisation sociale et dans la vie politique provoque une interdépendance sociale et une participation plus active du peuple suisse dans l'élaboration des lois, ce qui aura de grandes répercussions sur la formation et sur l'extension de l'activité étatique de la Confédération. Cf. ANTONIEVITCH, préface, p. 7.

progressivement, « [o]n assiste à l'extension des compétences juridiques de la Confédération (unification du droit civil et pénal). Berne légifère dans le domaine économique (rachat des chemins de fer dès 1898 et création des CFF ; fondation en 1906 de la Banque nationale). Les autorités commencent à se préoccuper de politique sociale (réglementation du travail dans les fabriques et législation sur l'assurance maladie et accidents) »¹¹⁹. La révision totale de la Constitution fédérale de 1874 va permettre à la Confédération de légiférer, notamment sur le travail dans les fabriques (cf. art. 34 aCst.), en matière de droit privé du travail (cf. art. 64 aCst.) et sur les conditions de travail du personnel fédéral (cf. art. 85 aCst.).

Un « Etat social » – Alors qu'autrefois le rôle et les attributions étatiques étaient cantonnés « à la défense du peuple et du territoire, au maintien de la sécurité, de l'ordre et de la tranquillité », les compétences de l'Etat fédéral vont s'étendre au-delà de la défense, de la police et de la justice ; il ne se contente plus « d'un rôle négatif », mais « passe à l'action positive », à un « Etat social » (ou « Etat moderne ») auquel on demande non seulement de protéger le citoyen¹²⁰, mais aussi d'offrir au travailleur une protection sociale efficace¹²¹. En d'autres termes, l'« Etat moderne » ne se contente plus d'un rôle de police ; il se donne le devoir de réagir de manière active aux besoins collectifs et devient ainsi un organe de « solidarité sociale qui doit procurer à la nation la satisfaction de tous les besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction imparfaite »¹²². Afin de préserver les intérêts de la nation, l'Etat organise les services publics de façon à assurer la « permanence de leur fonctionnement » et il en confie « l'exploitation, non à [une] entreprise privée, mais à des fonctionnaires »¹²³.

45

§ 2 Origines du droit privé et du droit public du travail

Depuis ses origines, le droit du travail, qu'il soit public ou privé, a été amené à se modifier, à s'adapter, au fil des époques et de la création de nouvelles institutions. C'est ce que montrent les origines du droit privé (A) et du droit public (B) du travail en Suisse¹²⁴.

46

¹¹⁹ DORAND et al., p. 124.

¹²⁰ *Idem*, p. 142.

¹²¹ ANTONIEVITCH, pp. 7 ss.

¹²² *Idem*, pp. 8-9.

¹²³ Message 1924, p. 5.

¹²⁴ Pour plus de détails, consulter PERRRENOUD, 2016a, pp. 30 ss et 76 ss.

A. Le droit privé du travail

47 **Le contrat de travail** – Alors que le point de départ de la naissance du droit public de protection des travailleurs est, nous le verrons plus bas, la révolution industrielle (19^{ème} siècle), le contrat de travail est une institution beaucoup plus ancienne datant de l'époque romaine qui a perduré au fil du temps. A l'époque romaine, le contrat de travail était cependant un contrat consensuel¹²⁵ de location de services (*locatio operarum*) « par lequel le travailleur (le *locator*) s'engageait à fournir son activité pour un certain temps à l'employeur (le *conductor*) en échange d'une rémunération (*merces*) »¹²⁶. Bien moins utilisé que de nos jours¹²⁷, ce contrat comportait déjà les quatre éléments caractéristiques du contrat de travail que l'on retrouve actuellement dans le contrat individuel de travail du Code des obligations (cf. art. 319 al. 1 CO), à savoir une prestation de travail, un rapport de subordination du travailleur à son employeur, un élément de durée et une rémunération (salaire)¹²⁸. Nous ne retracerons pas ici tout l'historique du contrat de travail depuis l'époque romaine jusqu'à aujourd'hui¹²⁹, mais précisons que juste avant l'unification du droit des obligations par la Confédération (1881), ce contrat était régi par les lois civiles cantonales¹³⁰. Puis, la révision totale de la Constitution de 1874 va autoriser la Confédération à unifier le droit des obligations¹³¹.

48 **Le Code des obligations (1881)** – Le premier Code des obligations (CO) est adopté en 1881 et consacre, pour la première fois au niveau fédéral, quelques dispositions de droit strict – 12 articles portant sur le « louage de services »¹³² – qui vont permettre, au fil du temps, de considérablement développer la réglementation de droit privé du contrat individuel de travail¹³³. En effet, « [p]armi les contrats régis par le Code des obligations, le contrat de travail est celui qui, au cours du siècle écoulé depuis l'adoption du Code fédéral des

¹²⁵ « Le droit romain connaît quatre contrats consensuels : la vente, le louage, la société et le mandat ». ROBAYE, p. 214.

¹²⁶ DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, p. 105.

¹²⁷ Pour les raisons qui justifient le manque de recours au contrat de travail à l'époque romaine, voir DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, p. 105 ; ROBAYE, pp. 275-276.

¹²⁸ DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, p. 106.

¹²⁹ Ces développements seraient d'ailleurs inutiles dans le cadre de notre réflexion.

¹³⁰ Voir *infra* N 52. BERENSTEIN, 1982, pp. 228 s. ; MAHON, 1984, p. 16.

¹³¹ Cf. Message 1880, pp. 115 ss. Voir ég. BERENSTEIN, 1982, pp. 231-234.

¹³² Voir RO 1881, pp. 168-171.

¹³³ MAHON, 1984, p. 16.

obligations de 1881, a vu l'ampleur de sa réglementation s'accroître dans la mesure la plus large »¹³⁴.

Les révisions du CO – Au cours des révisions du Code des obligations de 1881¹³⁵, on souhaite y incorporer des règles toujours plus protectrices pour la partie faible du contrat (à savoir le travailleur)¹³⁶, alors que le système du Code consacre à part entière le principe de la liberté contractuelle¹³⁷. Le législateur revoit « profondément le chapitre relatif au contrat de travail, dénomination qui remplace celle de louage de service »¹³⁸. Lors de la révision du Code en 1911, le nombre d'articles augmente considérablement (on passe de 12 à 44 articles) et l'esprit de la loi se modifie : « [t]out en reconnaissant expressément la liberté contractuelle [...], le législateur introdui[t] de nombreuses dispositions de droit strict dans le but de protéger le travailleur [...] »¹³⁹. Après la révision complète de 1911¹⁴⁰, les dispositions relatives au contrat de travail sont encore changées maintes fois, mais la dernière révision de taille remonte à 1971 ; celle-ci a permis, dans ses grandes lignes, de mettre en place le régime actuel¹⁴¹.

49

B. Le droit public du travail

La révolution industrielle – C'est en réponse à la révolution industrielle que le droit public du travail, en tant que droit de protection des travailleurs, va faire son apparition. En effet, cette révolution va profondément bouleverser la structure économique de notre pays et plusieurs secteurs d'activité vont connaître un grand essor. Par exemple, la construction des chemins de fer (un des réseaux les plus denses au monde), l'ouverture de banques d'affaires (importantes pour le transfert de capitaux), l'industrie textile (elle représente vers 1900 la moitié des emplois industriels et des exportations), l'industrie des machines, de la chimie, des produits pharmaceutiques et de l'horlogerie, la production issue de l'élevage laitier (fabrication fromagère et de chocolat) ont

50

¹³⁴ BERENSTEIN, 1982, pp. 227. Voir aussi, à cet égard, pour l'évolution du contrat de travail de droit privé, RICHARD, pp. 344-351.

¹³⁵ Cf. BERENSTEIN, 1982, pp. 234 ss.

¹³⁶ Voir Message 1905 II 1 ss et FF 1909 III 747 ss.

¹³⁷ MAHON, 1984, p. 16.

¹³⁸ MAHON, 1998, p. 313.

¹³⁹ MAHON, 1984, pp. 16-17 ; la révision du Code de 1911 reconnaît ainsi l'inégalité de fait des parties.

¹⁴⁰ Cette révision a comme particularité l'introduction de dispositions assurant également une certaine protection pour l'employeur : MAHON, 2000, p. 11.

¹⁴¹ *Ibidem*.

contribué à la croissance de la Suisse¹⁴². De nombreuses personnes occupées à des travaux agricoles vont migrer vers les villes pour travailler dans des fabriques ou dans de nouveaux secteurs en développement¹⁴³.

51 **La protection des travailleurs** – Avec l'accroissement du nombre d'emplois au sein de l'industrie, les risques d'accidents et d'exploitation des ouvriers augmentent également¹⁴⁴. En Suisse, des cantons ou des communes réagissent à ce problème et font œuvre de pionniers en matière sociale : ainsi, Zurich édicte déjà en 1779 une ordonnance de protection des enfants en matière de travail¹⁴⁵. Puis, en 1815, ce même canton se dote d'une « ordonnance concernant les jeunes mineurs dans les fabriques en général et dans les filiales en particulier », mais qui ne sera pas appliquée¹⁴⁶. En 1846, le canton de Glaris adopte les premières prescriptions relatives au travail des adultes, même si celles-ci ne s'appliquent qu'aux ouvriers des filatures de coton¹⁴⁷. Les cantons adoptent ainsi, dès le milieu du 19^{ème} siècle, des normes de politique sociale protectrice de la classe ouvrière. La législation, d'abord limitée aux enfants et à certaines catégories de fabriques, va ensuite s'étendre aux adultes et s'appliquer à tout le secteur industriel¹⁴⁸.

52 **Interventions cantonales** – Malgré ces premières interventions cantonales (ou communales) pour prémunir les travailleurs contre des situations désastreuses pour leur santé ou leur famille¹⁴⁹, l'Etat fédéral doit prendre des mesures générales, car les règlements cantonaux ou internes à quelques entreprises ne sont pas suffisants¹⁵⁰ : seule la Confédération est apte à exercer une

¹⁴² DORAND et al., p. 128.

¹⁴³ *Idem*, p. 126.

¹⁴⁴ Le droit du travail et sa législation protectrice sont donc un produit de l'industrialisation. TSCHUDI, 1987b, p. 7.

¹⁴⁵ MAHON, 1998, p. 305.

¹⁴⁶ TSCHUDI, 1987b, p. 7. Voir ég. MAHON, 1998, p. 305.

¹⁴⁷ TSCHUDI, 1987a, pp. 6 s. ; TSCHUDI, 1987b, p. 7 ; cf. ég. BERENSTEIN, 1979, p. 119 et 120 ; RAPPARD, p. 216 et les réf. citées.

¹⁴⁸ Pour plus de détails, voir PERRENOUD, 2016a, pp. 84 ss.

¹⁴⁹ « Le but des premières législations sur le travail était [effectivement] de protéger la santé des travailleurs, notamment celle des femmes et des enfants, qui était particulièrement menacée ». TSCHUDI, 1983b, p. 192.

¹⁵⁰ Les relations juridiques entre travailleurs et employeurs étaient effectivement régies par les lois civiles cantonales. Voir BERENSTEIN, 1982, p. 228 ; MAHON, 1984, p. 16.

telle prérogative et elle va le faire dès 1877 en adoptant la loi fédérale sur les fabriques¹⁵¹.

La loi fédérale sur les fabriques (1877) – La loi fédérale sur le travail dans les fabriques est adoptée le 23 mars 1877 sur la base de l'article 34 de la Constitution de 1874¹⁵². Elle permet notamment, sur le plan fédéral, d'apporter une protection générale aux travailleurs : elle fixe, par exemple, une durée maximale de travail par jour (11 heures la semaine et 10 heures le samedi) et un âge minimal (14 ans), elle interdit (sauf exceptions) le travail de nuit, prévoit des règles spéciales pour les femmes enceintes et contient des règles relatives aux accidents et maladies¹⁵³. Par ailleurs, la loi fédérale sur les fabriques de 1877 contient quelques dispositions intervenant dans les rapports contractuels (celles-ci concernent notamment les modalités de versement des salaires et la résiliation du contrat individuel de travail)¹⁵⁴, qui vont subsister après l'adoption du Code des obligations de 1881¹⁵⁵. Elle sera ensuite abrogée dans son ensemble et remplacée par la deuxième loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 18 juin 1914, dont quelques dispositions sont toujours en vigueur¹⁵⁶.

Le nouvel art. 34ter – En 1908, l'adoption du nouvel article 34ter de la Constitution de 1874 va permettre à la Confédération d'élargir davantage ses compétences en matière de protection des travailleurs¹⁵⁷, de réviser à plusieurs reprises la loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877 et d'étendre son domaine d'application (notamment, la révision du 18 juin 1914 va l'étendre aux travailleurs occupés dans des entreprises non industrielles)¹⁵⁸. Par la suite, le champ de protection des travailleurs est encore élargi à d'autres

¹⁵¹ Cf. MAHON, 1998, p. 305. On assiste dès lors à la naissance d'une protection pour les personnes qui travaillent dans l'industrie, autrement dit, d'un droit social que l'on peut considérer comme « moderne » : MAHON, 1998, pp. 296 s.

¹⁵² Concernant cette loi, voir notamment : BERENSTEIN, 1979, p. 119 ; BERENSTEIN, 1982, pp. 229-231 ; TSCHUDI, 1987a, pp. 9 s. ; TSCHUDI, 1987b, pp. 7 s. ; TSCHUDI, 1998, p. 10 ; MAHON, 1984, p. 16 ; MAHON, 1998, pp. 308-309.

¹⁵³ MAHON, 1998, pp. 308-309.

¹⁵⁴ MAHON, 1998, p. 309.

¹⁵⁵ Cf. MAHON, 1984, p. 16. Le Code n'abrogea donc pas les dispositions de la loi fédérale de 1877 concernant le travail dans les fabriques : cf. BERENSTEIN, 1982, p. 231.

¹⁵⁶ Cf. BERENSTEIN, 1982, p. 231. Voir ég. RS 821.41 pour ces quelques dispositions.

¹⁵⁷ Le nouvel art. 34ter de la Constitution permettait ainsi de légiférer sur la protection des employés ou des ouvriers. Cf. TSCHUDI, 1987b, p. 10. Voir ég. TSCHUDI, 1983a, p. 284.

¹⁵⁸ Cela est dû au fait que la nouvelle disposition « étend la compétence fédérale à l'ensemble du "domaine des arts et métiers" ». MAHON, 1998, p. 312. Voir ég. MAHON, 1984, p. 19.

secteurs, « par le biais de législations spécifiques, telles que les lois sur la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transports et de communication [...] »¹⁵⁹. Puis, dans le but de réglementer entièrement la protection du travailleur, une loi sur le travail, dont la préparation a duré près de vingt ans, va voir le jour¹⁶⁰.

- 55 **L'adoption de la LTr** – La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) du 13 mars 1964 va réaliser la codification des différentes lois de protection existantes en une loi unique qui garantit une « protection quasi universelle aux travailleurs »¹⁶¹. A côté de la loi sur le travail, rares sont les lois spécifiques en matière de protection des travailleurs qui subsistent¹⁶². Par ailleurs, la loi sur le travail de 1964 ne provoqua pas de virulents débats comme ce fut le cas pour la première loi sur les fabriques de 1877 : elle « ne souleva ni l'enthousiasme des employeurs ni celui des travailleurs. On peut y voir un compromis réaliste entre les intérêts visant la protection des travailleurs et les contraintes économiques des entreprises. Le référendum ne fut pas lancé, de sorte que le Conseil fédéral décida de l'entrée en vigueur de la LTr pour le 1^{er} janvier 1966 »¹⁶³.

§ 3 Origines du droit de la fonction publique

- 56 Présentons ici quelques généralités (A) sur le contexte qui accompagne la naissance de la législation fédérale de la fonction publique (B), à savoir le statut des fonctionnaires fédéraux de 1927 (C). Ce dernier représente effectivement le modèle traditionnel de la fonction publique (D)¹⁶⁴.

A. Généralités

- 57 **Un droit récent** – Le droit suisse de la fonction publique est relativement récent, lorsque l'on sait que jusqu'à la fin du 18^{ème} siècle, les rapports de travail des fonctionnaires relevaient d'un rapport contractuel de droit civil auquel

¹⁵⁹ MAHON, 1984, p. 19. Voir ég. MAHON, 1998, p. 313.

¹⁶⁰ Cf. TSCHUDI, 1987b, p. 10.

¹⁶¹ PERRENOUD, 2016a, p. 134. Voir ég. pp. 147 ss.

¹⁶² En effet, seules quelques prescriptions de droit public resteront en vigueur à l'époque : voir TSCHUDI, 1987b, p. 10.

¹⁶³ GEISER/VON KAENEL/WYLER, Commentaire LTr, N 14 ad Introduction, p. 6.

¹⁶⁴ Du même avis, BELLANGER/ROY, p. 461.

s'appliquaient les règles du droit privé romain¹⁶⁵. Puis, au 19^{ème} siècle, une fois codifiées dans les codes cantonaux, les normes de droit privé pouvaient également servir à régir les rapports de travail des fonctionnaires, à défaut de règles spécifiques adoptées par les collectivités publiques¹⁶⁶.

L'Etat moderne – Dans « l'Etat moderne », les fonctionnaires prennent la place des anciens seigneurs du Moyen-âge, vacant à leurs occupations dans des territoires morcelés par des seigneuries terriennes « dans lesquelles le propriétaire, en vertu de son droit propre, pourvoyait lui-même à l'administration et rendait la justice en nombre de cas (juridiction patrimoniale), ou la faisait rendre par des organes payés par lui »¹⁶⁷. L'administration et la justice deviennent des affaires de l'Etat : les « travaux du fonctionnaire sont souvent concentrés dans son cabinet et liés à son pupitre, au bureau, ce qui conduit à désigner du nom de *bureaucratie* la vie moderne des fonctionnaires »¹⁶⁸.

58

Cantons et communes – A la fin du 19^{ème} siècle, tous les cantons¹⁶⁹ exercent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire : « [i]ls instituent eux-mêmes leurs services publics et en assurent la marche au moyen des impôts qu'ils lèvent »¹⁷⁰. La souveraineté des cantons réside dans le peuple et s'exerce directement par l'intermédiaire des citoyens ayant le droit de vote, et indirectement par les autorités et les fonctionnaires¹⁷¹. L'aristocratie se retire de la direction des affaires publiques pour laisser la place aux citoyens¹⁷². Ces derniers peuvent être nommés à une fonction publique et sont tenus de l'accepter, à moins

59

¹⁶⁵ Cf. MICHEL, 1998, p. 223. Cependant, sous l'ancienne Confédération (jusqu'en 1798), les droits villageois locaux indiquent parfois « les conditions d'engagement des petits fonctionnaires publics » : EICHHOLZER, p. 199.

¹⁶⁶ En dehors de règles spéciales, le droit privé était effectivement applicable : voir HELBLING, 2004a, p. 242. D'ailleurs, le Tribunal fédéral rattachait les rapports de service des agents publics au droit privé. Voir HAFNER, 1992, p. 484. Pour plus de détails concernant les fondements historiques du droit de la fonction publique, voir, par exemple, HANGARTNER, 1979, pp. 400-402. Cf. ég. PERRENOUD, 2016a, pp. 184 ss.

¹⁶⁷ DUBS, 1878a, p. 185.

¹⁶⁸ OTTIWELL, p. 119 (c'est l'auteur qui met en italique).

¹⁶⁹ Nous précisons que la généralisation du terme « canton » et la genèse de son organisation apparaît seulement en 1798. Cf. KOLLER, 2013a, p. 120.

¹⁷⁰ OTTIWELL, p. 138. Les communes et les autorités communales sont placées sous la surveillance du gouvernement cantonal : OTTIWELL, p. 119. Les fonctionnaires cantonaux sont tout à fait indépendants de la Confédération et ne sont pas soumis à l'autorité hiérarchique fédérale : cf. OTT, p. 74.

¹⁷¹ OTTIWELL, pp. 129-130.

¹⁷² Voir OTTIWELL, pp. 108-109.

qu'ils ne puissent donner une excuse valable (par exemple le fait de remplir déjà d'autres fonctions publiques, d'avoir un âge avancé ou d'être malade)¹⁷³. Les cantons et les communes peuvent, pour autant qu'ils en aient l'autonomie, aménager librement les rapports de service avec leur personnel¹⁷⁴. D'ailleurs, cette possibilité a perduré après l'adoption du Code des obligations (1881)¹⁷⁵, c'est-à-dire que la « légifération » du droit privé du travail n'a pas fait obstacle, sur le plan cantonal (ou communal), au maintien ou à la création de nouveaux statuts de la fonction publique en Suisse¹⁷⁶.

B. La législation fédérale de la fonction publique

⁶⁰ **Naissance** – On peut considérer que la Constitution de 1848 marque la naissance de la fonction publique fédérale en Suisse. En effet, c'est seulement après la fondation de l'Etat fédéral (en 1848) que l'on commence à créer de toutes pièces l'administration¹⁷⁷. En d'autres termes, « [l]es fonctions publiques commencent avec la Constitution de 1848, c'est-à-dire avec la transformation de la Suisse, confédération d'Etats, en Etat fédératif, et se multiplient, dès lors, avec une intensité surprenante »¹⁷⁸. Par conséquent, si on remonte aux origines de la Suisse – depuis la conclusion du Pacte fédéral de 1291 –, la fonction publique fédérale est une notion relativement moderne : durant près de cinq cents ans, sous l'ancienne Confédération, il n'existait pas de fonctions publiques à proprement parler¹⁷⁹.

¹⁷³ OTTIWELL, pp. 118. En ce qui concerne les emplois publics forcés, voir ég. DUBS, 1878a, pp. 193-194.

¹⁷⁴ Cette compétence est toujours entre les mains des cantons. Voir LADNER, pp. 9 s. La réglementation en matière de fonction publique était cependant très lacunaire et de nombreuses questions se posaient, par exemple concernant la possibilité de concilier plusieurs emplois, la légitimité de forcer quelqu'un qui s'y refuse à accepter un emploi public (question des emplois forcés) ou la responsabilité du fonctionnaire. Cf. DUBS, 1878a, pp. 190-196.

¹⁷⁵ Ce dernier préserve expressément le droit édicté en la matière par les cantons. Voir MICHEL, 1998, p. 193.

¹⁷⁶ La teneur de l'actuel article 342 alinéa 1 CO est du reste « aussi vieille que le Code des obligations lui-même puisqu'elle correspond à celle de l'art. 362 aCO adopté en 1911 ». MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 3 ad art. 342 CO, p. 882.

¹⁷⁷ GERMANN, "Administration fédérale", chap. 1 : Evolution des effectifs, in : DHS, version du 25.09.2006, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F10343.php> ».

¹⁷⁸ OTT, p. 5.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Concernant la notion de fonction publique, cf. NEUHAUS, p. 207.

Croissance et développement – Alors qu'en 1849, la Confédération compte uniquement 3080 employés (dont 80 travaillent pour l'administration générale, 409 pour les Douanes et 2591 pour les postes), le personnel fédéral va connaître une croissance impressionnante par à-coups (avec néanmoins une tendance à la baisse dès 1990)¹⁸⁰. Pour assumer ses nouvelles tâches, la Confédération engage de nombreux collaborateurs¹⁸¹ et légifère dans divers domaines qui se développent¹⁸². Dès lors, « [l]a fonction publique fédérale n'a pas de vraie tradition historique. C'est un organisme qui s'est brusquement développé et c'est à cela qu'il faut attribuer le manque de système, d'unité et le défaut de prescriptions uniformes réglementant le statut des fonctionnaires » de l'époque¹⁸³.

61

Réglementations – Avec la Constitution de 1848, l'Assemblée fédérale obtient la compétence de légiférer sur le traitement et les indemnités des membres des autorités de la Confédération et de la Chancellerie fédérale, sur la création des fonctions fédérales permanentes et sur la fixation des traitements (art. 74 ch. 2). Cette nouvelle compétence permet de déboucher sur l'adoption de plusieurs lois concernant les fonctionnaires, par exemple la loi sur la création de fonctions fédérales permanentes et la fixation des traitements du 2 août 1853¹⁸⁴, ou encore la loi sur les traitements des fonctionnaires fédéraux du 2 août 1873¹⁸⁵. Ultérieurement, la Constitution du 29 mai 1874 va encore élargir les compétences législatives de la Confédération qui pourra légiférer sur les conditions de travail du personnel (art. 85)¹⁸⁶; cela lui permettra par exemple d'adopter, le 21 février 1879, un arrêté concernant les congés des fonctionnaires et employés de l'administration fédérale¹⁸⁷.

62

Droit lacunaire – Cependant, face à l'évolution fulgurante du personnel fédéral et des règles s'y appliquant, peuvent être parallèlement mises en exergue les lacunes et la lenteur du développement du droit administratif général (litté-

63

¹⁸⁰ GERMANN, "Administration fédérale", chap. 1 : Evolution des effectifs, in : DHS, version du 25.09.2006, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F10343.php> ».

¹⁸¹ Pour renforcer le pouvoir central, des agents au service de l'Etat sont nécessaires et les fonctions publiques prennent de l'importance. ANTONIEVITCH, p. 10. Pour des données quantitatives, cf. MÜLLER/GRÜNWARD.

¹⁸² Par ailleurs, la population souhaite bénéficier de l'aide des pouvoirs publics dans les domaines sociaux et économiques. Cf. DORAND et al., p. 142.

¹⁸³ OTT, p. 5. En ce qui concerne le droit des employés publics et des fonctionnaires avant l'adoption du StF de 1927, voir MÜLLER H.

¹⁸⁴ Voir RO III 548.

¹⁸⁵ RO XI 293.

¹⁸⁶ RO I 37.

¹⁸⁷ RO III 72.

rature, enseignement, mise en place de juridictions administratives, etc.)¹⁸⁸. Le droit de la fonction publique est la partie la moins bien réglementée du droit administratif et il est difficile d'en extraire les principes fondamentaux qui le régissent¹⁸⁹. « Sur bien des points, le droit positif est si incomplet et si obscur qu'il faut recourir à certains usages admis dans la pratique administrative et suppléer aux lacunes, en s'inspirant de la législation et de la doctrine étrangères »¹⁹⁰. En raison de son caractère lacunaire (seules quelques règles éparses « contenues dans une mosaïque de lois, de règlements et d'arrêtés »¹⁹¹ sont applicables au personnel fédéral), le besoin d'adopter un statut général qui consolide la position juridique du fonctionnaire se fait vivement ressentir.

- 64 **Impulsions** – Dès la fin de la Première Guerre mondiale (1914-1918), « la pression en faveur d'un régime uniforme de la fonction publique s'en va croissante »¹⁹² et aboutit à un projet d'envergure, tant sur le plan de la rémunération que sur le corpus de règles traitant spécifiquement des droits et des obligations du fonctionnaire. En ce qui concerne d'abord le traitement, la législation fédérale va rapidement se développer. Dès 1918, le Conseil fédéral se préoccupe de légiférer sur cette matière : le département des finances est alors chargé, en 1919, d'étudier ce problème et, en 1920, il arrête un premier projet qui permet de déboucher quelques années plus tard sur deux lois fédérales, dont la première est applicable au personnel de l'administration générale et la seconde à celui des chemins de fer fédéraux¹⁹³.
- 65 **Projet de loi de 1924** – Par la suite, le 18 juillet 1924, après quatre ans de travaux préparatoires, le Conseil fédéral soumet un projet de loi à l'Assemblée fédérale¹⁹⁴, quand bien même il existe déjà à l'époque quelques réglementations concernant les rapports de service des fonctionnaires fédéraux¹⁹⁵. Ce-

¹⁸⁸ MOOR, "Droit administratif", chap. 1 : Le développement du droit administratif général, in : DHS, version du 24.01.2013, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9660.php> ».

¹⁸⁹ OTT, p. 5.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² GERMANN, p. 115.

¹⁹³ Message 1924, pp. 1-2.

¹⁹⁴ GERMANN, p. 115.

¹⁹⁵ Voir *supra* N 62. A titre d'exemple, on peut encore mentionner les lois suivantes, dont des dispositions s'appliquent aux fonctionnaires : la loi du 9 décembre 1850 relative à la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération, les lois de juin 1914 et 1919 sur le travail dans les fabriques et la loi du 6 mars 1922 sur la durée du travail dans les entreprises de transport (pour le personnel attaché à ces entreprises). Voir Message 1924, p. 6.

pendant, selon le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet, aucune de ces législations ne régleme pour les fonctionnaires fédéraux les conditions d'admission, de nomination, de résiliation des rapports de service ni ne prévoit de règles en matière de formation, d'avancement ainsi que de déplacement du personnel. Aucun texte ne régleme non plus « les conditions dans lesquelles les fonctionnaires peuvent accepter des charges publiques ou vaquer à des occupations accessoires »¹⁹⁶. Le projet du 18 juillet 1924 va déboucher sur le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927 (StF), qui sera le « pendant de la réglementation uniforme des rapports de service d'ordre privé consacrée par le code fédéral des obligations »¹⁹⁷.

C. Le statut des fonctionnaires fédéraux de 1927

Le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927 (StF) est un exemple incontournable parmi les statuts traditionnels de la fonction publique, car il est la première œuvre de codification (I) des rapports de travail des fonctionnaires sur le plan fédéral. Afin d'identifier ultérieurement les caractéristiques essentielles de ce modèle traditionnel, nous examinerons ci-après les possibilités qu'il offre pour la création des rapports de service (II), les droits et devoirs qu'il impose, du moins certains d'entre eux (III), ainsi que les principes régissant la résiliation des rapports de service (IV).

66

I. Une première œuvre de codification

Généralités – Le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927 (StF) est la première œuvre de codification par le législateur suisse des rapports de travail au sein de la Confédération¹⁹⁸. Il n'existe donc pas avant 1927 de loi helvétique qui traite à proprement parler des rapports de service des « fonctionnaires » (ou employés) fédéraux, plus particulièrement des droits et des obligations qui leur sont communs. En effet, alors que la législation suisse ne contient que « des prescriptions malheureusement vagues et très fragmentaires concernant les conditions d'engagement et le statut du personnel » fédéral, celles-ci sont « éparses dans plusieurs lois, arrêtés et ordonnances », de sorte qu'elles constituent une réglementation « à la fois compliquée et insuffisante »¹⁹⁹.

67

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ *Ibidem.*

¹⁹⁸ MAHON, 1994, p. 29.

¹⁹⁹ Message 1924, p. 1.

- 68 **Objectif** – Le statut des fonctionnaires fédéraux est un texte unique qui prévoit les droits et les devoirs de l’Etat et du personnel. Il précise en outre comment fonctionnaires et employés doivent comprendre l’accomplissement des obligations de leur service²⁰⁰. Il a pour objectif de combler les importantes lacunes existantes en matière de législation du personnel fédéral²⁰¹.
- 69 **Portée** – De manière générale, le statut des fonctionnaires fédéraux doit « procurer à l’Etat et au fonctionnaire les garanties nécessaires à la sauvegarde et à l’exercice des droits réciproques »²⁰². Bien qu’il ne soit pas applicable au personnel cantonal, le StF aura néanmoins une influence importante sur le droit des collectivités publiques²⁰³.

II. La création des rapports de service

- 70 Sous le régime du StF, le recrutement (1) s’effectue en principe par la mise au concours publique de la fonction vacante. Puis, après sélection du futur fonctionnaire, celui-ci est nommé par une décision administrative²⁰⁴. Cet acte unilatéral est aussi le moyen d’engagement usuel d’autres employés (permanents ou non permanents) de la Confédération. Cependant, celle-ci se réserve également le droit d’embaucher d’autres collaborateurs en faisant usage de contrats de droit administratif²⁰⁵ ou de droit privé²⁰⁶.

²⁰⁰ *Idem*, p. 3.

²⁰¹ Voir Message 1924, p. 7. Car, nous l’avons vu, « [d]urant de longues décennies, la Confédération ne disposait pas d’une législation complète et unifiée régissant les conditions de travail de ses fonctionnaires. Les normes les concernant se trouvaient dispersées dans des lois qui ne couvraient que des aspects partiels de la fonction publique ou dans des textes qui se limitaient à certains départements, services ou politiques publiques » : GERMANN, pp. 114 s.

²⁰² Message 1924, p. 3. Par ailleurs, la sauvegarde des intérêts de la Confédération demeure une priorité et « doit rester la ligne directrice » dans l’accomplissement des obligations des fonctionnaires et employés qui s’engagent à « remplir fidèlement et consciencieusement tous leurs devoirs » : Message 1924, p. 5.

²⁰³ Voir HELBLING, 2004a, p. 242. Dans la première moitié du 20^{ème} siècle, les cantons et la plupart des collectivités publiques vont effectivement suivre l’exemple fédéral : ils soustraient le droit du personnel du champ d’application du CO et le soumettent à un statut cantonal ou communal de la fonction publique.

²⁰⁴ Voir *infra* N 71 et 73. Pour quelques critères d’élection, cf. JAAG, 1994, pp. 441 ss.

²⁰⁵ L’utilisation du contrat de droit administratif sera cependant tardive : cf. *infra* N 77.

²⁰⁶ Le recours au droit privé pouvait s’expliquer par l’incapacité du droit de la fonction publique à « intégrer des cas particuliers dans son système ». Cf. NGUYEN, 1994, p. 6.

Il existe ainsi trois modes d'engagement au sein de la fonction publique fédérale : l'engagement par décision administrative (2), par contrat de droit administratif (3) ou sous les formes du droit privé (4)²⁰⁷.

1. Recrutement

Principe – Sous le régime du statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927, la nomination des agents était en principe précédée de la mise au concours publique de la fonction vacante (cf. art. 3 StF)²⁰⁸, car tous ceux qui remplissaient les conditions d'accès devaient pouvoir concourir pour l'obtention des emplois fédéraux ; il devait effectivement être fourni à chaque citoyen suisse l'occasion d'offrir ses services à la Confédération²⁰⁹. Ce principe était d'ailleurs en adéquation avec l'article 13 de la loi fédérale du 26 mars 1914 sur l'organisation de l'administration fédérale, qui disposait que les « fonctionnaires et les employés [...] de la Confédération sont nommés par la voie du concours »²¹⁰.

Exceptions – Le principe de la mise au concours publique pouvait néanmoins souffrir de nombreuses exceptions, car le législateur n'entendait pas lier dans son choix l'autorité chargée de procéder à la nomination. Selon le Conseil fédéral, « [i]l y a lieu de réserver à un examen plus approfondi la question de savoir si et dans quelle mesure il faudra [...] maintenir, pour des raisons de service ou pour des motifs spéciaux à la fonction, les exceptions à la règle de la mise au concours. En principe, il conviendra dans tous les cas de donner satisfaction dans la plus large mesure possible au vœu des organisations du personnel et de procéder par la voie du concours, cela afin d'éviter jusqu'aux apparences d'un favoritisme quelconque »²¹¹. L'administration fédérale pouvait effectivement parfois faire appel à des personnes qui n'avaient pas pris part au concours ou qui ne s'étaient pas inscrites dans le délai fixé²¹². Par ailleurs, le Conseil fédéral désignait les fonctions qui pouvaient être occupées sans mise au concours. Il pouvait également déléguer cette compétence aux services qui lui étaient subordonnés²¹³.

²⁰⁷ Ces trois modes d'engagement peuvent toujours coexister dans la fonction publique actuelle. Cf. *infra* N 362. Nous les présenterons successivement.

²⁰⁸ En ce qui concerne le recrutement des agents en général, cf. KNAPP, 1982, pp. 248 ss.

²⁰⁹ Message 1924, p. 53.

²¹⁰ RO 392.

²¹¹ Message 1924, p. 53.

²¹² *Idem*, pp. 53-54.

²¹³ Cf. art. 3 al. 2 StF.

2. Par décision administrative

- 73 **Fonctionnaires** – Les fonctionnaires fédéraux étaient engagés par une décision de nomination pour une période administrative²¹⁴. Celle-ci était de quatre ans (initialement elle se limitait à trois ans)²¹⁵. Le système de la période administrative coïncidait généralement avec la législature parlementaire. Le personnel était ainsi engagé sur une période de même durée, et une fois celle-ci écoulée, l'autorité compétente était libre de décider du renouvellement de l'engagement (pour cette même durée) ou de le refuser moyennant une justification²¹⁶. Bien qu'en pratique les renouvellements fussent quasiment automatiques²¹⁷, le mécanisme de la période administrative permettait, en théorie, de préserver à l'employeur public la liberté de licencier du personnel²¹⁸.
- 74 **Employés non permanents** – L'engagement de durée déterminée pour une période administrative était uniquement applicable au cas des fonctionnaires. Autrement dit, les employés non permanents²¹⁹, bien qu'ils fussent nommés pour une durée déterminée, étaient exclus du système de la période administrative²²⁰. Le Conseil fédéral était compétent pour fixer le régime de ces catégories de collaborateurs qui ne bénéficiaient pas de la qualité de fonctionnaires²²¹. Le Règlement des employés, du 10 novembre 1959 (RE), régissait le statut de ces agents publics ; il reprenait, dans ses grandes lignes, les normes du StF et du Règlement des fonctionnaires 1, du 10 novembre 1959 (RF 1),

²¹⁴ Sur la notion de période administrative, voir : MICHEL, 1998, pp. 4 ss ; MICHEL, 1999, pp. 155 ss. Celle-ci est inconnue du droit privé. Cf. MICHEL, 1998, p. 7.

²¹⁵ Voir l'article 6 al. 1 StF du 30 juin 1927. Cf., à cet égard, NGUYEN, 1999, p. 423. Voir ég. KNAPP, 1982, p. 246.

²¹⁶ Parmi d'autres, cf. MOOR, 1992, p. 246.

²¹⁷ Pour les conditions légales et le détail de la procédure du non-renouvellement, cf. KNAPP, 1984, pp. 517 ss. Cet auteur rappelle d'ailleurs que le Conseil fédéral avait déjà constaté, en 1924, la rareté des non-réélections (voir Message 1924, p. 61). La portée de l'article 57 StF, qui prévoit que « [I]es rapports de service prennent fin à l'expiration de la période administrative » (al. 1) peut donc être nuancée.

²¹⁸ Cf., à cet égard, MOOR, 1992, p. 246.

²¹⁹ La catégorie des employés à l'essai, bien qu'elle ne fût pas permanente, pouvait encore se distinguer de celle des employés non permanents, car il s'agissait d'employés engagés pour effectuer un stage de durée limitée (de maximum six mois). Pour plus de détails, voir KNAPP, 1982, p. 246.

²²⁰ Par exemple, les assistants des écoles polytechniques fédérales étaient engagés pour une durée déterminée. Cf. NGUYEN, 1999, p. 425.

²²¹ MOOR, 1992, p. 206.

avec toutefois des règles particulières concernant l'engagement ou la cessation des rapports de service²²².

Employés permanents ou autres collaborateurs – Les engagements par décision administrative d'agents publics pouvaient également être de durée indéterminée. En ce sens, il existait la catégorie des « employés permanents », qui se distinguait également de celle des fonctionnaires²²³, dans la mesure où les premiers n'étaient pas nommés à une fonction (seulement accessible aux fonctionnaires) pour cause de motifs donnés, tels que l'âge ou la nationalité²²⁴. Par ailleurs, il existait encore d'autres catégories particulières de personnel, dont le statut pouvait être régi par des normes spéciales, telles que les ordonnances du Conseil fédéral sur « les rapports de service des secrétaires généraux et des chefs de services d'information des départements, sur le statut des collaborateurs personnels des chefs de département [...] »²²⁵.

75

3. Par contrat de droit administratif

Sous le régime du StF – Sous le régime du statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927 (StF), qui a perduré jusqu'à l'adoption de la nouvelle loi sur le personnel du 24 mars 2000 (LPers), seulement quelques employés de la Confédération ont pu être engagés par des « contrats de droit administratif »²²⁶. Par exemple, il s'agissait de l'« engagement du personnel auxiliaire du service diplomatique, du personnel de la direction de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, du personnel pour des actions de maintien de la paix, du personnel de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle »²²⁷. Pour ces contrats de durée déterminée, la période d'engagement ne correspondait pas forcément à la période administrative (connue dans le système d'engagement des fonctionnaires), mais pouvait être de durée variable, selon ce qui avait été convenu entre les parties.

76

²²² Cf. MAHON, 1994, p. 31. Pour le RE, voir RO 1959 1221 ; RF, voir RO 1959 1141.

²²³ Pour la distinction de ces catégories, voir REHBINDER, BK 1992, N 1 ad art. 342 CO, pp. 284 s. Selon cet auteur, cette distinction n'a cependant pas lieu d'être. Parmi d'autres, voir ég. BERENSTEIN, 1950, p. 275 ; KNAPP, 1982, pp. 245 s.

²²⁴ Cf., à cet égard, MOOR, 1992, p. 207.

²²⁵ Pour plus de détails, voir MAHON, 1994, p. 31.

²²⁶ Ces contrats seront, avec l'évolution du droit de la fonction publique, appelés ultérieurement « contrats de droit public ». *Infra* N 375.

²²⁷ NGUYEN, 1998, pp. 54 s. Puis, dès le 15 janvier 1997, le statut des employés soumis à un régime contractuel a par exemple été régi par l'ordonnance sur les contrats de travail de droit public dans l'administration générale de la Confédération, du 9 décembre 1996 (abrogée au 1^{er} janvier 2002). Cf. NGUYEN, 1999, p. 429.

L'approche unilatérale (c'est-à-dire les engagements par décision administrative) ou les engagements sous les formes du droit privé l'emportaient toutefois sur le contrat de droit administratif. En effet, « [p]endant 73 ans, le statut des fonctionnaires fédéraux fut fixé par la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (aSTF). En dépit de plus de vingt révisions, un système de nomination des fonctionnaires par une décision a toujours été maintenu. Le contrat de [droit administratif] était [donc] quasiment inconnu dans le domaine de la fonction publique fédérale »²²⁸.

77 **Le parent pauvre du droit public** – Cela s'explique par le fait qu'à ses débuts, l'existence même du contrat de droit administratif a été contestée par une partie de la doctrine²²⁹, motif pris qu'il n'y avait pas de place pour celui-ci dans les relations de droit public entre l'Etat et les particuliers²³⁰. Le contrat de droit administratif a donc été « longtemps considéré comme le parent pauvre du droit public. [...] Cet instrument n'a été admis comme un moyen d'action de l'Etat qu'après la seconde guerre mondiale [1939-1945] »²³¹. La doctrine et la jurisprudence se sont peu intéressées au contrat de droit administratif, de telle sorte que le droit public renvoyait pour l'essentiel aux règles de droit privé²³². Contrairement à la décision, le contrat de droit public se forme comme tout contrat, à savoir par un échange des manifestations de volonté concordantes et réciproques sur les points essentiels du rapport de droit²³³. Cela signifie, en théorie, que certaines dispositions contractuelles peuvent être négociées par les parties sur un pied d'égalité²³⁴.

²²⁸ BELLANGER, 2004, p. 289. En outre, KNAPP fait d'ailleurs remarquer, en 1982, qu'aucune relation d'emploi ne relève, dans l'administration fédérale, du contrat de droit de droit administratif. Cf. KNAPP, 1982, p. 246.

²²⁹ Cf. BELLANGER, 2004, p. 289.

²³⁰ Cf., à cet égard, ZWAHLEN, N 3, p. 466a. Dans ce contexte, on s'est d'ailleurs demandé si l'Etat, en concluant un contrat de droit administratif avec un particulier, se trouvait soumis aux principes généraux du droit public, notamment au principe de la légalité : cf. ZWAHLEN, N 30, p. 489a. Par la suite, les développements du contrat de droit administratif permettront de répondre à cette question par l'affirmative.

²³¹ BELLANGER, 2004, p. 289. Depuis une quinzaine d'années, le contrat de droit administratif a cependant pris « un nouvel essor, lié notamment aux réformes de l'administration entreprises tant au niveau fédéral que dans certains cantons » : *idem*.

²³² Voir BELLANGER, 2004, p. 289.

²³³ Cf., à cet égard, ARIOLI/FURRER ISELI, N 88, p. 39. Voir *infra* N 376.

²³⁴ Cf. parmi d'autres, RICHLI, 1998, p. 56. Néanmoins, dans la mesure où le droit de la fonction publique est statutaire, nous verrons que le contrat de droit public se prête moins bien aux négociations contractuelles que ce n'est le cas dans les rapports de travail de droit privé. Voir *infra* N 239.

4. Sous les formes du droit privé

L'usage du droit privé – La Confédération a toujours fait usage du droit privé pour engager certains collaborateurs²³⁵, que ce soit avant la codification de 1927 ou postérieurement²³⁶. En ce sens, le Message du 18 juillet 1924 accompagnant le projet de statut des fonctionnaires fédéraux confirme comment « [d]ivers services engage[ai]ent certains de leurs collaborateurs selon les formes du droit privé. Il s'agi[ssai]ent d'agents spécialement qualifiés pour des travaux déterminés et ne devant durer qu'un temps ; [par exemple] pour des mensurations entreprises par les organes du service typographique fédéral, pour le service de construction et pour l'électrification des chemins de fer fédéraux. On a procédé de la même manière pour les experts et les employés des différents services économiques de guerre. Les personnes ainsi engagées n'[avaient] pas le caractère de fonctionnaires, leur rétribution [était] fixée dans chaque cas au moment de la conclusion du contrat, par un libre accord des parties et en tenant compte de toutes les circonstances »²³⁷.

78

L'utilité du droit privé – Malgré le développement du droit de la fonction publique fédérale, nous constatons que le droit public n'a pas toujours permis à l'Etat d'assouvir ses besoins, raison pour laquelle le recours à d'autres moyens (notamment de droit privé) a parfois été autorisé « en lieu et place des outils traditionnels que lui confère le droit public »²³⁸. Le choix de ces instruments relève du reste du pouvoir d'appréciation de l'Etat, car il les trouve souvent plus appropriés pour atteindre les buts poursuivis : cependant, l'Etat ne devrait pas recourir au droit privé pour « contourner les barrières du droit public » ; la doctrine s'inquiétera d'ailleurs « d'une éventuelle "fuite vers le droit privé" des autorités qui empêcherait l'application des procédures classiques du droit administratif destinées à assurer la légalité et la protection des droits des administrés »²³⁹.

79

²³⁵ Quant aux cantons, deux tiers d'entre eux soumettent, en 1992, une partie du personnel à un contrat individuel de travail au sens du Code des obligations. Ce procédé est notamment applicable aux collaborateurs à temps partiel, aux auxiliaires ou aux personnes qui ne remplissent pas les conditions d'accès à une fonction publique. Cf. REHBINDER, BK 1992, N 3 ad art. 342 CO, p. 286.

²³⁶ Voir *supra* N 57 et *infra* N 399 ss.

²³⁷ Message 1924, p. 23.

²³⁸ BELLANGER, 1992, p. 67 (et les réf. citées).

²³⁹ BELLANGER, 1992, p. 68. Sur l'admissibilité du droit privé pour l'engagement de collaborateurs au sein des collectivités publiques, voir *infra* N 400.

III. Les droits et devoirs du personnel

80 **Des droits et devoirs statutaires** – La première particularité concernant les droits et les devoirs des fonctionnaires (ou d'autres collaborateurs de l'Etat)²⁴⁰, en comparaison avec la situation des travailleurs engagés par contrat de droit privé, réside dans le fait qu'ils doivent être prévus de manière statutaire, car leur définition est soumise au principe de la légalité²⁴¹. Toutefois, en raison des prérogatives propres à la puissance publique, certaines règles applicables aux fonctionnaires pouvaient être formulées en des termes plus généraux²⁴². Par exemple, le StF du 30 juin 1927 prévoit que le fonctionnaire peut être déplacé ou attribué à une autre occupation « lorsque le service ou l'emploi rationnel du personnel l'exige », qu'il doit, pour sauvegarder les intérêts de son employeur, « faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération et [...] s'abstenir de tout ce qui leur porte préjudice » et qu'il « doit se montrer digne de la considération et de la confiance que sa situation officielle exige »²⁴³.

81 **Restrictions particulières** – Outre ces devoirs assez généraux, le régime des agents publics comportait parfois des règles très rigides qui pouvaient particulièrement restreindre les droits fondamentaux du fonctionnaire²⁴⁴. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le rapport de puissance publique auquel le fonctionnaire a adhéré permet à l'employeur public de restreindre certaines de ses libertés, même sans base légale particulièrement précise et sous réserve du respect des principes constitutionnels²⁴⁵. Ces restrictions particulières pouvaient notamment consister en une interdiction de prise de domicile hors de la collectivité publique ou une interdiction de faire la grève²⁴⁶. En ce sens, l'article 8 alinéa 1 du StF du 30 juin 1927 prévoyait que le fonctionnaire était tenu d'habiter la localité assignée par l'autorité de nomination pour son service et qu'il ne pouvait transférer son domicile qu'avec

²⁴⁰ Pour les différents droits et obligations du fonctionnaire, cf. JAAG, 1994, pp. 445-454.

²⁴¹ Ce principe permet aussi d'assurer une certaine égalité de traitement entre collaborateurs. Parmi d'autres, cf. TANQUEREL, 2000, p. 24.

²⁴² Voir, par exemple, MOOR, 1992, p. 223 ; TANQUEREL, 2000, p. 24.

²⁴³ Voir les articles 9, 22 et 24 al. 1 StF. Cf. ég. TANQUEREL, 2000, p. 24. Pour les conséquences d'une violation des devoirs de service, voir JAAG, 1994, pp. 454-459.

²⁴⁴ Concernant l'évolution des droits fondamentaux du fonctionnaire, voir *infra* N 210 ss.

²⁴⁵ L'examen de ces principes doit être d'autant plus rigoureux que l'atteinte est plus marquée. Voir, par exemple, l'ATF 123 I 296 qui porte sur l'interdiction faite à une enseignante d'un établissement scolaire public de porter à l'école un foulard lui couvrant les cheveux.

²⁴⁶ Cf. *infra* N 211 et 214.

l'autorisation du service compétent²⁴⁷. Quant à l'article 23 alinéa 1 du StF, il interdisait à tout fonctionnaire de se mettre en grève et d'y inciter d'autres fonctionnaires. Ces interdictions constituaient une limitation importante à ses droits fondamentaux, dont il pouvait revendiquer la jouissance comme tout individu²⁴⁸.

Limitation aux droits fondamentaux – Ces restrictions, admissibles en raison de la nature des tâches qu'accomplissaient les fonctionnaires, étaient toutefois, comme nous l'avons vu, soumises au respect des principes de la légalité, à ceux de l'intérêt public et de la proportionnalité²⁴⁹. Partant, dans « le cadre des devoirs tout généraux de gestion et de fidélité [pouvaient] ainsi notamment intervenir la limitation, voire la suppression, du droit de grève, des restrictions de la liberté d'établissement (par l'obligation de domicile), de la liberté d'opinion (à travers l'obligation de réserve), voire la liberté religieuse »²⁵⁰.

82

IV. La résiliation des rapports de service

Pour examiner la fin des rapports de travail sous le régime du statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927, il nous faut distinguer la résiliation des rapports de service des fonctionnaires (1) de celle des employés (2) ou d'autres collaborateurs (3).

83

1. Des fonctionnaires

Généralités – Dans le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927, la fin des rapports de service était régie par plusieurs dispositions. En faisant abstraction de la cessation des rapports de service par suite de décès ou d'invalidité, pour cause de suppression de fonction ou de démission, les rapports de service des fonctionnaires fédéraux pouvaient prendre fin en cas de non-renouvellement à la fin de la période administrative, à la suite d'un licenciement pour justes motifs durant cette période, ou par révocation (c'est-à-dire à cause d'un licenciement disciplinaire)²⁵¹.

84

²⁴⁷ Pour le logement de service, voir l'article 17 du StF du 30 juin 1927.

²⁴⁸ Cf. *infra* N 231.

²⁴⁹ Voir TANQUEREL, 2000, p. 24.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ KNAPP, 1984, p. 49. Voir ég. BELLANGER/ROY, p. 474.

- 85 **Non-renouvellement de l'engagement** – La nomination du fonctionnaire avait lieu pour une période administrative et sa réélection, à l'échéance de celle-ci, était en principe la règle, la cessation des rapports de service demeurant l'exception²⁵². L'autorité compétente était donc libre de conserver ou non un fonctionnaire à son service, mais son choix de non-réélection devait toutefois être objectivement motivé dans une décision²⁵³. En effet, elle devait pouvoir invoquer un « motif objectif suffisant », ou encore un « motif objectivement fondé », notions équivalentes à celle de « motif plausible », mais qui se distinguaient des « justes motifs » invoqués en cas de résiliation pendant la période administrative (résiliation extraordinaire) d'un fonctionnaire²⁵⁴. L'autorité chargée de l'examen d'une éventuelle non-réélection devait en outre déterminer si les aptitudes et le comportement du candidat justifiaient une telle décision²⁵⁵. Cette prise de position constituait une décision formelle et individuelle susceptible de recours. Par ailleurs, puisque le fonctionnaire était engagé par une décision unilatérale de l'autorité, il ne pouvait lui seul y mettre fin²⁵⁶. Cependant, en cas de demande de non-renouvellement formulée par le fonctionnaire²⁵⁷, l'autorité ne pouvait la refuser que sous réserve d'un intérêt prépondérant de la Confédération²⁵⁸.
- 86 **Résiliation pour justes motifs** – Pendant la période administrative, cette fois, les rapports de service pouvaient être résiliés pour de « justes motifs », à savoir des motifs graves et urgents qui ne permettaient pas de patienter jusqu'à l'échéance de la durée déterminée de l'engagement²⁵⁹. L'autorité pouvait ainsi modifier ou résilier les rapports de service, sous avertissement écrit de trois mois ou immédiatement (art. 55 al. 1 StF).

²⁵² Voir, parmi d'autres, KNAPP, 1984, pp. 517 ss ; JAAG, 1994, p. 459 ; HÄNNI, 1995, p. 416.

²⁵³ La procédure de non-renouvellement des rapports de service des fonctionnaires fédéraux était la suivante : l'autorité de nomination notifiait la décision portant sur la non-réélection du fonctionnaire à l'intéressé, avec indication des motifs, au plus tard trois mois avant l'expiration de la période administrative.

²⁵⁴ Cf., à cet égard, NGUYEN, 1999, pp. 423 et 427.

²⁵⁵ NGUYEN, 1999, p. 423.

²⁵⁶ Cf., à cet égard, MAHON, 1994, p. 56.

²⁵⁷ Le fonctionnaire qui ne souhaitait pas renouveler ses rapports de service à l'expiration de la période administrative était tenu d'en informer par écrit l'autorité qui l'avait nommé, au plus tard dans les trois mois qui précédaient cette expiration (cf. art. 57 al. 2 et 3 StF).

²⁵⁸ Voir NGUYEN, 1999, p. 422. Cf. ég. HÄNNI, 1995, p. 418.

²⁵⁹ KNAPP, 1984, p. 508. Voir l'art. 54 StF. Cette disposition s'appliquait ainsi avant l'expiration de la période administrative et indépendamment de la mise au provisoire ou de la révocation. Cf. JAAG, 1994, pp. 461 ss.

Étaient « considérés comme de justes motifs l'incapacité constatée, la faillite, la saisie infructueuse, la perte de l'éligibilité [...], les incompatibilités [...], enfin toutes autres circonstances qui, d'après les règles de la bonne foi, [permettaient d'] admettre que l'autorité qui nomme ne [pouvait] plus continuer les rapports de service. Le mariage d'un fonctionnaire féminin [pouvait] également être considéré comme juste motif » (art. 55 al. 2 StF). Cette clause générale laissait à l'autorité de nomination une grande marge d'appréciation²⁶⁰. Au niveau procédural, la résiliation (ou la modification) des rapports de service n'était décidée qu'après une enquête et une audition du fonctionnaire²⁶¹.

Révocation – La révocation disciplinaire était une mesure conçue et adaptée au mode traditionnel d'engagement par décision unilatérale de l'autorité administrative²⁶². Sous le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927, les fonctionnaires au service de la Confédération étaient soumis à un régime disciplinaire, et bien entendu à la mesure de la révocation (cf. art. 31 al. 1 ch. 9 StF)²⁶³. Parmi les conditions légales, l'article 30 alinéa 1 du StF prévoyait ainsi une responsabilité disciplinaire pour tout fonctionnaire qui enfreignait « ses devoirs de service, soit intentionnellement, soit par négligence ou par imprudence »²⁶⁴. En raison du principe de la légalité, il ne pouvait être prononcé d'autres peines disciplinaires que celles énumérées dans la loi, même si chaque peine était susceptible d'être accompagnée de la menace de la révocation (art. 31 al. 2 StF)²⁶⁵. Exceptionnellement, plusieurs peines disciplinaires pouvaient être cumulées (art. 31 al. 3 StF). L'autorité avait le droit de prononcer la révocation seulement si le fonctionnaire s'était rendu coupable

87

²⁶⁰ Cf. MAHON, 1994, p. 57.

²⁶¹ La décision de l'autorité de nomination était notifiée à l'intéressé par écrit avec indication des motifs (cf. art. 55 al. 3 StF). Par ailleurs, à la « différence de la révocation disciplinaire, la résiliation pour justes motifs ne [supposait] ni une violation d'un devoir de fonction ni une faute de l'agent ». KNAPP, 1984, p. 510.

²⁶² Pour plus de détails sur la mesure de la révocation, cf. *infra* N 516 ss.

²⁶³ Pour la responsabilité disciplinaire et la révocation sous l'ancien régime, cf., parmi d'autres, KIRCHHOFER ; KILCHENMANN ; BELLWALD ; HINTERBERGER.

²⁶⁴ En d'autres termes, la révocation supposait que deux conditions soient remplies : l'agent devait avoir violé ses devoirs de service (condition objective) et la violation devait soit avoir été intentionnelle, soit être la conséquence d'une négligence ou d'une imprudence (condition subjective). Cf. KNAPP, 1984, pp. 501. Pour un examen détaillé des conditions légales, consulter spéc. pp. 501-504.

²⁶⁵ En outre, l'action disciplinaire était sans effet sur la responsabilité pour le dommage causé et sur la responsabilité pénale du fonctionnaire (cf. art. 30 al. 2 StF).

d'infractions graves ou continues aux devoirs de service (art. 31 al. 4 StF)²⁶⁶. Par conséquent, contrairement à la cessation des rapports de service pour cause de non-renouvellement ou de résiliation pour justes motifs, la révocation supposait « une violation fautive, intentionnelle ou par négligence, des devoirs de service »²⁶⁷. Même si elle offrait des garanties plus importantes que dans les autres cas de cessation des rapports de service (la révocation devant toujours être précédée d'une enquête disciplinaire), la mesure de la révocation était en pratique rarement adoptée²⁶⁸.

- 88 **Conséquences d'une résiliation infondée** – S'agissant des conséquences d'une résiliation infondée, l'article 55 alinéa 4 StF prévoyait que le droit de demander des dommages-intérêts pour cause de résiliation injustifiée des rapports de service demeurait réservé²⁶⁹. Autrement dit, le principe de l'indemnisation du fonctionnaire était la règle. Puis, en 1985, le Tribunal fédéral précisa dans un arrêt publié que le fonctionnaire doit être réintégré dans sa fonction, en raison de la nullité de la résiliation²⁷⁰. La réintégration deviendra dès lors la conséquence logique d'un licenciement injustifié²⁷¹.

2. Des employés

- 89 **Employés non permanents** – L'engagement de durée déterminée des employés non permanents prenait fin, en principe, à l'échéance de la période qui avait été convenue. Et cela, contrairement aux fonctionnaires dont la réélection à l'échéance de la période administrative constituait la règle. Les employés non permanents ne bénéficiaient donc pas du même privilège²⁷². D'ailleurs, le règlement des employés de la Confédération prévoyait qu'aucune décision de reconduction de la nomination ne devait être prise à l'échéance de la période convenue afin de constater le licenciement. En d'autres termes, en comparaison avec les fonctionnaires, les employés non permanents ne jouissaient pas d'un droit à être réengagés à la fin de la période

²⁶⁶ Pour les éléments de procédure, voir l'article 32 du StF et KNAPP, 1984, pp. 504 ss. Quant aux autorités compétentes pour prononcer la mesure de la révocation, elles étaient décrites à l'article 33 du StF du 30 juin 1927.

²⁶⁷ MAHON, 1994, p. 58.

²⁶⁸ Cf., à cet égard, KNAPP, 1984, pp. 500-501. Voir ég. MAHON, 1994, p. 58. Cela est également le cas dans la fonction publique actuelle. Pour les raisons qui justifient le non-usage de cette sanction, voir *infra* N 526.

²⁶⁹ Cf. ég. KNAPP, 1984, p. 515.

²⁷⁰ Voir l'ATF 111 Ib 76, pp. 77-78. Cf. *infra* N 624.

²⁷¹ Pour plus de détails concernant le principe de réintégration, cf. *infra* N 623 ss.

²⁷² Cf., à cet égard, NGUYEN, 1999, p. 425.

précédemment déterminée²⁷³. Pour la Confédération, la seule possibilité de mettre fin aux rapports de service de ces agents au cours de l'engagement était de les licencier (ou de les révoquer)²⁷⁴ pour des motifs extraordinaires ainsi que de les pousser à la démission, une résiliation ordinaire n'étant pas admise²⁷⁵.

Employés permanents – Quant à la résiliation des rapports de service des employés permanents de la Confédération, elle était soumise à la libre appréciation de l'autorité d'engagement. Néanmoins, elle avait lieu par une décision individuelle, motivée par des « motifs plausibles » de résiliation. En pratique, ces motifs étaient les mêmes que ceux utilisés pour justifier la non-réélection d'un fonctionnaire (soumis à une période administrative)²⁷⁶. Comme toutes les catégories de personnel, les employés permanents pouvaient, eux aussi, mettre fin à leurs rapports de service, mais devaient théoriquement demander à être licenciés²⁷⁷. 90

3. Des autres collaborateurs

Contrats de durée déterminée – Sous le régime du StF, d'autres catégories de collaborateurs ont pu être engagées par la Confédération sous les formes du droit privé, voire par des contrats de droit administratif. Lorsqu'ils étaient de durée déterminée, ces contrats prenaient fin à l'échéance de la période pour laquelle ils avaient été conclus²⁷⁸. Cela signifiait qu'aucune garantie de renouvellement du contrat n'était donnée par l'autorité d'engagement, qui n'était pas tenue de se fonder sur des motifs plausibles pour refuser de conclure un 91

²⁷³ NGUYEN, 1999, p. 425.

²⁷⁴ KNAPP, 1984, p. 503. Le Règlement des employés (RE) contenait des règles analogues à la réglementation des fonctionnaires, notamment en ce qui concerne la révocation. Cf., à cet égard, KNAPP, 1984, p. 505.

²⁷⁵ Même s'il s'agissait d'une « démission », l'employé non permanent devait, ici aussi, demander à l'autorité d'engagement de constater la fin de ses rapports de service. Cf. *supra* N 85.

²⁷⁶ NGUYEN, 1999, p. 426.

²⁷⁷ Là aussi, l'autorité ne pouvait refuser une demande de résiliation des rapports de service que si un intérêt de la Confédération s'en trouvait lésé. NGUYEN, 1999, p. 428. Voir ég. *supra* N 85.

²⁷⁸ En d'autres termes, de la même manière qu'un engagement de durée déterminée créé par une décision administrative, l'autorité ne devait pas prendre de décision pour faire cesser les rapports de service, car ceux-ci prenaient fin de manière automatique.

nouveau contrat²⁷⁹. Comme pour l'engagement des fonctionnaires ou des employés, la résiliation ordinaire des rapports de service des autres collaborateurs n'était pas possible pour les engagements de durée déterminée, mais les causes de résiliation extraordinaire permettent toujours de mettre fin immédiatement à la relation contractuelle²⁸⁰. Les parties pouvaient aussi prévoir un système de résiliation moyennant le respect de délais²⁸¹.

- 92 **Contrats de durée indéterminée** – Qu'ils aient été soumis au droit public (contrats de droit administratif) ou au droit privé, les contrats de durée indéterminée prenaient fin par leur résiliation qui pouvait être notifiée soit par la collectivité publique, soit par le collaborateur²⁸². Lorsqu'elle émanait de l'employeur, la résiliation d'un contrat de droit administratif se distinguait cependant de celle du droit privé, en ce sens que l'autorité ne pouvait invoquer n'importe quel motif de cessation pour résilier les rapports de service : l'autorité devait effectivement se fonder sur une « *raison objective* », ce qui revenait en pratique au même qu'exiger des « motifs plausibles »²⁸³. Quant à la résiliation des rapports de service par le collaborateur, elle était soumise au principe de l'autonomie de la volonté ; il pouvait donc librement décider de cesser ses fonctions – sous réserve de la forme et de délais contractuellement imposés.

D. Le modèle traditionnel

- 93 **Points communs** – Eu égard à la diversité des législations sur les rapports de travail des agents publics, il n'a jamais existé un seul et unique statut de la fonction publique en Suisse. Toutefois, on peut trouver des points communs entre les divers statuts du personnel²⁸⁴, qui permettront de comparer l'ancien modèle et le régime actuel. En ce sens, le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927 a joué un rôle déterminant, car il contient les principaux fondements de toute relation de travail entre l'Etat et ses serveurs²⁸⁵. L'examen de

²⁷⁹ NGUYEN, 1999, p. 429. Toujours selon le principe selon lequel la collectivité publique décide souverainement. Voir NGUYEN, 1999, p. 426.

²⁸⁰ HÄNNI, 1995, p. 421.

²⁸¹ Voir NGUYEN, 1999, pp. 429-431.

²⁸² Les principes généraux issus du droit privé des contrats régissaient aussi en règle générale la résiliation des contrats de droit administratif. HÄNNI, 1995, p. 420.

²⁸³ NGUYEN, 1999, pp. 430 s.

²⁸⁴ Pour quelques caractéristiques types d'un rapport de travail de droit public, cf. KOLLER T., pp. 128-129.

²⁸⁵ En effet, l'examen du StF du 30 juin 1927 permet à notre avis non seulement de retrouver les principes généraux de tous les statuts du personnel – dont certains éléments

l'ancienne législation fédérale permet ainsi de dégager quelques caractéristiques essentielles des statuts traditionnels de la fonction publique²⁸⁶. Par exemple, la soumission du fonctionnaire à une nomination, à une garantie de l'emploi, à une échelle de traitement, ainsi qu'à un régime disciplinaire, est caractéristique²⁸⁷ des anciens statuts du personnel²⁸⁸.

Une nomination – Dans le modèle traditionnel, les fonctionnaires étaient engagés au moyen d'une décision administrative, appelée plus communément « décision de nomination »²⁸⁹. Même s'il s'agissait d'un acte soumis à acceptation, la création des rapports de service résultait, dès lors, d'un acte unilatéral²⁹⁰ qui permettait de soumettre le fonctionnaire à des droits et à des devoirs

94

sont restés jusqu'à nos jours la base des statuts les plus modernes –, mais aussi les caractéristiques essentielles des statuts traditionnels de la fonction publique.

²⁸⁶ Ces caractéristiques se sont développées à mesure que le concept d'Etat émergeait. Par exemple, avant de devenir inhérente aux régimes traditionnels de la fonction publique, la décision administrative n'était pas *de facto* l'instrument privilégié des administrations, puisque celles-ci avaient largement recours au droit privé. En outre, avant le développement de l'Etat moderne, la fameuse garantie de l'emploi du fonctionnaire n'était pas toujours de mise : il suffit de penser à la période où l'absolutisme régnait et permettait au souverain de se débarrasser à sa guise de ses serviteurs. Par la suite, là même où la garantie de l'emploi n'était pas accordée par la loi, la jurisprudence permettait de conférer au fonctionnaire une grande stabilité dans ses fonctions, stabilité renforcée par le principe fondamental selon lequel l'Etat ne peut pas licencier ses collaborateurs sans motifs déterminants. Cette obligation a fortement influencé la garantie de l'emploi des agents publics aussi bien sous les régimes traditionnels que de nos jours.

²⁸⁷ Ce sont d'ailleurs quelques-unes de ces caractéristiques essentielles qui ont conduit à la grande réforme du régime traditionnel des agents publics ancré dans la loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux de 1927. Dans le public et dans le discours politique au sens large, le besoin de révision du StF est né, par exemple, de la trop grande rigidité du droit régissant les licenciements (l'Etat ne pouvant se débarrasser que difficilement de collaborateurs en raison de leur garantie d'emploi) et du système de rémunération des agents publics (les automatismes des échelles de traitement ne prenant pas assez en compte les prestations individuelles). Voir, sur ces motivations, MAHON, 1994, pp. 32-34.

²⁸⁸ Du même avis, TANQUEREL, qui mentionne aussi la nomination, la garantie de l'emploi, l'échelle légale des traitements et le régime disciplinaire comme caractéristiques traditionnelles du statut de la fonction publique. TANQUEREL, 2000, pp. 12-26.

²⁸⁹ Parmi d'autres, voir TANQUEREL, 2000, p. 18. Cf. HAFNER, 1992, pp. 487 s.

²⁹⁰ Cf. BELLANGER/ROY, p. 462, qui confirment que « [d]ans le modèle traditionnel, les rapports de service se créent par la nomination du personnel par l'autorité, autrement

décrits de manière statutaire. En revanche, lorsque l'autorité d'engagement souhaitait lui imposer des normes particulières, la nomination devait alors contenir les spécificités nécessaires à l'individualisation de sa charge (temps d'occupation, lieu de travail, etc.) ou préciser les prestations singulières exigées²⁹¹.

95 **L'absence de passé monarchique** – Malgré le système de nomination du fonctionnaire, son engagement n'était pas prévu pour une durée infinie. En effet, les statuts traditionnels n'étaient pas fondés, en Suisse, sur le modèle wébérien du fonctionnaire « classique » (nommé à vie et intégré dans la hiérarchie administrative) issu de l'époque absolutiste, modèle qui continue à subsister dans quelques pays qui nous entourent (notamment l'Allemagne ou la France). L'absence de passé monarchique et la culture administrative suisse ont effectivement conduit à confier les tâches publiques à des citoyens élus ou nommés pour une période limitée²⁹². Dans le modèle traditionnel suisse, les fonctionnaires étaient ainsi nommés en principe pour une durée de fonction²⁹³. L'objectif des engagements de durée déterminée était de maintenir les agents publics sous une forme de « pression » pour éviter qu'ils s'installent dans la permanence²⁹⁴ et afin qu'ils soient à même de garantir un service adéquat à la population.

96 **Garantir un service adéquat** – La volonté de garantir un service adéquat, c'est-à-dire des « prestations et activités étatiques visant à satisfaire les besoins de la collectivité », était une ambition partagée par toutes les collectivités²⁹⁵. En effet, le rôle de l'Etat se différençia progressivement des objectifs plus lucratifs poursuivis par les entreprises privées. Contrairement à celui du secteur privé, le dessein de l'Etat ne visait pas à créer des profits pour s'enrichir, mais plutôt à assurer la pérennité d'un service adéquat à la population. Pour ce faire, les services de l'administration se développèrent et les

dit au moyen d'une décision, soit un acte unilatéral ayant la particularité dans ce domaine d'être sujet à acceptation [...] ». Cf. *infra* N 364.

²⁹¹ MOOR, 1992, p. 211. Certains des aspects de la relation de travail pouvaient toutefois être réglés par voie contractuelle. Cf., à cet égard, HOFMANN, p. 115.

²⁹² Pour plus de détails, cf. GERMANN, p. 112. Voir ég. KNAPP, 1984, p. 517.

²⁹³ Cf. GERMANN, p. 112. La période administrative se justifiait de par le système politique, qui souhaitait qu'un changement de régime entraîne un certain renouvellement du personnel administratif (jugeant qu'on ne pouvait effectivement pas conserver d'anciens collaborateurs acquis à l'opinion adverse). Voir KILCHENMANN, p. 40.

²⁹⁴ KNAPP, 1984, p. 517.

²⁹⁵ Voir LPers, documentation, p. 5.

fonctions dites « techniques » l'emportèrent sur les fonctions politiques²⁹⁶. La nécessité pour l'Etat de disposer d'un personnel compétent se fit de plus en plus ressentir, du fait surtout que les tâches de l'administration se complexifiaient toujours plus²⁹⁷. C'est la raison pour laquelle l'engagement du fonctionnaire, qui avait été conçu pour une durée limitée (nomination pour une période administrative), fut en pratique automatiquement renouvelé, de sorte à lui assurer une certaine pérennité de l'emploi²⁹⁸.

La stabilité de l'emploi – Dans le système traditionnel, le fonctionnaire a effectivement connu une grande garantie de l'emploi, car son engagement était en pratique renouvelé quasi tacitement à l'échéance de la période administrative²⁹⁹. Cette garantie a eu « pour but d'assurer la "neutralité politique" des fonctionnaires ainsi qu'une relative stabilité des institutions et de l'administration, au-delà des changements de régime politique »³⁰⁰. Elle a en outre permis de combattre le caractère arbitraire du droit de révocation que se donnaient certaines collectivités et le pouvoir discrétionnaire de l'Etat³⁰¹. En comparaison avec les employeurs privés, les collectivités publiques pouvaient donc être perçues comme des employeurs offrant aux fonctionnaires une stabilité de l'emploi quasi inébranlable, sauf en cas de violation grave des devoirs de service³⁰². Et cela, même si la garantie de l'emploi dans le secteur public

97

²⁹⁶ Cf., à cet égard, KILCHENMANN, p. 40.

²⁹⁷ *Ibidem*. « La stabilité de la fonction professionnelle, par opposition à la fonction politique, s'imposait donc notamment en raison de la nécessité d'avoir des fonctionnaires dotés de connaissances techniques, qui supposent une formation spéciale que développe l'expérience » : KILCHENMANN, p. 29.

²⁹⁸ Dans les faits, la stabilité de l'emploi n'a pas été conférée initialement par la législation, mais plutôt par la pratique et la jurisprudence dans le domaine, car en réalité, « la loi elle-même ne confér[ait...] pas aux agents publics une garantie de l'emploi foncièrement différente de celle que connaît le droit privé » : MAHON, 1994, p. 33.

²⁹⁹ Cf. *supra* N 85. Sur la stabilité de l'emploi dans la fonction publique, cf. ég. KOLLER T., 1998, pp. 131 ss.

³⁰⁰ Cf., pour plus de détails, MAHON, 1994, p. 44.

³⁰¹ Voir KILCHENMANN, p. 24. D'ailleurs, « l'Etat a souvent commencé par exercer un droit de révocation absolu envers ses agents : ceux-ci pouvant être chassés sans motifs ou, du moins, sans raisons suffisantes, et à tout instant. Puis, peu à peu, ce pouvoir fit l'objet de certaines restrictions, dues à l'institution de certaines garanties au profit du fonctionnaire » : KILCHENMANN, p. 17 ; la protection des fonctionnaires naquit ainsi de « la menace continue de la révocation [qui] nuisait directement à l'Etat en empêchant ses serviteurs de manifester le moindre esprit d'initiative et de prendre leurs responsabilités » : KILCHENMANN, p. 29.

³⁰² En ce sens, on a pu constater que selon l'opinion publique « la (trop grande) rigidité du droit de la fonction publique est souvent perçue dans le fait que l'Etat-employeur ne

n'a jamais été absolue en Suisse³⁰³. En effet, les rapports de service pouvaient, déjà sous le statut des fonctionnaires de 1927 (StF), être résiliés en tout temps (même pendant la période administrative)³⁰⁴. Ainsi, même si l'on reconnaît, dans l'ancien modèle, une certaine stabilité de l'emploi – en comparaison avec la situation des travailleurs du secteur privé –, la culture helvétique n'a pas admis de fonctionnaires nommés à vie, comme dans d'autres ordres juridiques.

98 **Les échelles légales de traitement** – Par ailleurs, les statuts de la fonction publique se basent traditionnellement sur une grille salariale comprenant des classes de traitement et des échelons progressifs pour déterminer le traitement des fonctionnaires³⁰⁵, celui-ci dépendant presque exclusivement de la fonction exercée et de l'expérience acquise³⁰⁶. Pour fixer le traitement initial, les critères de rémunération peuvent être divers et les collectivités publiques ont une grande liberté d'appréciation en la matière. La classe de traitement sert toutefois de base pour fixer le salaire, dont le maximum est atteint « au moyen d'augmentations annuelles » ; il en résulte que l'ancienneté est le principal critère d'évolution des rémunérations³⁰⁷. On peut se demander si ces échelles de traitement accordent, au niveau salarial, des droits acquis au fonctionnaire. Il faut répondre à cette question par la négative, car bien que la rémunération de ces derniers soit fixée dans une échelle légale, celle-ci peut néanmoins être modifiée librement par l'Etat, qui a la faculté de revoir en tout temps sa politique salariale ou de l'emploi³⁰⁸. Le traitement des agents de la fonction publique peut donc évoluer (aussi négativement) et n'est pas protégé par des droits acquis³⁰⁹.

pourrait se débarrasser assez facilement des collaborateurs incompetents ou incapables, ou tout simplement devenus indésirables. Les fonctionnaires jouiraient d'une garantie de l'emploi paralysant tout l'appareil étatique [...] ». Voir, sur ces considérations, MAHON, 1994, pp. 32 s.

³⁰³ Cf. TANQUEREL, 2000, p. 20. Toutefois, la garantie de l'emploi distingue de façon marquante le statut traditionnel de la fonction publique du contrat individuel de travail de droit privé.

³⁰⁴ Pour plus de détails, voir KILCHENMANN, p. 17.

³⁰⁵ Parmi d'autres, cf. BELLANGER/ROY, p. 464. Voir ég. HAFNER, 1992, pp. 488 s.

³⁰⁶ Dans le modèle traditionnel du secteur public, les emplois sont effectivement répartis en classes de traitement. Voir MOOR, 1992, p. 218.

³⁰⁷ Parmi d'autres, cf. TANQUEREL, 2000, p. 24.

³⁰⁸ Cf., à cet égard, TANQUEREL, 2000, pp. 19-20 (et les arrêts cités) ; CHAVANNE, p. 67.

³⁰⁹ En effet, lorsque « l'engagement est unilatéral, la détermination du salaire ne constitue pas un droit acquis et peut être remise en cause sous réserve du principe de proportion-

Ceux-ci naissent seulement si « la loi déclare explicitement conférer un tel droit ou, par diverses formulations, [entend] fixer un droit "une fois pour toutes" »³¹⁰, ou encore si elle les soustrait aux effets d'éventuelles modifications légales, ou enfin lorsqu'ils ont été précisés et garantis individuellement lors de l'engagement³¹¹.

Un régime disciplinaire – Le modèle traditionnel se caractérise également par un régime disciplinaire³¹². « Le régime disciplinaire est commun à toutes les relations de droit particulières entre l'Etat et les individus. Il existe dans la relation de fonction publique, dans la relation d'usage des établissements publics certes, mais aussi dans le cadre de certaines activités présentant des aspects de service public telles que la profession d'avocat plaçant »³¹³. Traditionnellement, les régimes disciplinaires ont été introduits dans le droit de la fonction publique afin « d'assurer le respect des obligations de service en tant que l'intérêt de l'administration l'exige »³¹⁴. Ces régimes ont donc pour vocation de garantir le bon fonctionnement de l'administration, tout en maintenant la confiance du public en celle-ci, ainsi qu'en protégeant sa dignité et sa réputation³¹⁵. Le régime disciplinaire (ou droit disciplinaire)³¹⁶ est constitué de toute une série de mesures (à savoir de peines disciplinaires) qui doivent être énumérées exhaustivement dans les statuts du personnel.

99

nalité. Ce principe ne vaut cependant pas lorsque le salaire est fixé contractuellement, de façon individuelle ou par convention collective, le contrat créant alors un droit acquis, sous réserve bien entendu du cas où le contrat renvoie dynamiquement à la réglementation légale ». TANQUEREL, 2011, N 280, p. 91, et la réf. à la décision de l'ancienne CRP, JAAC 2006/70 n°97, c. 4a. Cet auteur rappelle également la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de prétentions des fonctionnaires. Cf. TANQUEREL, 2011, N 759, p. 256 et les réf. citées.

³¹⁰ Voir MOOR, 1992, p. 211 (et les arrêts cités).

³¹¹ Sur le maintien des droits des fonctionnaires sous le StF pendant leur période de nomination, voir IM HOF, p. 227. Concernant les droits acquis que crée le contrat de la fonction publique, voir, par exemple, TANQUEREL, 2015, p. 317.

³¹² Voir HAFNER, 1992, pp. 498 ss.

³¹³ KNAPP, 1984, p. 500.

³¹⁴ GERMANN, p. 119. Cf., à cet égard, RICHLI, 1998, pp. 28 s. et pp. 104 ss.

³¹⁵ GRISEL, p. 512.

³¹⁶ Selon TANQUEREL, le droit disciplinaire peut être défini comme « un catalogue légal de sanctions pouvant être infligées aux membres du personnel qui violent leurs devoirs de service » : TANQUEREL, 2000, p. 25. En revanche, GRISEL est d'avis que les peines disciplinaires ne sont pas des sanctions proprement dites, mais plutôt des mesures « qui tendent à l'exécution d'obligations administratives » : GRISEL, p. 514.

100 **Mesures/sanctions disciplinaires** – Les sanctions disciplinaires³¹⁷ peuvent se limiter à stigmatiser (par exemple par le biais d'un avertissement ou d'un blâme), elles peuvent aussi impliquer des conséquences pécuniaires (amende), ou encore mettre en cause l'emploi du contrevenant (révocation)³¹⁸. Ces sanctions sont par ailleurs souvent organisées selon une gradation ascendante, c'est-à-dire à partir de la mesure la moins incisive pour aller jusqu'à la révocation, qui est la sanction la plus grave que connaît la procédure disciplinaire. A titre d'exemple, les mesures disciplinaires suivantes peuvent être prononcées par l'autorité compétente : le blâme, l'amende, le retrait de facilités, la réduction de traitement, la suspension temporaire avec réduction ou privation de traitement³¹⁹, le déplacement disciplinaire, la mise au provisoire et la révocation. Toute mesure disciplinaire doit s'asseoir sur une base légale³²⁰, ce qui signifie qu'à défaut d'une sanction figurant dans le statut, l'autorité ne peut pas en infliger une autre³²¹. En ce qui concerne le choix de la sanction, l'autorité compétente jouit d'une grande liberté d'appréciation. Toutefois, elle reste soumise aux principes généraux de l'activité administrative dans ses prises de décisions, notamment au principe de la proportionnalité, bien qu'en pratique, l'opportunité de celle-ci soit difficile à remettre en cause³²².

³¹⁷ Pour la nature juridique du droit disciplinaire, cf. KIRCHHOFER, pp. 3 ss.

³¹⁸ Cf., TANQUEREL, 2000, p. 25. Pour plus de détails sur le but des mesures disciplinaires et administratives, cf. POLEDNA, 1995, pp. 61 ss.

³¹⁹ Voir, p. ex., l'arrêt TF 8C_54/2014 du 21 novembre 2014 où un employé de la Poste suisse, soupçonné d'abus de confiance et de faux dans les titres, a été à titre préventif immédiatement suspendu de sa fonction et a vu son salaire être entièrement supprimé.

³²⁰ Parmi d'autres, cf. NGUYEN, 2012, p. 177.

³²¹ Par conséquent, une collectivité publique ne peut pas prononcer une sanction sans base juridique valable. Voir TF 8D_7/2013 du 8 janvier 2014. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a cassé la décision du Conseil municipal d'une commune zurichoise ayant prononcé sans fondement légal une sanction à l'encontre d'un collaborateur.

³²² Sur les questions de l'opportunité de la décision en droit disciplinaire sous l'ancien régime, voir KIRCHHOFER, pp. 8-9.

§ 4 Synthèse

Généralités – L'étude des origines des fondements de la relation de travail a permis de circonscrire les différentes étapes de l'émergence de la réglementation suisse du travail, qu'elle soit de droit public ou de droit privé, surtout depuis la centralisation des pouvoirs et l'extension des compétences juridiques de la Confédération. 101

Droit public et droit privé – Sur le plan fédéral, la législation de droit public de protection des travailleurs naît de la Révolution industrielle et émerge du nouvel article 34 de la Constitution de 1874 (faisant suite à la révision de la Constitution de 1848), qui permet de légiférer sur le travail des enfants dans les fabriques, sur la durée du travail, ainsi que sur la protection des ouvriers. En édictant la loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, on apporte une protection générale aux travailleurs. Ensuite, en 1881, le droit des obligations est unifié en Suisse. Il comporte 12 articles portant sur le « louage de services » qui constituent les prémices de la réglementation actuelle du contrat individuel de travail de droit privé (cf. art. 319 ss CO). 102

Droit de la fonction publique fédérale – Les règles concernant les fonctionnaires fédéraux naissent dès l'adoption de la Constitution fédérale de 1848. En effet, c'est seulement après la fondation de l'Etat fédéral que l'administration fédérale va concrètement se développer (bien qu'elle comporte déjà à cette époque quelques rouages). Puis, face à l'augmentation fulgurante du personnel fédéral, la nécessité d'adopter un statut distinct de la réglementation de droit privé – réunissant tous les droits et les obligations des fonctionnaires fédéraux – se fait lourdement sentir en raison du caractère très lacunaire des règles existantes et applicables au personnel fédéral. L'adoption du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 va dès lors remédier à cette nécessité. 103

Le StF de 1927 – Le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927 unifie, pour la première fois en Suisse, les rapports de service du personnel de la Confédération³²³. En effet, avant ce statut, il n'existait dans notre pays aucune loi fédérale qui traitait à proprement parler des rapports de service du personnel fédéral. Le modèle traditionnel ainsi créé se caractérise par la soumission du fonctionnaire à une nomination, à une garantie de l'emploi, à une échelle de traitement, ainsi qu'à un régime disciplinaire. Il permettra d'influencer le droit de la fonction publique de toutes les collectivités publiques en Suisse. 104

³²³ Voir, par exemple, MAHON, 1994, p. 29. Depuis 1848, il existe effectivement des « fonctionnaires fédéraux », mais pas de statut unifié avant 1927.

Chapitre 3 : Caractéristiques essentielles

En Suisse, tant les rapports de travail de droit privé (§ 1) que ceux de droit public (§ 2) sont marqués, dès leur origine, par des caractéristiques essentielles. Celles-ci jettent d'ailleurs les fondements de deux domaines distincts du droit (voir synthèse, § 3). En effet, les rapports de travail de droit privé et ceux de droit public reposent sur des principes dissemblables qu'il convient ici d'identifier.

105

§ 1 Les rapports de travail de droit privé

Dans notre pays, les rapports de travail de droit privé se caractérisent par certains principes applicables (A) aux relations contractuelles, qui se concrétisent notamment dans le régime du Code des obligations (B).

106

A. Les principes applicables

Pour bien comprendre les caractéristiques essentielles des rapports de travail de droit privé, il importe dès lors d'énoncer brièvement quelques généralités (I) sur les fondements de cette relation juridique, notamment concernant le principe de la liberté contractuelle (II) qui domine originellement le droit suisse des contrats³²⁴.

107

I. Généralités

Contexte – Au cours du 19^{ème} siècle, l'industrialisation a transformé le mode de production des biens, en introduisant et en généralisant le travail salarié³²⁵. Avec le développement des entreprises et de l'économie suisse, le nombre d'accidents dans les usines ou les fabriques ainsi que les maladies profession-

108

³²⁴ Parmi d'autres, voir ZUFFEREY-WERRO, N 12, p. 7.

³²⁵ Cf., pour un aperçu étoffé, MAHON, 1998, p. 300.

nelles ont également augmenté³²⁶. Les premières législations sur le travail ont donc eu pour vocation « de protéger la santé des travailleurs, notamment celle des femmes et des enfants, qui était particulièrement menacée »³²⁷. D'ailleurs, « [l]e travail des enfants était celui qui présentait les dangers les plus grands pour la santé de la population »³²⁸.

¹⁰⁹ **Dispositions cantonales** – Nous avons vu plus haut qu'avant la Constitution suisse de 1874, la réglementation des rapports contractuels entre employeurs et travailleurs faisait l'objet d'un certain nombre de dispositions cantonales (car, il faut le mentionner, depuis la chute de la République helvétique et l'échec d'un Code civil unique, le droit des obligations était l'apanage des codes cantonaux)³²⁹. En effet, plus de la moitié des cantons avaient codifié quelques règles de droit civil concernant les rapports de travail³³⁰. Dans certains cantons, la réglementation était inspirée du code Napoléon (c'est-à-dire du code civil français), dans lequel le contrat de travail était une sous-catégorie du louage³³¹. D'autres cantons subirent l'influence du code autrichien de 1811, qui contenait également quelques règles sur le « louage de travail »³³². Néanmoins, quelle qu'ait été l'origine des premières règles cantonales et leur développement progressif³³³, elles instituaient déjà la liberté du contrat³³⁴.

II. La liberté contractuelle

¹¹⁰ **Un principe fondamental** – La réglementation suisse des rapports contractuels entre un employeur et un travailleur fut soumise, dès son origine, à la liberté contractuelle. En effet, depuis ses fondements, le « droit privé repose sur le principe de l'autonomie privée. En droit des obligations, ce principe se concrétise dans celui de la liberté contractuelle. Cette liberté présente différentes facettes (liberté de contracter, liberté dans le choix de son partenaire

³²⁶ Voir ég. *supra* N 51.

³²⁷ TSCHUDI, 1983, p. 192.

³²⁸ TSCHUDI, 1987, p. 6.

³²⁹ PICHONNAZ, p. 126.

³³⁰ Voir, à cet égard, BERENSTEIN, 1982, p. 227.

³³¹ Le « louage du travail ou du service » s'appliquait aux domestiques et aux ouvriers. Il n'était réglementé que par deux dispositions. Cf. BERENSTEIN, 1982, p. 228. Voir, entre autres, PICHONNAZ, p. 126.

³³² Cf. BERENSTEIN, 1982, p. 228.

³³³ Pour les différentes conceptions des législations cantonales antérieures à 1883, voir RICHARD, pp. 65-68.

³³⁴ Dans ce sens, BERENSTEIN, 1982, p. 229.

contractuel, liberté de l'objet, de la forme et de mettre un terme aux relations contractuelles [...] »³³⁵. Autrement dit, le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de choisir librement si elles souhaitent ou non contracter, et quel sera leur co-contractant. En outre, elles pourront adopter les clauses de leur choix sans que des conditions externes leur soient imposées. En bref, ce principe permet à chaque individu d'organiser ses relations juridiques comme bon lui semble, conformément à l'autonomie de sa volonté³³⁶. Il s'agit d'un principe fondamental en droit suisse des obligations³³⁷.

Règles favorisant les travailleurs ? – Malgré le principe de la liberté contractuelle, les anciennes réglementations cantonales contenaient parfois des règles favorisant les travailleurs. Cependant, il s'agissait seulement de quelques dispositions sporadiques qui n'étaient pas rattachées à un ensemble cohérent offrant une réelle protection³³⁸. C'est ce qui amena la Confédération à légiférer sur divers aspects de la protection des travailleurs. Au lendemain de la Constitution fédérale de 1874, des dispositions légales relatives aux rapports de droit civil entre employeurs et travailleurs furent ainsi introduites pour la première fois sur le plan fédéral : non pas dans le Code des obligations, mais dans la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877³³⁹. Puis, le premier Code des obligations de 1881 vint régler les relations de travail.

111

B. Le régime du Code des obligations

La libre convention des parties – Le Code de 1881 unifiait, dans son titre onzième, les premières dispositions fédérales concernant les rapports de travail (plus exactement le « louage de services »)³⁴⁰. Le principe directeur « était la liberté des contrats, si bien que le titre ne comprenait que 12 articles (art. 338 à 349). La conclusion, l'objet et la fin du contrat étaient en principe lais-

112

³³⁵ ATF 129 III 42, c. 6.1, JdT 2003 I 127 (trad.).

³³⁶ ZUFFEREY-WERRO, N 13, p. 7. Selon cet auteur, le principe de la liberté contractuelle ressort de la définition même du contrat et « sans liberté, il n'y a pas de volonté, donc pas de manifestation de volonté, donc pas de contrat » : ZUFFEREY-WERRO, N 12, p. 7.

³³⁷ Ce principe connaît toutefois quelques limites (voir art. 20 CO), par exemple, l'illicéité du contrat, l'impossibilité initiale, la contrariété aux bonnes mœurs ou aux droits de la personnalité, les règles impératives du CO. Cf. MARCHAND, pp. 3-43.

³³⁸ Cf. BERENSTEIN, 1982, p. 229. Des dispositions spéciales (mesures de caractère patriarcal) étaient toutefois prévues à l'égard des domestiques.

³³⁹ *Supra* N 53. Voir, entre autres, BERENSTEIN, 1982, pp. 229-230.

³⁴⁰ Voir *supra* N 48.

sés à la libre appréciation des parties »³⁴¹. Ainsi, le contrat devait être réglementé de façon entièrement autonome³⁴² et le Code de 1881 « ne s'exprimait pas sur le caractère, dispositif ou impératif, de ses dispositions. Les règles sur la possibilité pour le travailleur de résilier un contrat conclu pour la vie et sur celle de résilier un contrat pour justes motifs (art. 345 et 346) devaient, de par leur nature, être considérées comme impératives. Les autres règles n'avaient, d'après l'interprétation généralement admise, qu'une valeur dispositives. C'est pourquoi on a pu dire que les dispositions du titre XI "abandonnaient presque tout à la libre convention des parties, soit à la puissance et à l'arbitraire du contractant le plus fort" »³⁴³.

113 **La grande révision matérielle** – Le principe de la libre convention des parties, ancré dans le Code de 1881, fut nuancé par la grande révision matérielle de 1911. Cette révision visait à préciser les incertitudes résultant de la rédaction ambiguë du Code, mais elle avait également pour objectif de pallier le manque de dispositions protectrices des travailleurs³⁴⁴. En effet, peu après l'entrée en vigueur du Code des obligations de 1881, on se rendit compte que la liberté presque complète du choix des clauses contractuelles accordée aux parties avait de graves désavantages pour le travailleur³⁴⁵. Ce constat aboutit à une nouvelle réglementation du contrat de travail, totalement différente de celle de 1881, notamment en ce sens que le législateur avait introduit dans le Code de 1911 toute une série de dispositions destinées à protéger l'employé (partie « faible » au contrat)³⁴⁶; par exemple « le règlement de travail (art. 321), le contrat collectif de travail (art. 322 et 323) et le contrat-type de travail (art. 324) »³⁴⁷.

³⁴¹ Message 1967, pp. 249 s.

³⁴² Et cela, même si le Code de 1881, apparu dans un contexte d'interventionnisme de l'Etat, tendait au progrès et à la protection des plus faibles. Cf. PICHONNAZ, p. 128.

³⁴³ BERENSTEIN, 1982, p. 232. Des prescriptions impératives figuraient toutefois « dans quelques articles, principalement dans celui qui imposait à l'employeur l'obligation de verser le salaire au travailleur en cas de maladie et de service militaire et de procurer les soins et les secours médicaux nécessaires au salarié tombé malade lorsque celui-ci vit en communauté domestique (art. 341) » : Message 1967, p. 250.

³⁴⁴ BERENSTEIN, 1982, p. 232.

³⁴⁵ Message 1967, p. 250.

³⁴⁶ Cf., à cet égard, BERENSTEIN, 1982, pp. 236-237 ; MAHON, 2000, p. 11.

³⁴⁷ BERENSTEIN, 1982, p. 239. Sur les grandes étapes du développement de la convention collective et du contrat-type de travail en Suisse, cf. AUBERT, 2004, pp. 5-15.

Les dispositions (partiellement) impératives – Toujours dans cette optique, le Code de 1911 modifia profondément l'esprit de la loi³⁴⁸ : « tout en reconnaissant le principe de la liberté contractuelle (art. 326), le législateur introdui[sit] de nombreuses dispositions de droit strict, auxquelles les parties ne [pouvaient] pas déroger »³⁴⁹. Puis, en 1971, le législateur accorda une certaine protection aux employeurs, protection qui s'expliquait par le contexte de haute conjoncture et de plein emploi³⁵⁰. La révision de 1971 permit également d'intégrer, dans le Code des obligations, une liste des dispositions impératives et une liste des dispositions partiellement impératives concernant le contrat de travail³⁵¹. Toutefois, bien que conçues à l'origine comme exhaustives, ces listes se révélèrent assez rapidement lacunaires, voire même erronées, ce qui fut relevé par la doctrine³⁵².

114

Le sceau du libéralisme – En comparaison avec d'autres ordres juridiques, la relation de travail de droit privé, tout comme la législation en général, est restée en Suisse essentiellement marquée par le sceau du libéralisme et par le principe de la liberté contractuelle³⁵³. Dans ce sens, dès leur origine, « [l]es valeurs du Code des obligations suisse sont plutôt libérales, du moins pour la partie générale du Code. [Puis, même lors de sa grande révision le] législateur de 1911 n'avait pas [eu] pour souci premier d'assurer l'égalité dans l'échange [...], autrement dit une sorte d'égalité matérielle entre les parties au contrat. L'accord des manifestations de volonté impliqu[ait] en soi une égalité subjective des prestations échangées ; cela satisfai[sait] en principe le législateur »³⁵⁴.

115

Limites et justice sociale – L'égalité subjective devait cependant être assurée par un comportement des parties au contrat conforme à la bonne foi, tant dans la phase précontractuelle que pendant la durée du contrat, car « la bonne foi » (imposée aujourd'hui par l'article 2 alinéa 1 CC) est la conséquence directe d'un régime fondé sur la volonté individuelle, même si elle n'est « pas une valeur tendant à une égalité distributive, ni à une égalité matérielle »³⁵⁵.

116

³⁴⁸ En outre, l'adoption du Code civil suisse de 1907 amena aussi à « repenser la place et le rôle du Code des obligations de 1911 ». Voir PICHONNAZ, p. 128.

³⁴⁹ MAHON, 2000, p. 11.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ BOHNET/DIETSCHY, Commentaire 2013, N 1 ad art. 361 et 362 CO, p. 1305.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ MAHON, 2000, p. 11. Et cela, en dépit du rôle précurseur de la Suisse en matière de protection des travailleurs. Voir ég. BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, N 72, p. 49.

³⁵⁴ PICHONNAZ, pp. 179 s.

³⁵⁵ *Idem*, p. 180.

La volonté d'assurer une certaine justice sociale dans les échanges poussa néanmoins le législateur suisse, nous l'avons vu³⁵⁶, à introduire progressivement certaines dispositions protégeant la partie faible dans les négociations : ce souci d'équilibre matériel entre les prestations se développa tout particulièrement dans le droit du travail³⁵⁷.

- 117 **La « socialisation du droit privé »** – Dans ce contexte, on a pu parler de « socialisation » du droit privé du travail³⁵⁸ (ou de « droit privé social »)³⁵⁹ – phénomène qui a été accentué par l'adoption de tout un arsenal de lois de droit public (visant notamment à la protection de la santé du travailleur) qui complétait les règles de droit privé du travail contenues dans le Code des obligations –, de sorte que « le droit privé du travail est [devenu] intimement lié au droit public ; [car] aussi bien les dispositions du [C]ode des obligations que les conventions collectives de travail [ont rempli] à l'égard des travailleurs certaines fonctions protectrices qui sont notamment exercées par des règles de droit public »³⁶⁰.

§ 2 Les rapports de travail de droit public

- 118 Tout comme les rapports de travail de droit privé, les rapports de travail de droit public se caractérisent, eux aussi, par certains principes (A) et par des garanties de procédure (B) typiquement applicables à la relation juridique entre l'Etat et ses agents.

A. Les principes applicables

- 119 Quelques généralités (I) peuvent tout d'abord être formulées concernant la nature juridique des rapports de travail du personnel de l'Etat. Ensuite, il faudra brièvement énoncer les principes généraux de l'activité administrative (II) en tant que principes de droit public applicables non seulement à l'activité étatique, mais aussi aux rapports juridiques qui sont noués entre les collectivités publiques et leurs agents.

³⁵⁶ *Supra* N 49.

³⁵⁷ PICHONNAZ, p. 180.

³⁵⁸ Pour plus de détails, consulter PERRENOUD, 2016a, pp. 38 ss.

³⁵⁹ PICHONNAZ, p. 180.

³⁶⁰ BERENSTEIN, 1982, p. 254.

I. Généralités

Le droit public : le droit de l'activité étatique – En principe, le droit public régit toute l'activité étatique : « il pose les bases de l'existence de l'Etat et détermine ses tâches ainsi que les moyens de les mener »³⁶¹. Depuis la naissance de l'Etat fédéral (1848), le pouvoir est réparti entre différentes entités territoriales ayant chacune ses propres organes. Il s'agit de l'administration fédérale, des administrations cantonales et des administrations communales³⁶². Cette répartition a pour conséquence qu'il n'y a pas un seul statut de la fonction publique dans notre pays, mais une multitude de statuts qui rattachent les agents de l'Etat aux diverses administrations (en tant qu'employeurs publics). Pour mener à bien leurs activités, ces collectivités disposent de différents instruments et doivent veiller à respecter certains principes applicables à l'activité administrative³⁶³.

120

La nature juridique de la fonction publique – Dès la naissance des fonctionnaires, il fallut rattacher la relation juridique de ces agents à un droit. Au début, les emplois publics étaient soumis aux principes contractuels de droit civil³⁶⁴. La doctrine s'interrogea ensuite sur la véritable nature du rapport juridique de la fonction publique³⁶⁵. Les réponses à cette question furent partagées et la recherche scientifique se heurta à de grandes difficultés³⁶⁶. En effet, les textes de droit positif n'étaient pas explicites et visaient avant tout des questions d'organisation de l'Etat (le droit administratif en tant que droit de l'Etat était alors très peu développé)³⁶⁷. Par ailleurs, la jurisprudence, en l'absence de tribunaux spécialisés en la matière, n'avait pas pu définir de règles précises³⁶⁸. Le droit et la jurisprudence lacunaires incitèrent par conséquent la doctrine à développer diverses théories, car les limites entre les fonctions relevant du secteur privé et celles spécifiques au service public étaient complètement floues³⁶⁹.

121

³⁶¹ BELLANGER, 1992, p. 67 (et les nombreuses réf. citées).

³⁶² Pour plus de détails, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 1, N 7, p. 6.

³⁶³ Cf., à cet égard, BELLANGER, 1992, p. 67.

³⁶⁴ Cf. *supra* N 57. Voir ég. RICHLI, 1996, p. 57. Cette pratique était d'ailleurs autorisée par le Tribunal fédéral : voir HAFNER, 1992, p. 484.

³⁶⁵ Sur la complexe question de la nature juridique de la fonction publique, voir, entre autres, les thèses de : ANTONIEVITCH ; OTT ; BERCHER. Cf. ég. LORÉTAN, pp. 8-9.

³⁶⁶ BERCHER, p. 5 (avant-propos).

³⁶⁷ *Ibid.* Voir ég. *supra* N 63.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Par exemple, avant la codification de 1927, « [l']organisation du Département militaire présente certaines particularités, entre autres le fait que des fonctions sont confiées à

122 **Conceptions doctrinales** – Une première conception doctrinale rattachait l'emploi du fonctionnaire au droit privé, que ce soit en vertu des dispositions sur le contrat de louage de service³⁷⁰, ou encore sur le mandat³⁷¹. En effet, de « vieux auteurs ont voulu établir un rapprochement entre la condition juridique du fonctionnaire et celle du salarié privé »³⁷². Une autre partie de la doctrine s'est également interrogée sur l'admissibilité du contrat de droit public, en tant qu'acte soumis à l'empire du droit public et obéissant à des règles spéciales, comme fondement de la relation de travail du fonctionnaire³⁷³. Dans cette conception, un parallèle a par exemple été fait entre la situation des fonctionnaires publics à l'égard de l'Etat et celle du vassal envers son suzerain au Moyen-Âge (tous deux juridiquement liés par un contrat de fief résultant non pas d'une convention discutée entre les parties mais d'une adhésion à un statut uniforme préexistant)³⁷⁴. Finalement, une autre partie de la doctrine soutenait

des citoyens qui n'ont pas le caractère de fonctionnaires *permanents* et que le traitement de toute une série de fonctionnaires est déterminé par la voie du contrat de droit privé » : OTT, p. 25. En outre, les fonctionnaires et employés de la caisse nationale en cas d'accidents ne sont pas considérés comme des fonctionnaires fédéraux et sont liés à celle-ci par un rapport de droit privé. Cf. OTT, pp. 67-68. Selon le raisonnement de l'époque, « [b]ien que l'institution, par la mission que la loi lui a confiée, ait un caractère de droit public, le personnel ne fait que contribuer à la réalisation de cette tâche, mais n'en reste pas moins un personnel soumis au droit privé et non aux lois et règlements régissant les fonctionnaires fédéraux [...] » : OTT, p. 68.

³⁷⁰ D'ailleurs, le Conseil fédéral a commencé par considérer « l'élection d'un fonctionnaire ou d'un employé nommé pour une période de 3 ans comme un contrat de louage de service [...] ». OTT, p. 119.

³⁷¹ Cf., à cet égard, DUBS, 1878a, p. 190. Selon cet auteur, l'emploi du fonctionnaire avait le caractère d'un mandat et ne se distinguait pas, juridiquement, d'un engagement dans une affaire privée. Il fallait donc traiter leur position comme celle d'un mandat, car l'importance des affaires ou compétences ne changeait en rien le caractère juridique de l'engagement. Par exemple, il n'y avait pas de différence légale entre le juge officiel et l'arbitre privé, ou encore, entre le caissier de l'Etat et un autre caissier.

³⁷² Pour plus de détails, voir BERCHER, p. 9.

³⁷³ Voir, entre autres : ANTONIEVITCH, pp. 15 et 27 ; BERCHER, pp. 15 ss. Pour la théorie du contrat administratif, cf., entre autres, BERCHER, pp. 49 ss.

³⁷⁴ Cf. BERCHER, p. 18.

la théorie de l'acte unilatéral (de puissance publique)³⁷⁵ comme fondement juridique de la fonction publique³⁷⁶.

La théorie éclectique – Même s'il ne s'agit pas, à vrai dire, d'une conception doctrinale, la théorie éclectique permet l'introduction d'un principe de classification rattachant la relation de travail des agents de l'Etat à un régime de droit public ou de droit privé, selon la nature de « puissance publique » de la fonction exercée par le fonctionnaire³⁷⁷. Autrement dit, cette théorie ramena la situation juridique des fonctionnaires soit à un régime légal et réglementaire de droit public, lorsque l'objet de la fonction était de rendre l'exercice de la souveraineté possible ; soit aux règles de droit privé, lorsque la fonction ne comportait aucun pouvoir d'une nature spéciale sur l'ensemble des administrés³⁷⁸. Toutefois, la théorie éclectique ne rencontra pas un accueil très favorable auprès des auteurs de droit public³⁷⁹. Puis, le développement de la fonction publique, de sa législation, mais surtout de sa jurisprudence, permit définitivement de rattacher les fonctionnaires à un régime de droit public, que ce soit sur la base d'un contrat ou d'un acte unilatéral³⁸⁰.

Un régime de droit public – Il est donc largement admis, depuis des décennies, que les rapports de travail des agents de l'Etat doivent, en règle générale, être soumis à un régime de droit public³⁸¹. En effet, la soumission de ces rapports au droit public relève de la nature même de la relation juridique qui se crée entre une personne physique et un employeur de droit public³⁸². La théorie qui subordonnait les emplois publics aux règles du droit privé a été abandonnée depuis très longtemps, car cette thèse ne s'harmonisait plus avec les exigences nouvelles de l'administration³⁸³. En d'autres termes, les employés des collectivités publiques – soumis à une réglementation spéciale en la ma-

³⁷⁵ KNAPP relève que ce sont les auteurs allemands qui ont influencé la doctrine suisse. Celle-ci a considéré que « les relations d'emploi entre les agents publics engagés sous un régime statutaire et l'Etat étaient régies par une relation de puissance particulière » : KNAPP, 1988, pp. 389.

³⁷⁶ Voir, par exemple, BERCHER, pp. 32-42.

³⁷⁷ Cf., pour un aperçu de cette théorie, BERCHER, p. 1. On a également pu distinguer les fonctions dites d'autorité et celles de gestion, les deuxièmes donnant lieu à des engagements par des contrats de droit civil : BERCHER, pp. 44-45. Cf. ég. ANTONIEVITCH, pp. 31 ss.

³⁷⁸ Pour plus de détails, voir BERCHER, pp. 43-44.

³⁷⁹ BERCHER, p. 45.

³⁸⁰ Cf., à cet égard, KILCHENMANN, p. 40.

³⁸¹ KILCHENMANN, p. 40.

³⁸² Cf., JUD, pp. 31 à 34.

³⁸³ KILCHENMANN, p. 40.

tière (à savoir des statuts du personnel de la fonction publique) – doivent dès lors être assujettis à un rapport de travail de droit public³⁸⁴. C'est ce que considèrent la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire³⁸⁵.

125 **Justification de la nature de droit public** – Pourtant, la nature de droit public de la relation de travail du personnel étatique n'a pas de fondement constitutionnel pour la légitimer. En effet, on cherchera en vain dans notre Constitution fédérale une règle qui garantisse au personnel de l'Etat (que ce soit sur le plan fédéral ou à un autre niveau) sa soumission au droit public³⁸⁶. Aujourd'hui encore, on ne retrouve pas de fondement constitutionnel explicite pour la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), quand bien même celui-ci peut se déduire de l'article 173 alinéa 2 de la Constitution, qui prévoit que l'« Assemblée fédérale traite en outre tous les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne ressortissent pas à une autre autorité fédérale »³⁸⁷.

126 **Distinction avec le droit civil** – Par ailleurs, la distinction entre régime de droit privé et régime de droit public, ce dernier réglemant les rapports de travail des employés des collectivités publiques, se justifie de par l'article 342 alinéa 1 CO. En effet, la réserve exclusive en faveur des relations de travail de droit public, qui permet à la Confédération, aux cantons et aux communes d'adopter une réglementation en la matière, montre que les rapports de travail des agents publics doivent être soumis au droit public³⁸⁸. En revanche, la législation en matière de droit civil est du ressort de la Confédération (cf. art. 122 al. 1 Cst.). En effet, « les rapports de service liant un agent à la Confédération, à un canton, à une commune ou à une corporation ou un établissement de droit public relèvent du droit public, car les principes qui s'imposent à l'Etat,

³⁸⁴ Pour la soumission au droit public du personnel fédéral sous l'ancien régime, voir, entre autres, KERN, pp. 40 ss.

³⁸⁵ Cf. TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.2. Voir, entre autres, IM HOF, pp. 235a ss ; KERN, p. 52 ; RHINOW, 1983, pp. 440 et 442 ; BOIS, pp. 238 et 242 ; MOOR, 1992, pp. 208-209 ; HANGARTNER, 1993, pp. 42 ss ; JAAG, 1994, p. 437 ; KNAPP, 1994, N 3069, p. 282 ; RICHLI, 1996, pp. 56 ss et 1998, p. 49 ; MAHON, 1994, p. 40 ; MICHEL, 1998, pp. 203 ss ; NGUYEN, 1994, p. 19 et 1999, p. 431 ; HAFNER, 1992, pp. 484 ss et 1999, p. 184 ; TANQUEREL, 2000, p. 13 et 2012, p. 49 ; DONATSCH, N 32, p. 9 ; MÜLLER/VON GRAFFENRIED, pp. 156 ss ; GEISER/MÜLLER, N 198, p. 72 ; DÉFAGO GAUDIN, 2015, p. 148.

³⁸⁶ HAFNER, 2014, p. 299. Voir ég. HAFNER, 1992, p. 486.

³⁸⁷ D'ailleurs, toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit notamment en lien avec l'organisation ou la procédure des autorités fédérales doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale (art. 104. al. 1 let. g Cst.).

³⁸⁸ Du même avis, JUD, p. 32.

comme employeur, ne sont pas les mêmes que ceux qui s'appliquent aux particuliers »³⁸⁹. L'Etat est effectivement soumis aux principes généraux de l'activité administrative, contrairement à un employeur du secteur privé.

II. Les principes généraux de l'activité administrative

Des principes fondamentaux – L'activité administrative a été régie par des préceptes considérés tout d'abord comme des principes fondamentaux du droit administratif. Ceux-ci ont ensuite été codifiés dans notre Constitution fédérale³⁹⁰. Il s'agit des principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la bonne foi³⁹¹. Aujourd'hui, on les retrouve à l'article 5 Cst.³⁹² qui les érige au rang de principes constitutionnels liant le législateur, le juge, mais aussi les autorités exécutives, c'est-à-dire l'administration³⁹³. Ils sont « applicables à l'activité de l'ensemble des autorités à tous les échelons de l'Etat fédéral [...] »³⁹⁴. Autrement dit, toutes les collectivités publiques (ou organisations de droit public) doivent dès lors respecter ces principes généraux applicables non seulement à l'activité administrative, mais aussi aux rapports de travail (de droit public) lorsque l'Etat est employeur³⁹⁵.

La légalité – Le principe de la légalité³⁹⁶ (qui se décline en deux principes, celui de la suprématie de la loi et celui de l'exigence de la base légale) consiste à soumettre toute l'activité de l'administration à la loi, car le droit règle et limite l'activité de l'Etat³⁹⁷. En effet, lorsque l'administration intervient dans le cadre du droit public, elle doit respecter la législation en vigueur et ne peut

³⁸⁹ Cf. AUBERT, CR 2012, N 2 ad art. 342 CO, p. 2124 (et la réf. citée ; le caractère gras a été supprimé de la citation originale de l'auteur).

³⁹⁰ Cf., à cet égard, LIENHARD, p. 223. Voir ég. les pages 219-220.

³⁹¹ La doctrine et la jurisprudence ont abondamment commenté ces principes, raison pour laquelle seuls quelques-uns de leurs aspects seront ici évoqués.

³⁹² L'art. 5 Cst. porte sur les « [p]rincipes de l'activité de l'Etat régi par le droit ».

³⁹³ Cf. KNAPP, 1991, N 444, p. 95.

³⁹⁴ LIENHARD, p. 219.

³⁹⁵ Cf., entre autres, DÉFAGO GAUDIN, 2015, pp. 148-150, et la réf. à l'ATF 139 I 161. Voir ég. KNAPP, 1989, pp. 322-329 ; débat in : Plaidoyer 6/2015, pp. 6-7. Pour l'application de ces principes aux rapports de travail de droit privé, cf. *infra* N 436 ss.

³⁹⁶ Cf., pour un aperçu étoffé du principe de la légalité, entre autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 83-110 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, pp. 137-155 ; TANQUEREL, 2011, pp. 149-178 ; WIEDERKEHR/RICHLI, pp. 445-547 ; DUBEY/ZUFFEREY, pp. 163-194.

³⁹⁷ Cf., à cet égard, l'article 5 alinéa 1 de la Constitution fédérale suisse.

agir, en général, que si la loi le prévoit³⁹⁸. Le principe dit de la suprématie (ou de la primauté de la loi) soumet tout organe ou agent de l'Etat, dans ses activités, aux normes juridiques régulièrement adoptées³⁹⁹. La loi est donc bien la base de toute activité de l'Etat. L'exigence d'une base légale peut être matérielle ou formelle. Au sens matériel, la loi peut être formulée sous la forme de règles générales ou abstraites, néanmoins suffisamment précises quant à leur contenu. En revanche, quand ce sont des dispositions importantes qui fixent des règles de droit, celles-ci doivent être adoptées dans une loi au sens formel⁴⁰⁰. Par exemple, en ce qui concerne les rapports de travail de droit public, il suffit au législateur de prévoir les valeurs et les principes qui doivent être respectés dans les statuts du personnel (loi au sens formel) et leur concrétisation peut s'effectuer dans les dispositions d'exécution (base légale au sens matériel)⁴⁰¹. Le principe de la légalité est ainsi applicable de manière atténuée au vu du « large pouvoir de donner des instructions » dont dispose l'Etat en la matière⁴⁰². Autrement dit, alors qu'une loi matérielle suffit généralement pour créer des droits et des obligations envers un employé soumis au droit public, la jurisprudence exige une loi formelle lorsqu'il s'agit d'apporter des restrictions plus graves aux droits du fonctionnaire⁴⁰³.

129 **L'intérêt public** – « Dans le prolongement du principe de la légalité, le principe de l'intérêt public pose *ce qui fonde et ce qui limite la puissance publique* »⁴⁰⁴. En effet, contrairement aux activités des entreprises du secteur privé, l'exercice de l'administration doit toujours aller dans le sens de l'intérêt de la collectivité et ne doit pas servir à satisfaire les intérêts privés d'une ou de plusieurs personnes⁴⁰⁵. L'intérêt public limite également la puissance publique, en ce sens que ce principe doit servir l'intérêt général⁴⁰⁶. Dans un Etat

³⁹⁸ Cf. KNAPP, 1991, N 455, p. 97. Voir ég. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 386, p. 87. Par exemple, une sanction disciplinaire ne peut être prononcée par une collectivité publique que s'il existe une base légale. Voir *supra* N 87, *infra* N 518.

³⁹⁹ Cf., à cet égard, DUBEY/ZUFFEREY, N 470, p. 164.

⁴⁰⁰ Pour plus de détails, voir, entre autres, DUBEY/ZUFFEREY, N 512 s., pp. 178 s.

⁴⁰¹ Cf. MOOR, 1992, p. 213. Voir ég. RICHLI, 1998, qui examine l'application du principe de la légalité en droit de la fonction publique, pp. 31 ss.

⁴⁰² Les actes de l'Etat sont bien souvent légitimés par la bonne marche du service. Voir KNAPP, 1994, N 3087, p. 284.

⁴⁰³ KNAPP, 1991, N 460, p. 97. Voir HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 398, p. 90.

⁴⁰⁴ DUBEY/ZUFFEREY, N 553, p. 196 (ce sont les auteurs qui mettent en italique).

⁴⁰⁵ Cf., à cet égard, TANQUEREL, 2011, N 527, p. 179.

⁴⁰⁶ Pour plus de détails sur le principe de l'intérêt public, voir, entre autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 124-132 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, pp. 156-161 ; TANQUEREL, 2011, pp. 179-186 ; WIEDERKEHR/RICHLI, pp. 670-703 ; DUBEY/ZUFFEREY, pp. 195-214.

démocratique, le principe de l'intérêt public vise à garantir l'ordre public, c'est-à-dire la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité publiques, ainsi que la bonne foi dans le domaine des affaires⁴⁰⁷. Par ailleurs, dans le contexte de la limitation des droits fondamentaux, le principe de l'intérêt public permet de restreindre les droits des particuliers (voir l'art. 36 al. 2 Cst.). Par exemple, en matière de fonction publique, l'intérêt public peut parfois autoriser certaines restrictions qui limitent les droits fondamentaux du fonctionnaire, tels que le droit de s'exprimer, de faire la grève ou de choisir librement son lieu de domicile⁴⁰⁸. Il faut alors effectuer une pesée entre l'intérêt public de l'Etat et l'intérêt privé auquel une telle restriction porte atteinte.

La proportionnalité – Conformément à l'intérêt général, le principe de la proportionnalité permet aussi de vérifier si les moyens utilisés par l'administration sont appropriés au cas d'espèce⁴⁰⁹. Le principe de la proportionnalité⁴¹⁰ a été érigé comme un droit constitutionnel fondamental dans toutes les prises de décision de l'administration⁴¹¹. De manière générale, ce principe invite l'Etat à utiliser des moyens en adéquation avec les buts qu'il se fixe. Le principe de la proportionnalité peut être subdivisé en trois préceptes juridiques : les règles de l'aptitude, de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit. En d'autres termes, pour que les décisions d'une collectivité publique soient proportionnelles, il faut qu'elles soient aptes à atteindre un objectif donné (règle de l'aptitude), nécessaires à sa réalisation (règle de la nécessité) et qu'elles ne portent pas une atteinte excessive à d'autres droits constitutionnels eu égard à sa finalité (règle de la proportionnalité au sens étroit)⁴¹². Dans les litiges afférents aux rapports de travail de droit public, le principe de la proportionnalité est souvent invoqué pour contester un licenciement ou toute décision inappropriée de la collectivité publique. L'Etat doit en outre veiller à une certaine égalité de traitement dans ses décisions⁴¹³.

130

⁴⁰⁷ Voir, entre autres, TANQUEREL, 2011, N 531, p. 180.

⁴⁰⁸ *Infra* N 210.

⁴⁰⁹ Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 608, p. 215.

⁴¹⁰ Sur le principe de la proportionnalité, voir, entre autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 83-110 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, pp. 162-170 ; TANQUEREL, 2011, pp. 187-191 ; WIEDERKEHR/RICHLI, pp. 622-669 ; DUBEY/ZUFFEREY, pp. 215-226. En ce qui concerne particulièrement la proportionnalité des actes étatiques, cf. MACHERET.

⁴¹¹ Ce principe, qui a donné lieu à une jurisprudence abondante, a effectivement été concrétisé à l'art. 5 al. 2 Cst. Cf., à cet égard, NGUYEN, 2012, p. 177.

⁴¹² Cf. GRISEL, pp. 348-350.

⁴¹³ Par exemple, une mesure, bien que proportionnée, pourrait violer le principe de l'égalité de traitement, si l'autorité a traité précédemment des cas similaires de manière différente.

- 131 **L'égalité de traitement** – Le principe de l'égalité de traitement (cf. art. 8 al. 1 Cst.)⁴¹⁴ implique le droit d'exiger de la même autorité que des situations semblables soient soumises à des règles de droit similaires et que les situations dissemblables soient assujetties à des règles de droit différentes⁴¹⁵. Il présuppose ainsi que la réglementation en vigueur soit bien entendu conforme au principe de l'égalité de traitement⁴¹⁶. Au sein de la fonction publique, c'est particulièrement en matière de rémunération que ce principe prend une ampleur considérable, même si les domaines d'application peuvent être divers⁴¹⁷. L'inégalité de traitement peut parfois conduire à une discrimination (cf. art. 8 al. 2 Cst.), c'est-à-dire à une inégalité qualifiée⁴¹⁸ de personnes juridiquement protégées⁴¹⁹.
- 132 **L'interdiction de l'arbitraire** – Par ailleurs, tant dans son comportement que dans ses prises de décision, l'administration ne doit pas agir de manière arbitraire (cf. art. 9 Cst.)⁴²⁰. Est notamment arbitraire toute décision qui viole une règle claire et s'écarte sans argument valable de l'interprétation conforme que l'on peut tirer du texte de cette norme⁴²¹. Autrement dit, une « norme est arbitraire lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité »⁴²². Ainsi, il faut que la manière d'agir des autorités soit « justifiable » et qu'elle puisse raisonnablement s'imposer⁴²³, en conformité avec le principe de la bonne foi.

⁴¹⁴ Pour plus de détails sur le principe de l'égalité de traitement, cf., entre autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 111-120 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, pp. 184-191 ; TANQUEREL, 2011, pp. 199-204 ; WIEDERKEHR/RICHLI, pp. 547-621 ; DUBEY/ZUFFEREY, pp. 227-241.

⁴¹⁵ Voir, entre autres, GRISEL, p. 359. Cf. ég. KNAPP, 1991, N 485 ss, p. 103.

⁴¹⁶ Voir l'arrêt TF 8C_802/2013 du 13 novembre 2014.

⁴¹⁷ Pour plus de détails sur l'application du principe d'égalité de traitement en droit de la fonction publique, voir RICHLI, 1998, pp. 34 ss.

⁴¹⁸ La notion de discrimination a donc un sens plus étroit que l'inégalité de traitement.

⁴¹⁹ Cf., entre autres, DUBEY/ZUFFEREY, N 666 et 668, p. 233.

⁴²⁰ Pour un large aperçu du principe de l'interdiction de l'arbitraire, cf., entre autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 120-123 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, pp. 191-193 ; TANQUEREL, 2011, pp. 204-205 ; WIEDERKEHR/RICHLI, pp. 703-718 ; DUBEY/ZUFFEREY, pp. 242-252.

⁴²¹ Cf., par exemple, KNAPP, 1991, N 600, p. 124.

⁴²² TANQUEREL, 2011, N 604, p. 204 (et les réf. jurisprudentielles citées).

⁴²³ Voir DUBEY/ZUFFEREY, N 689-690, pp. 243 s.

La bonne foi – Le principe de la bonne foi⁴²⁴ est un principe général du droit qui est valable aussi bien en droit public qu'en droit privé⁴²⁵. En effet, tant les organes de l'Etat que les particuliers doivent agir conformément aux règles de la bonne foi : « [c]ela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif »⁴²⁶. En droit public, ce droit confère à tout individu la protection de la confiance qu'il place dans les promesses ou le comportement d'une autorité⁴²⁷. En effet, selon la jurisprudence, lorsque l'autorité a consenti à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, ce dernier est toutefois protégé dans la confiance qu'il a placée dans les promesses ou dans les déclarations de l'administration pour autant que certaines conditions cumulatives soient respectées⁴²⁸. Le principe de la bonne foi se subdivise en trois sous-principes, à savoir le principe de la bonne foi proprement dit, le principe de la confiance, et l'interdiction de l'abus de droit : le premier implique que « l'Etat et l'administré doivent s'en tenir à leurs déclarations et ne doivent pas chercher à se tromper par des manifestations de volonté inexactes ou incomplètes » ; le deuxième impose à l'Etat de « respecter la sécurité juridique et l'administré n'est tenu de faire quelque chose ou n'en est dispensé que dans la mesure où il pouvait ou devait le comprendre » ; le troisième interdit aussi bien à l'Etat qu'à un administré d'abuser de son pouvoir ou de ses droits en les utilisant à des fins non appropriées⁴²⁹.

⁴²⁴ Pour un aperçu étoffé du principe de la bonne foi, cf., entre autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 140-163 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, pp. 172-182 ; TANQUEREL, 2011, pp. 192-198 ; WIEDERKEHR/RICHLI, pp. 720-789 ; DUBEY/ZUFFEREY, pp. 253-266.

⁴²⁵ La jurisprudence a effectivement reconnu « que cette règle, consacrée explicitement depuis longtemps en droit privé, constitue un principe général du droit qui vaut également dans les relations entre l'Etat et les particuliers, ainsi que dans les relations des entités étatiques entre elles » : TANQUEREL, 2011, N 565, p. 192 et les réf. cités aux ATF 133 I 234, 239 ; 123 II 231, 238 ; 121 I 181, 183 et 184-185. Voir ég., parmi d'autres, KNAPP, 1991, N 497, p. 105. Le principe de la bonne foi figure aujourd'hui dans les articles 5 al. 3, et 9 de la Constitution fédérale, mais on le retrouve aussi au niveau législatif, par exemple à l'article 2 du Code civil. Selon l'art. 2 CC, chacun « est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

⁴²⁶ Parmi d'autres, cf. TF 8C_923/2013 du 18 novembre 2014, c. 2.2.

⁴²⁷ Pour plus de détails, voir ATF 129 I 161, c. 4.1, JdT 2004 I 734 (trad.). Cf. ég. ATF 136 I 254, c. 5.2. Aujourd'hui, l'art. 9 Cst. garantit à toute personne le droit d'être traitée sans arbitraire par les organes de l'Etat et conformément aux règles de la bonne foi.

⁴²⁸ Pour ces conditions cumulatives, voir, parmi d'autres, ATF 131 II 637, c. 6.1 ; ATF 129 II 381, c. 7.1 ; ATF 129 I 170, c. 4.1.

⁴²⁹ Pour ces trois sous-principes, cf. KNAPP, 1991, N 498 ss, pp. 105 ss.

B. Les garanties de procédure

134 Si nous poursuivons l'examen des caractéristiques essentielles des rapports de travail de droit public, quelques généralités (I) montreront notamment que la procédure administrative est en principe applicable entre les agents et l'Etat, et que c'est avant tout la qualification de décision donnée à un acte de l'administration qui va octroyer certaines garanties de procédure telles que la protection du droit d'être entendu (II)⁴³⁰.

I. Généralités

135 **Distinction de procédures** – En ce qui concerne les règles de procédure applicables aux rapports de travail, le droit privé et le droit public connaissent une grande différence, puisque les règles de procédure civile régissent les litiges relatifs aux rapports de travail de droit privé, alors que ceux de droit public sont en principe soumis aux règles de la procédure administrative. En droit privé, nous précisons que la procédure civile a été unifiée dans toute la Suisse, à compter du 1^{er} janvier 2011, par le nouveau Code de procédure civile (CPC)⁴³¹, ce qui n'est pas le cas de la procédure administrative. En effet, pour régir cette dernière, il existe la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) du 20 décembre 1968⁴³² et 26 lois cantonales. Même sous des dénominations différentes – parfois « loi sur la procédure et la juridiction administratives », d'autres fois « Code de procédure administrative » –, le contenu des lois cantonales de procédure administrative reste relativement similaire ; toutes offrent des garanties procédurales minimales, respectueuses des principes constitutionnels.

136 **Les garanties de procédure administrative** – En Suisse, les lois de procédure administrative offrent des garanties de procédure spécifiques aux employés qui y seraient soumis. Les garanties de procédure peuvent également émaner du statut de la fonction publique d'une collectivité publique, être conventionnelles ou constitutionnelles.

⁴³⁰ Cf. DÉFAGO GAUDIN, 2015, p. 152.

⁴³¹ RS 272. Les litiges en matière de droit privé du travail sont alors soumis aux tribunaux civils (tribunaux ordinaires ou tribunaux du travail). Voir notamment, BRUCHEZ, Commentaire LEg, N 4 ad art. 13 LEg, p. 280. Pour un examen approfondi de la procédure civile suisse applicable aux conflits de travail de droit privé, cf. DIETSCHY.

⁴³² RS 172.021.

La Constitution fédérale suisse contient effectivement certaines garanties générales de procédure (cf. art. 29 Cst.), telles que la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.) et des garanties de procédure judiciaire (art. 30 Cst.). Celles-ci sont bien entendu applicables dans tous les litiges en matière de fonction publique. S'agissant plus spécifiquement du droit d'être entendu, la Constitution fédérale prévoit que celui-ci est pleinement applicable aux rapports de travail de droit public (cf. art. 29 al. 1 et 2 Cst.) ; d'ailleurs, le respect de cette garantie constitutionnelle est essentiel dans la fonction publique et justifie la mise en place de procédures différentes de celles du droit privé⁴³³. Selon nous, les principes généraux de l'activité administrative observés plus haut permettent également de justifier, pour les rapports de travail de droit public, des garanties de procédure particulières en comparaison avec celles existant en droit privé, que ce soit au sein d'une procédure administrative ou même disciplinaire.

La mise en oeuvre des activités de l'administration – En outre, dans la mise en œuvre de son activité matérielle, l'administration prend de nombreuses « décisions » qui restent des mesures internes à l'administration et ne doivent pas être considérées comme des décisions administratives⁴³⁴. Dans le but de fournir ses prestations, l'administration agit ainsi au moyen d'actes matériels qui peuvent affecter tout ou partie des administrés⁴³⁵, mais qui ne créent pas, en principe, de droits et d'obligations vis-à-vis des particuliers⁴³⁶. Certains actes matériels de l'administration peuvent néanmoins concerner de très près des administrés, par exemple des employés d'une collectivité publique. Dans cette optique, on peut se demander si ces actes peuvent, tout comme une décision administrative, être soumis à un contrôle judiciaire à la demande de l'employé concerné⁴³⁷. En effet, la voie du recours contre une décision administrative octroie des garanties de procédure spécifiques, garanties dont l'employé serait privé si la « décision » de l'employeur public consistait en un acte matériel.

137

⁴³³ DÉFAGO GAUDIN, 2015, pp. 150-151.

⁴³⁴ Voir, parmi d'autres, TANQUEREL, 2011, N 666, pp. 232 s.

⁴³⁵ Pour la notion d'acte matériel, cf. FLÜCKIGER, N 1.1.1, pp. 5 s.

⁴³⁶ TANQUEREL, 2011, N 664, p. 231.

⁴³⁷ UHLMANN s'est d'ailleurs posé cette question dans le contexte général d'un rapport entre l'Etat et un administré. Cet auteur a cependant répondu par la négative à cette interrogation, motif pris qu'un intérêt digne de protection de la part de l'administré faisait défaut. Voir UHLMANN, p. 416. Cf. également HOFMANN, p. 131 s.

- 138 **Décision versus acte interne à l'administration** – La distinction entre un acte interne à l'administration et une décision n'est pas évidente⁴³⁸. Pourtant, différencier ces deux notions est fondamental, puisqu'un employé ne peut pas, en règle générale, recourir contre un acte interne à l'administration, bien qu'il soit concerné de près par celui-ci⁴³⁹.
- 139 **Jurisprudence du Tribunal fédéral** – Dans un arrêt publié du 16 août 2010 relatif à la fonction publique, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'explicitier la distinction entre une décision et un acte interne⁴⁴⁰. Pour ce faire, il a établi deux critères. Premièrement, le but original de l'acte interne n'est pas de régler la situation juridique du particulier, c'est-à-dire que celui-ci n'en est pas le destinataire principal. En second lieu, l'acte interne concerne davantage l'administration qui fait usage des prérogatives liées à l'exercice de ses tâches. Selon notre Haute Cour, « un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique »⁴⁴¹. En outre, en ce qui concerne le droit d'accès au juge prévu à l'article 29a Cst., le Tribunal fédéral a précisé, dans le même arrêt publié, que cette garantie s'étend également à certains actes matériels de l'administration et permet donc en principe le contrôle judiciaire de contestations juridiques portant sur les droits et les obligations des employés⁴⁴². Partant, dans la mesure où cette garantie s'étend aussi à certains actes matériels de l'administration, elle permet dorénavant le « contrôle judiciaire de mesures de gestion traditionnellement qualifiées d'actes internes de l'administration n'ouvrant pas la voie du recours »⁴⁴³.

⁴³⁸ Voir POLEDNA, 1998, p. 920. Cet auteur constate que cette distinction place effectivement les autorités administratives et judiciaires devant des questions délicates.

⁴³⁹ Même si l'acte interne peut avoir des effets juridiques, il n'est en règle générale pas susceptible de recours : ATF 136 I 323, c. 4.4 ; ATF 121 II 47, c. 2b. Voir MOOR/POLTIER, ch. 1.1.3.1, pp. 28 ss. Cf. ég. WURZBURGER, Commentaire LTF, N 52 ad art. 82 LTF, p. 826 ; BOVAY, p. 261.

⁴⁴⁰ Voir ATF 136 I 323.

⁴⁴¹ ATF 136 I 323, c. 4.4.

⁴⁴² ATF 136 I 323, c. 4.3.

⁴⁴³ DÉFAGO GAUDIN, 2015, p. 152.

Casuistique – Selon une casuistique dressée par HOFMANN⁴⁴⁴, peuvent être considérées comme des décisions : le refus d'intégrer un agent municipal dans la police cantonale en application d'un contrat de prestation⁴⁴⁵ ; le refus de verser une allocation régionale⁴⁴⁶ ; la détermination du *dies a quo* pour l'octroi d'une allocation⁴⁴⁷ ; le refus d'une indemnité pour domicile éloigné⁴⁴⁸ ; le refus d'une promotion⁴⁴⁹ ; un litige concernant une rétrogradation de laire⁴⁵⁰ ; un litige concernant la classification d'une fonction⁴⁵¹ ; un litige concernant un certificat de travail⁴⁵² ; un avertissement disciplinaire⁴⁵³. En revanche, les ordres donnés à un employé par son supérieur hiérarchique concernant la manière dont il doit effectuer son travail font partie des actes internes liés au bon fonctionnement de l'administration et ne peuvent en principe pas être contestés⁴⁵⁴.

140

Les actes mixtes – Il existe également des « actes mixtes » qui doivent être examinés au cas par cas, car il faut vérifier la façon dont l'employé est touché par ceux-ci dans ses droits et ses obligations⁴⁵⁵. Par exemple, ces actes peuvent consister en une modification de l'horaire de travail ou du cahier des charges, ou encore de l'emplacement du bureau, de l'utilisation d'outils de travail nouveaux, ou enfin, d'un changement d'équipe. Nous partageons ici le point de vue de HOFMANN, selon lequel plus l'atteinte aux droits et aux obligations de l'employé est grande, plus il faut considérer l'acte comme une décision sujette à recours⁴⁵⁶.

141

⁴⁴⁴ HOFMANN, pp. 124 ss. Pour d'autres exemple, voir TANQUEREL, 2011, pp. 237, 275-276 (et les réf. citées) ; MOOR/POLTIER, ch. 2.1.2.3, p. 189.

⁴⁴⁵ TF 8C_191/2010 du 12 octobre 2010, c. 6.2.

⁴⁴⁶ Arrêt du TAF A-3004/2011 du 7 mars 2012, c. 1.1.

⁴⁴⁷ Arrêt du TAF A-6160/2008 du 14 mai 2009.

⁴⁴⁸ Arrêt du TAF A-565/2011 du 2 mai 2011, c. 1.1, 3.2-3.3.

⁴⁴⁹ Arrêt du TAF A-7309/2010 du 7 avril 2011, c. 1.1.

⁴⁵⁰ Arrêt du TAF A-3627/2007 du 9 janvier 2008, c. 1.

⁴⁵¹ Arrêt du TAF A-134/2012 du 13 juillet 2012, c. 1.2.

⁴⁵² Arrêt du TAF A-32/2012 du 27 juin 2012, c. 1.1.

⁴⁵³ ATAF 2011/31 du 23 mai 2011, c. 3.2.1.

⁴⁵⁴ ATF 136 I 323, c. 4.4. Lorsqu'un employé refuse d'effectuer un acte juridique interne à l'administration, l'employeur peut avoir recours à des mesures disciplinaires ou à d'autres mesures prévues dans le statut de la fonction publique régissant ses rapports de travail. Pour d'autres exemples où le caractère décisionnel a été nié, voir POLEDNA, 1998, pp. 920 ss.

⁴⁵⁵ HOFMANN, p. 131.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

II. Le droit d’être entendu

- 142 **Généralités** – A l’instar des principes applicables à l’activité administrative décrits plus haut, le droit d’être entendu, comme d’autres garanties de procédure, est aussi applicable à la relation juridique entre un employeur public et ses agents⁴⁵⁷. Actuellement garanti à l’article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale suisse⁴⁵⁸, il s’applique sans restriction au droit de la fonction publique⁴⁵⁹.
- 143 **Principe** – L’article 29 alinéa 2 Cst. constitue une garantie subsidiaire et minimale, dans la mesure où le droit d’être entendu doit d’abord être déterminé par le droit cantonal. Autrement dit, lorsque la protection accordée par le droit applicable – que le Tribunal fédéral examine sous l’angle restreint de l’arbitraire – paraît insuffisante, l’intéressé est dans tous les cas au bénéfice de la garantie qui découle de l’article 29 alinéa 2 Cst.⁴⁶⁰ et son grief sera examiné à la lumière de cette disposition constitutionnelle, dont le Tribunal fédéral examine alors librement le respect⁴⁶¹.
- 144 **Composantes** – La jurisprudence du Tribunal fédéral a déduit diverses composantes du droit d’être entendu, notamment « le droit pour le justiciable de s’expliquer avant qu’une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d’avoir accès au dossier et celui de participer à l’administration des preuves, d’en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos »⁴⁶². Le droit d’être entendu est une institution qui a une double finalité. D’une part, il permet à la partie concernée de participer au prononcé de toute décision qui pourrait léser sa situation juridique, d’autre part de faire convenablement instruire sa cause par les autorités⁴⁶³.

⁴⁵⁷ Concernant le droit d’être entendu du collaborateur de la fonction publique, voir la contribution détaillée de STEFFEN. Cet auteur considère que le droit d’être entendu s’applique également lorsque l’employeur public engage des collaborateurs par des contrats de droit privé et non pas seulement à titre de droit supplétif. STEFFEN, p. 55.

⁴⁵⁸ Ce principe était auparavant garanti à l’article 4 aCst.

⁴⁵⁹ Cf. DÉFAGO GAUDIN, 2015, p. 150.

⁴⁶⁰ ATF 124 I 49, c. 3a. Cf. ég. TANQUEREL, 2011, N 1526, p. 509.

⁴⁶¹ ATF 122 I 153, c. 3 et les arrêts cités.

⁴⁶² ATF 124 I 49, c. 3a.

⁴⁶³ Voir, par exemple, ATF 124 I 49, c. 3a ; ATF 122 I 53, c. 4a ; ATF 114 Ia 97, c. 2a et les arrêts cités.

Droit d'être informé – La garantie du droit d'être entendu comprend pour l'intéressé le droit d'être informé de « l'objet de la procédure et du contenu prévisible de la décision envisagée à son égard »⁴⁶⁴. En effet, pour pouvoir s'exprimer correctement sur la décision qui sera prise à son encontre, l'administré doit connaître les éléments pertinents et les griefs susceptibles d'être pris en considération par l'autorité. En matière de rapports de travail de droit public, le Tribunal fédéral a reconnu que l'employé doit pouvoir connaître l'ensemble des faits qui lui sont reprochés et leurs conséquences probables⁴⁶⁵. Le droit d'être entendu comprend également le droit, pour l'intéressé, de s'exprimer sur les éléments pertinents qui vont permettre à l'autorité de fonder sa décision⁴⁶⁶, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et essentielles, ainsi que de participer à cette dernière lorsque le résultat des moyens de preuves est de nature à influencer sur la décision qui touchera sa situation juridique⁴⁶⁷. 145

Droit de s'exprimer – En ce qui concerne le droit de s'exprimer, le Tribunal fédéral a expressément admis en matière de rapports de travail de droit public que « des occasions relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait entrer en ligne de compte à son encontre [...]. La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard [...] »⁴⁶⁸. En somme, en droit de la fonction publique, le droit d'être entendu permet aux agents publics de s'exprimer sur tous les points propres à clarifier l'affaire qui les met en cause, avant qu'une décision formelle ne soit prise⁴⁶⁹. En conséquence, ne respecte pas le droit d'être entendu l'employeur qui remet une décision de résiliation des rapports de service déjà toute rédigée à son employé, tout en lui demandant de s'exprimer s'il le désire⁴⁷⁰. 146

⁴⁶⁴ TANQUEREL, 2011, N 1529, p. 509.

⁴⁶⁵ TF 8C_158/2009 du 2 septembre 2009, c. 5.2 et c. 6.2 non publiés aux ATF 136 I 39. Voir ég. TF 2P.46/2006 du 7 juin 2006, c. 4.

⁴⁶⁶ Voir, par exemple, TF 8C_422/2014 du 5 septembre 2014, c. 8.

⁴⁶⁷ Cf., par exemple, ATF 133 I 270, c. 3.1 ; ATF 126 I 15, c. 2a/aa ; ATF 124 I 49, c. 3a.

⁴⁶⁸ TF 8C_702/2012 du 24 janvier 2012, c. 2.2 (et les réf. citées).

⁴⁶⁹ Voir l'ATF 124 I 49, c. 3c.

⁴⁷⁰ TF 8C_866/2010 du 12 mars 2012, c. 4.1.2. Voir également l'arrêt du TF 8C_269/2013 du 25 février 2014, c. 5.3, où l'employée ne pouvait déduire des entretiens précédents qu'elle serait licenciée.

- 147 **Droit de participer à l'administration des preuves** – Bien que la procédure administrative soit principalement régie par la maxime inquisitoire, les parties doivent collaborer à l'établissement des faits⁴⁷¹. Cependant, comme le démontre la jurisprudence du Tribunal fédéral, dès lors que les preuves administrées sont suffisantes et permettent à l'autorité de se forger une conviction, cette dernière peut mettre un terme à l'instruction et n'est pas obligée d'accepter d'autres moyens de preuve qui ne seraient pas de nature à influencer sur sa décision⁴⁷².
- 148 **Droit de consulter le dossier** – Le droit de consulter le dossier demeure également un aspect du droit d'être entendu garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution⁴⁷³. Sur le plan fédéral, il est notamment concrétisé à l'article 56 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) qui prévoit que les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves et de prendre connaissance des pièces produites (al. 1). Il prévoit également que si le Tribunal fédéral prend connaissance d'un moyen de preuve hors de la présence des parties ou des parties adverses parce que la sauvegarde d'intérêts publics ou privés prépondérants l'exige (al. 2), et que, dans ce dernier cas, il entend utiliser un moyen de preuve au désavantage d'une partie, il doit lui en communiquer le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui donner la possibilité de s'exprimer et d'offrir des contre-preuves (al. 3)⁴⁷⁴.
- 149 **Restriction d'accès au dossier** – En matière de rapports de travail de droit public, il est fréquent que l'employeur, par le biais du service des ressources humaines, constitue un dossier « bien garni » sur son employé, dossier qui renferme un bon nombre de documents, tels que la lettre de candidature du collaborateur, son curriculum vitae, des formulaires contenant ses données personnelles, les certificats médicaux, les différents courriers qui lui ont été adressés depuis son engagement, les retranscriptions des entretiens d'évaluation, les notes personnelles et les éventuelles remarques de son supérieur hiérarchique, etc. Concernant les restrictions d'accès au dossier, le Tribunal fédéral a considéré qu'un administré n'est en principe pas autorisé à consulter des documents internes à l'administration, à moins qu'une loi ne l'y autorise expressément⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ ATF 128 II 139, c. 2b. Cf. ég. TF 8C_7/2011 du 29 septembre 2011, c. 5.1.

⁴⁷² Cf. ATF 130 II 425, c. 2.1, et les arrêts cités.

⁴⁷³ ATF 132 II 485, c. 3.2.

⁴⁷⁴ Voir l'arrêt du TF 8C.449/2011 du 6 juin 2011, c. 2.2.1.

⁴⁷⁵ Voir, par exemple, ATF 125 II 47, c. 4a, et ATF 122 I 153, c. 6a. Il ne faut toutefois pas confondre le droit d'accès au dossier des parties à une procédure (tiré du droit d'être entendu prévu à l'art. 29 al. 2 Cst.), du droit qui découle de la liberté personnelle

Pièces versées au dossier – Parmi les pièces versées au dossier de l'employé, sont en particulier considérées comme des documents internes à l'administration les notes dans lesquelles l'autorité d'engagement consigne ses réflexions sur l'affaire litigieuse, réflexions qui serviront notamment à préparer les interventions et les décisions nécessaires ; il peut également s'agir de communications (lettres, courriels, etc.) des personnes chargées de traiter le dossier⁴⁷⁶. Afin d'empêcher que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection, la restriction au droit de consulter le dossier par l'employé est indispensable⁴⁷⁷.

Notes internes et documents accessibles – Cela nous amène à la délicate question de la distinction entre les « notes internes » à l'administration (non consultables) et les « documents accessibles » par l'employé. En effet, dans ses rapports envers un agent public, l'administration doit examiner et trier avec soin les pièces susceptibles d'être ou non consultées par celui-ci, au risque qu'en cas de refus de délivrer une pièce qui devait être divulguée à l'intéressé, la décision de l'employeur soit ultérieurement annulée pour cause de violation du droit d'être entendu⁴⁷⁸. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un employé ne peut cependant exiger la consultation de notes « destinées à la formation de l'opinion, et qui n'ont pas le caractère de preuves, qu'à la condition que la loi le prévoie expressément »⁴⁷⁹. A défaut de toute préci-

(cf. art. 13 al. 2 Cst.), tiré de la jurisprudence, qui permet à toute personne d'accéder à ses données personnelles en dehors d'une procédure.

⁴⁷⁶ Cf. TF 8C.449/2011 du 6 juin 2011, c. 2.2.1.

⁴⁷⁷ En effet, elle permet d'« empêcher que la formation interne de l'opinion de l'administration sur les pièces déterminantes et sur les décisions à rendre ne soit finalement ouverte au public. Il n'est en effet pas nécessaire à la défense des droits des administrés que ceux-ci aient accès à toutes les étapes de la réflexion interne de l'administration avant que celle-ci n'ait pris une décision ou manifesté à l'extérieur le résultat de cette réflexion ». Voir TF 8C_449/2011 du 6 juin 2011, c. 2.2.1 (et la réf. de jurisprudence citée).

⁴⁷⁸ Par exemple, dans une affaire sur la résiliation ordinaire des rapports de service d'une employée du Tribunal cantonal de la République et canton du Jura, notre Haute Cour a considéré que les procès-verbaux des auditions (des membres du personnel du tribunal cantonal) effectuées par la conférence des juges permanents n'étaient pas de simples documents internes à l'administration, mais pouvaient être considérés comme des moyens de preuve déterminants pour la prise de décision, dans la mesure où ils étaient les seuls moyens de preuve dont ont été déduits les faits indiqués dans le rapport invoqué à l'appui de la décision de résiliation. Cf. TF 8C.449/2011 du 6 juin 2011, c. 2.3.

⁴⁷⁹ TF 8D_3/2014 du 29 décembre 2014, c. 2.1.3. Voir ég. ATF 125 II 473, c. 4a, et ATF 122 I 153, c. 6a. Voir cependant la réserve mentionnée plus haut concernant le droit d'accès aux données personnelles en dehors d'une procédure (note 471).

sion, les remarques écrites d'un service des ressources humaines sur un collaborateur peuvent être considérées comme des notes internes à l'administration.

- 152 **Droit d'obtenir une décision motivée** – Le droit d'être entendu implique également pour l'autorité qui rend une décision l'obligation de la motiver, afin que l'intéressé puisse au moins brièvement connaître les motifs de celle-ci, en particulier, qu'il puisse se rendre compte de sa portée et l'attaquer en toute connaissance de cause⁴⁸⁰. Toutefois, l'autorité qui rend la décision n'est pas obligée d'exposer tous les faits ni de discuter des moyens de preuve et des griefs invoqués par les parties, mais elle peut se contenter d'invoquer ceux qui lui paraissent les plus pertinents⁴⁸¹. En résumé, il y a violation du droit d'être entendu lorsque l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents⁴⁸².
- 153 **Le droit de se faire assister ou représenter** – En procédure administrative, le droit d'être entendu permet, sauf disposition contraire de la loi, de se faire assister ou représenter par la personne de son choix, et cela, dans toutes les phases de la procédure⁴⁸³. Au sein de la fonction publique, le refus injustifié d'une autorité d'accorder à un mandataire (par exemple un avocat ou le membre d'un syndicat) d'assister à l'audition d'un employé menacé d'une sanction pourrait constituer une violation du droit d'être entendu.
- 154 **La violation du droit d'être entendu** – Etant donné la nature formelle du droit d'être entendu, sa violation, une fois constatée par une autorité de recours, peut entraîner l'annulation de la décision prise à l'encontre d'un employé, sans que cette autorité ait besoin de se prononcer sur les griefs matériels⁴⁸⁴. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la violation du droit d'être entendu est « une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond »⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ TF 8C_666/2010 du 5 avril 2011, c. 4.2

⁴⁸¹ ATF 134 I 83, c. 4.1 ; ATF 133 III 439, c. 3.3. Cf. TF 8C_666/2010 du 5 avril 2011, c. 4.2.

⁴⁸² TF 2A.783/2006 du 23 janvier 2008, c. 4.1. En outre, « savoir si la motivation présentée est convaincante est une question distincte de celle du droit à une décision motivée. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision des juges, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée devait être erronée » : TF 8C_666/2010 du 5 avril 2011, c. 4.2.

⁴⁸³ ATF 132 V 443, c. 3.3.

⁴⁸⁴ Voir, par exemple, ATF 132 V 387, c. 5.1 ; ATF 127 V 431, c. 3d/aa.

⁴⁸⁵ TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.2.1, et les arrêts cités.

La réparation du droit d'être entendu – Une fois que la violation du droit d'être entendu a été constatée, elle peut en principe être réparée lorsque l'autorité de recours possède le même pouvoir d'examen que l'autorité précédente⁴⁸⁶. En d'autres termes, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière et que la partie lésée ait eu la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen, la violation du droit d'être entendu peut être réparée, selon la jurisprudence, qui considère toutefois que cette réparation doit rester « l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée. Si par contre l'atteinte est importante, il n'est pas possible de remédier à la violation »⁴⁸⁷.

155

Jurisprudences diverses – En droit de la fonction publique, de nombreuses jurisprudences portent sur l'éventuelle violation du droit d'être entendu d'un agent public en lien avec une décision de l'employeur⁴⁸⁸. Dans un arrêt du 18 août 2015, le Tribunal fédéral a par exemple reconnu que l'audition de collègues ou de supérieurs hiérarchiques d'un l'employé, dans les litiges relevant de la fonction publique, ne doit pas toujours avoir lieu en l'absence de ce dernier sous peine de restreindre trop fortement son droit d'être entendu⁴⁸⁹. En ce qui concerne la résiliation des rapports de travail notifiée par l'employeur public, le respect du droit de l'employé à être entendu est très important, car sa violation peut entraîner l'annulation de la décision. Lorsque l'employeur public engage du personnel au moyen de contrats de droit privé, il doit également être extrêmement vigilant, car il risquerait de violer le droit d'être entendu de son employé si le rapport juridique devait être requalifié en un engagement de droit public⁴⁹⁰.

156

⁴⁸⁶ ATF 129 I 129, c. 2.2.3 ; ATF 126 I 68, c. 2 ; ATF 124 II 132, c. 2d. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a admis qu'une violation du droit d'être entendu puisse être liquidée par une indemnisation : cf. TF 8C_12/2015 du 14 janvier 2015, c. 6.2, et la réf. citée.

⁴⁸⁷ ATF 135 I 279, c. 2.6.1, et les arrêts cités.

⁴⁸⁸ Cf., par exemple : TF 8C_339/2013 du 24 avril 2014 ; TF 8C_861/2012 du 20 août 2013 ; TF 8C_53/2012 du 6 juin 2012 ; TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012 ; TF 8C_643/2011 du 9 mars 2012 ; TF 8C_227/2011 du 22 mars 2012 ; TF 8C_404/2010 du 24 janvier 2011 ; TF 8C_666/2010 du 5 avril 2011 ; TF 8C_942/2010 du 3 octobre 2011 ; TF 8C_321/2009 du 9 septembre 2009 ; TF 8C_395/2011 du 10 novembre 2009.

⁴⁸⁹ TF 8C_448/2014 du 18 août 2015, c. 4.4.

⁴⁹⁰ Voir, par exemple, les arrêts : TF 2P.63/2003 du 29 juillet 2003 ; TF 8C_144/2011 du 12 décembre 2011 ; TF 8C_269/2013 du 25 février 2014.

§ 3 Synthèse

157 **Rapports de travail de droit privé** – Dans notre pays, les rapports de travail de droit privé se caractérisent par le principe de la liberté contractuelle qui domine originellement le droit des contrats. Ce principe, fondamental en droit suisse des obligations, permet à chaque individu d'organiser ses relations juridiques comme bon lui semble, conformément à l'autonomie de sa volonté⁴⁹¹. Les premières règles concernant les rapports de travail, formulées dans les codes cantonaux, instauraient d'ailleurs la liberté du contrat, même si d'autres règles sporadiques offraient parfois une protection au travailleur⁴⁹². Par la suite, sur le plan fédéral, le régime du Code des obligations de 1881 vint unifier le droit des contrats. Son principe directeur était également la liberté contractuelle, raison pour laquelle il ne contenait que peu de dispositions, laissant les parties régler la relation juridique selon leur libre appréciation.

158 **Rapports de travail de droit public** – Il est largement admis, depuis des décennies, que les rapports de travail des agents de l'Etat doivent, en règle générale, être soumis à un régime de droit public⁴⁹³. Par conséquent, on applique aux rapports de service entre les agents de l'Etat et les collectivités publiques les principes fondamentaux du droit administratif, ultérieurement codifiés dans la Constitution fédérale et érigés au rang de principes constitutionnels : il s'agit des principes de la légalité, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité, de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de l'intérêt public. Ces principes applicables à l'activité administrative (cf. art. 5 Cst.) régissent aussi les rapports de travail de droit public, ce qui n'est pas le cas des rapports de travail soumis au droit privé. Tout comme certaines garanties de procédure, ils ont une grande importance pratique et des conséquences directes sur le droit de la fonction publique⁴⁹⁴. Par exemple, la garantie du droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 2 Cst.) permet aux agents publics de s'exprimer sur tous les points propres à clarifier une affaire qui les met en cause, avant qu'une décision formelle ne soit prise⁴⁹⁵. Il en découle notamment qu'un employé public a le droit d'être entendu avant la résiliation de ses rapports de travail, au risque que la décision de l'employeur soit annulée s'il manque à cette obligation.

⁴⁹¹ ZUFFEREY-WERRO, N 13, p. 7.

⁴⁹² Voir, à cet égard, BERENSTEIN, 1982, p. 229.

⁴⁹³ KILCHENMANN, p. 40.

⁴⁹⁴ Cf. HOFMANN, p. 105. Voir ég. DÉFAGO GAUDIN, 2015, p. 148.

⁴⁹⁵ Voir l'ATF 124 I 49, c. 3c.

Deuxième partie

L'évolution du droit de la fonction publique

Après avoir présenté les fondements de la relation de travail (première partie), examinons maintenant l'évolution suisse du droit de la fonction publique (deuxième partie), afin d'observer les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique. Pour ce faire, nous allons étudier l'*évolution de la législation* (chapitre 4), l'*évolution du modèle traditionnel* (chapitre 5) et l'*évolution du fondement de la relation de travail* (chapitre 6).

Chapitre 4 : Evolution de la législation

Que ce soit sur le plan fédéral, cantonal ou communal, le droit de la fonction publique n'a pas cessé de changer ces vingt-cinq dernières années⁴⁹⁶. L'évolution de la législation sera mise en évidence sur le plan fédéral (§ 1), par le passage du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 à la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 ; sur le plan cantonal (§ 2), par l'importante vague de révisions des statuts traditionnels de la fonction publique et l'adoption des nouvelles lois sur le personnel des cantons de la Suisse romande. L'examen de l'évolution de la législation fédérale et cantonale nous permettra d'observer quelques influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique (voir synthèse, § 3).

159

§ 1 En droit fédéral

Depuis l'adoption du statut des fonctionnaires fédéraux de 1927, le droit de la fonction publique fédérale a connu de perpétuelles mutations et n'a cessé d'évoluer jusqu'à nos jours. Cette évolution peut être mise en lumière par l'examen du mouvement de réforme qui a conduit à l'abrogation du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 (A), puis à l'adoption de la nouvelle loi sur le personnel fédéral (LPers) du 24 mars 2000 (B).

160

A. Le mouvement de réforme qui a conduit à l'abrogation du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927

Le mouvement de réforme qui a conduit à l'abrogation du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 sera notamment illustré par les nombreuses révisions et la rigidité qui l'ont caractérisé (I), le besoin de flexibilisation (II) et l'influence de la nouvelle gestion publique (III) sur celui-ci.

161

⁴⁹⁶ Voir STEIMEN, p. 644.

I. Les révisions et la rigidité du StF

- 162 **Les révisions du StF** – Le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF) a subi au total plus de vingt révisions en 70 ans⁴⁹⁷. Toutefois, ces révisions partielles n'ont pas « apporté de modifications radicales », même si, durant cette période, « la réglementation légale s'est étoffée d'un nombre impressionnant de dispositions d'exécution, qui ont tissé autour du personnel fédéral un voile normatif dense et, il faut bien l'avouer, peu transparent »⁴⁹⁸. Par ailleurs, en dépit de ces révisions, un fort besoin de flexibilisation va imposer une révision totale du StF⁴⁹⁹. Le point de mire de cette révision est « d'obtenir un acte législatif concis, qui accorde à tous les employeurs de la Confédération (administration générale, tribunaux, la Poste, CFF, etc.) la marge de manœuvre nécessaire »⁵⁰⁰.
- 163 **La rigidité du StF** – Pour de nombreuses personnes, le StF de 1927 est la véritable cause du manque de souplesse et d'efficacité de l'administration publique⁵⁰¹, raison pour laquelle son efficacité a été contestée. Parmi les critiques les plus importantes adressées au statut traditionnel figurent sa rigidité (qui empêche une gestion efficace des ressources humaines)⁵⁰², son manque d'incitation à la performance par les salaires et d'adaptation du système de rémunération aux évolutions du marché, ainsi que l'espace réduit de négociation pour les partenaires sociaux⁵⁰³. De ce fait, on souhaite vivement assouplir les règles relatives au personnel fédéral, plus particulièrement, on préconise la « flexibilisation » des rapports de service⁵⁰⁴.

⁴⁹⁷ Pour les principales révisions, cf. MAHON, 1994, p. 29.

⁴⁹⁸ MAHON, 1994, p. 29.

⁴⁹⁹ Celle-ci sera menée par un groupe de travail dès 1993. Cf. ROCHAT PAUCHARD, p. 549. Les chambres fédérales ont exigé la révision totale du StF par une motion de l'Assemblée fédérale du 2 novembre 1990. Cf. Message 1999, p. 1426. Voir ég. BELLANGER, 2004, p. 290 qui se réfère à cette motion.

⁵⁰⁰ Message 1999, p. 1422.

⁵⁰¹ Cf., par exemple, HOFMEISTER, p. V.

⁵⁰² Voir MAHON, 1994, pp. 32-33. Cet auteur montre que la prétendue « rigidité » du StF fut longtemps la cible de virulentes attaques et de critiques provenant de divers milieux (voir *supra* notes 283 et 298). Le droit public « rigide » est donc opposé au droit privé plus flexible : cf. TANQUEREL, 2015, pp. 312 ss.

⁵⁰³ TANQUEREL, 2000, pp. 26 s.

⁵⁰⁴ Voir MAHON, 1994, p. 32, qui met en lumière ce constat.

II. Le besoin de flexibilisation

Flexibilisation – La « flexibilisation » des rapports de service est tout d'abord souhaitée au niveau du contenu des règles relatives à la résiliation – on cherche à les rapprocher des règles du Code des obligations –, bien que d'autres facettes de la relation de travail soient elles aussi critiquées : par exemple, le système de rémunération (notamment le caractère quasi automatique des augmentations de salaire), l'horaire de travail ou une nouvelle répartition du pouvoir⁵⁰⁵. La recherche de flexibilisation est ainsi le moteur de la révision totale du statut des fonctionnaires fédéraux de 1927 (StF)⁵⁰⁶, même si, il ne faut pas l'oublier, c'est l'évolution de l'économie et de la société elle-même qui est à l'origine de la réforme du droit du personnel⁵⁰⁷.

164

Les revendications – Si l'on se réfère au Message du Conseil fédéral concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 14 décembre 1998, il est possible – en parcourant les résultats de la procédure de consultation en lien avec la révision totale du StF – d'identifier quelques-unes des revendications relatives à l'assouplissement du droit du personnel⁵⁰⁸. On souhaite notamment une plus grande latitude de réglementation et de décision pour la Confédération, l'abandon de la nomination pour une période administrative, l'introduction de la convention collective de travail (CCT), une plus grande liberté d'aménagement, ainsi que l'ouverture au partenariat social⁵⁰⁹. Pour ce faire, la nouvelle loi sur le personnel fédéral doit se contenter de contenir des objectifs généraux. Ceux-ci seront concrétisés dans des règles d'exécution, édictées par les services fédéraux responsables en matière de personnel, afin de leur laisser une marge de manœuvre importante⁵¹⁰.

165

⁵⁰⁵ MAHON, 1994, pp. 32-36.

⁵⁰⁶ En ce sens, le droit public du personnel doit être aménagé, dans son ensemble, de façon plus flexible. Voir POLEDNA, 1998, pp. 917 ss.

⁵⁰⁷ En effet, « [I]es mutations rapides que subissent l'économie et la société exigent que l'Etat également soit disposé à se réformer. Dans un contexte de globalisation croissante, l'efficacité du secteur public est un atout majeur dans la concurrence que se livrent les sites économiques. Vu les ressources limitées, les administrations doivent être capables, au moyen de structures flexibles, de gérer des processus axés sur des objectifs. [...] Ainsi, la flexibilité et la qualité de la gestion du personnel gagnent en importance » : Message 1999, p. 1422.

⁵⁰⁸ Cf. Message 1999, pp. 1421 ss. Voir ég. DELLEY, 1998 et 2000.

⁵⁰⁹ Message 1999, pp. 1425 ss.

⁵¹⁰ *Idem*, pp. 1422.

III. L'influence de la nouvelle gestion publique

- 166 **L'influence du NPM** – Il importe ici de mentionner les théories du *New Public Management* (ci-après : NPM) – en français, de la nouvelle gestion publique –, car elles ont largement contribué au mouvement de réforme et à la refonte complète du droit suisse de la fonction publique. Dès les années 1990, l'administration fédérale teste effectivement certains modèles inspirés de la nouvelle gestion publique afin d'améliorer ses prestations⁵¹¹.
- 167 **La nouvelle gestion publique** – Les théories de la nouvelle gestion publique ont fait l'objet de nombreuses publications et de débats, de sorte que nous resterons relativement succincts sur cette thématique⁵¹². En quelques mots, la nouvelle gestion publique propose d'appliquer au secteur public les méthodes et les outils du secteur privé. Cette approche est pragmatique, dans la mesure où elle permet de moderniser et d'améliorer l'efficacité du service public⁵¹³. En d'autres termes, le NPM permet de fixer des objectifs ayant pour but de flexibiliser et de dynamiser les rapports de service du personnel étatique⁵¹⁴. Selon AUBY, deux éléments constituent la nature de la nouvelle gestion publique : le premier consiste à moderniser le fonctionnement interne des « appareils publics ou d'Etat », alors que le second vise à modifier la distribution des rôles entre le secteur public et le secteur privé, ou entre les acteurs de ces deux secteurs⁵¹⁵. Les théories de la nouvelle gestion publique permettent aussi de faire éclore un « après fonctionnariat » qui sera emprunté aux idées véhiculées par celles-ci.
- 168 **L'après-fonctionnariat** – En ce sens, EMERY oppose « l'univers du fonctionnariat » (dont le modèle idéal est décrit par Weber), à « l'après-fonctionnariat », qui lui succède, caractérisé par une forme d'éclatement lié aux théories de la nouvelle gestion du personnel au sein des organisations publiques⁵¹⁶. Cet auteur met en exergue l'évolution et les multiples changements « qui affectent en profondeur la fonction publique et la conduisent vers un environnement nouveau, hybride, à mi-chemin entre l'administration clas-

⁵¹¹ GERMANN, "tâches", chap. 2, in : DHS, version du 25.09.2006, « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F10343.php> ». Voir ég. SCHMUTZ et al.

⁵¹² Sur les théories du NPM voir notamment : DELLEY, 1995 ; RICHLI, 1996, 1999 ; KNOEPFEL, 1997, 1998 ; MICHEL, 1998, pp. 12 ss. ; BEGERT ; WAGNER ; MEYER, 2000 ; RICHLI, 2000, pp.74-75 ; GIAUQUE/EMERY. Pour une réflexion critique sur la nouvelle gestion publique, cf., parmi d'autres, FINGER.

⁵¹³ Pour le défi de modernisation du droit du personnel, cf. BOTTINELLI, pp. 59 ss.

⁵¹⁴ A ce sujet, consulter l'ouvrage de RICHLI, 1996.

⁵¹⁵ AUBY, p. 47.

⁵¹⁶ EMERY, 2011, p. 110.

sique et l'entreprise privée, que les spécialistes ont qualifié de néo-bureaucratie ou encore de nouveaux services publics⁵¹⁷. Aujourd'hui, l'on se situe, en Suisse, dans cette période « d'après fonctionnariat », car les théories du NPM ne cessent de déployer des effets au sein de la fonction publique qui est encore en pleine mutation⁵¹⁸.

La diffusion du NPM – Les méthodes du NPM, ou des réformes s'en inspirant, sont diffusées dans la plupart des administrations publiques des pays de l'OCDE, au sein des services de la Confédération et de nombreuses administrations publiques cantonales⁵¹⁹. En Suisse, cette diffusion se fait « du Nord-Est, en partant de Zurich, d'Argovie et de la Thurgovie, vers le Sud-Ouest en direction de Berne et Lucerne et jusqu'en Valais »⁵²⁰. Sur le plan fédéral, l'abandon du traditionnel statut des fonctionnaires ainsi que ces nouvelles théories incitent les unités administratives « à s'aligner sur le mode de fonctionnement des entreprises privées, orientées vers la performance et les résultats »⁵²¹. Pour les autres collectivités publiques, le développement des théories du NPM au sein des administrations a également pour incidence de remettre en cause les idéologies de base des statuts traditionnels de la fonction publique⁵²² et permet aux idées de « libéralisation, de flexibilisation ou de négociation » de s'imposer « dans la gestion du personnel de l'Etat »⁵²³.

Une réforme acceptée ? – Depuis le début de la réforme, les théories du NPM ainsi que les diverses revendications mentionnées plus haut (concernant p. ex. le besoin de flexibilisation) ne sont pourtant pas partagées par tous les milieux

⁵¹⁷ *Ibidem*. Selon EMERY, « [l'] après-fonctionnariat ouvre de nombreuses perspectives nouvelles pour les agents publics, mais se révèle également pétri de contradictions et de paradoxes [...] », tels que le démontrent les attentes diversifiées et souvent antagonistes. EMERY, 2011, pp. 110-111.

⁵¹⁸ Pour les caractéristiques marquantes de l'après-fonctionnariat, voir, par exemple, EMERY/GIAUQUE/WYSER, pp. 13 ss.

⁵¹⁹ Pour la modernisation des statuts cantonaux, cf. MICHEL, 2000, pp. 197 ss.

⁵²⁰ KOLLER, 2013a, p. 135. La réception des méthodes du NPM a été en Suisse contrastée : alors qu'elles ont été largement introduites surtout dans les cantons alémaniques, elles ont par exemple eu un succès relativement limité dans le canton de Genève. Voir TANQUEREL, 2011, N 104, p. 31.

⁵²¹ VARONE, p. 115.

⁵²² Voir, parmi d'autres, RHINOW, 2000, pp. 24-25. Les administrations cantonales se sont cependant réformées sur le modèle de l'économie privée, avec des degrés d'intensité très variables d'un canton à l'autre. Cf. KOLLER, 2013a, p. 137.

⁵²³ NGUYEN, 2004, p. 139. Voir ég. HAFNER, 1999, p. 183 : selon cet auteur, le rapprochement entre les rapports de service de droit public et ceux de droit privé régis par le CO est l'un des postulats de réforme les plus importants dans le programme du NPM.

de l'échiquier politique. En effet, la droite et la gauche sont divisées sur cette question. En bref, la droite réclame un rapprochement du droit du personnel avec les règles du droit privé du travail (Code des obligations) et prône une plus grande liberté d'entreprise, tandis que la gauche souhaite maintenir à tout prix les droits acquis dans les statuts du personnel ou les fixer par écrit dans la législation⁵²⁴. Quoique les points de vue soient divergents, les résultats des nombreuses discussions en vue de l'importante révision du StF porteront leurs fruits, puisqu'une nouvelle loi sur le personnel fédéral (LPers) va voir le jour et permettre d'abroger le statut des fonctionnaires fédéraux (StF) de 1927.

B. La nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000

171 De nombreux auteurs ont commenté l'adoption de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 et les grands changements que celle-ci a apportés pour les agents publics fédéraux⁵²⁵, en comparaison avec l'ancien statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1924⁵²⁶. C'est la raison pour laquelle nous ne présenterons que très brièvement la nouvelle loi fédérale (I), ses objectifs et ses principales nouveautés (II), ainsi que ses récentes révisions (III).

I. La nouvelle loi fédérale

172 **Entrée en vigueur** – La loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 régit les rapports de travail entre la Confédération et son personnel⁵²⁷, à savoir le 1^{er} janvier 2001 pour les CFF et le 1^{er} janvier 2002 pour l'administration fédérale, les unités administratives décentralisées, les commissions fédérales de recours et d'arbitrage, le Tribunal fédéral, les Services

⁵²⁴ Message 1999, pp. 1425-1426.

⁵²⁵ Parmi d'autres, cf. notamment : HELBLING, 1993, 1998b, 1999, 2000, 2004b ; BOTINELLI ; TANQUEREL, 2000 ; PORTMANN, 2001 ; ROCHAT PAUCHARD ; SUBILIA-ROUGE ; NÖTZLI, pp. 8 ss ; GEISER/MÜLLER, N 215 ss, pp. 78 ss ; PORTMANN/UHLMANN, Commentaire LPers.

⁵²⁶ Par exemple, « l'introduction de rapports contractuels, un régime plus souple en matière de licenciement, l'application subsidiaire du Code des obligations aux relations de travail, l'introduction d'un système de rémunération en fonction des prestations et l'intervention des partenaires sociaux ». Cf. BELLANGER, 2004, p. 291.

⁵²⁷ Cf. LPers, documentation, p. 17. La loi sur le personnel de la Confédération n'est pas entrée en vigueur comme il était initialement prévu, à savoir, le 1^{er} janvier 2000.

du Parlement et la Poste⁵²⁸. Lors de son adoption, les rapports de service établis sous l'égide du statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 sont maintenus et automatiquement soumis au nouveau droit, à moins d'avoir été dissous par une résiliation ou par une non-reconduction (en vertu de l'ancien droit⁵²⁹). Ont ainsi été considérées comme reconduites dans leur fonction les personnes qui n'ont pas reçu de décision contraire avant le 30 septembre 2000⁵³⁰.

La cadre juridique – Tout comme le précise le Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération du 14 décembre 1998, la nouvelle loi vise un « rapprochement avec le code des obligations »⁵³¹ : « [s]ur le plan matériel, la LPers s'inspire du droit du travail du CO [...] ; la LPers rapproche donc autant que possible le droit matériel de la fonction publique de celui du CO. Dans les cas où le CO, conçu pour le secteur privé, ne se prête pas aux rapports de travail au sein de la Confédération, la LPers instaure des normes particulières, qui dérogent au CO »⁵³². Par conséquent, le cadre juridique de la nouvelle loi sur le personnel fédéral est défini de façon similaire aux règles du contrat individuel de travail du Code des obligations, afin de favoriser une osmose entre le secteur public et privé⁵³³, chose que le statut de 1927 ne permettait pas, malgré ses nombreuses révisions partielles⁵³⁴.

173

II. Ses objectifs et principales nouveautés

Généralités – Selon le Département fédéral des finances (DFF), la LPers est progressiste dans la mesure où elle permet aux employeurs de la Confédération « de réagir plus rapidement aux changements »⁵³⁵ en matière de gestion du personnel⁵³⁶. En effet, la nouvelle loi offre plus de latitude aux employeurs – en comparaison avec le statut des fonctionnaires de 1927 – au vu de la nouvelle répartition des responsabilités entre l'exécutif et le législatif : n'étant

174

⁵²⁸ Cf. art. 42 al. 2 LPers (entrée en vigueur). Voir ég. HÄNER et al., pp. 10 s.

⁵²⁹ Voir *supra* N 85-87.

⁵³⁰ Cf. LPers, documentation, p. 17.

⁵³¹ Message 1999, p. 1422.

⁵³² *Idem*, p. 1428.

⁵³³ Message 1999, pp. 1422 et 1428.

⁵³⁴ Message 1999, p. 1422.

⁵³⁵ Cf. LPers, documentation, p. 3.

⁵³⁶ *Idem*, p. 5 : « La LPers ouvre une ère nouvelle pour l'administration fédérale, car elle constitue le fondement d'une politique sociale du personnel adaptée à notre temps. Elle confère une plus grande liberté d'action à tous les niveaux concernés, supprime des structures poussiéreuses, ce qui ouvre la voie à des réglementations plus souples ».

plus fixées par la loi, les réponses aux questions secondaires peuvent ainsi évoluer plus rapidement⁵³⁷.

175 **Les objectifs** – Selon le Département fédéral des finances, les objectifs poursuivis par la LPers sont très clairs. Celle-ci a pour but de « remplacer le statut des fonctionnaires ; permettre une politique du personnel moderne ; offrir une liberté d'action plus large à la Confédération, à la Poste et aux CFF ; encourager à travailler de façon ciblée et économique ; promouvoir une juste rétribution des prestations ; faire en sorte que la Confédération et son personnel restent compétitifs sur le marché du travail ; renforcer le partenariat social au sein de la Confédération ; favoriser l'échange entre la Confédération et l'économie au niveau des connaissances et du personnel ; promouvoir une utilisation encore plus efficace de l'argent du contribuable »⁵³⁸. Cependant, alors que ces objectifs sont selon nous très généraux, et qu'ils relèvent de ce que l'on pourrait appeler la « politique du personnel », d'autres nouveautés plus concrètes peuvent être mises en évidence.

176 **Les principales nouveautés** – Relevons les principales nouveautés de la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers)⁵³⁹. Tout d'abord, l'adoption de la LPers implique la suppression du principe d'engagement par une décision de nomination (pour une période administrative de quatre ans) et instaure le contrat de droit public comme mode d'engagement usuel pour la création des rapports de service au sein de la Confédération⁵⁴⁰. Ensuite, la LPers propose d'instaurer un nouveau système de rémunération avec quelques innovations salariales qui permettent de tenir compte de l'expérience professionnelle et des prestations du collaborateur (et non plus seulement de sa fonction)⁵⁴¹. Par ailleurs, la LPers se signale également comme une œuvre d'harmonisation : elle permet d'uniformiser le droit du personnel, dans la mesure où elle constitue une norme commune pour tous et que l'ensemble des collaborateurs de la Confédération deviennent des « employés » ; elle fait ainsi disparaître les différentes catégories (fonctionnaires, employés) présentes dans le statut de 1927⁵⁴².

⁵³⁷ Selon la Confédération, « [c]ette flexibilité constitue l'atout maître du nouveau droit du personnel appelé à se substituer au statut dépassé des fonctionnaires datant de 1927 » : LPers, documentation, p. 3. Voir ég. Message 1999, p. 1428.

⁵³⁸ LPers, documentation, p. 19.

⁵³⁹ Cf. Message 1999, pp. 1428-1429 où sont listées les priorités de la LPers.

⁵⁴⁰ Message 1999, p. 1429.

⁵⁴¹ *Ibidem.*

⁵⁴² *Ibidem.* Pour ces différentes catégories du personnel fédéral, cf. *supra* N 73-75.

III. Ses récentes révisions

Les révisions de la LPers – Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, de menues modifications la concernant ont été décidées presque chaque année. Parallèlement à ces modifications, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances, en date du 29 novembre 2006, de réviser globalement la LPers, et il a ouvert une procédure de consultation (le 19 septembre 2008) qui a duré trois mois. 177

Les thèmes principaux de la révision globale – Selon le Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation, les thèmes principaux de cette révision plus approfondie sont : la « poursuite de l'harmonisation entre la LPers et le CO » ; une « réglementation plus souple sur la dissolution des rapports de travail » ; la « simplification de la procédure de recours » ; la « création d'une base légale pour le congé parental », « pour le système d'information du personnel ainsi que pour les dossiers de candidature et les dossiers du personnel électroniques » ; une « réglementation plus souple en cas de financement de la prévoyance professionnelle » ; la clarification « des dispositions d'exécution de la LPers »⁵⁴³. Après avoir pris connaissance du rapport de consultation afférent à cette révision, le Conseil fédéral a toutefois décidé, dans sa séance du 12 mars 2010, de renvoyer la révision (complète) de la loi jusqu'à l'approbation d'une stratégie fédérale en matière de ressources humaines pour les années 2011 à 2015⁵⁴⁴. 178

La stratégie fédérale – Cette stratégie fédérale a été adoptée le 10 décembre 2010 et vise principalement à apporter une réponse efficace aux nouveaux défis auxquels est confrontée l'administration, tels que l'évolution démographique et celle des valeurs de la société, la montée en force de l'informatique ainsi que l'amenuisement des ressources financières⁵⁴⁵. Le projet de sa mise en œuvre, issu de la collaboration étroite entre l'Office fédéral et les départements s'étale sur cinq ans (2011-2015) et a été approuvé le 6 juillet 2011⁵⁴⁶. Conséquemment à l'aboutissement de la stratégie fédérale concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015, le Conseil fédéral a souhaité modifier davantage la LPers et cela malgré toutes les avan- 179

⁵⁴³ Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation de la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 19 septembre 2008, p. 4.

⁵⁴⁴ Cf. rapport du Département fédéral des finances concernant les résultats de la consultation relative à la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers du 24 mars 2000), mars 2009.

⁵⁴⁵ Cf. « <https://www.epa.admin.ch/epa/fr/home/themes/politique-du-personnel/strategie-concernant-le-personnel.html> » (04.07.16).

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

cées apportées par cette dernière en comparaison avec l'ancien StF⁵⁴⁷. Pour ce faire, il a donc adopté un projet de révision de la LPers le 31 août 2011⁵⁴⁸.

180 **Le projet de révision du CF** – Dans son Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, le Conseil fédéral souligne l'importance de moderniser à nouveau le droit du personnel de la Confédération. A cette fin, il propose, pour cela, d'assouplir encore les rapports de travail en les rapprochant davantage du Code des obligations : « [l']un des objectifs majeurs de la présente révision de la LPers est précisément d'accroître la marge de décision et de manoeuvre de la Confédération. Il s'agit de rapprocher les possibilités qu'ont les acteurs intervenant au niveau des rapports de travail – partenaires sociaux, parties aux contrats de travail, organes compétents pour édicter les dispositions d'exécution, etc. – de celles dont jouissent les acteurs de l'économie privée. L'objectif du Conseil fédéral est d'assurer une plus grande flexibilité. La Confédération et ses employés doivent être des partenaires égaux en droit sur le marché du travail ; ils doivent également jouir d'une liberté d'action suffisante et disposer d'instruments d'action adéquats »⁵⁴⁹.

181 **Finalité du projet de révision** – Dans les faits, la finalité du projet de révision de la LPers adopté par le Conseil fédéral le 31 août 2011 est la même que celle poursuivie par le projet d'une nouvelle loi sur le personnel de la Confédération⁵⁵⁰, car « le message du Conseil fédéral de 1998 parlait déjà de "l'assouplissement partiel des conditions d'engagement [qui] est lié au rapprochement avec le code des obligations", mais évoquait aussi le souci d'assurer une certaine perméabilité entre secteurs public et privé »⁵⁵¹.

182 **Entrée en vigueur de la révision** – En réponse au projet de révision de la LPers adopté par le Conseil fédéral le 31 août 2011, qui a été quelque peu modifié, l'Assemblée fédérale a finalement adopté le 14 décembre 2012 la loi fédérale modifiant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers)⁵⁵². Les différents articles révisés de la loi sur le personnel de la Confédération et ses dispositions d'exécution sont (pour la plupart) entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2013⁵⁵³.

⁵⁴⁷ Concernant la grande révision de la LPers, cf. HAFNER, 2014, p. 304.

⁵⁴⁸ Pour plus de détails sur ce projet de révision, consulter MAHON/ROSELLO, pp. 10 ss.

⁵⁴⁹ Message 2011, p. 6176. Voir ég. PORTMANN/STÖCKLI, N 34, p. 13.

⁵⁵⁰ Voir Message 1999, p. 1422.

⁵⁵¹ MAHON/ROSELLO, p. 11.

⁵⁵² Voir RO 2013 1493.

⁵⁵³ Cf. RO 2013 1504.

§ 2 En droit cantonal

Avec l'important mouvement de réforme qui a conduit à l'abrogation du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 et à l'adoption de la nouvelle loi sur le personnel fédéral (LPers) du 24 mars 2000, on a pu également assister, sur un plan cantonal, à une vague de révisions des statuts traditionnels de la fonction publique (A) et à la création de nouvelles lois sur le personnel : nous observerons ce phénomène pour les cantons de la Suisse romande (B).

183

A. La vague de révisions des statuts traditionnels de la fonction publique

L'influence du droit fédéral – En unifiant les règles relatives aux rapports de service des fonctionnaires sur le plan fédéral, l'entrée en vigueur du statut des fonctionnaires fédéraux (StF), en 1927, avait déjà permis de fournir, en Suisse, un exemple d'envergure pour la codification des multiples statuts de la fonction publique. En effet, dans la mesure où le StF précisait les droits et les devoirs des fonctionnaires au service de l'Etat et indiquait comment ils devaient comprendre les obligations de service⁵⁵⁴, il a été un véritable modèle pour de nombreuses collectivités publiques, dont les législateurs se sont inspirés pour réglementer le statut du personnel⁵⁵⁵. A son tour, l'adoption de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 a également eu une incidence sur le droit de la fonction publique au niveau cantonal (ou communal)⁵⁵⁶. Dans ce contexte de réforme, on peut effectivement mentionner l'authentique vague de révisions des statuts cantonaux existants puisque « [p]resque tous les cantons ont, à l'image de la Confédération, révisé leur statut du personnel au cours [de ces] dernières années, certains avant la révision fédérale, d'autres dans la foulée »⁵⁵⁷. Par ailleurs, tout porte à croire que les révisions de la LPers auront également « une influence déterminante sur les projets cantonaux (et communaux) de révision à venir »⁵⁵⁸.

184

⁵⁵⁴ Message 1924, p. 3.

⁵⁵⁵ Voir *supra* N 69.

⁵⁵⁶ Cf. Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation de la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 19 septembre 2008, p. 21.

⁵⁵⁷ MAHON/ROSELLO, p. 27. Cf., à cet égard, BIRKHÄUSER, p. 1 : cet auteur précise que la plupart des statuts du personnel ont été révisés dans le courant des années 1990.

⁵⁵⁸ Voir le Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation de la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 19 septembre 2008, p. 21.

B. Les nouvelles lois sur le personnel des cantons de la Suisse romande

185 **L'état du droit** – Pour ne prendre que les cantons de la Suisse romande⁵⁵⁹, nous ferons remarquer que tous ont un nouveau « statut de la fonction publique » (ou une nouvelle « loi sur le personnel ») adopté après le milieu des années 1990⁵⁶⁰. A Neuchâtel, il s'agit de la « loi sur le statut de la fonction publique » (LSt) qui date du 28 juin 1995, à Genève, de la « loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux » (LPAC), du 4 décembre 1997. Puis, postérieurement à la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, la « loi sur le personnel de l'Etat » du canton de Fribourg (LPers/FR) a été adoptée le 17 octobre 2001, la « loi sur le personnel de l'Etat de Vaud » (LPers/VD) le 12 novembre 2001 et la « loi sur le personnel » du canton de Berne le 16 septembre 2004. Finalement, il faut ajouter à cet état du droit les lois sur le personnel du canton du Jura (LPers/JU) du 22 septembre 2010 et du canton du Valais (LPers/VS) du 1^{er} juillet 2011⁵⁶¹.

186 **Constat** – Selon MAHON/ROSELLO, qui ont examiné le contenu de ces différentes législations nouvelles, celles-ci ont « évolué dans le même sens que la législation fédérale, notamment vers un système prévoyant l'abandon de l'ancien régime de la période administrative ou de fonction de durée déterminée (bien connue des traditionnels statuts de la fonction publique), au profit d'un régime d'engagement des agents de l'Etat pour une période indéterminée, mais avec la possibilité de résiliation ordinaire des rapports de travail. [...] Comme en droit fédéral, ces révisions des législations cantonales se caractérisent en outre par le fait qu'elles misent sur des lois cadres, flexibles, dans lesquelles le législateur a cherché à simplifier les procédures et à laisser une large place à la délégation de compétences législatives, en faveur des dispositions d'exécution (ordonnances ou règlements d'application), du ressort de l'exécutif »⁵⁶². Toujours selon ces auteurs, on constate, dans les divers statuts cantonaux du personnel de la Suisse romande comme en droit fédéral, « une tendance assez nette à la contractualisation des rapports de travail et à un rap-

⁵⁵⁹ Pour un état des lieux du droit de la fonction publique de la Confédération et des vingt-six cantons, voir BELLANGER/ROY, pp. 461 ss.

⁵⁶⁰ Cf. MAHON/ROSELLO, p. 27. Il en va de même pour les autres cantons qui ont tous adopté une nouvelle législation dès 1990 (voir le tableau placé en annexe).

⁵⁶¹ *Idem*, p. 28. S'agissant plus particulièrement des nouvelles lois sur le personnel de l'Etat des cantons du Jura et du Valais, cf. pp. 30-33.

⁵⁶² MAHON/ROSELLO, pp. 28-29. Les nouvelles lois doivent par conséquent se contenter de contenir des objectifs généraux : en ce qui concerne le plan fédéral, voir *supra* N 174.

prochement avec le droit privé »⁵⁶³, soit au travers du passage de la décision de nomination au contrat de droit public pour l'engagement du personnel (comme nous le verrons plus bas pour les cantons de BE, JU, FR et VD), « soit au moins, pour ceux qui ont conservé le "statut de fonctionnaire", au travers d'un régime de nomination pour une durée indéterminée » (comme on le verra pour les cantons de GE, NE et du VS), avec institution de la résiliation « ordinaire »⁵⁶⁴.

Objectifs – En outre, selon BELLANGER/ROY, les objectifs des changements observés dans les nouvelles lois sur le personnel des collectivités publiques sont souvent les mêmes : ils visent en premier lieu « à supprimer ou modifier le statut de fonctionnaire » (en faisant disparaître le régime de nomination pour une période administrative⁵⁶⁵ ou une durée déterminée de fonction), « à assouplir les règles concernant les licenciements » (et donc à remettre en cause la garantie de l'emploi du fonctionnaire), « à changer le système de rémunération (pour favoriser le salaire « au mérite » ou en fonction des prestations) et « à diminuer le rôle des sanctions » (en remettant en cause le régime disciplinaire)⁵⁶⁶. Ces changements illustrent d'ailleurs, nous le verrons plus bas, l'évolution des principales caractéristiques du modèle traditionnel de la fonction publique en Suisse⁵⁶⁷.

Point commun – Enfin, malgré le rapprochement constaté avec le droit privé du travail, qui résulte de l'évolution récente de la législation de la fonction publique, il reste un point commun entre la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération et ces statuts cantonaux : « ils s'insèrent et demeurent tous dans le cadre du droit public, aucun d'entre eux n'étant sorti de ce cadre pour aller vers une solution entièrement privatiste. Le recours au Code des obligations est donc assez timide, que ce soit pour des engagements entièrement fondés sur le droit privé ou pour des renvois au CO à titre de droit supplétif »⁵⁶⁸.

⁵⁶³ Du même avis BELLANGER/ROY, p. 461. Cf. ég. SUBILIA-ROUGE, p. 291.

⁵⁶⁴ MAHON/ROSELLO, p. 29.

⁵⁶⁵ Sur cette disparition, voir, parmi d'autres, RHINOW, 2000, p. 34.

⁵⁶⁶ Voir BELLANGER/ROY, p. 461. Pour plus de détails sur les buts de la réforme du statut de la fonction publique, voir, par exemple, TANQUEREL, 2000, pp. 27 s.

⁵⁶⁷ Cf. *infra* N 192 ss.

⁵⁶⁸ MAHON/ROSELLO, p. 29.

187

188

§ 3 Synthèse

- 189 **Sur le plan fédéral** – Le droit fédéral de la fonction publique a subi une évolution marquée au cours de ce dernier siècle. En effet, si le statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 avait pour but de réglementer de manière uniforme les rapports de service du personnel et de les distinguer des rapports d'ordre privé consacrés par le Code fédéral des obligations⁵⁶⁹, la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, en revanche, avait pour but de rapprocher, autant que possible, le droit matériel de la fonction publique des règles du Code des obligations⁵⁷⁰. L'idée d'un tel rapprochement a notamment été véhiculée par les théories de la nouvelle gestion publique (et un besoin de « flexibilisation » des rapports de service des agents publics), qui ont conduit à un mouvement de réforme et à la refonte complète du droit suisse de la fonction publique, non seulement sur le plan fédéral, mais aussi cantonal (ou communal).
- 190 **Sur le plan cantonal** – A l'image de la Confédération, de nombreux cantons ont également révisé leur statut de la fonction publique au cours des dix à quinze dernières années, d'autres l'ont fait avant la révision fédérale. Dans cette vague de révisions, le modèle traditionnel (caractérisé notamment par la période administrative) a été abandonné au profit d'un nouveau régime, souvent contractuel, dans lequel les agents sont en principe engagés pour une durée indéterminée, mais avec la possibilité pour l'employeur public de résilier leur engagement pour cause de motifs fondés ou plausibles⁵⁷¹. Par ailleurs, les nouvelles lois sur le personnel sont des lois cadres, flexibles, dans lesquelles le législateur laisse généralement une large place aux dispositions d'exécution⁵⁷². Toutes modifient ou abolissent le statut traditionnel de « fonctionnaire » (qui est remplacé par celui d'« employé »), rapprochent les mécanismes de licenciement et le système de rémunération des mécanismes existant en droit privé du travail, ou diminuent le rôle de la procédure disciplinaire⁵⁷³. L'influence du droit privé du travail sur l'évolution récente du droit de la fonction publique est donc évidente, même si toutes ces nouvelles législations s'insèrent encore et demeurent toujours dans le cadre du droit public⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ Message 1924, p. 6.

⁵⁷⁰ Message 1999, pp. 1422 et 1428.

⁵⁷¹ Cf., à cet égard, MAHON/ROSELLO, p. 27.

⁵⁷² *Idem*, pp. 28-29.

⁵⁷³ Voir, parmi d'autres, BELLANGER/ROY, p. 461.

⁵⁷⁴ Cf. MAHON/ROSELLO, p. 29.

Chapitre 5 : Evolution du modèle traditionnel

Avec les nouvelles législations de la fonction publique (chapitre 4), on a pu observer une évolution du modèle traditionnel (voir synthèse, § 3), à savoir de ses principales caractéristiques (§ 1), mais aussi de certains droits et obligations qui touchent aux droits fondamentaux du fonctionnaire (§ 2)⁵⁷⁵.

191

§ 1 L'évolution des principales caractéristiques

Nous avons présenté plus haut le modèle traditionnel de la fonction publique, qui se caractérise par la nomination du fonctionnaire (A), sa garantie de l'emploi (B), sa rémunération conforme à une échelle de traitement (C) et sa soumission à un régime disciplinaire (D). Examinons maintenant les diverses évolutions de ce modèle traditionnel afin de formuler un constat, d'indiquer une tendance, mais également de marquer les limites de cette évolution (E).

192

A. La nomination

Le modèle traditionnel – Dans les statuts traditionnels de la fonction publique, le fonctionnaire est communément engagé par un acte unilatéral, plus précisément par une décision de nomination de l'autorité compétente. Cependant, la tendance actuelle est, comme nous avons pu l'observer, de préférer des engagements de « nature bilatérale », c'est-à-dire contractuels. En effet, sur le plan fédéral, le contrat de droit public a été généralisé pour l'engagement des employés – en vertu de la nouvelle LPers –, abolissant ainsi le principe général d'engagement par nomination des fonctionnaires, tel qu'il existait dans le statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927.

193

⁵⁷⁵ S'agissant des droits et des obligations du fonctionnaire, voir, p. ex., HANNI, 1993.

194 **Le passage de la décision au contrat** – Comme la Confédération, de nombreuses collectivités publiques ont elles aussi adopté un mode d'engagement bilatéral, au détriment de la traditionnelle « nomination » du fonctionnaire⁵⁷⁶. Ce passage de la décision au contrat reflète la volonté de se rapprocher du mode d'engagement du droit privé du travail⁵⁷⁷. En effet, le désir de pouvoir conclure des actes bilatéraux dans le secteur public, tel que le contrat individuel de travail dans le secteur privé, a été clairement manifesté. Au sein de la fonction publique, les effets du passage de la décision au contrat (pour l'engagement du personnel) sont toutefois controversés, motif pris que les contrats conclus par les administrations publiques restent, en principe, entièrement soumis au droit public⁵⁷⁸.

B. La garantie de l'emploi

195 **Le modèle traditionnel** – Nous avons vu que, dans les statuts traditionnels de la fonction publique, le fonctionnaire connaissait une grande stabilité de l'emploi, et cela malgré le système de sa nomination pour une période administrative, car l'engagement du fonctionnaire était en pratique renouvelé quasi tacitement à l'échéance de celle-ci⁵⁷⁹.

196 **Le passage à des licenciements facilités** – La garantie de l'emploi au sein du service public n'est cependant plus la même qu'autrefois, parce que les mécanismes de résiliation des rapports de service des fonctionnaires ont été généralement facilités lors des réformes des statuts du personnel. Par ailleurs, nous montrerons, dans les développements relatifs à la cessation des rapports de travail, que la jurisprudence confirme toujours plus facilement le licenciement d'agents publics⁵⁸⁰. En effet, dans un contexte général de conjoncture défavorable, les emplois des fonctionnaires ne peuvent plus être garantis, ce qui explique que les licenciements ordinaires, extraordinaires, économiques ou encore les suppressions de poste se pratiquent également au sein des collectivités publiques⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ Voir *infra* N 392 ss.

⁵⁷⁷ Voir, parmi d'autres, HAFNER, 2014, p. 309.

⁵⁷⁸ Pour plus de détails sur le passage de la décision de nomination au contrat de droit public, voir *infra* N 233 ss. Cf. ég. TANQUEREL, 2015, pp. 315 ss.

⁵⁷⁹ Cf. *supra* N 85 et 97.

⁵⁸⁰ Cf. *infra* N 499 ss.

⁵⁸¹ Cependant, nous verrons plus bas que l'Etat-employeur a toujours besoin d'un motif fondé (ou d'un juste motif) pour licencier son personnel. Cf., par exemple, *infra* N 552.

C. Les échelles de traitement

Le modèle traditionnel – Dans les statuts traditionnels de la fonction publique, la rémunération des fonctionnaires est organisée selon des échelles de traitement⁵⁸². Le salaire est donc fixé par la loi, afin d'être notamment conforme au principe constitutionnel de la légalité⁵⁸³. Ce système privilégie en principe « l'évolution automatique de la rémunération, essentiellement en fonction de l'ancienneté, le salaire étant lui-même déterminé par une échelle de traitement au sein de laquelle les fonctions exercées sont colloquées »⁵⁸⁴.

197

Le passage au salaire au mérite – Le modèle traditionnel va cependant évoluer : parmi les revendications véhiculées par le « *New Public Management* », on retrouve le souhait d'offrir une certaine marge de négociation aux employeurs publics dans l'octroi de rémunérations⁵⁸⁵. Pour ce faire, on reconnaît l'utilité d'un « salaire au mérite » ou d'un salaire modulé en « fonction des prestations » des employés⁵⁸⁶. En effet, les employeurs publics souhaitent davantage de latitude pour « encourager le travail axé sur les objectifs et récompenser la performance individuelle et collective »⁵⁸⁷. Dès lors, la prise en compte des prestations des agents publics dans la fixation du traitement est devenue nécessaire⁵⁸⁸.

198

⁵⁸² La rémunération du fonctionnaire est effectivement prévue dans une classe de traitement dont le maximum peut être atteint par des augmentations salariales annuelles, quelle que soit la qualité des prestations effectuées par l'agent public. Cf. MOOR, 1992, p. 218. Voir ég. BELLANGER/ROY, p. 465.

⁵⁸³ Cf., parmi d'autres, TANQUEREL, 2000, p. 23.

⁵⁸⁴ EMERY, 2012, p. 147.

⁵⁸⁵ Cela, selon le modèle du secteur privé, dans lequel la fixation du salaire est essentielle. Voir DONATSCH, N 25, p. 7. Concernant les réductions de salaire, cf. MÜLLER M., 1997.

⁵⁸⁶ Sur la rémunération et l'évaluation des prestations dans le secteur public, cf., parmi d'autres, HELBLING, 1994, pp. 99-163 ; MEYER, 1999, pp. 133-153 ; RHINOW, 2000, p. 36-37 ; MEYER/MÜLLER-TSCHUMI, pp. 249-264 ; POLEDNA/STOLL, pp. 177-197.

⁵⁸⁷ VARONE, p. 114. Selon cet auteur, l'employeur public a parfois besoin d'une marge de manœuvre beaucoup plus importante, notamment pour attirer financièrement des cadres expérimentés et rendre ainsi leur fonction plus attractive (les salaires pour les fonctions dirigeantes étant généralement plus élevés dans le secteur privé).

⁵⁸⁸ Les anciennes réglementations permettaient néanmoins de récompenser quelquefois les collaborateurs. Sur le plan fédéral, le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927 permettait déjà, dès son entrée en vigueur, d'octroyer des indemnités pour des prestations extraordinaires (cf. art. 44 al. 1 let. e StF). D'ailleurs, d'autres législations cantonales accordaient des rétributions spéciales aux agents qui rendaient des services de nature exceptionnelle à leur employeur. Voir les exemples de RICHLI, 1996, pp. 143-144.

- 199 **Le point de vue du Conseil fédéral** – En ce sens, le Conseil fédéral a déjà admis, en 1993, la nécessité d'accorder parfois un salaire au mérite, car, selon lui, « utilisées à bon escient, les récompenses de nature pécuniaire créent une certaine motivation et favorisent une amélioration des prestations »⁵⁸⁹. Le Conseil fédéral reconnaît, en outre, que l'« introduction d'éléments déterminant la rémunération au mérite laisse en même temps entrevoir une meilleure qualité de l'appréciation du personnel » et que celle-ci « gagne en importance comme base de détermination du salaire » dans le secteur public⁵⁹⁰.
- 200 **L'état du droit** – En Suisse, le principe de rémunération en fonction des prestations n'a toutefois été introduit que très tardivement dans les administrations publiques⁵⁹¹. Aujourd'hui, il est pourtant « une des pierres angulaires de la nouvelle gestion publique », et ce « type de rémunération a désormais les faveurs des législateurs fédéral, cantonaux et communaux »⁵⁹². Sur le plan fédéral, la LPers permet effectivement de prendre en considération les prestations effectuées par le personnel, puisqu'elle autorise les employeurs à verser un salaire qui dépend de la fonction, de l'expérience et des prestations de l'employé (cf. art. 15 al. 1 LPers)⁵⁹³. Sur le plan cantonal, seuls les cantons de Genève et du Tessin « rémunèrent leur personnel selon le modèle traditionnel, excluant toute prise en compte des prestations du collaborateur »⁵⁹⁴. En comparaison avec les anciennes réglementations, cet état du droit montre que les nouvelles lois du personnel permettent de tenir compte des prestations effectuées pour déterminer le salaire, de sorte que le « rapprochement avec le droit privé est donc massif au niveau de la rémunération des agents publics »⁵⁹⁵.

⁵⁸⁹ Message 1993 (StF), p. 530.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ EMERY, 2012, p. 147. Cependant, cet auteur précise que certains statuts traditionnels, en vigueur avant 1990, prévoyaient déjà une forme de rémunération à la prestation, le passage d'une classe à l'autre étant fondé sur une appréciation de l'autorité compétente, qui pouvait accélérer ou non la promotion. Cf. EMERY, 2012, p. 159.

⁵⁹² MARTENET, pp. 635-636.

⁵⁹³ L'entrée en vigueur de la LPers « signifie l'abandon du système de fonctions, de l'échelle de traitement et de la progression automatique des salaires ». VARONE, p. 114.

⁵⁹⁴ Cf. BELLANGER/ROY, p. 465. Pour l'exemple vaudois, cf. CHAVANNE, pp. 33 ss.

⁵⁹⁵ BELLANGER/ROY, pp. 465 s.

D. Le régime disciplinaire

Le modèle traditionnel – Dans les statuts traditionnels de la fonction publique, les régimes disciplinaires ont notamment été introduits afin « d’assurer le respect des obligations de service en tant que l’intérêt de l’administration l’exige »⁵⁹⁶. Ce régime est donc « commun à toutes les relations de droit particulières entre l’Etat et les individus »⁵⁹⁷, mais fait défaut au sein des relations de droit privé du travail⁵⁹⁸. Alors que BELLANGER/ROY constatent que la réforme fédérale « n’a pas entraîné de profonds changements concernant les possibilités de sanctions et la procédure relative »⁵⁹⁹, nous sommes d’avis, quant à nous, qu’il y a néanmoins eu une évolution des régimes disciplinaires au sein de nombreuses collectivités publiques.

201

Evolution – Cette évolution tend vers la suppression du régime disciplinaire ou de quelques-unes de ses mesures (notamment celle de la révocation) dans les statuts du personnel⁶⁰⁰, au profit de mesures administratives ou de la voie du licenciement⁶⁰¹. Concernant les sanctions disciplinaires, on peut effectivement remarquer pour certaines collectivités publiques qui ont révisé récemment leur statut de la fonction publique⁶⁰², « une tendance à supprimer la procédure disciplinaire, ou en tous les cas à réduire la panoplie des sanctions disciplinaires traditionnelles (blâme, amende, suspension ou réduction de traitement, suspension du collaborateur, révocation, etc.), lesquelles soit disparaissent totalement, soit subsistent, mais en nombre restreint »⁶⁰³. Cette tendance n’est cependant pas observable partout. « Certains cantons, comme Genève, ont maintenu une large panoplie de sanctions [...] (voir par exemple l’art. 16, al. 1 de la LPAC/GE) »⁶⁰⁴.

202

⁵⁹⁶ GERMANN, p. 119. Voir ég. MICHEL, 1998, p. 103.

⁵⁹⁷ Dans le modèle traditionnel, les sanctions disciplinaires étaient effectivement la contrepartie « des devoirs de fidélité particuliers des fonctionnaires ». KNAPP, 1984, p. 500.

⁵⁹⁸ Dans certains contrats de travail de droit privé, on peut cependant trouver actuellement un catalogue de « sanctions » conventionnelles calqués sur une réglementation de droit public, mais dans leur grande majorité dépourvues de portée propre en droit privé du travail. SUBILIA/DUC, pp. 115-116. Voir *infra* N 520.

⁵⁹⁹ BELLANGER/ROY, p. 472.

⁶⁰⁰ Cette tendance a aussi été constatée par MICHEL, 1998, p. 103.

⁶⁰¹ Voir *infra* N 530.

⁶⁰² En ce qui concerne les cantons de la Suisse romande, il s’agit des cantons du Jura et du Valais.

⁶⁰³ *Ibidem*.

⁶⁰⁴ MAHON/ROSELLO, p. 29.

- 203 **Remise en cause** – En Suisse, la remise en cause du régime disciplinaire émane de différents milieux. Sur le plan politique, des affaires font régulièrement scandale et dévoilent un mécontentement face au prononcé de sanctions disciplinaires. En outre, nous verrons que la doctrine a mis en évidence les incohérences qui existent entre les voies disciplinaires et administratives, notamment en cas de révocation du fonctionnaire⁶⁰⁵. Par ailleurs, l'introduction d'un mode d'engagement contractuel va à l'encontre même de l'esprit du régime disciplinaire où des sanctions sont prises de manière unilatérale par l'employeur. Selon TANQUEREL, « ce régime présente [d'ailleurs] le double défaut d'être lourd et source de tensions. Il n'est pas nécessairement adapté à une gestion du personnel centrée sur la prévention des conflits et la promotion de la qualité du service public. Les cantons de Vaud, de Fribourg (sous réserve de lois spéciales, art. 75 al. 2 LPers/FR⁶⁰⁶) et de Berne, notamment, y ont ainsi renoncé »⁶⁰⁷.
- 204 **L'état du droit** – Malgré la tendance évoquée d'une suppression du régime disciplinaire, il existe bien entendu encore de nombreux statuts du personnel conservant diverses sanctions disciplinaires. Sur le plan fédéral, la Confédération, même si elle ne bénéficie plus du droit de révocation, a conservé toute une panoplie de mesures⁶⁰⁸, et cela contrairement à d'autres collectivités publiques qui ne connaissent plus de régime disciplinaire à proprement parler⁶⁰⁹. Les statuts actuels de la fonction publique peuvent ainsi offrir des solutions variées et être classés selon trois catégories. La première comprend les cantons qui établissent une liste de sanctions (qu'elle soit exhaustive ou non), la deuxième englobe ceux qui établissent une procédure disciplinaire, mais sans avoir édicté de liste de sanctions, et la troisième est composée des cantons qui ont renoncé à infliger des sanctions⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ Voir *infra* N 523.

⁶⁰⁶ Selon cette disposition, « les lois spéciales prévoyant en outre des sanctions disciplinaires pour certaines catégories de personnel restent réservées ».

⁶⁰⁷ TANQUEREL, 2011, N 286, p. 94.

⁶⁰⁸ Pour plus de détails, cf. *infra* N 528.

⁶⁰⁹ En ce qui concerne les cantons de la Suisse romande, il s'agit de Berne, de Fribourg (sous réserve de lois spéciales), du Jura, de Vaud et du Valais.

⁶¹⁰ Pour plus de détails, cf. BELLANGER/ROY, p. 472.

E. Constat, tendance et limites

Constat et tendance – L'évolution des principales caractéristiques du modèle traditionnel de la fonction publique a, selon nous, permis progressivement de rapprocher ses statuts des règles régissant le droit privé du travail. Cette tendance est effectivement manifeste, quand bien même elle connaît certaines limites, que nous mettrons ici en lumière. 205

Les limites du contrat de droit public – En ce qui concerne la création des rapports de travail, le contrat de droit public a remplacé la nomination, qui était le mode traditionnel d'engagement des fonctionnaires. Cependant, même si ce contrat constitue un mode bilatéral d'engagement, nous verrons plus bas que le rapprochement avec le droit privé n'est pas si marquant, car les employeurs et les employés du secteur public ne bénéficient pas de la même latitude dans la négociation des termes du contrat que les parties de droit privé⁶¹¹. 206

Les limites des mécanismes de résiliation – Ensuite, bien que la garantie de l'emploi dans les collectivités publiques ait été amoindrie par le rapprochement des mécanismes de résiliation avec les règles du droit privé, l'Etat-employeur reste toutefois lié au devoir d'invoquer un motif fondé (ou un juste motif) pour licencier son personnel, contrairement à l'employeur du secteur privé qui bénéficie de la liberté contractuelle pour résilier les contrats individuels de travail. Par conséquent, même si les emplois ne sont pas indéfiniment garantis dans le secteur public, ils restent tout de même protégés contre des décisions arbitraires. 207

Les limites de la rémunération en fonction des prestations – L'intégration de la rémunération en fonction des prestations au sein de la fonction publique s'inscrit aussi, à notre avis, dans le contexte du rapprochement du droit privé du travail, puisque son adoption « fait partie des idées fondatrices du management » du secteur privé⁶¹². Cependant, les pratiques controversées de ce système de rémunération au sein des services publics peuvent « générer des effets pervers » et constituer un défi de taille aux principes constitutionnels de droit public, tel que celui de l'égalité de traitement⁶¹³. En effet, même si le nouveau système de rémunération en fonction des prestations permet de « remettre en cause les automatismes, prend[re] en compte le marché du travail et 208

⁶¹¹ *Infra* N 239.

⁶¹² EMERY, 2012, p. 147. Cf. ég. MORARD, p. 201.

⁶¹³ EMERY, 2012, pp. 155 et 161. Même si l'adoption d'une échelle légale de traitement « n'est pas une obligation juridique [...] elle permet [néanmoins] de mieux veiller au respect du principe d'égalité de traitement et assure la transparence de la rémunération tant auprès du personnel que des instances politiques ». Cf. MORARD, pp. 204 s.

introdui[re] des composantes du salaire au mérite », et donc d'étendre le pouvoir d'appréciation et de négociation des employeurs publics, il n'autorise pourtant pas l'Etat à jouir de la même liberté que l'employeur privé, en vertu du principe d'égalité de traitement⁶¹⁴. Ainsi, bien que le salaire à la performance ait fait son apparition dans le secteur public⁶¹⁵, il semblerait toutefois que la marge de manœuvre de l'Etat reste relativement restreinte, motif pris que ce dernier reste lié aux principes constitutionnels⁶¹⁶.

209 **Les limites de la disparition du régime disciplinaire** – Alors que la suppression de la mesure de la révocation, dans les régimes disciplinaires, a souvent été considérée comme nécessaire, la disparition de toutes les autres mesures disciplinaires au sein des statuts du personnel de la fonction publique n'est pas toujours souhaitable⁶¹⁷. Dans tous les cas, la disparition du régime disciplinaire ne devrait pas empêcher les collectivités publiques de prendre des mesures adéquates en cas de besoin, par exemple, en prononçant la suspension de l'employé, ou son déplacement à un autre poste, etc. En effet, de nombreuses collectivités publiques ayant récemment supprimé leur régime disciplinaire s'interrogent aujourd'hui sur la validité des mesures administratives qu'elles adoptent, face à l'exigence du principe de la légalité, puisque certaines obligations imposées à l'agent public ne sont pas énumérées de manière exhaustive et précise dans les statuts du personnel⁶¹⁸.

⁶¹⁴ MORARD, p. 202.

⁶¹⁵ Cf. EMERY, 1994. Cette nouveauté permet ce faisant de rapprocher le droit de la fonction publique du droit privé du travail.

⁶¹⁶ MORARD, pp. 221 s. L'appel à davantage de flexibilité dans le domaine de la rémunération des fonctions publiques pourrait toutefois légitimer quelques fois des différences de traitement conformes à la Constitution, car celles-ci sont nécessaires au maintien d'un service public performant, capable de s'aligner sur les conditions du secteur privé : elles permettent ainsi « d'intégrer dans la fonction publique du personnel compétent qui pourrait s'en détourner si les conditions de rémunération n'étaient pas adaptées à celles du marché. Ces différences sont motivées par un intérêt public évident et sont ainsi admissibles » : voir MARTENET, p. 829.

⁶¹⁷ Par exemple, pour pallier cette disparition et afin d'offrir une protection efficace aux employés, nous pensons qu'il est indispensable de conserver au moins l'« avertissement écrit », non pas à titre de sanction disciplinaire, mais à titre de mesure administrative. Ce garde-fou permet de limiter le prononcé de licenciements arbitraires par l'employeur.

⁶¹⁸ S'agissant de la nécessité d'une base légale concernant une mesure administrative, consulter TANQUEREL, 2011, N 1200, pp. 400-401. Cet auteur rappelle qu'il est p. ex. impératif de distinguer si « la mesure ne fait que confirmer à l'administré une obligation qui résulte déjà de la loi ou d'une décision » ou « si elle comporte une atteinte aux droits de l'administré qui n'est pas déjà comprise dans une décision précédente ».

§ 2 L'évolution des droits fondamentaux du fonctionnaire

Depuis les dernières réformes de la fonction publique, tant sur le plan fédéral que sur les plans cantonal et communal, bon nombre de droits et d'obligations des agents publics ont évolué. Cette évolution peut notamment être rattachée aux mutations de certains droits fondamentaux du fonctionnaire⁶¹⁹, par exemple sa liberté d'établissement (A), son droit de grève (B), sa liberté syndicale (C) et sa liberté d'opinion et d'information (D)⁶²⁰. En effet, ces droits fondamentaux⁶²¹ ont connu, dans les régimes traditionnels de la fonction publique, d'importantes restrictions⁶²². L'examen de quelques droits et obligations du modèle traditionnel touchant au statut du fonctionnaire va nous permettre de montrer la tendance, mais aussi les limites de cette évolution (E).

210

A. La liberté d'établissement

Le modèle traditionnel – Dans les statuts traditionnels de la fonction publique, une obligation de prise de domicile sur le territoire de la collectivité publique concernée par les rapports de travail du fonctionnaire était souvent exigée comme condition d'engagement⁶²³. Une telle obligation n'était pas choquante à l'époque et cette pratique était courante parmi les employeurs publics⁶²⁴. Aujourd'hui, l'obligation générale de domicile et de résidence de l'agent public en un lieu donné est manifestement contraire à sa liberté d'établissement, lorsqu'elle ne peut être justifiée par des impératifs liés à l'exercice même ou à la nature de sa fonction⁶²⁵.

211

⁶¹⁹ Concernant les droits fondamentaux dans la fonction publique, voir, parmi d'autres, HÄNER.

⁶²⁰ En ce qui concerne les libertés fondamentales des fonctionnaires, voir KNAPP/BELLANGER.

⁶²¹ En ce qui concerne les caractéristiques des droits fondamentaux, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 6 ss, pp. 6 ss.

⁶²² Les libertés constitutionnelles des agents publics étaient donc limitées de façon plus stricte que celles des autres citoyens. Cf. KNAPP, 1994, N 3096, p. 285.

⁶²³ « Le modèle traditionnel prévoit [ainsi] une obligation de résidence pour l'ensemble des agents publics sur le territoire de l'employeur ». BELLANGER/ROY, p. 470. Sur la liberté d'établissement face à l'obligation de résidence, cf. GABUS, pp. 125 ss.

⁶²⁴ Par exemple, l'article 8 al. 1 du StF prévoyait que le fonctionnaire était tenu d'habiter la localité assignée pour son service par l'autorité de nomination. Voir ég. GABUS, p. 126.

⁶²⁵ HÄNNI, 2004a, p. 163.

- 212 **Evolution** – La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'obligation de prise de domicile des fonctionnaires au sein des collectivités publiques a connu une évolution marquée⁶²⁶. Celle-ci a notamment permis de bannir les interdictions générales édictées dans les divers statuts du personnel des collectivités publiques cantonales ou communales⁶²⁷. Par ailleurs, la jurisprudence a précisé la portée de la liberté d'établissement des fonctionnaires et établi que l'obligation de domicile en un lieu donné est contraire à cette liberté fondamentale garantie par la Constitution fédérale⁶²⁸.
- 213 **La liberté d'établissement** – En vertu de l'article 24 alinéa 1 de la Constitution, « les Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays », c'est-à-dire de résider librement sur le territoire helvétique⁶²⁹. Ce droit fondamental peut cependant être restreint selon les conditions de l'article 36 de la Constitution⁶³⁰, ce qui explique certaines restrictions à la liberté d'établissement dans la fonction publique⁶³¹, par exemple pour les fonctionnaires qui pourraient exercer une activité soumise à un rapport de puissance publique spécial ou lorsqu'il existe un intérêt public à une prise de domicile dans un lieu ou un appartement déterminé⁶³². En d'autres termes, l'obligation de domicile est actuellement contraire à la liberté d'établissement, lorsqu'il « n'existe aucun motif de service qui obligerait le fonctionnaire à élire domicile à proximité de son lieu de travail et que la nature de la fonction exercée n'implique pas que le fonctionnaire entretienne des relations étroites avec la population locale ou appartienne à la communauté qu'il représente »⁶³³. L'intérêt fiscal de la collectivité publique ne peut pas être considéré comme un intérêt public prépondérant⁶³⁴.

⁶²⁶ Voir l'ATF 128 I 280, JdT 2004 I 2 (trad.) qui retrace toute cette évolution. Le cadre restreint de notre étude ne nous permet pas ici de présenter toutes ces jurisprudences.

⁶²⁷ Pour un état du droit, cf. BELLANGER/ROY, p. 470.

⁶²⁸ Comme nous le verrons au paragraphe suivant, des dérogations à la liberté d'établissement sont toutefois possibles aux conditions de l'article 36 Cst.

⁶²⁹ Cf., parmi d'autres, ATF 108 Ia 248, c.1, JdT 1984 I 25 (trad.) et les réf. citées.

⁶³⁰ Il s'agit de la base légale, de l'intérêt public, de la proportionnalité et du respect de l'essence des droits fondamentaux (« noyau dur »). Cf., par exemple, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 138 ss, p. 65.

⁶³¹ Cf. ATF 118 Ia 412, c. 2 ; ATF 115 Ia 210, c. 3a et les arrêts cités ; ATF 114 Ib 165.

⁶³² A la Confédération, certains employés peuvent par exemple être amenés à occuper un appartement de fonction (cf. art. 21 al. 1 let. b LPers et art. 90 OPers).

⁶³³ HÄNNI, 2004a, p. 163. Concernant l'obligation de résidence des fonctionnaires, voir ég. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 783 ss, pp. 371-373.

⁶³⁴ Voir ATF 103 Ia 455, c. 4, JdT 1979 I 515 (trad.) ; ATF 128 I 280, c. 4.2, JdT 2004 I 6 (trad.). Cf. p. ex. TANQUEREL, 2011, N 284, p. 93 ; HÄNNI, 2004a, p. 164.

B. Le droit de grève

Le modèle traditionnel – Dans les statuts traditionnels de la fonction publique, il est strictement interdit au fonctionnaire de se mettre en grève⁶³⁵. Sur le plan fédéral, l'article 23 alinéa 1 du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 interdisait par exemple à tout fonctionnaire de se mettre en grève et d'y inciter d'autres fonctionnaires⁶³⁶. Calquées sur le modèle fédéral, les législations de la plupart des cantons ou communes interdisaient également aux agents de se mettre en grève au nom du devoir de fidélité⁶³⁷. Puis, une fois le droit de grève codifié dans la Constitution fédérale de 1999⁶³⁸, une interdiction générale de se mettre en grève pour les agents publics n'était plus conforme au droit supérieur, car elle devait faire place à des réglementations plus différenciées⁶³⁹.

214

La codification du droit de grève – La codification du droit de grève a été une question très controversée⁶⁴⁰. En ce qui concerne la fonction publique, on s'est effectivement demandé si les agents de l'Etat pouvaient bénéficier, comme les travailleurs du secteur privé, de ce droit fondamental⁶⁴¹. Alors qu'une interdiction en vertu du critère du « service public » avait initialement été imaginée dans l'avant-projet de modification de la Constitution de 1995, l'article 28 alinéa 4 de la Constitution se borne aujourd'hui à prévoir que « la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes »⁶⁴², sans préciser lesquelles.

215

⁶³⁵ Cf. BELLANGER/ROY, p. 470. Voir ég. BOIS, p. 268 ; MICHEL, 1998, pp. 75 ss.

⁶³⁶ Cf. GRISEL, p. 481.

⁶³⁷ S'agissant du devoir de fidélité, voir, par exemple : HANGARTNER, 1984 ; HÄNNI, 1982.

⁶³⁸ Ce droit figure plus singulièrement dans la disposition relative à la liberté syndicale. Voir Message 1997, p. 181.

⁶³⁹ Cf. Message 1997, p. 182. Voir ég. TANQUEREL, 2011, N 284, p. 92.

⁶⁴⁰ Selon BIGLER, la nature constitutionnelle du droit de grève mérite ainsi une attention particulière, car cette disposition a fait l'objet de plusieurs projets lors de la révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874. Voir BIGLER, p. 348.

⁶⁴¹ Pour plus de détails, voir la thèse de MARTI M. Cet auteur rappelle notamment que le droit de grève était interdit sous le régime du StF du 30 juin 1927 (voir, pp. 20 ss). Puis, il explique le rôle du *New Public Management* comme moteur de flexibilisation et de modernisation des divers statuts du personnel, qui se sont dès lors rapprochés du droit privé du travail (cf. pp. 36 ss).

⁶⁴² Message 1997, p. 182. L'interdiction de la grève en vertu du critère de « service public » a été abandonnée, car les catégories de personnes du service public n'assurent pas toutes un service essentiel, et qu'elles ne peuvent pas, dès lors, se voir interdire de manière générale le recours à la grève. A l'inverse, des personnes n'ayant pas le statut

- 216 **Les restrictions au droit de grève** – Le droit de grève peut ainsi être limité pour certaines catégories de personnel (cf. art. 28 al. 4 Cst.), pour autant que les conditions restrictives prévues à l'article 36 de la Constitution soient respectées⁶⁴³. Le principe sous-jacent est le suivant : une interdiction générale du recours à la grève « telle qu'elle existait pour les fonctionnaires fédéraux et qu'elle existe encore dans quelques cantons [voire communes] » est clairement illicite, en vertu du principe de proportionnalité⁶⁴⁴. En effet, il n'existe plus « de justification suffisante pour interdire à l'ensemble du personnel [de la fonction publique] de se mettre en grève »⁶⁴⁵. Seule une partie des agents publics – par exemple le corps de police ou le personnel travaillant dans les hôpitaux et dont la présence est absolument nécessaire au fonctionnement des rouages de l'Etat – peut se voir interdire de façon permanente de se mettre en grève⁶⁴⁶.
- 217 **Portée** – Le droit de grève n'a par conséquent pas la même portée dans le secteur public et privé, dans la mesure où il existe des services publics indispensables au fonctionnement de l'Etat. L'administration se verrait effectivement paralysée en cas de grève générale de ses fonctionnaires, de telle sorte que l'intérêt collectif pourrait être mis en péril⁶⁴⁷. Dès lors, comme le confirme la jurisprudence du Tribunal fédéral, il peut être justifié d'interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes, faute de quoi des services importants pour le fonctionnement de l'Etat ne pourraient être garantis⁶⁴⁸. L'article 28 alinéa 4 de la Constitution est une disposition relativement souple, car elle permet de respecter « d'une part, les exigences du droit international » et « d'autre part, des législations fédérale et cantonales sur le statut des fonctionnaires »⁶⁴⁹.

d'agents publics s'occupent parfois de services essentiels (Message 1997, pp. 182-183).

⁶⁴³ Cf. MARTI M., pp. 110 ss.

⁶⁴⁴ HÄNNI, 2004a, p. 166. Cf. Message 1997, p. 181. Il existe toutefois encore des collectivités publiques qui interdisent à l'ensemble de leur personnel de faire la grève. Cf. BELLANGER/ROY, p. 471, pour un état du droit cantonal en Suisse.

⁶⁴⁵ BELLANGER/ROY, p. 471 (et les réf. citées).

⁶⁴⁶ Voir HÄNNI, 2004a, p. 166. En ce qui concerne les employés fédéraux, l'article 24 alinéa 1 LPers autorise le Conseil fédéral à limiter ou supprimer le droit de grève pour quelques catégories d'employés. Cf. art. 96 OPers.

⁶⁴⁷ Cf. HÄNNI, 2004a, p. 166. Voir ég. HANGARTNER, 1993, p. 44.

⁶⁴⁸ Cf. TF du 23 mars 1995, in : SJ 1995 681, c. 4.

⁶⁴⁹ Message 1997, p. 182.

C. La liberté syndicale

Le modèle traditionnel – Depuis l’origine de la fonction publique, il existe un paradoxe entre la liberté des fonctionnaires de s’associer ou de se syndiquer afin de faire valoir leurs propres intérêts et l’obligation de servir fidèlement l’Etat afin de préserver l’intérêt public⁶⁵⁰. Ainsi, comme pour le droit de grève, la liberté syndicale a connu de fortes restrictions dans le modèle traditionnel de la fonction publique⁶⁵¹. Et malgré son évolution, la portée de cette liberté n’est pas identique dans le secteur privé et le secteur public, en raison du rapport de droit spécial (soumission à la puissance publique de la collectivité) qui existe entre les agents publics et l’Etat.

218

Evolution – En tant que droit fondamental, la liberté syndicale a été ancrée dans la Constitution fédérale (cf. art. 28 Cst.). Aujourd’hui, les syndicats de la fonction publique sont titulaires de ce droit, qui ne connaît cependant pas la même extension dans le secteur privé ou public.

219

Jurisprudence – Trois arrêts du Tribunal fédéral permettront de souligner ces différences et de circonscrire la portée de la liberté syndicale au sein de la fonction publique.

220

- Dans la première affaire, datant du 15 novembre 2002⁶⁵², il s’agit d’un syndicat vaudois qui souhaite se prévaloir de la liberté syndicale pour invoquer un droit à participer à l’élaboration du règlement d’application de la loi sur le personnel de la collectivité concernée. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral précise que la liberté syndicale en droit de la fonction publique n’est pas égale à celle existant en droit privé (c. 1.4). En effet, alors qu’en droit privé les conditions de travail peuvent être réglementées par la négociation d’une convention collective, celles-ci sont dans la fonction publique en principe arrêtées aux termes d’un processus législatif déterminé. Bien que les organisations syndicales puissent tirer de l’article 28 de la Constitution fédérale un droit d’être entendu lorsque des questions importantes concernant les conditions de travail au sein de la fonction publique sont en jeu⁶⁵³, ce droit ne les autorise pas pour autant à participer de façon directe au dit processus législatif (c. 1.4).

⁶⁵⁰ Voir MAHON/MATTHEY, p. 231 s.

⁶⁵¹ Pour plus de détails sur les limites de la liberté d’association dans le modèle traditionnel, cf. GRISEL, pp. 488-489.

⁶⁵² ATF 129 I 113.

⁶⁵³ Dans ce sens, voir ég. la dernière référence citée au c. 1.4 de l’ATF 129 I 113. Il s’agit de l’arrêt CEDH du 27 octobre 1975 dans la cause Syndicat national de la police belge, Publications de la CEDH, série A, vol. 19, § 38-39.

- Dans le deuxième arrêt, du 3 juillet 2006⁶⁵⁴, des syndicats neuchâtelois se sont prévalus d'un droit à être consultés au sujet d'une modification du programme législatif, dont l'objectif était notamment de réduire les coûts de l'enseignement obligatoire en augmentant le nombre d'élèves par classe. Le Tribunal fédéral a également rappelé, sans toutefois trancher la question, qu'il était « douteux qu'un syndicat puisse déduire de l'article 29 al. 2 Cst. le droit de participer, sous une forme ou sous une autre, à des procédures législatives » (c. 1.2). En d'autres termes, la liberté syndicale « ne confère toutefois pas aux organisations syndicales de la fonction publique le droit de participer au processus législatif portant sur le statut du personnel, sous peine de porter atteinte au monopole de l'Etat en la matière, mais seulement celui d'être entendu de manière appropriée en cas de modifications législatives ou réglementaires touchant de manière significative les conditions de travail de leur membres » (c. 2.1)⁶⁵⁵.
- Le troisième arrêt, daté du 26 juillet 2014⁶⁵⁶, concerne la demande de reconnaissance de l'Union du personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales (ci-après : UP EPF) comme partenaire social au sein du domaine des écoles polytechniques fédérales (ci-après : EPF), à la lumière de l'article 28 de la Constitution. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral rappelle qu'un syndicat de la fonction publique est titulaire de l'art. 28 Cst. et peut donc se prévaloir de la liberté syndicale⁶⁵⁷. Malgré le refus du Tribunal administratif fédéral de reconnaître l'UP EPF comme partenaire au sein du domaine des EPF, motif pris notamment que cette association n'était pas assez représentative, le Tribunal fédéral a admis qu'elle remplissait l'exigence numérique et la loyauté requise, de sorte que sa demande de reconnaissance comme partenaire social des EPF pouvait être acceptée⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ TF 2P.42/2006 du 3 juillet 2006.

⁶⁵⁵ Voir également : ATF 129 I 113, c. 3 ; BRUCHEZ, Commentaire 2013, N 19 ad art. 356 CO, p. 1124.

⁶⁵⁶ TF 2C_701/2013 du 26 juillet 2014.

⁶⁵⁷ Pour une comparaison entre le secteur privé et le secteur public, consulter également l'étude de DUNAND/MAHON et al., 2015, concernant la protection accordée aux représentants des travailleurs.

⁶⁵⁸ Pour un résumé de cet arrêt voir ég. « Le droit pour le praticien » [Législation, Doctrine, Jurisprudence] 2013/2014, édité par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, p. 254.

D. La liberté d'opinion et d'information

Le modèle traditionnel – Dans le modèle traditionnel, la liberté d'opinion et d'information des fonctionnaires était particulièrement restreinte, notamment dans le domaine politique, les autres domaines (scientifique, culturel ou philosophique) étant moins concernés⁶⁵⁹. D'ailleurs, les statuts traditionnels interdisaient en principe au fonctionnaire – en vertu de son devoir de fidélité et de discrétion –, de divulguer des informations sensibles concernant une fonction, le service, ou, plus généralement, les processus internes au déroulement de l'activité de l'Etat, comme c'est encore le cas aujourd'hui⁶⁶⁰.

221

Evolution – A l'origine du droit de la fonction publique, la liberté d'opinion n'est pas encore explicitement garantie par la Constitution fédérale⁶⁶¹. Aujourd'hui, elle constitue, pour les fonctionnaires également, un droit constitutionnel fondamental (cf. art. 16 Cst.)⁶⁶². La liberté d'opinion et d'information garantit à toute personne « le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion » (art. 16 al. 1 Cst.)⁶⁶³. En effet, toute personne « a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser » (art. 16 al. 2 Cst.)⁶⁶⁴. En vertu de ce droit, les employés du secteur public, mais aussi ceux du secteur privé, jouissent, en principe, de la possibilité d'exprimer librement leurs opinions, en participant notamment à la vie politique et en diffusant leur façon de penser. Au sein de la fonction publique, « le principe général est donc que la liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires sous la réserve de devoirs particuliers émanant de leur statut »⁶⁶⁵. Par conséquent, la liberté d'expression des agents publics n'est pas absolue. A l'instar des autres droits fondamentaux, elle est limitée tant par les conditions de l'article 36 de la Constitution que par d'autres lois (par ex. le CP)⁶⁶⁶.

222

⁶⁵⁹ Cf. NEUENSCHWANDER, p. 15.

⁶⁶⁰ Voir GRISEL, pp. 486-488. Sur le devoir de réserve des fonctionnaires, spécialement sous l'angle du droit genevois, cf. VERNIORY/WAELTI, pp. 810-831.

⁶⁶¹ NEUENSCHWANDER, p. 13.

⁶⁶² Sur la liberté d'expression, consulter notamment : COSSALI SAUVAIN ; GRANDJEAN.

⁶⁶³ Sur l'exercice des droits démocratiques dans la fonction publique, cf. ANDERMATT. Concernant les symboles religieux, cf. BELSER.

⁶⁶⁴ MAHON/MATTHEY, pp. 207 s.

⁶⁶⁵ NEUENSCHWANDER, p. 15 (et la réf. citée).

⁶⁶⁶ Cf. MAHON/MATTHEY, p. 208.

- 223 **Les restrictions à la liberté d'opinion et d'information** – Les restrictions à la liberté d'opinion et d'information des fonctionnaires peuvent aussi être plus ou moins admises en raison de la « *nature* du message, des *personnes* qui communiquent ce message et du *lieu* dans lequel il est diffusé »⁶⁶⁷. Mais le principe général est « que le fonctionnaire doit s'abstenir de toute manifestation d'opinion de nature à nuire au bon fonctionnement de l'administration. Cela suppose une réserve dans les propos tenus à l'égard des supérieurs, des subordonnés et du public, à l'égard de l'Etat en général »⁶⁶⁸. Il est impossible de fixer de manière précise des règles rigides sur ce qui est concrètement acceptable en matière de liberté d'opinion et d'information des fonctionnaires, car il faut examiner toute situation selon les circonstances du cas d'espèce⁶⁶⁹.
- 224 **Jurisprudence** – Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral examinent la portée de la liberté d'opinion en lien avec les obligations du fonctionnaire. Par exemple, un arrêt de notre Haute Cour, du 31 août 2010, porte spécifiquement sur la question de savoir si une mesure disciplinaire sanctionnant l'expression d'une opinion peut constituer une atteinte à la liberté d'expression⁶⁷⁰. Dans cette affaire, un enseignant d'une haute école zurichoise avait distribué, avant une séance du Grand Conseil, des tracts concernant le projet d'un futur campus pour son établissement, et s'était vu infliger un blâme (contre lequel il a recouru). Dans la mesure où ces tracts avaient été émis dans le cadre d'un débat démocratique, en vue d'une décision du Grand Conseil, le Tribunal fédéral a considéré que l'employé, qui s'était manifesté dans un processus politique de formation de l'opinion, avait le droit d'exprimer publiquement son avis sur la question en s'opposant au transfert proposé. Le blâme prononcé à son encontre constituait ainsi une restriction inadmissible à sa liberté d'opinion et devait par conséquent être annulé⁶⁷¹. Par ailleurs, la jurisprudence, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, attribue un « poids important à la liberté d'expression dans les affaires de *whistleblowing* »⁶⁷².

⁶⁶⁷ Voir MAHON/MATTHEY, p. 209. Concernant les restrictions à la liberté d'opinion du personnel fédéral, cf. SCHIBLI.

⁶⁶⁸ NEUENSCHWANDER, p. 16.

⁶⁶⁹ Cf. MAHON/MATTHEY, pp. 221 ss. Ces auteurs dégagent toutefois, sous la forme d'une grille d'appréciation, une série de critères qui, combinés, permettent d'évaluer si l'on se trouve encore dans le cadre de cette liberté (voir pp. 221-224 et 237-238).

⁶⁷⁰ Cf. ATF 136 I 332, SJ 2011 I 120 (trad.). Pour d'autres exemples, voir MAHON/MATTHEY, pp. 215 ss.

⁶⁷¹ ATF 136 I 332, c. 3.3.6.

⁶⁷² Voir MAHON/ROSELLO, 2012, pp. 44-46. Sur le *whistleblowing*, consulter p. ex. RIEDI.

E. Constat, tendance et limites

Constat et tendance – L'évolution des droits fondamentaux du fonctionnaire a permis progressivement de changer le modèle traditionnel. En effet, alors que ceux-ci n'étaient pas accordés au fonctionnaire ou étaient fortement restreintes, leur évolution montre que la législation est beaucoup plus différenciée et la jurisprudence plus nuancée. La tendance est manifeste, même si elle connaît certaines limites. 225

Les limites de la liberté d'établissement – Comme tout droit fondamental, la liberté d'établissement peut être restreinte selon les conditions de l'article 36 de la Constitution fédérale. Dans la fonction publique, ce droit peut être notamment restreint lorsqu'il existe un motif de service qui obligerait le fonctionnaire à élire domicile à proximité de son lieu de travail ou lorsque la nature de la fonction qu'il exerce implique qu'il entretienne des relations étroites avec la population locale ou appartienne à la communauté qu'il représente⁶⁷³. 226

Les limites du droit de grève – L'article 28 alinéa 4 de la Constitution prévoit que « la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes », mais pour autant que les conditions restrictives prévues à l'article 36 Cst. soient respectées. Dans la mesure où il existe des services publics indispensables au fonctionnement de l'Etat, le droit de grève peut, par conséquent, encore être restreint pour certains agents du secteur public⁶⁷⁴. 227

Les limites de la liberté syndicale – Même si elle a évolué, la liberté syndicale au sein de la fonction publique est aujourd'hui encore limitée du fait qu'elle ne confère pas le droit aux organisations syndicales de participer au processus législatif portant sur l'élaboration d'un statut du personnel, sous peine de porter atteinte au monopole de l'Etat en la matière⁶⁷⁵. 228

Les limites de la liberté d'opinion et d'information – Par ailleurs, la liberté d'opinion et d'information peut également être limitée dans le sens où « le fonctionnaire doit s'abstenir de toute manifestation d'opinion de nature à nuire au bon fonctionnement de l'administration. Cela suppose une réserve dans les propos tenus à l'égard des supérieurs, des subordonnés et du public, à l'égard de l'Etat en général »⁶⁷⁶. 229

⁶⁷³ Voir HÄNNI, 2004a, p. 163.

⁶⁷⁴ *Idem*, p. 166.

⁶⁷⁵ ATF 129 I 113.

⁶⁷⁶ NEUENSCHWANDER, p. 16.

§ 3 Synthèse

230 **L'évolution des principales caractéristiques** – L'évolution de la législation de la fonction publique a induit, nous l'avons vu, une modification des principales caractéristiques du modèle traditionnel, à savoir l'engagement du fonctionnaire par une décision de nomination, une garantie d'emploi, une rémunération organisée selon une échelle de traitement et une soumission à un régime disciplinaire. En effet, dans la vague de révisions des statuts de la fonction publique, le mode d'engagement unilatéral a généralement cédé sa place aux engagements contractuels, les licenciements sont aujourd'hui facilités par des mécanismes proches du droit privé, le salaire au mérite monte en puissance dans le secteur public, et une tendance se dessine concernant la suppression des régimes disciplinaires au sein des statuts du personnel. Selon, nous, cette évolution du modèle traditionnel de la fonction publique illustre de façon évidente, sinon absolue, le rapprochement de celui-ci du droit privé du travail. Par ailleurs, l'« assimilation de certains principes du droit privé du travail qui en résulte soulève la question de la reconsidération de la portée des droits fondamentaux pour les agents publics »⁶⁷⁷.

231 **L'évolution des droits fondamentaux du fonctionnaire** – En effet, la modification, voire la suppression de certaines règles liées au statut des fonctionnaires a induit une adaptation de la protection de leurs droits fondamentaux. Dans le modèle traditionnel, certains devoirs imposés aux titulaires de la fonction publique constituaient une limitation importante de leurs droits fondamentaux, par exemple de la liberté d'établissement, du droit de grève, de la liberté syndicale ou de la liberté d'opinion et d'information. Aujourd'hui, en tant qu'individus, les employés du secteur public jouissent de ces libertés, dont les restrictions ont cédé le pas à des règles plus souples, mais qui connaissent toujours quelques limites inhérentes à la relation spéciale qu'entretient l'agent avec l'Etat. Cependant, les « limites aux droits fondamentaux ne sont plus la règle, mais l'exception » et cette tendance est caractéristique du développement actuel de la fonction publique⁶⁷⁸. Selon HÄNNI, l'évolution et l'adaptation de la protection des droits fondamentaux des agents publics va elle aussi dans le sens d'un rapprochement avec le droit privé du travail⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ HÄNNI, 2004a, p. 151.

⁶⁷⁸ *Idem*, pp. 166-167.

⁶⁷⁹ *Idem*, p. 167.

Chapitre 6 : Evolution du fondement de la relation de travail

Avec les réformes du droit de la fonction publique, divers mécanismes permettant d'intégrer des règles et des techniques ordinaires de droit privé dans les régimes traditionnels de droit public se sont développés, et ont induit une évolution du fondement de la relation de travail en droit public. Pour examiner de quelle manière et dans quelle mesure ces mécanismes facilitent un rapprochement entre le droit privé et le droit public du travail (voir synthèse, § 4), nous observerons le passage de la décision de nomination au contrat de droit public pour l'engagement des fonctionnaires (§ 1), l'apparition des conventions collectives de travail dans le secteur public (§ 2) et, enfin, l'incorporation des règles de droit privé du travail au droit de la fonction publique (§ 3).

232

§ 1 Le passage de la décision de nomination au contrat de droit public

Concernant la création des rapports de travail, nous avons vu que le contrat de droit public a souvent remplacé la nomination, à savoir le mode traditionnel d'engagement des fonctionnaires. Dans ce contexte, quelques généralités (A) permettront tout d'abord de se demander si le passage de la décision de nomination au contrat de droit public constitue réellement un rapprochement avec le droit privé du travail⁶⁸⁰. Ensuite, nous exposerons quelques avantages et inconvénients (B) de cette transition, avant de formuler un constat, et de présenter la tendance et les limites du nouveau système (C).

233

⁶⁸⁰ Nous vérifierons ainsi l'éventuelle influence du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique.

A. Généralités

234 **Un rapprochement avec le droit privé ?** – Le passage de la décision de nomination au contrat de droit public pour l'engagement des employés du secteur public peut d'un certain point de vue être perçu comme un rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail, puisque les collectivités publiques font usage d'un mode contractuel (et donc bilatéral), tout comme l'employeur du secteur privé qui utilise le contrat individuel de travail (au sens des art. 319 ss CO). Contrairement à la décision, le contrat de droit public se forme comme tout contrat, à savoir par un échange des manifestations de volonté concordantes et réciproques sur les points essentiels du rapport de droit : cela signifie, en théorie, que les dispositions contractuelles peuvent, comme c'est le cas en droit privé du travail, être négociées par les parties sur un pied d'égalité. Néanmoins, dans la mesure où le droit de la fonction publique est statutaire, nous verrons plus bas que le contrat de droit public ne se prête pas vraiment aux négociations contractuelles. Pour cette raison, il convient donc de nuancer l'affirmation selon laquelle le passage de la décision de nomination au contrat de droit public a permis un rapprochement considérable avec le droit privé du travail⁶⁸¹.

B. Avantages et inconvénients

235 **Généralités** – Concernant le choix du mode d'engagement du personnel étatique par les collectivités publiques, on peut encore se demander quels sont les avantages ou les inconvénients du procédé contractuel en lieu et place de l'engagement par la voie d'une décision unilatérale de nomination⁶⁸². Cette interrogation est d'autant plus légitime que le procédé contractuel est en voie d'expansion, tant sur le plan fédéral (introduction généralisée du contrat de droit public avec la LPers), que sur le plan cantonal, pour l'engagement du personnel des entités publiques⁶⁸³. Mais avant de répondre à cette question, il faut commencer par vérifier si les contrats de droit public sont juridiquement admissibles pour l'engagement des agents de l'Etat.

⁶⁸¹ Voir RHINOW, 2000, p. 31.

⁶⁸² Concernant ce choix, cf., par exemple, MICHEL, 1998, pp. 223 ss. Cf. ég. HAFNER, 1999, pp. 188 ss, et von ARX, pp. 40 ss.

⁶⁸³ Sur le passage de la nomination pour une période administrative au contrat de droit public, cf. TANQUEREL, 2015, pp. 315 ss. Selon cet auteur, c'est « le contenu des règles et non le vecteur qui importe ». TANQUEREL, 2015, p. 315.

Admissibilité du contrat de droit public – Bien que cette question ait été autrefois controversée, le contrat de droit public est aujourd’hui tout à fait admissible d’un point de vue juridique et largement répandu pour l’engagement d’agents publics⁶⁸⁴. En effet, en tant que contrat de « subordination » (l’employé est subordonné à une organisation de droit public), le contrat de droit public est de nos jours *in extenso* admis par la doctrine et la jurisprudence récentes, mais non sans conditions⁶⁸⁵ : l’exigence la plus importante réside dans le fait que la loi (le statut du personnel de la collectivité concernée) ne doit pas expressément exclure un engagement par contrat de droit public⁶⁸⁶. Par ailleurs, il existe d’autres motifs qui justifient le choix du modèle contractuel par les collectivités publiques. Pour les découvrir, examinons les principaux arguments de la Confédération, qui a choisi ce modèle, au détriment du mode décisionnel.

Arguments en faveur du contrat de droit public – Selon la Confédération, l’utilisation de contrats de travail de droit public pour la création des rapports de travail a notamment l’avantage de faire de l’employeur un partenaire contractuel des employés et des associations du personnel, ainsi que d’autoriser de cette façon un véritable partenariat social⁶⁸⁷. Selon le Conseil fédéral, le contrat de travail de droit public permet de mettre sur pied d’égalité les membres du personnel fédéral et de l’administration. Il s’agit ainsi d’un « abandon d’un mode de gestion autoritaire au profit d’un modèle consensuel »⁶⁸⁸. Le mode contractuel offre également la possibilité de négocier des conventions collectives pour certains secteurs⁶⁸⁹. Suivant le modèle fédéral, de nombreux cantons ont aussi décidé de remplacer l’engagement du personnel par décision par un engagement bilatéral de droit public. Tel est le cas, par exemple, du canton du Jura. Celui-ci met en avant les mérites du contrat de droit administratif⁶⁹⁰ qui facilite une gestion moderne et efficace du personnel « selon l’idée : "l’Etat m’engage et je m’engage moi aussi" »⁶⁹¹, et les normes modernes de

⁶⁸⁴ Cf. HAFNER, 1999, p. 190. Voir *infra* N 377 ss.

⁶⁸⁵ Pour ces conditions, voir *infra* N 379. Cf. ég. ARIOLI/FELICITAS/ISELI, N 90, pp. 40 ss (et les réf. citées).

⁶⁸⁶ Voir, par exemple, WISARD, p. 45 (et les réf. citées).

⁶⁸⁷ Cf. arguments en faveur de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, in : LPers, documentation, p. 21.

⁶⁸⁸ Selon NGUYEN, cet abandon est néanmoins « présumé ». Cf. NGUYEN, 2004, p. 129.

⁶⁸⁹ Voir LPers, documentation, p. 21.

⁶⁹⁰ Voir le Journal des débats du Parlement de la République et Canton du Jura, n°12-2010, séance du 30 juin 2010, pp. 585 ss.

⁶⁹¹ Cf. Message relatif au projet de loi sur le personnel de l’Etat (République et Canton du Jura) du 3 novembre 2009, p. 5.

gestion des ressources humaines. Dans cette vision moderne d'Etat-employeur, l'acte bilatéral revêt ainsi toute son importance⁶⁹².

238 **Arguments en défaveur du contrat de droit public** – A l'opposé, on peut mettre en exergue quelques arguments en défaveur de la conclusion de contrats de droit public par les collectivités publiques. Le principal argument est l'aspect inégalitaire de la relation contractuelle entre l'Etat (employeur) et son collaborateur (employé)⁶⁹³. Pour cette raison notamment, le canton du Valais – ayant récemment revu sa loi sur le personnel de l'Etat – n'a pas souhaité faire du contrat de droit public le mode usuel d'engagement de son personnel⁶⁹⁴. Selon le comité de pilotage de l'avant-projet de la nouvelle loi, « [I]es rapports de travail de droit public se caractérisent principalement par un rapport hiérarchique et non pas par un rapport égalitaire, contrairement à ce qui est le cas en général dans le domaine du droit privé. L'acte unilatéral que constitue la décision permet de prendre des mesures rapides dictées par les besoins du service public (suspension, transfert, résiliation, etc.). En cas de contrat, de telles mesures nécessitent en principe l'accord des deux parties, ce qui rend à l'évidence les processus plus aléatoires et plus longs. La solution du contrat de droit public retenue récemment par la Confédération et certains cantons présente un caractère boiteux »⁶⁹⁵. D'ailleurs, selon NGUYEN, même si le contrat de droit public laisse une place à la négociation et à la collaboration, celui-ci est, à vrai dire, en contradiction avec l'idée de « flexibilisation », car il ne permettrait pas forcément aux employeurs de s'adapter plus rapidement à l'évolution des événements⁶⁹⁶. En effet, le procédé contractuel crée en réalité davantage de droits subjectifs en comparaison avec la nomination, engendrant ainsi une plus grande résistance à sa modification⁶⁹⁷. Selon le contenu du contrat, la protection juridique de l'agent est par conséquent renforcée en cas de relation contractuelle, puisque « la protection des droits acquis et l'obligation de respecter les engagements (*pacta sunt servanda*) s'appliquent » à ce cas de

⁶⁹² Cf. Journal des débats du Parlement de la République et Canton du Jura, n°12-2010, séance du 30 juin 2010, p. 596.

⁶⁹³ Pour une question d'égalité de traitement, il est cependant difficile de concevoir que deux employés au sein de la même entité (p. ex. une unité administrative), avec un cahier des tâches identique, puissent obtenir par négociation des droits (vacances, rémunération, etc.) ou des obligations distinctes, complètement différents des règles statutaires.

⁶⁹⁴ Voir le rapport explicatif du comité de pilotage du 17.11.2009 relatif à l'avant-projet de loi sur le personnel de l'Etat du Valais, p. 9.

⁶⁹⁵ *Ibidem*.

⁶⁹⁶ Voir NGUYEN, 2004, p. 140.

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

figure⁶⁹⁸. L'explication de cette « flexibilisation » tient donc plutôt au rapprochement avec le droit privé, qui offre plus de souplesse dans la résiliation des rapports de travail⁶⁹⁹. Autrement dit, il convient donc de faire observer que la « flexibilisation » tant souhaitée par les collectivités publiques peut tout à fait être obtenue par des engagements selon le modèle traditionnel, à savoir par la nomination des employés⁷⁰⁰.

C. Constat, tendance et limites

Constat – En pratique, le passage à un régime contractuel n'a pas permis davantage de négociations ou de diversifications des conditions d'emploi des agents publics. Plusieurs raisons justifient le fait que chaque contrat ne puisse être « "taillé" à la mesure de la personne engagée ou en fonction de sa capacité de négociation »⁷⁰¹. L'une d'entre elles tient dans le fait que la logique contractuelle ne s'est pas souvent poursuivie au-delà de l'acte fondateur des rapports de travail, la loi et les dispositions d'exécution prévoyant les nombreux détails de la relation d'emploi⁷⁰². En effet, le contrat d'engagement des employés public est un contrat qui ne revêt que la forme contractuelle, car son contenu est généralement strictement défini par la loi⁷⁰³.

Tendance – Dans la plupart des collectivités publiques, le statut du personnel, ses règles d'exécution, voire les conventions collectives conclues avec les partenaires sociaux, règlent généralement en détail les droits et obligations des parties de sorte que le champ de négociation du contrat est encore des plus restreint⁷⁰⁴.

239

240

⁶⁹⁸ HOFMANN, p. 115. Toutefois, « en cas de renvoi par un contrat de droit public aux dispositions légales, il faut partir du principe que celles-ci sont susceptibles de modifications » : TANQUEREL, 2011, N 280, p. 91 et la décision de la CRP, JAAC 2006/70 n° 97, c. 4a. Voir également *supra* note 305.

⁶⁹⁹ Cf. NGUYEN, 2004, p. 140.

⁷⁰⁰ Voir, POLDENA 1998, p. 286. Cf. ég. WISARD, p. 52.

⁷⁰¹ TANQUEREL, 2012, p. 57.

⁷⁰² *Ibidem*. « En effet, les principaux éléments du contrat font en général l'objet d'un règlement [...], ou, du moins, de directives instituant des contrats-types. Peu nombreux sont les postes pour lesquels les candidats peuvent réellement influencer le contenu du contrat de travail. La négociation, l'individualisation et la flexibilisation, qui seraient les conséquences naturelles de la contractualisation, ne sont guère généralisées » : TANQUEREL, 2011, N 275, p. 89.

⁷⁰³ Cf. BELLANGER, 2004, p. 296.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

241 **Limites** – A cela s'ajoute que la nécessité de respecter les droits constitutionnels (notamment le principe d'égalité de traitement) ne permet pas aux employeurs publics d'user de leur liberté d'appréciation de la même manière qu'un employeur du secteur privé, de telle sorte qu'il « est vraisemblable que, dans une très forte proportion des engagements contractuels effectués par des entités étatiques, l'usage de contrats types, non négociés, a simplement remplacé la nomination aux conditions légales et que, dès lors, le passage à un régime contractuel n'a pas vraiment contribué à diversifier les conditions d'emploi du personnel étatique »⁷⁰⁵. La situation n'est ainsi « guère différente des fonctionnaires nommés par décision »⁷⁰⁶, puisque la forme contractuelle ne permet pas de négocier des accords tels que le permet le droit privé⁷⁰⁷.

242 **Conséquences du passage au contrat** – Partant, bien que des différences formelles et symboliques entre la décision et le contrat de droit public existent, les conséquences pratiques sont pourtant à relativiser⁷⁰⁸, même pour la Confédération⁷⁰⁹. Toutefois, d'un point de vue psychologique, le passage de la décision au contrat sur le plan fédéral « combiné avec un changement de dénomination des fonctionnaires qui deviennent des employés, marque un tournant important. Même si les obligations des agents publics ne sont pas fondamentalement modifiées, le régime légal n'est plus le même. [...] Sur le plan cosmétique, même si la relation est marquée par la prise de décisions, le fait d'avoir un contrat, qui plus est un contrat dont les éventuelles lacunes pourraient être comblées par l'application des dispositions du Code des obligations, rapproche la relation d'emploi des agents publics de celle des employés du secteur privé. La Confédération voulait favoriser les échanges entre ces deux domaines d'emploi. Le modèle du contrat, en apparence commun à ceux-ci, même si leur contenu diffère fortement crée un lien entre les deux

⁷⁰⁵ TANQUEREL, 2012, p. 58.

⁷⁰⁶ BELLANGER, 2004, p. 296.

⁷⁰⁷ Voir aussi WISARD, p. 45. Par conséquent, le passage de la décision de nomination au de droit public « relève moins d'un changement de système juridique que de motifs psychologiques ou cosmétiques ». BELLANGER/ROY, p. 464.

⁷⁰⁸ Selon BELLANGER/ROY, « [d']une part, l'aspect unilatéral de la décision d'engagement est assoupli par le fait qu'elle est soumise à acceptation. D'autre part, le caractère bilatéral du contrat de droit public est limité, puisque des éléments essentiels, tels que la rémunération et les devoirs de l'agent public [...] sont prévus par la législation et peuvent donc être modifiés unilatéralement ». BELLANGER/ROY, p. 463 (et les réf. citées).

⁷⁰⁹ Par exemple, tant la LPers que ses ordonnances d'exécution, voire les CCT qui en découlent, règlent de manière détaillée les obligations des parties de telle sorte que ces règles laissent peu de place aux négociations. Cf. BELLANGER, 2004, p. 296.

mondes »⁷¹⁰. Par ailleurs, le passage de la décision de nomination au contrat de droit public permet d'apporter un élément nouveau au droit de la fonction publique : les conventions collectives de travail. En effet, l'apparition de ces dernières dans le secteur public représente un changement important sur le fond, et non pas seulement un changement « psychologique ».

§ 2 L'apparition des conventions collectives de travail dans le secteur public

Les conventions collectives de travail sont des instruments issus du secteur privé. En les intégrant dans son système, le droit public a ainsi incorporé des moyens propres au droit privé, ce qui constitue encore une influence du droit privé sur le droit de la fonction publique. Quelques généralités (A) et exemples sur le plan fédéral (B) et cantonal (C) permettront d'illustrer ce phénomène, de formuler un constat, et de montrer la tendance et ses limites (D).

243

A. Généralités

Les CCT – En Suisse, l'importance des conventions collectives de travail (ci-après : CCT) a été reconnue très tôt dans le système légal (depuis la révision du CO de 1911)⁷¹¹, bien que la conclusion de tels accords n'ait jamais été obligatoire⁷¹². Les conventions collectives de travail trouvent leur place dans le droit collectif du travail, mais sont en principe reconnues comme des contrats (selon le Code des obligations) et donc des « instrument[s] de droit privé ». Les clauses normatives qui s'y rattachent leur « confèrent un caractère spécifique »⁷¹³.

244

En droit privé du travail – En droit privé du travail, la convention collective de travail est régie par les articles 356 à 358 du Code des obligations⁷¹⁴. Il s'agit d'un « contrat conclu entre une ou plusieurs organisation[s] de travailleurs, d'une part, et une organisation d'employeurs ou bien un ou plusieurs employeurs, d'autre part, pour régler les conditions de travail de manière à lier

245

⁷¹⁰ Cf. BELLANGER, 2004, pp. 296-297.

⁷¹¹ Voir, parmi d'autres, MAHON, 1984, p. 21. Pour un historique, consulter BRUCHEZ, Commentaire 2013, pp. 1118-1119.

⁷¹² SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 356 CO, p. 894.

⁷¹³ SCHWEINGRUBER/BIGLER, p. 19. Voir ég. MAHON, 1984, p. 20.

⁷¹⁴ Pour plus de détails, voir, parmi d'autres, BRUCHEZ, Commentaire 2013, N 1 ad art. 356 CO, p. 1116.

les employeurs intéressés et leur personnel »⁷¹⁵. Du côté des travailleurs, seules des associations peuvent y être parties⁷¹⁶ et il faut que les travailleurs membres de ces associations soient liés par un contrat individuel de travail⁷¹⁷.

246 **En droit de la fonction publique** – Au sein du secteur public, le développement des engagements contractuels (c.-à-d. des contrats de droit administratif ou de droit public) et leur utilisation croissante par les collectivités publiques ont permis l'introduction de conventions collectives de travail, de la même manière que dans le secteur privé⁷¹⁸. Et cela, quand bien même « la question de savoir si l'on pouvait introduire une convention collective de travail par le biais du droit public a été initialement controversée »⁷¹⁹. Aujourd'hui, ces instruments autorisent des négociations entre partenaires sociaux dans le service public également. Encouragée par les syndicats, la conclusion de tels accords en droit public ne va d'ailleurs pas à l'encontre de la Constitution⁷²⁰.

247 **Un instrument rare** – Cependant, malgré la volonté récente de nombreuses collectivités publiques de rapprocher le statut de la fonction publique de la réglementation du droit privé, notamment « en laissant une place plus importante à la négociation collective et individuelle des conditions de travail »⁷²¹, les conventions collectives de droit public restent rares⁷²². En effet, il est peu fréquent qu'une collectivité publique introduise une CCT pour régir les rapports de travail de son personnel, car une telle introduction pourrait apparaître comme un abandon d'autorité⁷²³. Autrement dit, en droit public, cet instrument est inhabituel au sein des administrations⁷²⁴. « Quant aux conventions collectives d'entreprises de droit public, comme celles de la Poste ou des CFF, elles constituent un peu des ovnis juridiques, car elles englobent des dissidents »⁷²⁵.

⁷¹⁵ SUBILIA/DUC, N 1 ad art. 356 CO, p. 893.

⁷¹⁶ Voir SCHWEINGRUBER/BIGLER, p. 32.

⁷¹⁷ Cf. TERCIER/FAVRE, N 4073, p. 609.

⁷¹⁸ Il existe cependant certaines particularités par rapport aux articles 356 ss CO. Voir BRUCHEZ, Commentaire 2013, N 19 ad art. 356 CO, p. 1124, et les références citées.

⁷¹⁹ Voir le débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 7.

⁷²⁰ Cf. HELBLING, 1993, pp. 663 s. Pour les CCT dans le secteur public, cf., p. ex. : MICHEL, 1998, pp. 2241-242 et 243-269 ; HELBLING, 1998a, pp. 899-916 ; MEIER K., 1999, pp. 239-254 ; BRÜHWILER, 2001, pp. 171 ss.

⁷²¹ BRUCHEZ, Commentaire 2013, N 19 ad art. 356 CO, p. 1124.

⁷²² Voir le débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 7.

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ Débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 7. Les CCT concernent davantage d'autres employeurs publics (hors de l'administration centralisée), tels que des hôpitaux.

⁷²⁵ Débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 7.

B. Sur le plan fédéral : les possibilités offertes par la LPers

Le cadre légal – Sur le plan fédéral, la possibilité de conclure des CCT a été instaurée lors de l'avènement de la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers)⁷²⁶. Le Message du Conseil fédéral du 14 décembre 1998 consacre quelques développements aux conventions collectives de travail : en lien avec l'adoption de l'ancien article 34 LPers, il précise que cette disposition permet notamment à « des unités d'organisation qui disposent d'un degré d'autonomie prononcé et qui peuvent facilement être caractérisées par leur organisation » de recevoir une compétence déléguée du Conseil fédéral pour conclure des conventions collectives de travail⁷²⁷. Par ailleurs, le contenu des conventions collectives de travail doit être compatible avec les normes contraignantes du Code des obligations⁷²⁸. Dans le cadre de négociations, les parties à la convention collective de travail ont la compétence de régler les questions que la LPers renvoie aux « dispositions d'exécution »⁷²⁹ : en cas de contradiction entre la convention collective de travail et le contrat de travail, c'est la disposition la plus favorable à l'employé qui est applicable (cf. art. 6 al. 4 LPers).

248

L'article 38 LPers – Actuellement, c'est l'article 38 LPers qui traite des conventions collectives sur le plan fédéral⁷³⁰. Selon cette disposition, « [l]es Chemins de fer fédéraux et les autres employeurs auxquels le Conseil fédéral a délégué la compétence requise concluent une convention collective de travail (CCT) avec les associations du personnel pour leur domaine d'activité » (al. 1)⁷³¹. Selon le Conseil fédéral, les CCT, en tant que nouveaux instruments de réglementation dans le secteur public, permettent (de manière analogue au secteur privé) de renforcer le partenariat social et le rôle des associations du personnel, puisque les employeurs au bénéfice des tels instruments « ne peuvent plus remplir tout seuls les espaces que la LPers laisse libres. Ils doivent trouver un consensus avec leurs organisations du personnel dans le cadre d'une CCT »⁷³².

249

⁷²⁶ Pour plus de détails, cf. RHINOW, 2000, pp. 32 ss.

⁷²⁷ Message 1999, p. 1455.

⁷²⁸ GUIDE PRATIQUE, 11/3.2, p. 6.

⁷²⁹ Message 1999, p. 1455.

⁷³⁰ Lors de l'entrée en vigueur de la LPers, les CCT étaient effectivement réglées à l'article 34 aLPers. Voir HÄNER et al., p. 15. Cf. HÄNNI, 2004b, N 64-69, pp. 24-26.

⁷³¹ A propos de l'art. 38 LPers, cf. WISARD, p. 46.

⁷³² Message 1999, p. 1455.

250 **Un nouveau mode de fixation de normes** – Selon le message du Conseil fédéral du 14 décembre 1998, l'entrée en vigueur de la LPers permet ainsi d'introduire : « une nouvelle procédure pour la création de règles dans le service public. Les normes sont négociées entre l'employeur et les associations du personnel ; elles sont adoptées par une manifestation de volonté concordante. Il s'agit d'une création de normes coopérative et corporative qui remplace la définition traditionnelle par une autorité souveraine agissant unilatéralement, des règles fixées par la Confédération ou l'employeur. Avec la CCT, la LPers introduit également un nouveau mode de fixation de normes (les normes sont adoptées sous la forme d'une CCT qui remplace la forme traditionnelle de l'ordonnance pour la réglementation) »⁷³³. Toutefois, la possibilité de recourir à une CCT doit être accordée par le Conseil fédéral⁷³⁴, ce qui est le cas pour les Chemins de fer fédéraux (voir art. 38 al. 1 LPers)⁷³⁵, mais le Conseil fédéral peut aussi l'accorder à d'autres employeurs » (au sens de l'art. 3 LPers)⁷³⁶.

251 **Les CFF** – Sur le plan fédéral, les Chemins de fer fédéraux (ci-après : CFF) ont ainsi la compétence requise pour conclure une convention collective de travail avec les associations du personnel dans leur domaine d'activité (cf. art. 38 al. 1 LPers). En usant de cette prérogative, ils ont adopté une convention collective de travail : la version actuellement en vigueur est la « CCT 2015 »⁷³⁷. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, il s'agit de la cinquième version de la CCT. Comme ses versions précédentes, elle a été négociée et développée avec les partenaires sociaux. Selon son article premier, la CCT est de droit public (al. 1), bien que le CO soit subsidiairement applicable (al. 2). La CCT touche « l'ensemble des collaborateurs des CFF, occupés à plein temps ou à temps partiel, à l'exception des personnes engagées selon le droit privé [...] » (art. 3). Conformément à l'article 38 alinéa 3 LPers, un recours à un tribunal arbitral a été institué⁷³⁸.

⁷³³ Cf. Message 1999, pp. 1454-1455.

⁷³⁴ Cependant, la Confédération suisse et le Conseil fédéral ne peuvent pas conclure des conventions collectives de travail. Voir GREBSKI, Commentaire LPers, N 68 ad art. 38 LPers, p. 792.

⁷³⁵ Pour les conditions relatives à la conclusion des CCT, cf. GREBSKI, Commentaire LPers, N 58-67 ad art. 38 LPers, pp. 787-792.

⁷³⁶ Actuellement, parmi les employeurs de la Confédération, seul les CFF ont conclu une CCT. Il n'y a donc pas « d'autres employeurs » au bénéfice d'un tel instrument.

⁷³⁷ Cette CCT est valable à partir de janvier 2015 pour au moins quatre années.

⁷³⁸ Celui-ci peut être notamment saisi en cas de « divergences d'opinions entre les parties contractantes sur l'application ou l'interprétation de la CCT » et « de désaccord entre

C. Sur le plan cantonal : l'exemple de la CCT Santé 21

Généralités – Vu le cadre restreint de notre étude, il n'est guère possible de traiter de toutes les conventions collectives de travail de droit public qui existent sur le plan cantonal. Pour illustrer néanmoins l'application de ces nouveaux instruments, choisissons un exemple particulièrement intéressant de CCT qui permettra de montrer quelques problèmes auxquels les praticiens sont actuellement confrontés. 252

La CCT « Santé 21 » – Notre choix s'est porté sur la convention collective de travail « Santé 21 », applicable dans le secteur hospitalier du canton de Neuchâtel. Cette convention – ou plutôt, ces conventions, puisqu'il en existe une version de droit public, mais aussi une version de droit privé – est née, en l'an 2000, d'une motion du Grand Conseil neuchâtelois visant l'amélioration et l'harmonisation des conditions de travail pour le secteur de la santé⁷³⁹. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004⁷⁴⁰, la CCT Santé 21 a eu pour fonction de réunir tout le secteur public et parapublic de la santé du canton de Neuchâtel, c'est-à-dire tant les hôpitaux de soins physiques, que les hôpitaux psychiatriques, l'aide et les soins à domicile ou les établissements médicaux-sociaux : « [I]a version de droit public concerne les institutions autonomes de droit public [...] et celle de droit privé est destinée aux entités privées [...]. Le contenu des deux textes de la CCT est rigoureusement identique, hormis les questions de procédures (administrative ou civile) »⁷⁴¹. Depuis son entrée en vigueur, plusieurs versions de cette CCT se sont succédé. La dernière en date est la version qui court pour les années 2013 à 2016. 253

Champ d'application et annexes – L'article 1.5 de la CCT Santé 21 (édition 2013-2016) prévoit que celle-ci s'applique à l'ensemble du personnel des institutions parties à la CCT, sauf exceptions mentionnées à cette disposition. En outre, de nombreux règlements annexes (par exemple un règlement sur la rémunération, un autre sur la formation, un autre encore sur les examens médicaux et les vaccinations, etc.) viennent compléter cet instrument. On peut donc constater que le tissu juridique de règles concernant l'application de cette CCT est étendu. 254

les parties participant aux négociations salariales annuelles » (cf. art. 10 al. 1 de la CCT).

⁷³⁹ Cf. « <http://www.cctsante21.ch/> », page d'accueil (04.07.2016).

⁷⁴⁰ Le 1^{er} janvier 2007 pour l'introduction d'un système de rémunération unifié.

⁷⁴¹ Voir « <http://www.cctsante21.ch/> », page d'accueil, sous « présentation ». Les deux versions (de droit public et droit privé) de la CCT Santé 21 sont disponibles sous l'onglet CCT.

255 **Droit applicable** – En ce qui concerne le droit applicable, il faut tout d'abord déterminer si l'employé est soumis à la version de droit public ou à celle de droit privé. Lorsqu'ils s'agit d'une personne soumise à la version de droit public, l'engagement est effectué par un contrat écrit de droit public (cf. art. 2.2 al. 1 CCT de droit public) et les litiges qui peuvent en résulter doivent être tranchés par le Tribunal cantonal neuchâtelois, plus précisément par la Cour de droit public (cf. art. 12 CCT de droit public), qui applique la loi sur la procédure et la juridiction administratives du canton de Neuchâtel (LPJA) du 27 juin 1979. En revanche, en ce qui concerne la version de droit privé, celle-ci prévoit l'engagement du personnel par contrat écrit de droit privé (cf. art. 2.2 al. 1 CCT de droit privé). Dans ce cas de figure, les litiges sont tranchés par une juridiction civile, d'abord par le Tribunal régional compétent (cf. art. 12 de la CCT de droit privé), puis par la Cour civile du Tribunal cantonal.

256 **Interprétation et lacunes** – L'interprétation de la CCT Santé 21 de droit public s'effectue en principe selon les spécificités du droit public. Lorsqu'il existe des renvois ponctuels du texte de la CCT au droit privé⁷⁴² ou en cas de lacune de la législation cantonale en la matière⁷⁴³, on applique les règles du droit privé à titre de droit public supplétif. Par exemple comme la CCT de droit public ne contient pas de disposition sur l'« abandon d'emploi » (tel qu'il est réglementé dans le droit privé, cf. art. 337d CO) ou un renvoi au CO, ce qui est également le cas du statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel, la juridiction cantonale pourrait appliquer à une affaire de cette nature les règles du droit privé du travail. Par ailleurs, en ce qui concerne l'application de la CCT Santé 21 de droit privé, on peut encore se poser la question controversée de savoir si, finalement, les principes généraux de l'activité administrative, tels qu'ils s'appliquent aux établissements soumis à la CCT de droit public, ne pourraient pas s'appliquer aussi à ceux soumis à la CCT de droit privé⁷⁴⁴.

⁷⁴² Par exemple, selon le renvoi de l'article 3.5 de la CCT de droit public, les dispositions du CO relatives à la protection contre les congés, c'est-à-dire en lien avec la résiliation abusive (art. 336 à 336b CO) et en temps inopportun (art. 336c et 336d CO) sont applicables à titre de droit supplétif. Voir notamment l'arrêt TF 8C_672/2015 du 19 mai 2016 (c. 2.1) dans lequel le Tribunal fédéral confirme la fin abusive des rapports de travail de l'employée, soumise à la CCT Santé 21 (version de droit public), dans la mesure où son employeur n'a pas admis la révocation de sa démission (entachée d'un vice de consentement) et sa proposition de reprendre son activité professionnelle (c. 3.3).

⁷⁴³ En effet, les tribunaux doivent en principe d'abord se référer au droit cantonal relatif à la fonction publique (à savoir, la LSt à Neuchâtel). Cf. *infra* N 275.

⁷⁴⁴ Pour éviter tout problème lors d'un litige, les parties à la CCT appliquent parfois ces principes généraux, quel que soit le statut juridique de l'employé.

D. Constat, tendance et limites

Constat – Que ce soit sur le plan fédéral ou cantonal, l'introduction de conventions collectives de travail au sein de la fonction publique a une influence directe sur les rapports de travail, puisque la négociation de telles conventions permet, selon nous, en quelque sorte, de « collectiviser » certains domaines d'activité. En effet, nous l'avons vu plus haut, les conventions collectives permettent aujourd'hui, également dans le service public, des négociations entre partenaires sociaux, alors que les organisations syndicales ou les associations du personnel de la fonction publique ne peuvent pas, en principe, déduire de l'article 29 de la Constitution fédérale un droit à participer aux processus législatifs – mais seulement un droit à être entendues en cas de modifications importantes ayant trait aux droits et obligations du personnel⁷⁴⁵. Les conventions collectives de travail permettent, dès lors, dans le secteur public, d'octroyer un véritable pouvoir de négociation aux parties, afin de déterminer la portée et le contenu des dispositions de la CCT au sein des rapports de travail.

257

Tendance – Par ailleurs, l'introduction des conventions collectives de travail en droit public est encouragée par les syndicats, puisque ces instruments autorisent des négociations entre partenaires sociaux dans un système statutaire (et logiquement unilatéral). Toutefois, le droit de la fonction publique ne prévoit pas souvent, pour l'instant, la possibilité de conclure des conventions collectives de travail, les collectivités publiques souhaitant probablement conserver leurs prérogatives en matière de réglementation des rapports de service des employés. En effet, une CCT pour une collectivité publique pourrait apparaître comme un abandon d'autorité⁷⁴⁶. Il en résulte que cet instrument demeure rare au sein des administrations⁷⁴⁷.

258

Limites – Enfin, même si l'apparition des conventions collectives de travail dans le secteur public constitue un rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, l'interprétation de ces instruments ne peut se faire sans observer les principes de droit public, à savoir les principes généraux de l'activité administrative (légalité, intérêt public, proportionnalité, égalité de traitement et interdiction de l'arbitraire), ce qui constitue à notre sens une limite importante au rapprochement évoqué.

259

⁷⁴⁵ Cf. ATF 129 I 113.

⁷⁴⁶ Débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 7.

⁷⁴⁷ *Ibidem*.

§ 3 L'incorporation des règles de droit privé du travail au droit de la fonction publique

260 Aujourd'hui, on constate une volonté manifeste d'incorporer des règles de droit privé du travail au droit de la fonction publique. Quelques généralités (A) permettront tout d'abord de présenter quelques techniques d'incorporation matérielle. Nous traiterons ensuite des différents renvois du droit de la fonction publique au droit privé du travail (B), avant de formuler un constat, et de montrer la tendance et les limites du système (C).

A. Généralités

261 **L'incorporation matérielle** – Les collectivités publiques qui souhaitent incorporer (matériellement) des règles du droit privé du travail peuvent non seulement recopier entièrement les dispositions du Code des obligations (technique que nous qualifierons de « copier-coller »), mais aussi les paraphraser, ou encore, renvoyer explicitement au Code des obligations, dans le statut du personnel⁷⁴⁸.

262 **Le « copier-coller »** – Les dispositions du Code des obligations peuvent ainsi, tout d'abord, être incorporées aux statuts du personnel de la fonction publique par des copier-coller (c'est-à-dire avec un contenu strictement identique)⁷⁴⁹. A titre d'exemple, les « justes motifs » de résiliation immédiate sont souvent définis exactement de la même manière qu'à l'article 337 alinéa 2 CO⁷⁵⁰. A savoir, sont notamment considérées comme de justes motifs de résiliation : « toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail » (art. 337 al. 2 CO). En ce sens, l'article 61 alinéa 1 LPers/VD, par exemple, prévoit que l'autorité d'engagement ou le collaborateur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs, qui sont définis comme « toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail ». Comparée à l'article 337 alinéa 2 CO, cette disposition a par conséquent une formulation et un contenu mot pour mot identiques : il s'agit d'une règle du CO qui a été entièrement recopiée.

⁷⁴⁸ Voir TANQUEREL, 2012, p. 64.

⁷⁴⁹ *Ibidem*.

⁷⁵⁰ Concernant les « justes motifs », cf., par exemple, *infra* N 508 et 551.

Les paraphrases – En outre, la lecture attentive d’autres dispositions au sein des divers statuts du personnel révèle qu’un grand nombre d’entre elles ne font que paraphraser les règles du droit privé. Parfois, seule la formulation dans la rédaction diffère légèrement (ce qui signifie que le contenu a le même sens qu’en droit privé) ; d’autres fois, bien qu’inspirées par le droit privé, les règles formulées ont un contenu différent (par exemple elles peuvent prévoir une protection contre les congés en temps inopportun après « une période d’essai » qui serait beaucoup plus longue qu’en droit privé du travail). 263

Les renvois – Finalement, de nombreux statuts du personnel renvoient expressément à une disposition du Code des obligations, par exemple à l’article 336c CO (congé en temps inopportun) ou à l’article 336 CO (résiliation abusive). 264

B. Les différents renvois au droit privé

L’état du droit (I) montre que les statuts du personnel peuvent renfermer différents types de renvois au Code des obligations. Les renvois peuvent effectivement être statiques ou dynamiques (II). En outre, même sans renvoi exprès du statut au CO, on peut également recourir au droit privé pour combler une lacune de la législation de la fonction publique (III), ou lorsque la jurisprudence décrète que les règles du droit privé lui sont applicables par analogie (IV). Finalement, le renvoi aux dispositions d’exécution (V) permet parfois un rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique. 265

I. L’état du droit

Buts – Au cours de l’évolution du droit de la fonction publique, divers renvois au Code des obligations ont été progressivement et explicitement intégrés dans de nombreux statuts du personnel⁷⁵¹. Ces renvois au CO, parfois généraux, ont notamment été instaurés dans le but de résoudre des questions juridiques qui n’étaient pas réglées dans les législations de droit public. En effet, des raisons pratiques pouvaient, déjà sous les régimes traditionnels, expliquer le choix des collectivités publiques d’appliquer les règles du droit privé du travail aux fonctionnaires ou employés de l’Etat, lorsque le droit public restait muet sur une question⁷⁵². 266

⁷⁵¹ Voir HAFNER, 2014, p. 310.

⁷⁵² Cf. OTT, p. 140.

- 267 **Sous le régime de la LPers** – Au niveau fédéral, la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) contient, à son article 6 alinéa 2 LPers, un renvoi au Code des obligations formulé de la manière suivante : « [s]i la présente loi et d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, les dispositions pertinentes du code des obligations (CO) s'appliquent par analogie aux rapports de travail ». Autrement dit, le droit privé du travail s'applique à chaque fois que la législation de droit public n'a pas prévu une autre solution⁷⁵³. La LPers comporte ainsi un renvoi explicite au Code des obligations qui oblige la Confédération à appliquer les règles de droit privé (sous réserve d'un silence qualifié) à titre de droit public supplétif⁷⁵⁴.
- 268 **Sous le régime des statuts cantonaux** – Les statuts cantonaux de la fonction publique peuvent également prévoir des renvois généraux au CO, tel que celui contenu dans la LPers. Par exemple, en ce qui concerne les cantons de la Suisse romande, la loi sur le personnel de l'Etat du Valais du 19 novembre 2010 prévoit que « les dispositions du Code des obligations et les dispositions non impératives de la loi fédérale sur le travail du 13 mars 1964 sont applicables par analogie à titre de droit cantonal public supplétif, en cas de renvoi exprès ou de lacune de la législation » (art. 6 al. 2 LPers/VS). Quant à la loi sur le personnel du canton de Berne, elle précise que « les dispositions du Code suisse des obligations s'appliquent en tant que droit cantonal supplétif » (art. 105 LPers/BE).
- 269 **Portées juridiques des renvois** – Les renvois au CO contenus dans les différents statuts de la fonction publique n'ont cependant pas tous la même portée juridique, raison pour laquelle il est important de savoir les identifier⁷⁵⁵. Il faut, par exemple, distinguer le renvoi « général » au CO, du renvoi en cas de « comblement de lacune »⁷⁵⁶. L'article 6 alinéa 2 LPers illustre le premier cas, à savoir le renvoi général au CO, car il permet que le droit privé soit directement applicable à titre de droit public supplétif, et cela, sans qu'il soit nécessaire qu'existe une lacune dans la loi⁷⁵⁷. En revanche, d'autres statuts de la fonction publique prévoient l'application des règles du CO uniquement en cas de renvoi exprès ou de lacune de la législation (cf. 6 al. 2 LPers/VS).

⁷⁵³ Cf., parmi d'autres : TANQUEREL, 2012, p. 66 ; HÄNER et al., p. 11 ; NÖTZLI, pp. 30-34.

⁷⁵⁴ Voir, à cet égard, SUBILIA-ROUGE, p. 297. Cf. *infra* N 408.

⁷⁵⁵ Cf. TANQUEREL, 2012, p. 66, et TANQUEREL, 2011, N 443, p. 144 ; *contra* : HELBLING, 2004, p. 249, et HELBLING, 2002, p. 81, qui traite l'application du CO fondée sur l'art. 6 al. 2 LPers comme un comblement de lacune. Dans le même sens, voir la décision de l'ancienne Commission de recours du personnel fédéral, JAAC 2005/69 n°34.

⁷⁵⁶ Concernant ces divers renvois, cf., parmi d'autres, MOSIMANN, pp. 456 ss ; POLEDNA, 1999, pp. 213 ss ; BERTSCHI, pp. 621 ss.

⁷⁵⁷ TANQUEREL, 2012, p. 66.

II. Le renvoi « statique » ou « dynamique »

Généralités – Nous avons jusqu'ici distingué les statuts de la fonction publique contenant un renvoi qui rend directement applicables les règles du Code des obligations (renvoi général ou exprès), des autres statuts qui autorisent l'application du droit privé uniquement en cas de comblement de lacunes. Que l'on soit dans une situation ou dans l'autre, il faut à présent distinguer si le renvoi en question est un renvoi « statique » ou « dynamique »⁷⁵⁸. 270

Distinction – Un renvoi est dit « statique », lorsqu'il vise la teneur du Code des obligations « au moment de l'entrée en vigueur de la norme de renvoi » ; quant au renvoi dynamique, il vise la teneur du Code des obligations, telle qu'elle existe « au moment où la question de son application se pose »⁷⁵⁹. En ce sens, le renvoi général prévu à l'article 6 alinéa 2 LPers est dynamique, car il « est renvoyé aux normes du CO dans la teneur qui est la leur au moment où il s'agit de les appliquer »⁷⁶⁰. 271

Une question d'interprétation – Savoir si l'on est en présence d'un renvoi statique ou dynamique est une question d'interprétation de la loi⁷⁶¹. Mais dans les deux cas, un tel renvoi a pour effet de « publiciser » les dispositions contenues dans le CO⁷⁶², ou, en quelque sorte, de « privatiser » les normes relevant du droit public. En outre, les renvois au droit privé du travail sont particuliers, car ils ont pour conséquence que l'on ne peut pas créer librement une nouvelle jurisprudence, totalement indépendante du CO, pour combler les lacunes du droit public⁷⁶³. Il résulte ainsi de ce mécanisme de renvoi (au droit privé du travail), qu'il faut non seulement appliquer les règles du Code des obligations, mais aussi, dans la mesure du possible, la jurisprudence issue du droit privé. 272

Des renvois critiquables ? – Le renvoi au CO a parfois été critiqué, dans la mesure où il ne permet pas toujours d'identifier clairement les dispositions applicables⁷⁶⁴. Un renvoi direct au CO ne pose en principe pas de problème de connaissance du droit applicable lorsqu'il est dynamique ; quant au renvoi en cas de lacune, il favorise la sécurité du droit, car il se fonde sur un « corps de 273

⁷⁵⁸ Sur ces deux formes de renvoi, cf. POLEDNA, 1999, p. 214 ; BERTSCHI, pp. 621 ss ; TANQUEREL, 2012, p. 67.

⁷⁵⁹ TANQUEREL, 2012, p. 67.

⁷⁶⁰ Cf. NGUYEN, 2004, p. 145. Voir ég. SUBILIA-ROUGE, p. 297.

⁷⁶¹ Cf. TANQUEREL, 2012, p. 67.

⁷⁶² NGUYEN, 1995, p. 496.

⁷⁶³ SUBILIA-ROUGE, p. 297.

⁷⁶⁴ Voir TANQUEREL, 2012, p. 67. Cf. ég. POLEDNA, 1999, pp. 215-216, spéc. 218. Pour d'autres remarques critiques, voir également le débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 8.

règles subsidiaires connu et éprouvé par une abondante jurisprudence. La prévisibilité [des] décisions pour les justiciables en est donc renforcée »⁷⁶⁵. Le renvoi dynamique au CO est toutefois problématique quand il empêche une collectivité publique d'exercer ses prérogatives, à l'occasion d'une modification des règles ou de la jurisprudence du droit privé.

274 **Effets** – C'est ainsi qu'un renvoi dynamique à une autre législation ou à un autre statut de la fonction publique a pour effet de transférer la compétence de modifier le droit applicable au législateur fédéral ou à une autre collectivité⁷⁶⁶. Dans ces cas, le principe de l'interprétation conforme peut néanmoins amener à considérer le renvoi comme statique⁷⁶⁷. En revanche, « lorsque la norme de renvoi cantonale n'est qu'une règle de comblement de lacune, le problème perd de son importance : en cas de lacune, le corps électoral concerné ne s'est par définition de toute façon pas prononcé et il ne paraît pas contraire aux principes de répartition des compétences et de contrôle démocratique que l'applicateur soit orienté à l'avance, même de façon dynamique, sur la manière de combler une lacune »⁷⁶⁸.

III. Le comblement de lacunes

275 **Principe et intervention du juge** – Lorsqu'un statut du personnel ne comporte pas un renvoi au Code des obligations, les règles du droit privé du travail peuvent parfois être appliquées, si l'interprétation de la loi conduit à la constatation d'une lacune. Cependant, en cas de lacune, le juge ne va pas forcément appliquer les règles du droit privé du travail (CO) et devra, en principe examiner si une solution plus appropriée se dégage du droit de la fonction publique⁷⁶⁹. On pense notamment à la solution offerte par le droit cantonal, lorsqu'il s'agit de combler une lacune de la législation communale. Afin d'intervenir, le juge doit, selon nous, se demander de quel statut du personnel

⁷⁶⁵ TANQUEREL, 2012, p. 68.

⁷⁶⁶ *Ibidem*.

⁷⁶⁷ Cf. BERTSCHI, p. 624. Du même avis TANQUEREL, 2012, p. 68.

⁷⁶⁸ TANQUEREL, 2012, p. 68.

⁷⁶⁹ Voir MICHEL, 1998, p. 215. Selon cet auteur, c'est seulement si le droit public ne permet pas de combler une lacune que le recours au droit privé est envisageable. Il existe toutefois plusieurs raisons qui militent pour l'application du droit privé, mais les standards minimums du CO doivent être respectés par l'employeur public. Cf. MICHEL, 1998, pp. 216-217. Pour les circonstances dans lesquelles le « minimum CO » doit s'appliquer à l'employeur public, voir MOSIMANN, p. 472.

la législation de la collectivité concernée est la plus proche⁷⁷⁰. Les travaux préparatoires montreront en général si le législateur s'est inspiré de la réglementation d'une commune voisine, du statut cantonal du personnel ou de la loi sur le personnel fédéral (LPers). Ils montreront également dans quels cas l'application du droit privé doit céder la place aux règles pertinentes régissant les rapports de travail de droit public.

Toutes les lacunes ne peuvent pas être comblées – Par ailleurs, une lacune ne peut pas toujours être comblée et il faut distinguer différentes catégories de lacunes, à savoir la lacune « proprement dite » de celle « improprement dite », car d'après la jurisprudence « seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution »⁷⁷¹.

276

Les différents types de lacunes – Il y a lacune proprement dite (ou lacune authentique) lorsque « le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Une telle lacune peut être occulte. Tel est le cas lorsque le législateur a omis d'adjoindre, à une règle conçue de façon générale, la restriction ou la précision que le sens et le but de la règle considérée ou d'une autre règle légale imposent dans certains cas [...]. En d'autres termes, il y a lacune occulte lorsque le silence de la loi est contraire à son économie [...]. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante »⁷⁷².

277

Une question d'interprétation – La qualification d'une lacune est une question d'interprétation⁷⁷³. En effet, selon la jurisprudence, « savoir si l'on est en présence d'une lacune proprement dite occulte, que le juge peut et doit combler en raison de l'économie de la loi, ou d'une lacune improprement dite relevant de considérations de politique législative qui sortent du champ de compétence du pouvoir judiciaire, est une question d'interprétation parfois

278

⁷⁷⁰ S'agissant de statuts modernes et imprégnés d'un modèle entrepreneurial, le CO est souvent le plus adéquat : cf. TANQUEREL, 2012, p. 65, et BERTSCHI, p. 626.

⁷⁷¹ ATF 131 II 562, c. 3.5 (et les réf. citées).

⁷⁷² ATF 139 I 57, c. 5.2 (et les réf. citées).

⁷⁷³ Cf., par exemple, TF 8C_643/2014 du 12 décembre 2013, c. 5.

délicate, car la frontière entre ces deux notions peut s'avérer relativement ténue »⁷⁷⁴.

279 **Jurisprudence** – Dans un arrêt du 18 janvier 2013⁷⁷⁵, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de l'existence d'une éventuelle lacune dans le statut neuchâtelois de la fonction publique (LSt). Selon le Tribunal fédéral, il ressortait de l'interprétation de la loi que le législateur cantonal avait consciemment fait le choix, en matière de résiliation abusive, de protéger tant les « titulaires de fonctions publiques » nommés, que ceux engagés provisoirement, alors qu'il souhaitait exclure cette deuxième catégorie (celle des employés en période probatoire) des règles relatives au congé inopportun. Dans les limites de son pouvoir d'examen, notre Haute Cour a ainsi considéré que l'interprétation des premiers juges, qui ont nié l'existence d'une lacune proprement dite, n'était pas arbitraire. Le refus du Tribunal fédéral d'admettre l'existence d'une lacune proprement dite peut cependant être critiqué à plusieurs égards. En effet, afin d'arriver à la conclusion qu'il s'agissait d'un silence qualifié du législateur, et que ce dernier avait voulu expressément réserver la possibilité de licencier toute femme enceinte pendant la période probatoire, il aurait fallu trouver – dans les travaux préparatoires ou le texte légal – le moindre indice permettant d'affirmer que le législateur avait souhaité une telle solution. En l'espèce, non seulement aucun élément relatif à la volonté du législateur n'a pu être mis en lumière, mais le nombre important de dispositions protectrices adoptées par le législateur cantonal en matière de maternité permettait au contraire de penser que celui-ci aurait souhaité accorder une protection efficace aux femmes enceintes, de telle sorte que l'on aurait pu admettre, selon nous, la présence d'une lacune occulte (c.à.d. d'un silence contraire à l'économie et au but de la loi) et non d'un silence qualifié. Toutefois, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait aucune lacune à combler par le juge dans le statut neuchâtelois de la fonction publique (LSt) et qu'il incombait alors au législateur cantonal de remédier à cette situation.

⁷⁷⁴ TF 2C_818/2009 du 9 juillet 2010, c. 4.6 (et les références citées). En effet, « [l]orsqu'il est saisi d'une telle question d'interprétation dans une affaire où [...] son pouvoir d'examen est limité à l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance, selon la formule consacrée par la jurisprudence, que si la décision attaquée apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain ». TF 2C_818/2009 du 9 juillet 2010, c. 4.6.

⁷⁷⁵ TF 8C_358/2012 du 18 janvier 2013 = ATF 139 I 57. Cf. le commentaire de TROILLET. En matière de congé donné en temps inopportun, le droit public peut ainsi « permettre à l'Etat de priver ses employés de protections que le droit privé aurait garanties » : TANQUEREL, 2015, p. 315.

IV. L'application par analogie

Généralités – Par ailleurs, même lorsqu'un statut du personnel ne comporte ni un renvoi explicite (général ou exprès au Code des obligations), ni une lacune à combler, il est parfois possible que des règles ou des principes dégagés du droit privé soient applicables « par analogie » au droit de la fonction publique de la collectivité concernée, à titre de droit public supplétif. 280

Exemples – En effet, on peut certaines fois appliquer aux rapports juridiques entre un employeur public et son agent d'autres dispositions pertinentes du Code des obligations, en dehors du droit du travail proprement dit (art. 319 à 362 CO). Il peut s'agir, par exemple, des règles concernant l'évaluation du tort moral (cf. art. 49 CO)⁷⁷⁶ ou les vices du consentement à la conclusion des contrats (cf. art. 1 à 40 CO)⁷⁷⁷. Cela s'explique notamment par le fait qu'il n'existe pas, en droit administratif suisse, une réglementation générale des contrats de droit public. Ainsi la définition de la conclusion d'un contrat par une « manifestation réciproque et concordante des volontés » au sens du Code des obligations (cf. art. 1 CO), ou des différents vices du consentement (art. 23 ss CO), peut donc être appliquée « par analogie » à la création des rapports de travail en droit public. Le Code des obligations sera alors appliqué à titre de droit public supplétif. Par ailleurs, « certains droits et obligations peuvent trouver, en droit administratif, leur fondement dans une institution générale du droit qui pallie l'absence d'une base légale spécifique »⁷⁷⁸. Il s'agira, par exemple, des intérêts moratoires, de la répétition de l'indu, de la prescription ou de la compensation⁷⁷⁹. Ces principes généraux du droit ont été reconnus en droit public essentiellement grâce à la jurisprudence⁷⁸⁰. Aujourd'hui, ils peuvent, dans certains cas, s'appliquer à titre de droit public supplétif dans un rapport juridique de droit public, même à défaut d'une base légale expresse ou d'un renvoi au droit privé⁷⁸¹. 281

⁷⁷⁶ Cf. TF 8C_919/2011 du 27 juillet 2012 ; NOVIER/CARREIRA CAMARDA, pp. 5-6.

⁷⁷⁷ Voir en ce qui concerne la LPers, Message 1999, p. 1434.

⁷⁷⁸ TANQUEREL, 2011, N 712, p. 244. « Les institutions générales du droit, appelées aussi principes généraux du droit, sont des règles inhérentes à l'ordre juridique, qui, en raison de leur portée générale, valent dans tous les domaines du droit. Si elles sont le plus souvent incorporées dans des dispositions écrites en droit privé, tel n'est pas le cas en droit public, où elles s'appliquent à titre de droit non écrit même sans base légale expresse » : TANQUEREL, 2011, N 353, p. 116.

⁷⁷⁹ *Idem*, N 353-356, pp. 116-117.

⁷⁸⁰ MOOR, 1977, p. 10.

⁷⁸¹ Cf. TANQUEREL, 2011, N 353, p. 116.

282 **Les vices du consentement** – En ce qui concerne les vices du consentement, le Tribunal fédéral considère que les règles de droit privé issues du Code des obligations (art. 23 ss CO) peuvent être appliquées par analogie au droit de la fonction publique fédérale⁷⁸², notamment en vertu du renvoi prévu à l'article 6 alinéa 2 LPers⁷⁸³. Par ailleurs, notre Haute Cour a également considéré que ces dispositions du droit privé peuvent aussi être transposables aux relations de droit public, compte tenu du fait qu'elles constituent un principe général en matière de contrats de droit administratif⁷⁸⁴. Partant, les règles sur les vices du consentement sont applicables à toutes les collectivités publiques faisant usage de contrats de droit public, et ceci même si le statut du personnel ne contient par hypothèse aucun renvoi au droit privé⁷⁸⁵.

283 **Le renvoi à la jurisprudence de droit privé** – D'autres principes jurisprudentiels du droit privé peuvent aussi être appliqués par analogie dans la fonction publique et cela dans diverses thématiques que nous présenterons plus loin. Nous pensons notamment aux principes applicables à la protection de la personnalité de l'employé (cf. art. 328 CO)⁷⁸⁶, à la notion de résiliation immédiate pour « justes motifs »⁷⁸⁷, aux règles relatives aux avertissements et au contenu de ceux-ci en cas de licenciement extraordinaire, etc⁷⁸⁸. Pour ne mentionner ici qu'une seule thématique, nous traiterons très brièvement du cas d'abandon de poste par l'employé, même si cette problématique n'est pas, en pratique, très fréquente dans la fonction publique.

⁷⁸² Cf. ATF 132 II 161. Dans cette affaire relative à l'engagement d'une employée au service de la Direction générale des douanes – postulante qui avait omis de mentionner la procédure pénale pour homicide dont elle faisait l'objet lors de son engagement –, le Tribunal fédéral a conclu que les autorités inférieures avaient appliqué à juste titre les articles 23 ss CO aux rapports de services régis par la LPers.

⁷⁸³ En effet, nous verrons que ce renvoi n'a pas pour seul dessein d'appliquer les articles 319 ss CO, mais qu'il inclut aussi toutes les dispositions générales du Code des obligations, dont font partie notamment les règles relatives aux vices de volonté. Voir, par exemple, Message 1999, p. 1434 (et l'arrêt mentionné à la note suivante).

⁷⁸⁴ Cf. ATF 105 Ia 207, c. 2c.

⁷⁸⁵ La sanction du vice d'un contrat peut alors être la nullité ou l'annulation. Pour plus de détails, cf., parmi d'autres, TANQUEREL, 2011, pp. 242-243.

⁷⁸⁶ En effet, les règles relatives à la protection de la personnalité de l'employé (déduites notamment de l'art. 328 CO) et la jurisprudence en la matière ont été déclarées transposables par analogie aux relations de travail de droit public par le Tribunal fédéral. Cf. *infra* N 343. Ces principes « tirés de la jurisprudence et de la doctrine rendues en droit privé » doivent toutefois « être nuancés lorsque des dispositions topiques existent » pour des rapports de travail de droit public : NOVIER/CARREIRA CAMARDA, p. 5.

⁷⁸⁷ Cf., par exemple, *infra* N 508.

⁷⁸⁸ Cf. *infra* N 509.

Dans un arrêt du 7 mai 2014⁷⁸⁹, le Tribunal fédéral a considéré que la juridiction cantonale n'a pas fait preuve d'arbitraire en retenant qu'une employée avait abandonné son emploi au sens du Code des obligations⁷⁹⁰, et cela bien que la législation cantonale n'eût prévu aucune disposition en la matière ou de renvoi spécifique au droit privé. Selon la jurisprudence « une absence de plusieurs mois doit être considérée comme un refus intentionnel et définitif de poursuivre les rapports de travail, même si, après coup, le travailleur offre subitement et inopinément de reprendre le travail. Dans ce cas, la durée de l'absence suffit en soi pour admettre que le salarié a démontré sa volonté d'abandonner son emploi » (c. 5.1). En l'espèce, le Tribunal fédéral a conclu à ce que l'abandon d'emploi de l'employée excluait toute prétention en cas de résiliation abusive et injustifiée. En d'autres termes, si tel statut de la fonction publique ne prévoit pas que l'abandon d'emploi puisse être une cause de cessation des rapports de service des agents de l'Etat, les règles et la jurisprudence du droit privé pourraient s'appliquer par analogie afin de suppléer ce manque⁷⁹¹.

Prudence – L'application par analogie de règles du Code des obligations nécessite parfois quelques nuances, car la jurisprudence issue du droit privé n'est pas toujours entièrement transposable aux rapports de travail de droit public. Nous le verrons plus loin, en matière de congés en temps inopportun ou concernant le délai de réflexion de l'employeur en cas de résiliation immédiate pour de justes motifs, le Tribunal fédéral a considéré que les règles du droit privé n'étaient pas toujours applicables. En effet, l'on arriverait parfois à des résultats absurdes si l'on se contentait de transposer radicalement les dispositions de droit privé du travail au droit de la fonction publique⁷⁹². D'ailleurs, en parlant d'application « par analogie » du CO, la LPers exclut les normes du CO qui ne se prêtent pas aux rapports de travail au sein de la Confédération⁷⁹³. De manière générale, l'application par analogie des règles ou de la jurisprudence de droit privé doit toujours s'effectuer avec prudence.

284

⁷⁸⁹ TF 8C_461/2013 du 7 mai 2014.

⁷⁹⁰ En revanche, dans une affaire du 3 septembre 2015 (TF 8C_472/2014), le Tribunal fédéral a considéré qu'en l'absence de l'intervention formelle de l'employeur, seul habilité à enjoindre à son employée de reprendre son poste, il ne pouvait être reproché à cette dernière d'avoir suivi les prescriptions de son médecin et de ne pas avoir repris son travail contrairement aux indications du médecin-conseil de l'assureur (c. 7.3).

⁷⁹¹ En ce qui concerne l'abandon d'emploi dans le secteur privé, cf., parmi d'autres, GLOOR, Commentaire 2013, N 4-8, 9-11, 13-16 ad art. 337d CO, pp. 801 ss.

⁷⁹² Cf. NGUYEN, 2004, pp. 148-150.

⁷⁹³ Cf. Message 1999, p. 1434.

V. Les dispositions d'exécution et les rapports avec les règles du CO

- 285 **Généralités** – Les dispositions d'exécution des différents statuts du personnel jouent parfois un rôle important en ce qui concerne le rapprochement du droit de la fonction publique et le droit privé du travail⁷⁹⁴. Démonstrons-le ici, en mettant principalement en exergue le lien entre les dispositions d'exécution de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), qui peuvent être adoptées par les différents employeurs soumis à cette loi, et les règles du Code des obligations.
- 286 **L'art. 6 al. 2 et 3 LPers** – Alors que l'article 6 alinéa 2 LPers permet, comme nous l'avons vu, un renvoi direct au Code des obligations lorsque la loi sur le personnel fédéral ou d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, l'alinéa 3 précise que les dispositions d'exécution de la LPers (art. 37), en particulier la convention collective de travail (art. 38) et le contrat de travail (art. 8), réglementent en détail les rapports de travail dans les limites de l'alinéa 2, c'est-à-dire dans les limites minimales du CO. Cette relation entre dispositions d'exécution et règles du CO est décrite à l'article 37 alinéa 4 LPers, dont la nouvelle teneur (depuis le 1^{er} juillet 2013) a fortement modifié le système⁷⁹⁵.
- 287 **L'art. 37 al. 4 LPers** – L'article 37 alinéa 4 LPers précise ainsi le rapport entre les dispositions d'exécution et les règles du CO⁷⁹⁶ et, même si « [à] première vue, cette disposition paraît logique et cohérente dans le système envisagé par le législateur, qui entend faire du CO la limite minimale en dessous de laquelle les dispositions d'exécution ne sauraient "descendre" [...] il faut noter que, par l'article 37, alinéa 4, [...] la loi permet aux "dispositions d'exécution", dont certaines ne sont pas "contractuelles", mais unilatérales, d'écarter les règles dispositives du CO, ce qui est en soit contradictoire avec la logique du CO, où un tel écart suppose un accord de volontés, donc ne peut intervenir que bilatéralement »⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ Ce constat se fonde sur les réflexions de MAHON/ROSELLO, pp. 25-26, que nous exposerons ci-après.

⁷⁹⁵ Voir Message 2011, pp. 6193-6195.

⁷⁹⁶ L'art. 37 al. 4 LPers prévoit que : « [s]i le CO s'applique par analogie en vertu de l'art. 6, al. 2, les employeurs peuvent fixer des dispositions d'exécution dérogeant aux dispositions suivantes : a. dispositions non impératives du CO ; b. dispositions impératives du CO, à condition qu'elles ne s'en écartent qu'en faveur du personnel ».

⁷⁹⁷ MAHON/ROSELLO, p. 26.

Le CO, une limite minimale ? – En d’autres termes, bien que le législateur ait souhaité faire du Code des obligations une limite minimale en dessous de laquelle les dispositions d’exécution ne sauraient s’abaisser⁷⁹⁸, l’article 37 alinéa 4 LPers laisse entendre que les divers employeurs soumis à la LPers peuvent, en réalité, prévoir des règles qui permettent tant de déroger aux dispositions non impératives du CO, qu’aux dispositions impératives (pour autant qu’elles soient favorables au personnel)⁷⁹⁹. 288

La technique du double renvoi – En outre, la technique choisie en droit fédéral, qui consiste à ce que la LPers laisse « de manière très large ou importante » aux dispositions d’exécution le soin de régler la matière, peut paraître contestable, car la technique du double renvoi – « renvoi de la loi aux dispositions d’exécution, puis renvoi de celles-ci au CO ou reprise des règles de celui-ci » – semble assez discutable, tant sous l’angle du principe de la légalité (qui veut que les dispositions importantes figurent dans la loi), que des règles de délégation législative (cf. art. 164 Cst.), puisque celle-ci permet de vider la LPers de sa substance⁸⁰⁰. La transparence et la lisibilité du système législatif s’en trouvent ainsi considérablement complexifiées, ce qui illustre, encore une fois, les problèmes liés aux interférences consécutives à la volonté d’incorporer des règles de droit privé du travail au droit de la fonction publique⁸⁰¹. En effet, la technique choisie par le législateur fédéral pour favoriser le rapprochement du droit de la fonction publique du droit privé du travail « n’est pas toujours des plus transparente »⁸⁰². 289

⁷⁹⁸ *Ibidem*.

⁷⁹⁹ Message 2011, pp. 6194 s. Selon le Message, « pour juger si une disposition d’exécution déroge *en faveur* ou *en défaveur* des employés, la comparaison doit se fonder sur des normes applicables dans le cas d’espèce (par ex. délai de congé après un certain nombre d’années d’ancienneté) : voir Message 2011, p. 6195.

⁸⁰⁰ MAHON/ROSELLO, p. 47.

⁸⁰¹ *Idem*, p. 26. Selon ces auteurs, le rapport entre dispositions d’exécution et règles du droit privé, en cas de renvoi au CO, est loin d’être limpide.

⁸⁰² *Idem*, p. 46.

C. Constat, tendance et limites

290 **Constat et tendance** – Le droit de la fonction publique incorpore toujours davantage de règles du droit privé du travail. Cette tendance est aujourd'hui manifeste, que ce soit par le biais d'une base légale expresse dans le statut de la fonction publique, autorisant le renvoi au CO ; par l'intermédiaire d'une disposition d'exécution du statut ; par la jurisprudence qui décrète que les principes du droit privé sont applicables par analogie ; ou encore, pour combler une lacune de la législation⁸⁰³. Ce procédé n'est cependant pas nouveau, car depuis longtemps, les collectivités publiques recourent au droit privé lorsque le droit public est lacunaire⁸⁰⁴. Selon nous, ce qui est peut-être plus inédit consiste en le foisonnement de renvois dans les statuts du personnel les plus récents. Par ailleurs, ceux-ci peuvent avoir différents sens : lorsqu'une collectivité publique renvoie au droit privé, il est alors nécessaire de déterminer de quel type de renvoi il s'agit. Il faudra par exemple vérifier si le renvoi au Code des obligations est « statique » ou « dynamique », s'il s'applique uniquement en cas de lacune de la législation, ou encore si les règles du CO matériellement incorporées au droit de la fonction publique deviennent du droit public supplétif. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il conviendrait d'admettre qu'à défaut d'une base légale claire et formelle, le droit privé s'appliquerait à titre de droit public, généralement à titre supplétif⁸⁰⁵.

291 **Limites** – Tout comme les législateurs, tant les autorités administratives que judiciaires s'inspirent également du droit privé pour résoudre les litiges de la fonction publique et adoptent parfois la solution « privatiste » (normes, jurisprudences et doctrine du droit privé), mais la rejettent d'autres fois, « au nom des spécificités du droit public »⁸⁰⁶. En effet, même si le droit privé du travail est incorporé dans un statut ou dans un contrat de droit public et qu'il devient du droit public, son interprétation pourrait certaines fois être différente de celle du droit privé du travail, et ceci, afin de tenir compte des particularités du droit de la fonction publique⁸⁰⁷.

⁸⁰³ L'influence du droit privé du travail est par conséquent incontestable.

⁸⁰⁴ Cf. SUBILIA-ROUGE, p. 295.

⁸⁰⁵ Voir TF 8C_227/2014 du 18 février 2015.

⁸⁰⁶ NGUYEN, 2004, p. 142. Selon lui, ce phénomène place le droit de la fonction publique dans une situation peu confortable, à mi-chemin entre le droit public et privé du travail.

⁸⁰⁷ Voir, par exemple, SJ 2010 I 449, spéc. 452 (TF 20.11.2009).

§ 4 Synthèse

Généralités – Le passage de la décision de nomination au contrat de droit public pour l’engagement des fonctionnaires, l’apparition des conventions collectives de travail dans le secteur public et l’incorporation des règles de droit privé du travail au droit de la fonction publique, ont permis, selon nous, de faire évoluer le fondement de la relation de travail de droit public dans le sens d’un rapprochement avec le droit privé du travail. 292

Le passage de la décision au contrat – Tout d’abord, même si l’on peut mettre en doute le fait que le passage de la décision de nomination au contrat de droit public ait réellement permis de rapprocher la relation d’emploi des agents publics de celle des employés du secteur privé (au vu notamment du faible pouvoir de négociation des employés)⁸⁰⁸, ce passage a toutefois apporté un élément nouveau qui réside dans la possibilité de conclure des conventions collectives de travail dans le secteur public. Il ne s’agit donc pas là d’un changement purement « psychologique ». 293

L’apparition des CCT dans le secteur public – Les conventions collectives de travail dans le secteur public sont effectivement un instrument nouveau qui a une influence directe sur les rapports de service du personnel, car elles permettent des négociations entre les partenaires sociaux concernés. Il y a donc un rapprochement avec le droit privé du travail qui a reconnu très tôt cet instrument dans le système légal, instrument qui reste toutefois rare au sein des administrations publiques. 294

L’incorporation des règles de droit privé – Les statuts de la fonction publique qui contiennent des renvois au droit privé du travail sont actuellement nombreux. Ces renvois peuvent être de différente nature. Par ailleurs, le droit privé peut aussi parfois être utilisé en cas de lacune, ou par exemple lorsqu’une disposition ou la jurisprudence décrète que les règles de droit privé sont applicables. Dans tous les cas, le droit privé reste cependant du droit supplétif et doit être examiné à l’aune des principes de droit public qui régissent l’activité étatique. 295

⁸⁰⁸ En effet, le passage à un régime contractuel n’a pas rendu possibles davantage de négociations ou de diversifications des conditions d’emploi des agents publics, de sorte que le contrat d’engagement des employés publics se limite souvent à sa forme purement contractuelle ; son contenu est généralement strictement défini par la loi. Cf. BELLANGER, 2004, p. 296. A cela s’ajoute la nécessité de respecter les droits fondamentaux, notamment le principe d’égalité de traitement.

Troisième partie

Les statuts actuels de la fonction publique

Après avoir présenté les fondements de la relation de travail (première partie) et l'évolution du droit de la fonction publique (deuxième partie), examinons maintenant les règles contenues dans les statuts actuels de la fonction publique (troisième partie), à la lumière du droit privé du travail, afin d'observer les influences de celui-ci sur le droit de la fonction publique. Pour ce faire, nous allons concentrer notre attention sur deux étapes clés de la relation de travail, à savoir la *création des rapports de travail* (chapitre 7) et la *cessation des rapports de travail* (chapitre 8).

Chapitre 7 : Création des rapports de travail

Ce septième chapitre exposera quelques aspects de la création des rapports de travail des agents publics afin de les comparer avec celle des travailleurs en droit privé du travail.

296

Nous évoquerons tout d'abord certaines particularités liées au recrutement (§ 1), puis traiterons du refus d'embauche (§ 2), avant de mettre en évidence les modes d'engagement (§ 3) qui existent dans le secteur public et le secteur privé. Finalement, une synthèse (§ 4) rappellera les principales influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, telles que nous avons pu les relever pour la création des rapports de travail, mais aussi les différences persistantes entre ces deux domaines du droit.

§ 1 Le recrutement

En Suisse, tant les employeurs du secteur privé que les collectivités publiques sont en principe libres d'aménager le processus de recrutement de candidats à un poste. Cela découle de leur autonomie organisationnelle en matière de rapports de travail. Cependant, en comparaison avec les employeurs du secteur privé, que leur liberté économique autorise à sélectionner les futurs travailleurs⁸⁰⁹, nous pensons que l'Etat est soumis à des devoirs spéciaux pour l'engagement d'agents publics⁸¹⁰.

297

Les développements qui suivent concernant le recrutement du personnel en droit privé du travail (A) et en droit de la fonction publique (B) permettront une comparaison (C) de ces deux domaines du droit, afin de vérifier cette hypothèse.

⁸⁰⁹ S'agissant de la liberté contractuelle de l'employeur privé, cf. *supra* N 110.

⁸¹⁰ Du même avis, ARIOLI/FURRER ISELI, N 128, p. 56.

A. En droit privé du travail

298 **Principe** – Les employeurs du secteur privé ont en principe une totale liberté d'appréciation quant au déroulement du recrutement d'un candidat à un poste ou quant à la nécessité d'instaurer un processus de sélection. En effet, tout poste vacant ne nécessite pas forcément la diffusion d'une offre d'emploi. L'employeur privé peut donc directement faire appel à une connaissance, à un ami ou même à un membre de sa famille pour occuper un poste vacant.

299 **La diffusion de l'offre d'emploi** – En revanche, lorsque l'employeur n'a personne sous la main, il va sans doute diffuser l'offre d'emploi afin de trouver un candidat. Cette diffusion peut se faire dans la presse (p. ex. des journaux hebdomadaires), sur des sites internet d'emplois spécialisés (p. ex. jobup.ch), auprès d'agences de placements ou de contacts professionnels, sur des réseaux sociaux (p. ex. Facebook, LinkedIn), etc.⁸¹¹. Plus la palette de diffusion est large, plus elle conduira à une meilleure visibilité de l'annonce : le nombre de dossiers reçus sera probablement plus important et assurément de bien meilleure qualité⁸¹². « Indirectement, c'est une occasion intéressante de promouvoir son institution, ses valeurs, une éventuelle redéfinition de ses missions, l'ouverture d'une nouvelle unité »⁸¹³.

300 **Méthodes de recrutement** – Une fois l'offre d'emploi diffusée, l'employeur devra définir la ou les méthodes à utiliser pour s'assurer de choisir le meilleur candidat. Ces différentes méthodes consistent, par exemple, en des interviews (structurées ou non structurées), des tests de personnalité, une prise de références professionnelles, ou encore une analyse graphologique⁸¹⁴. En règle générale, les candidats sont sélectionnés pour un entretien sur la base de dossiers de candidature contenant une lettre de motivation personnalisée, un curriculum vitae (CV), des copies de diplômes et de certificats/attestation de travail de précédents emplois ou des références. Le Code des obligations ne contient aucune disposition relative au recrutement ou à l'admissibilité de certaines méthodes. C'est donc la jurisprudence et la doctrine qui ont instauré certaines règles (notamment sur la base des art. 328 et 328b CO) pour protéger la personnalité du futur travailleur.

⁸¹¹ DIZERENS, p. 13.

⁸¹² *Idem*, p. 14.

⁸¹³ *Ibidem*.

⁸¹⁴ Pour plus de détails sur ces méthodes, voir DIZERENS, pp. 10-11 (et les réf. citées).

B. En droit de la fonction publique

S'agissant toujours du recrutement du personnel, quelques généralités (I) permettront de présenter les principes applicables au secteur public. Nous verrons ensuite comment ces principes sont concrétisés, sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (II) et celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (III).

301

I. Généralités

Principe – En Suisse, tant au niveau fédéral que cantonal (ou communal), il n'existe pas de formation académique ou professionnelle pour accéder à une fonction publique. Les fonctionnaires sont en principe engagés à la suite d'une mise au concours publique d'un poste vacant qui s'adresse à tous. Cela a pour conséquence d'autoriser une certaine perméabilité entre le secteur public et le secteur privé en ce qui concerne le recrutement du personnel.

302

L'égalité d'accès aux emplois publics – Les collectivités publiques mettent généralement au concours public les postes vacants⁸¹⁵, afin de permettre à toute personne intéressée de postuler au sein de l'administration⁸¹⁶. Les statuts de la fonction publique instituent ainsi une procédure spéciale pour le recrutement du personnel, visant à garantir l'égalité d'accès aux emplois publics⁸¹⁷, selon une conception qui date de la Révolution française⁸¹⁸. Moyen le plus démocratique, le concours permet notamment d'éviter l'engagement par « copinage » ou même par corruption d'agents incompetents, ce qui va dans le sens de l'intérêt général⁸¹⁹.

303

⁸¹⁵ Le concours public est effectivement le moyen d'accéder aux administrations publiques, non seulement en Suisse mais également en Europe. Pour la présentation de ce modèle dans la culture européenne et ses origines, consulter GAGLIARDI, pp. 139 ss.

⁸¹⁶ Voir, entre autres, GUÉRARD/PAILOT, pp. 109 ss.

⁸¹⁷ Selon nous, le respect des principes généraux de l'activité administrative, en particulier celui de l'égalité de traitement, permet de justifier une sorte d'égalité des chances d'accéder à une fonction publique, dont peut bénéficier tout individu.

⁸¹⁸ Cf. MOOR, 1992, pp. 214-215. Voir ég. GAGLIARDI, p. 144.

⁸¹⁹ En ce sens, dès son origine, la professionnalisation de la fonction publique souleva beaucoup de méfiance de la part de la population, qui craignait qu'un pouvoir trop étendu des autorités et des fonctionnaires entraîne des abus et des violations. Cf. MÜLLER M., 2006, pp. 73 et 75.

- 304 **La mise au concours** – « La mise au concours n’a donc pas d’autre signification que d’ouvrir à chacun la possibilité de faire valoir ses titres à remplir telle ou telle autre place. Dans les limites de la loi et des règlements, personne n’est exclu à priori »⁸²⁰. Autrement dit, bien que pour certains postes des conditions particulières soient exigées (p. ex. la nationalité suisse), toute personne peut en principe accéder à la fonction publique en Suisse, aussi bien au niveau fédéral, que cantonal ou communal.
- 305 **Un vrai concours ?** – Par ailleurs, la « Confédération – nonobstant la contrainte de devoir recourir à un personnel de plus en plus nombreux – s’est toujours refusée, du moins sur le plan juridique, à instituer des mandats à vie et des carrières réglementées »⁸²¹. Il existe effectivement dans notre pays une conception du fonctionnaire « citoyen », par opposition au fonctionnaire « de carrière »⁸²². En outre, le recrutement ne s’effectue pas par des concours formalisés à l’aide d’examens, comme dans d’autres pays européens (p. ex. l’Allemagne ou la France), mais par l’engagement du postulant à la suite d’une mise au concours par simple annonce⁸²³. Ainsi, le principe de la mise au concours, en Suisse, repose habituellement sur la sélection d’un candidat (sur dossier et à la suite d’un ou plusieurs entretiens d’embauche) après la diffusion d’une offre d’emploi, plutôt que sur une compétition formelle (par exemple à l’aide d’examens) donnant lieu à une véritable classification en fonction des résultats obtenus par les participants⁸²⁴. C’est la raison pour laquelle il faudrait, selon nous, davantage utiliser le terme d’« offre publique d’emploi », plutôt que de « concours public », dans les statuts actuels du personnel des collectivités publiques⁸²⁵.

⁸²⁰ Message 1924, p. 53.

⁸²¹ Cf. GERMANN, p. 113 : en effet, les fonctionnaires fédéraux étaient déjà nommés à l’origine pour une période administrative. Sur le plan juridique, ce « système de fonctions » s’oppose en théorie au « système de carrière » connu dans d’autres ordres juridiques. Le concept qui engage à faire une carrière dans l’administration n’existe donc pas. Voir GERMANN, p. 114, pour qui le terme « d’avancement » est plus approprié. Sur la distinction entre ces deux systèmes, voir GUÉRARD/PAILOT, p. 110.

⁸²² Sur le profil du personnel de la fonction publique, voir KOLLER, 2013b.

⁸²³ Cela s’explique d’ailleurs par le fait que la Suisse n’a jamais connu de « fonctionnaires classiques », au sens de la tradition allemande ou française, façonnés selon le modèle wébérien décrit plus haut (*supra* N 95). Cf. GERMANN, p. 110.

⁸²⁴ S’agissant des différents types de concours, voir GAGLIARDI, p. 170.

⁸²⁵ Le législateur neuchâtelois a d’ailleurs fait ce choix, car il prévoit que les postes à pourvoir font l’objet « d’offres publiques d’emplois » (cf. art. 13 al. 1 LSt). *Infra* N 313.

II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

La LPers – Dans la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, l'article 7 dispose que les postes vacants font l'objet d'une mise au concours publique, sauf exceptions précisées dans les dispositions d'exécution⁸²⁶. L'article 7 étant dans la partie générale de la LPers, cette disposition s'applique non seulement aux rapports de travail de droit public des employés fédéraux, mais aussi au personnel qui serait par hypothèse soumis au droit privé (en vertu de l'article 6 al. 5-6 LPers)⁸²⁷. Hormis l'exigence de la mise au concours publique, la LPers ne prévoit aucune règle relative à la procédure de sélection des candidats⁸²⁸ ; les autorités d'engagement sont donc au bénéfice « d'un très large pouvoir d'appréciation par la volonté même du législateur »⁸²⁹.

306

L'OPers – Concernant la sélection des candidats, la mise au concours est réglée à l'article 22 de l'ordonnance concernant le personnel de la Confédération (OPers) du 3 juillet 2001, qui prévoit que les « postes à pourvoir dans l'administration fédérale sont mis au concours au moins dans le bulletin électronique des postes vacants de la Confédération, sur Internet » (al. 1). Toutefois, certains d'entre eux ne sont pas tenus de faire l'objet d'une mise au concours publique. Ce peut être en raison de leur courte durée (moins d'une année), lorsqu'un recrutement interne au sein de l'unité administrative ou un échange temporaire (job rotation) est prévu, ainsi que dans le cadre de la réintégration professionnelle de collaborateurs malades ou accidentés ou de l'intégration de personnes handicapées (al. 2)⁸³⁰. Le recrutement du personnel de la Confédération se déroule donc, en principe, par la mise au concours des postes sur internet, mais des exceptions peuvent toutefois être aménagées dans des situations particulières.

307

⁸²⁶ Voir, entre autres, HELBLING, Commentaire LPers, N 1 ss ad art. 7 LPers, pp. 122 ss. Cf. ég. HÄNNI, 2004b, N 48, p. 17.

⁸²⁷ HELBLING, Commentaire LPers, N 2 ad art. 7 LPers, p. 112. Consulter également HAFNER, 2014, p. 301.

⁸²⁸ C'est effectivement l'OPers qui la prévoit, cf. *infra* N 307.

⁸²⁹ Cf. ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 9.2.

⁸³⁰ L'ancien article 22 alinéa 3 OPers prévoyait que pour de justes motifs et à condition qu'ils en informent le Département fédéral des finances, les départements pouvaient eux aussi « renoncer au cas par cas à la mise au concours publique ; [ou] prévoir exceptionnellement un autre mode de mise au concours publique ». Cette disposition a été abrogée avec effet au 1^{er} janvier 2015 (RO 2014 4567).

III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

- 308 **Généralités** – Le processus de recrutement peut varier d’une collectivité publique à l’autre et être ainsi réglementé de manière différente dans chaque statut du personnel. Afin de synthétiser les principales tendances concernant le processus de recrutement du personnel, examinons brièvement les règles en vigueur sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande.
- 309 **Berne** – La loi sur le personnel du canton de Berne du 16 septembre 2004 délègue entièrement au Conseil-exécutif du canton la compétence de régler la procédure relative au recrutement (cf. art. 21 al. 1 LPers/BE). Toutefois, la législation précise qu’avant de repourvoir un poste, il faut vérifier s’il ne peut pas être supprimé ou attribué au titulaire d’un autre poste (cf. art. 21 al. 2 LPers/BE). L’article 9 OPers/BE instaure une procédure de mise au concours, mais aussi des exceptions : cette disposition prévoit que les postes vacants sont au minimum mis au concours dans la Feuille officielle ou dans la Bourse électronique de l’emploi du canton (al. 1) ; sont néanmoins exemptés de mise au concours, les postes à durée limitée (qui n’excèdent pas un an) et ceux à repourvoir par recrutement interne ou lors d’une « job rotation » (al. 2)⁸³¹.
- 310 **Fribourg** – L’article 25 de la loi sur le personnel du canton de Fribourg du 17 octobre 2001 prévoit que les postes à pourvoir font l’objet d’une mise au concours interne ou externe (al. 1). Lorsque la mise au concours n’a pas donné le résultat attendu, l’autorité d’engagement la renouvelle ou procède par voie d’appel (al. 2). La forme et l’étendue de la mise au concours pour les postes à temps partiel ou de durée limitée sont décrites dans le règlement d’exécution (al. 3). La procédure d’engagement est ainsi réglée de manière très détaillée aux articles 14 ss RPers/FR. Le principe est la mise au concours (interne ou externe) des postes (cf. art. 15 RPers/FR) ; l’exception, la renonciation au concours. L’autorité d’engagement peut notamment renoncer « à la mise au concours externe lorsqu’il est à prévoir que le poste pourra être repourvu par voie de changement de poste ou de promotion interne. Dans ce cas, la mise au concours interne peut être limitée aux unités administratives concernées » (art. 15 al. 2 RPers/FR). Par ailleurs, l’autorité d’engagement peut « renoncer à toute mise au concours pour les postes à pourvoir par du personnel engagé pour une durée inférieure à un an » (art. 15 al. 3 RPers/FR).

⁸³¹ Pour plus de précisions, cf. art. 9 OPers/BE.

Genève – Dans le canton de Genève, la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC) du 4 décembre 1997 ne règle pas la procédure de recrutement. C'est effectivement le règlement d'application du statut du personnel qui prévoit la mise au concours concernant les fonctions permanentes. Selon l'article 50 RPAC, chacune d'entre elles fait l'objet d'une mise au concours interne (l'« inscription est ouverte ») au sein de l'administration (al. 1). Une inscription publique est aussi possible (al. 2). Lors de toute inscription, le chef du département peut néanmoins pressentir la candidature d'une personne déterminée, lorsqu'il estime que celle-ci a la qualification requise pour occuper le poste (al. 3). Quant au choix des candidats, l'autorité d'engagement favorise ceux qui sont déjà fonctionnaires ou employés de l'Etat (cf. art. 52 RPAC).

311

Jura – La loi sur le personnel du canton du Jura du 22 septembre 2010 prévoit le principe de la mise au concours publique, sous réserve de quelques exceptions qui permettent d'y renoncer (cf. art. 13 al. 1 LPers/JU). Celles-ci concernent notamment les postes temporaires (d'un an au maximum), à temps partiel (taux inférieur à 50%) ou pourvus par mutation interne (al. 2)⁸³². En cas de mise au concours publique infructueuse, un engagement par voie d'appel peut avoir lieu (al. 4). Le détail de la procédure de mise au concours et de recrutement est déterminé par l'ordonnance sur le personnel de l'Etat du 29 novembre 2011 (cf. art. 13 al. 5 LPers/JU et les articles 14 ss OPers/JU).

312

Neuchâtel – Dans le canton de Neuchâtel, la loi sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 prévoit que les postes à pourvoir font l'objet d'offres publiques d'emplois (cf. art. 13 al. 1 LSt). Cependant, l'offre peut préciser que le poste sera probablement repourvu par voie d'appel (al. 2) ou encore, le Conseil d'Etat peut exceptionnellement « renoncer à la publication de l'offre d'emploi lorsqu'il se propose de nommer une personne déterminée, s'il s'agit de postes exigeant des titulaires une formation acquise au sein de l'administration ou encore en cas de promotion » (al. 3). Quant aux postes partiels et temporaires, ils peuvent faire l'objet d'un simple affichage (al. 4). Le règlement d'application de la loi sur le statut de la fonction publique neuchâtelois (RSt) du 9 mars 2005 contient toutes les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de la procédure de recrutement⁸³³.

313

⁸³² Dans ces deux premières hypothèses, la loi prévoit cependant qu'il peut aussi être procédé à une mise au concours interne (cf. art. 13 al. 3 LPers/JU).

⁸³³ Par exemple, l'article 7 RSt mentionne les supports relatifs à l'offre publique d'emploi et leur contenu (voir l'art. 8 RSt).

- 314 **Vaud** – Dans le canton de Vaud, la loi sur le personnel de l’Etat (LPers/VD) du 12 novembre 2001 précise que c’est le Conseil d’Etat qui détermine les conditions d’accès aux fonctions publiques et les modalités d’engagement (cf. art. 17 al. 1). En principe, le poste est mis au concours par le truchement d’une annonce dans un « média approprié » ainsi que par les moyens habituels d’information et de communication utilisés par l’administration cantonale vaudoise (cf. art. 26 RLPers/VD). Le poste n’est cependant pas mis au concours lorsqu’on entend le pourvoir par voie d’appel ou de transfert (cf. art. 27 RLPers/VD).
- 315 **Valais** – Dans le canton du Valais, la loi sur le personnel de l’Etat du 19 novembre 2010 règle la mise au concours et la description des postes à son article 17. Le principe est le suivant : tous les postes sont mis au concours externe (al. 1), sous réserve des postes pourvus dans le cadre de la mobilité professionnelle, qui peuvent être mis au concours interne (al. 2). En outre, lorsque le résultat d’une mise au concours externe est insuffisant, une fonction peut être repourvue par voie d’appel d’offres, pour autant que l’appelé remplisse les conditions de la mise au concours (al. 5). Quant aux exigences liées à l’engagement et au recrutement, elles sont énoncées à l’article 18 LPers/VS, mais doivent être précisées par le Conseil d’Etat qui « définit et garantit un processus de recrutement méthodique et objectif » (al. 5)⁸³⁴.
- 316 **Constat et limites** – Ces statuts du personnel offrent une grande autonomie et un large pouvoir d’appréciation aux autorités d’engagement, ce qui leur permet d’interpréter les différentes situations et d’agir au « cas par cas ». En effet, des raisons objectives peuvent pousser les collectivités à renoncer à une publication des postes vacants. Le principe de la publication est donc accompagné d’une multitude d’exceptions, de telle manière que l’on pourrait croire qu’en pratique, ces réserves sont la règle et le principe l’exception. Pour préserver l’intérêt général, les cas où une collectivité publique aurait la possibilité de renoncer à une publication externe des places vacantes devraient, par souci de transparence, être isolés⁸³⁵. Il pourrait s’agir, par exemple, de postes de très courte durée ou voués aux collaborateurs déjà au sein de l’administration⁸³⁶.

⁸³⁴ La mise au concours est alors réglée à l’article 21 OPers/VS.

⁸³⁵ Cf. ARIOLI/FURRER ISELI, N 128, pp. 56 ss. Selon ces auteures, les collectivités devraient tout de même procéder à une publication externe, en précisant que le poste sera vraisemblablement repourvu à l’intérieur du service.

⁸³⁶ Cela afin d’éviter de mettre au concours un poste qui est déjà repourvu (par exemple en cas de promotion au sein d’une même unité administrative). Ces exceptions sont d’ailleurs prévues par les différentes législations du personnel.

C. Comparaison

Différences – Le recrutement dans le secteur privé repose sur des principes différents de ceux qui existent dans le secteur public. Alors que le droit privé du travail (CO) consacre le principe de la liberté contractuelle, et, partant, donne une liberté totale dans le choix du cocontractant, le droit public favorise l'égalité des chances d'accéder à une fonction publique, selon une conception datant de la Révolution française, qui a été concrétisée en Europe par le principe de la mise au concours public. Le concours, moyen démocratique, permet effectivement d'éviter l'engagement d'agents incompetents par « copinage » ou même par corruption, ce qui, comme nous l'avons déjà relevé, va dans le sens de l'intérêt général.

317

Ressemblances – Toutefois, dans la mesure où, dans la fonction publique suisse, il ne s'agit pas de « vrais » concours au sens propre du terme, puisque le recrutement ne s'effectue pas au moyen de concours formalisés à l'aide d'examen, comme c'est le cas dans d'autres pays européens (par ex. en France), examen qui donnent lieu et à une véritable classification en fonction des résultats obtenus par les participants, le recrutement du personnel est finalement assez similaire dans le secteur privé et dans le secteur public. En effet, il existe dans les deux secteurs un processus analogue pour sélectionner un candidat. La seule différence est, nous l'avons vu, qu'un employeur privé peut très bien se passer de diffuser une offre d'emploi (et engager directement la personne souhaitée), alors que l'employeur public se doit, en principe, d'assurer préalablement à l'engagement une certaine publicité à la vacance d'une fonction. Cependant, nous avons pu constater que les statuts du personnel offrent une grande autonomie et un large pouvoir d'appréciation aux autorités d'engagement, ce qui permet à celles-ci, dans de nombreux cas, de renoncer à une publication du poste vacant. A l'inverse, les employeurs privés diffusent souvent des offres d'emploi, si bien que finalement, le mode de recrutement, d'un secteur à l'autre, n'est pas si différent.

318

Conclusion – On peut alors se demander où sont les limites du pouvoir d'appréciation des collectivités publiques, puisque les statuts actuels du personnel permettent en pratique un processus de recrutement semblable à celui du secteur privé. Selon nous, même si le principe de la mise au concours en droit public est accompagné (depuis son origine) d'une multitude d'exceptions, l'Etat reste néanmoins tributaire de ce devoir lors du recrutement de ses employés, puisqu'il est, là aussi, soumis aux principes généraux applicables à l'activité administrative, dont fait partie le principe d'égalité de traitement.

319

§ 2 Le refus d'embauche

320 Les développements qui précèdent ont notamment permis de montrer que les collectivités publiques, comme les employeurs du secteur privé, ont une grande liberté d'appréciation dans le choix des actions mises en œuvre pour trouver les candidats qu'elles souhaitent retenir en vue d'un engagement. Reste à déterminer si les prétentions à la suite d'un refus d'embauche sont les mêmes en droit privé du travail (A) qu'en droit de la fonction publique (B). Pour ce faire, nous examinerons le refus d'embauche dans ces deux domaines du droit afin de les comparer (C).

A. En droit privé du travail

321 Pour étudier le refus d'embauche en droit privé du travail, nous allons nous demander quels sont les droits du candidat évincé à un poste (I), notamment au regard des règles découlant de la protection de la personnalité du postulant (II) ou de l'application de la loi sur l'égalité (LEg) à l'embauche (III).

I. Les droits du candidat évincé d'un poste

322 **Principe** – Dans le secteur privé, les candidats évincés d'un poste n'ont pas la possibilité de remettre en cause le choix de l'employeur. En effet, sous réserve des droits accordés en cas de discrimination à raison du sexe (par la LEg) ou d'autres discriminations manifestement illicites (p. ex. raciales)⁸³⁷, le postulant ne peut en principe faire valoir aucune prétention à la suite d'un refus d'embauche. Autrement dit, dans un système où prévaut la liberté de ne pas contracter, « aucune des parties ne peut réclamer à l'autre une indemnisation résultant de la non-conclusion du contrat de travail »⁸³⁸; les postulants ont d'ailleurs rarement la possibilité de connaître les éléments déterminants à l'origine du refus d'embauche, et donc d'être en mesure de le contester⁸³⁹.

⁸³⁷ Voir WYLER/HEINZER, p. 55 et le jugement du Tribunal de prud'hommes de Lausanne du 1^{er} juin 2005, cause n° T304.021563, résumé dans Plaidoyer 6/2005, pp. 73-74, avec commentaire de JEAN-MICHEL DOLIVO et RODOLPHE PETIT.

⁸³⁸ A l'exception de situations exceptionnelles, voir WYLER/HEINZER, pp. 54-55.

⁸³⁹ Lorsqu'ils ont connaissance du motif, la preuve d'une discrimination est toutefois difficile à apporter, car les éléments décisifs sont souvent exprimés oralement, voire ne sont pas avoués par l'employeur. Cf. DUNAND, 2016, p. 50.

II. La protection de la personnalité du postulant

Principe – Même si le candidat à un poste n’a aucun droit à être engagé, l’employeur privé a néanmoins l’obligation de respecter sa personnalité, notamment lors d’un entretien d’embauche, car une protection du futur employé doit être reconnue⁸⁴⁰. En effet, le Tribunal fédéral a admis que le devoir de l’employeur de protéger la personnalité de ses employés (cf. art. 328 CO)⁸⁴¹ s’étend également aux pourparlers précontractuels en vue d’un engagement⁸⁴².

323

Traitement de données – Dans ce contexte, l’article 328b CO protège les données personnelles des candidats à un poste et leur traitement, afin d’éviter toute atteinte illicite⁸⁴³. Selon cette disposition, « seules sont admissibles, lors de la procédure de recrutement, les questions (orales ou résultant d’un questionnaire) qui portent sur des aptitudes de la candidate ou du candidat à remplir son emploi ou qui sont nécessaires à l’exécution du contrat de travail (formation, expérience, compétences professionnelles) » ; autrement dit, « [s]ont considérées comme inadmissibles, et donc illicites, des questions qui n’ont pas trait au poste de travail ou à l’activité à exercer, et qui portent atteinte à la sphère privée de la personne qui postule ou de ses proches »⁸⁴⁴. L’existence d’un motif justificatif de l’employeur ne suffit pas à rendre licite toute atteinte aux données personnelles, car « le procédé utilisé doit, lui aussi, respecter la personnalité des travailleurs, conformément à l’art. 328 CO, et observer les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité »⁸⁴⁵.

324

⁸⁴⁰ Concernant la protection de la personnalité, cf. DUNAND, Commentaire 2013, N 13 ad art. 328 CO, pp. 273 ss. Voir ég. BAUR/ROSSINELLI, pp. 516-524.

⁸⁴¹ L’article 328 CO concrétise, pour les rapports de travail, les principes généraux de protection de la personnalité prévus aux articles 27 ss CC. Cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 328 CO, p. 140.

⁸⁴² Voir, par exemple, TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2. Cf. ég. DUNAND, Commentaire 2013, N 11 ad art. 328 CO, p. 273 ; DUNAND, 2016, p. 43. *Contra* : WYLER/HEINZER, p. 324 (et les réf. citées).

⁸⁴³ Précisons que la LPD protège également ses données. Pour plus de détails, consulter, par exemple, DUNAND, Commentaire 2013, N 1 ss ad art. 328b CO, pp. 319 ss.

⁸⁴⁴ DUNAND, 2016, p. 44. Par exemple, demander à une candidate à l’embauche si elle est enceinte ou désire prochainement avoir des enfants constitue une atteinte illicite, sous réserve de cas particuliers. En effet, des questions qui sont généralement considérées comme illicites peuvent parfois être admissibles dans certaines circonstances (il est notamment permis de demander à une danseuse professionnelle ou à un mannequin si elle est enceinte). Voir DUNAND, Commentaire 2013, N 47 ad art. 328 CO, p. 331.

⁸⁴⁵ ATF 130 II 425, c. 3.3 ; DUNAND, Commentaire 2013, N 34 ad art. 328b CO, p. 328.

325 **Devoir de renseigner** – La protection de la personnalité du postulant ne le libère cependant pas de certains devoirs, tel que celui de renseigner son employeur sur les éléments qui ont un lien direct avec l'emploi ou des incidences particulières sur ses futures prestations de travail⁸⁴⁶. En effet, malgré la protection de sa personnalité lors de l'entretien d'embauche, le candidat a toutefois un devoir de renseigner qui lui incombe. Ce devoir consiste à répondre avec véracité aux questions de l'employeur, lorsqu'elles ont un lien direct avec son emploi ou les prestations qu'il devra effectuer. L'intérêt porté par l'employeur à la connaissance de ces éléments doit toutefois être objectif. De surcroît, même si le sujet n'est pas abordé lors de l'entretien, on considère, parfois, que le candidat est tenu de révéler spontanément les faits qui pourraient rendre son engagement (absolument) inadéquat, ainsi que ceux qui nuiraient gravement à l'exécution appropriée du travail telle qu'elle est précisée dans le cahier des charges, voire l'exclurait⁸⁴⁷. Dans ce contexte se pose la question de savoir si l'employé a le devoir de révéler l'existence d'une procédure pénale à son embauche. Le Tribunal fédéral a tranché la question de la manière suivante : s'il s'agit d'un délit commis sur la place de travail ou que la procédure pénale risque d'empêcher ou de faire fortement obstacle à l'exécution des prestations de service, l'employé se doit d'en informer l'autorité d'engagement⁸⁴⁸. Dans le cas contraire, nous pouvons en déduire que l'employé peut se taire.

326 **Droit au mensonge** – On peut également se demander si le candidat à un poste n'aurait pas dans certaines circonstances un éventuel « droit au mensonge », afin de protéger sa personnalité. En droit privé du travail, la doctrine dominante considère effectivement que le travailleur peut se prévaloir d'un état de nécessité qui lui permet de mentir sur toutes les questions étrangères aux rapports de travail (et donc jugées illicites)⁸⁴⁹. Le pouvoir de l'employeur serait ainsi limité par les dispositions protectrices de la personnalité de l'employé et par la protection des données⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ Cf., par exemple, DUNAND, Commentaire 2013, N 42 ad art. 328b CO, pp. 332-333.

⁸⁴⁷ Cf. TF du 30 janvier 2006, c. 4.2, in : RDAF 2007 I, pp. 567 ss.

⁸⁴⁸ *Idem*, c. 4.2.

⁸⁴⁹ Voir, parmi d'autres, STAEHELIN, ZK 2006, N 39 ad art. 320 CO, p. 68 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 9 ad art. 320 CO, p. 48 ; REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010, N 42 ad art. 320 CO, pp. 103 s. ; AUBERT, CR 2012, N 5 ad art. 328b CO, p. 2030 ; WYLER/HEINZER, pp. 325 s. ; DUNAND, 2016, p. 44 (et les réf. citées). *Contra* : SUBILIA/DUC, N 10 ad art. 320 CO, p. 94.

⁸⁵⁰ Seules sont admissibles les questions liées aux rapports de travail. Pour quelques exemples, voir WYLER, Commentaire 2013, N 38 ad. art. 320 CO, p. 45.

III. L'interdiction de discriminer à l'embauche à raison du sexe

Généralités – La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) du 24 mars 1995, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996, octroie certains droits au candidat victime d'un refus d'embauche à raison du sexe⁸⁵¹. Avant de traiter de cette question, présentons quelques généralités concernant cette loi. 327

But, apports et champ d'application de la LEg – La LEg a pour but de promouvoir l'égalité de fait entre femmes et hommes dans la vie professionnelle, tant dans le secteur privé que dans le secteur public (cf. art. 1 LEg). Bien que conçue en fonction des principes de droit privé, la loi fédérale sur l'égalité s'applique tant aux rapports de travail soumis au Code des obligations qu'à ceux régis par le droit public fédéral, cantonal ou communal (cf. art. 2 LEg)⁸⁵². Cependant, l'application de la LEg au secteur public « ne va pas de soi » et de nombreuses questions juridiques se posent depuis son entrée en vigueur⁸⁵³. Afin d'appliquer les bonnes dispositions de la loi sur l'égalité dans un cas concret (notamment à l'embauche), il faut tout d'abord identifier si l'on se trouve dans un rapport de travail de droit privé ou de droit public, car la LEg prévoit des règles de procédure différentes selon la nature juridique des rapports de travail (d'une part, aux art. 8 à 10 LEg, d'autre part à l'art. 13 LEg). Cette étape de qualification juridique est importante, surtout lorsque la collectivité publique engage un employé par un contrat de droit privé (le soumettant ainsi au Code des obligations)⁸⁵⁴. 328

Application de la LEg à l'embauche – L'interdiction de discriminer à raison du sexe contenue à l'article 3 alinéa 2 LEg s'étend expressément à l'embauche et permet à toute personne discriminée (lors de la création initiale de ses rapports de travail) de prétendre au versement d'une indemnité (cf. art. 5 al. 2 LEg)⁸⁵⁵. Dans le secteur privé, la LEg impose à l'employeur de motiver sa décision de refus d'embauche, lorsque le postulant invoque une discrimination fondée sur le sexe : « [l]a personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit » (cf. art. 8 al. 1 LEg). 329

⁸⁵¹ Pour plus de détails sur la discrimination à l'embauche dans la LEg, cf. DUNAND, 2016.

⁸⁵² La LEg est d'ailleurs « un rare exemple de loi s'appliquant tant au secteur privé qu'au secteur public ». AUBERT, Commentaire LEg 2011, N 1 ad art. 2 LEg, p. 27.

⁸⁵³ Cf. ARIOLI/FURRER ISELI, N 3, p. 1. Voir ég. Message 1993 (LEg), p. 1208.

⁸⁵⁴ En ce qui concerne la problématique des engagements de droit privé, voir *infra* N 400.

⁸⁵⁵ Cf. ARIOLI/FURRER ISELI, N 125, p. 54 ; Message 1993 (LEg), p. 1212 ; BIGLER-EGGENBERGER, N 22 ss ad art. 5 LEg, pp. 139 ss.

330 **Discrimination à l'embauche** – Par ailleurs, il est important de distinguer une discrimination (directe⁸⁵⁶) à l'embauche d'une offre discriminatoire⁸⁵⁷. Car, dans le premier cas, la LEg est applicable, alors qu'elle ne l'est pas dans le deuxième. « L'interdiction de la *discrimination directe à l'embauche* signifie qu'un refus d'embauche ne peut en principe se fonder explicitement sur le critère du sexe ou de la grossesse »⁸⁵⁸. Il peut être effectivement discriminatoire de refuser un poste à une candidate en raison de son sexe ou d'une éventuelle maternité future⁸⁵⁹. Par exemple, selon la jurisprudence, un « hôpital qui préfère engager une femme d'un certain âge plutôt qu'une jeune mère, au motif que la seconde pourrait avoir un deuxième enfant, commet [...] une discrimination directe à l'embauche »⁸⁶⁰. De même, le fait de refuser d'engager une employée au bénéfice d'un contrat de durée déterminée de manière permanente après que celle-ci a annoncé être enceinte constitue une discrimination directe à l'embauche⁸⁶¹. En cas de discrimination à l'embauche avérée, précisons que la LEg ne permet pas au candidat d'obtenir son engagement, mais seulement un droit à une indemnité⁸⁶².

331 **Montant et calcul de l'indemnité** – Le montant maximal de l'indemnité accordée à la victime d'un refus d'embauche à raison du sexe est plafonné à trois mois de salaire (cf. art. 5 al. 4 LEg)⁸⁶³. L'indemnité est « calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit » (art. 5 al. 2 LEg)⁸⁶⁴.

⁸⁵⁶ Une discrimination à l'embauche peut également être « indirecte », « lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement ». Message 1993 (LEg), p. 1210.

⁸⁵⁷ Pour la distinction, voir Message 1993 (LEg), p. 1210.

⁸⁵⁸ LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 14 ad art. 3 LEg, p. 43 (c'est l'auteure qui met en italique). Pour quelques exemples de discrimination directe à l'embauche, voir Message 1993 (LEg), p. 1210 ; consulter ég. DUNAND, 2016, p. 39.

⁸⁵⁹ *Ibidem*.

⁸⁶⁰ LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 14 ad art. 3 LEg, p. 43, et la réf. citée (note 66) concernant l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Lucerne.

⁸⁶¹ LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 14 ad art. 3 LEg, p. 43, et la réf. (note 67) concernant l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich.

⁸⁶² Voir l'art. 5 al. 2, 8 al. 2 et 13 al. 2 LEg.

⁸⁶³ La loi ne prévoit donc pas de montant minimal. Cf. DUNAND, 2016, p. 63.

⁸⁶⁴ Pour plus de détails concernant la nature et le montant de cette indemnité, voir la contribution récente de DUNAND, 2016, pp. 60-64.

Par ailleurs, en vertu de l'article 5 alinéa 4 LEg, deuxième phrase, lorsque « plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste, la somme totale des indemnités versées n'excédera pas non plus [le] montant [correspondant à trois mois de salaire] »⁸⁶⁵.

Qualité pour recourir – La qualité pour recourir (et donc pour prétendre au versement d'une indemnité) n'appartient cependant qu'à une personne victime d'une discrimination, qui aurait posé une candidature en bonne et due forme, à savoir serait postulante et aurait entrepris des démarches actives en vue de son engagement : envoi d'une lettre de candidature, de certificats, de documents, comparution à l'entretien d'embauche, etc⁸⁶⁶. Par conséquent, les organisations mentionnées à l'article 7 LEg n'ont pas la possibilité d'obtenir une indemnité de l'employeur, mais seulement un jugement en constatation⁸⁶⁷.

Offre d'emploi discriminatoire – Lorsque l'offre d'emploi est discriminatoire en elle-même⁸⁶⁸, la loi sur l'égalité est inapplicable, autrement dit, personne ne peut invoquer des prétentions liées à un refus d'embauche discriminatoire⁸⁶⁹. « Une offre d'emploi discriminatoire garde cependant son importance dans la procédure relative à une discrimination portant sur un refus d'embauche, dans la mesure où elle constitue un indice en faveur d'une discrimination dans l'occupation du poste [...]. Même lorsqu'une offre d'emploi est discriminatoire, la personne intéressée doit poser sa candidature pour pouvoir faire valoir son droit à l'indemnité »⁸⁷⁰. Par ailleurs, en raison du fait que l'énumération des domaines auxquels s'applique l'interdiction de discriminer n'est pas exhaustive, il se pourrait que la jurisprudence étende un jour l'interdiction de discriminer à l'offre d'emploi discriminatoire⁸⁷¹.

⁸⁶⁵ Cf. ég. DUNAND, 2016, p. 64.

⁸⁶⁶ Voir ARIOLI/FURRER ISELI, N 126, p. 55.

⁸⁶⁷ S'agissant de la qualité pour agir de ces organisations, cf. DUNAND, 2016, pp. 67 s.

⁸⁶⁸ En ce sens, selon la jurisprudence, une entreprise ne pourrait exclure d'emblée les candidatures féminines pour une direction de projet [...] ou déclarer ne pas pouvoir envisager un homme comme secrétaire [...] ou *flight attendant* [...]. Cf. LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 14 ad art. 3 LEg, p. 43 (c'est l'auteure qui met en italique) et les références citées.

⁸⁶⁹ « Les offres d'emploi qui auraient un caractère discriminatoire ne donnent pas lieu à indemnité. En effet, le large cercle des victimes potentielles rendrait la sanction démesurée ». Message 1993 (LEg), p. 1214.

⁸⁷⁰ ARIOLI/FURRER ISELI, N 127, p. 56.

⁸⁷¹ Selon l'opinion d'ARIOLI/FURRER ISELI, N 127, p. 56.

B. En droit de la fonction publique

334 Comme nous l'avons fait pour le droit privé du travail, il convient maintenant de s'interroger, dans le secteur public, sur les éventuels droits du candidat évincé à un poste (I), notamment au regard des règles découlant de la protection de la personnalité du postulant (II) ou de l'application de la loi sur l'égalité (LEg) à l'embauche (III).

I. Les droits du candidat évincé d'un poste

335 **Principe** – Tout comme en droit privé du travail, le candidat d'un poste dans le secteur public ne peut faire valoir aucune prétention à la suite d'un refus d'embauche, sous réserve d'une discrimination à raison du sexe ou d'une grave violation de sa personnalité. Par ailleurs, « la question de savoir si le refus d'embauche constitue [...] une décision [...] dans le secteur public] suscite des réponses controversées en doctrine et en jurisprudence »⁸⁷². La question de la justiciabilité de cette éventuelle « décision » est également controversée, sauf dans le cas où la qualité pour recourir découle de la LEg⁸⁷³.

336 **Nature et justiciabilité de la « décision » du refus d'embauche** – En effet, pour les rapports de travail de droit public, la LEg qualifie sans équivoque le refus d'embauche de décision et donne le droit au candidat évincé de prétendre à une indemnité (cf. art. 13 al. 2 LEg)⁸⁷⁴. L'article 13 alinéa 2 LEg permet ainsi de recourir « directement contre la décision de refus d'embauche », ce qui signifie que ce refus est un acte attaquant, que l'employé pourra contester, et cela indépendamment du fait que son engagement soit fondé sur un contrat ou sur une décision⁸⁷⁵.

337 **Pouvoir d'examen de l'autorité appelée à effectuer un contrôle** – En dehors de l'application de la LEg, savoir si le refus d'embauche constitue une décision susceptible de recours est de toute importance, puisque c'est sur la

⁸⁷² MARTI U., p. 58. Concernant cette controverse, voir ég. ARIOLI/FURRER ISELI, N 135, p. 62 (et les réf. citées à la note 65).

⁸⁷³ MARTI U., p. 58.

⁸⁷⁴ Cf. ARIOLI/FURRER ISELI, N 135, p. 63. Voir également DUNAND, 2016, pp. 59-60.

⁸⁷⁵ « En effet, la protection juridique accordée par la loi sur l'égalité doit pouvoir être invoquée quelle que soit la forme juridique du rapport de travail de droit public » : ARIOLI/FURRER ISELI, N 136, p. 63. Cf. ég. DUNAND, 2016, p. 60. Par ailleurs, lorsque le droit privé s'applique à titre de droit public supplétif, le contentieux reste soumis à la procédure administrative et donc à l'art. 13 al. 2 LEg : voir BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, N 8 ad art. 13 LEg, p. 281.

base de cet acte juridique que le candidat évincé pourrait faire valoir un éventuel « droit à l'embauche ». Que l'on plaide ou non en faveur d'un contrôle juridictionnel du refus d'embauche au sein des collectivités publiques, il faut préciser que le pouvoir d'examen de l'autorité judiciaire est tout de même restreint en raison du grand pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative en la matière⁸⁷⁶. En effet, les employeurs publics disposent d'un très large pouvoir d'appréciation pour sélectionner le candidat qui pourrait remplir au mieux les conditions d'engagement fixées dans l'offre d'emploi, ainsi que pour déterminer celui qui sera le plus apte à remplir les tâches afférentes à sa fonction. Ce constat nous amène à nous interroger sur la réelle opportunité de permettre un contrôle matériel du refus d'embauche par une autorité judiciaire, car même si on nie au refus d'embauche un caractère décisionnel⁸⁷⁷, permettre au pouvoir judiciaire d'examiner une question qui est strictement du ressort des autorités administratives peut poser certains problèmes.

Opportunité du contrôle matériel – Bien souvent formées de spécialistes des ressources humaines ou de cadres compétents, les autorités d'engagement connaissent à merveille les rouages internes de l'administration et sont donc – sans aucun doute – plus expérimentées qu'un tiers pour recruter du personnel et décider si celui-ci est compétent⁸⁷⁸. Partant, il est difficile de concevoir qu'une autorité judiciaire puisse imposer à une autorité administrative l'engagement de tel ou tel collaborateur⁸⁷⁹. Lorsqu'ils se fondent sur des critères de sélection pertinents (diplômes, expérience professionnelle, langues, connaissances techniques), les employeurs publics devraient ainsi pouvoir décider librement quel sera le candidat qui peut être retenu à un poste, tout en sachant qu'il n'a aucun droit à être engagé. Selon HOFMANN, il « serait en effet peu souhaitable que les tribunaux deviennent les instances d'engagement du personnel étatique, sous peine d'entraver le pouvoir de l'exécutif d'organiser lui-même son administration »⁸⁸⁰.

338

⁸⁷⁶ Cf. HOFMANN, p. 121.

⁸⁷⁷ Sur le plan fédéral, voir toutefois les possibilités offertes par l'art. 25a PA. Cette disposition suit effectivement la logique de la formalisation de la relation administrative par le biais de la décision. Pour plus de détails, consulter TANQUEREL, 2011, N 695-703, pp. 241-242.

⁸⁷⁸ Cf. ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 9.2.

⁸⁷⁹ *Ibidem*. Voir ég. HOFMANN, p. 118.

⁸⁸⁰ HOFMANN, p. 118. D'ailleurs, toujours selon cet auteur, « les prétentions du candidat écarté [...] seraient limitées à une indemnité financière. Une autorité judiciaire ne pourrait pas imposer à une autorité administrative l'engagement d'un collaborateur » : HOFMANN, p. 118.

339 **La théorie des deux niveaux** – Cependant, dans le contexte de la conclusion d'un contrat par une collectivité publique, la doctrine a élaboré une théorie, appelée « théorie des deux niveaux »⁸⁸¹ (ou, selon la terminologie du droit français « théorie des actes détachables »⁸⁸²). Cette théorie considère l'étape contractuelle comme étant composée de deux phases distinctes, dont émanent deux actes juridiques⁸⁸³. La première phase consiste dans la décision de l'administration (unilatérale et fondée sur le droit public) de conclure le contrat ; la deuxième étant le contrat lui-même (en principe rattaché au droit privé). Bien qu'elle ne soit pas intégrée dans la pratique administrative suisse⁸⁸⁴, l'application de cette théorie pourrait avoir des conséquences importantes quant au refus d'embauche, puisqu'elle permettrait à tout postulant évincé de recourir contre celui-ci⁸⁸⁵. En effet, la décision (de conclure) pourrait être formellement séparée de l'acte du contrat et donc être soumise à un contrôle juridictionnel⁸⁸⁶.

340 **Conséquences** – Selon nous, la théorie des deux niveaux – qui permet principalement de soumettre des actes relatifs au droit privé (et donc à la justice civile) à la compétence du juge administratif⁸⁸⁷ – autoriserait également un contrôle juridictionnel du refus d'embauche au sein du contentieux administratif. Par conséquent, le refus de conclure une convention avec un candidat pourrait être considéré comme une décision négative, et ce, que la future relation juridique soit ou non soumise au droit public⁸⁸⁸. En d'autres termes, constitue ainsi selon cette théorie « une décision, et non une simple manifestation négative de volonté, l'acte unilatéral de ne pas passer le contrat proposé par un administré. Cette construction juridique fait donc un acte juridique unilatéral

⁸⁸¹ Sur la théorie des deux niveaux, voir, par exemple, HAFNER, 1999, p. 189 ; TANQUEREL, 2011, N 1003 ss, pp. 340-342.

⁸⁸² Cf. parmi d'autres, FLÜCKIGER, pp. 50 ss.

⁸⁸³ La théorie des deux niveaux (en allemand, « *Zweistufentheorie* »), développée en Allemagne dans l'après-guerre, ne se distingue pas vraiment de la « théorie des actes détachables » élaborée en droit administratif français au début du XX^{ème} siècle. Voir NGUYEN, 1998, p. 267. Cf. ég. von ARX, pp. 44-46.

⁸⁸⁴ Le Tribunal fédéral a effectivement laissé la question ouverte de savoir si celle-ci pouvait s'appliquer sans réserve dans la pratique administrative en Suisse. Voir, à cet égard, TF 1C_88/2007 du 26 novembre 2008, c. 2.2 (et les réf. citées concernant le fondement et la portée de la théorie des deux niveaux). Sur la réception de la théorie des actes détachables en Suisse, voir NGUYEN, 1998, pp. 274-283.

⁸⁸⁵ Cf. NGUYEN, 1998, p. 267.

⁸⁸⁶ Cela, en vertu de cet acte détachable. La difficulté réside cependant dans la détermination de la « détachabilité » de ces actes. Cf. NGUYEN, p. 269.

⁸⁸⁷ Cf. FLÜCKIGER, p. 50.

⁸⁸⁸ On peut ici penser au refus d'engager un postulant au sein d'une collectivité publique.

de ce qui, en droit privé, constitue le processus interne de la formation de la volonté »⁸⁸⁹. Ainsi, malgré le manque d'opportunité de permettre un contrôle juridictionnel du refus d'embauche, l'application de la théorie des deux niveaux aurait pour conséquence d'admettre la nature décisionnelle du refus prononcé par l'autorité d'engagement et d'autoriser un tel contrôle.

Casuistique fédérale – Par ailleurs, alors qu'il n'y a en principe aucun droit à un engagement au titre de la LPers, le Tribunal administratif fédéral reconnaît pratiquement un « droit à l'embauche » aux candidats à une fonction publique fédérale⁸⁹⁰. En effet, à plusieurs reprises, il a octroyé le droit de demander le prononcé d'une décision de non-engagement aux postulants (afin de leur permettre de recourir contre celle-ci). Nous commenterons ici deux arrêts du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) traitant de la question du refus d'embauche dans le secteur public.

- Dans le premier arrêt, du 12 octobre 2010⁸⁹¹, il est question du refus d'embauche d'un candidat (A.) au poste de commandement d'une brigade (X.)⁸⁹². Le TAF reconnaît tout d'abord sa compétence pour examiner les décisions du Conseil fédéral en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération (c. 1.2.1). Il précise ensuite qu'il n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'accès au juge, dans un cas de refus d'embauche, et qu'il convient ici de rappeler l'évolution du droit du personnel de la Confédération au regard de cette problématique (c. 6)⁸⁹³.

⁸⁸⁹ Voir ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 6.3.2.

⁸⁹⁰ Cf. ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, particulièrement c. 9.2.

⁸⁹¹ ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010. Voir notamment les commentaires de MARTI U., pp. 58-61 ; HELBLING, 2012, pp. 155-162 ; HOFMANN, pp. 116-118.

⁸⁹² Dans cette affaire, A. a postulé pour le poste X. et a été reçu en entretien, mais son dossier de candidature a été écarté au profit de celui d'un autre candidat (B.). A. a alors recouru auprès du Conseil fédéral qui a refusé de lui notifier une décision formelle sujette à recours. A. a ensuite formé un recours administratif pour déni de justice et violation du droit constitutionnel fédéral auprès du TAF contre le refus du Conseil fédéral. Voir ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010. Cf. ég. HELBLING, 2012, pp. 155 s.

⁸⁹³ Alors que sous l'empire du StF, la nomination d'un postulant revêtait la qualité d'une décision au sens de l'art. 5 PA, la possibilité de contester une telle décision de nomination n'était pas ouverte à un candidat évincé ; cela correspondait d'ailleurs à la pratique de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de personnel. Cette commission (remplacée à compter du 1^{er} janvier 2007 par le Tribunal administratif fédéral) déniait à tout postulant écarté par l'administration fédérale la qualité pour recourir devant son instance (c. 6.1.1-6.1.2). Aujourd'hui, selon le TAF, il convient d'admettre cette qualité pour recourir au vu de l'évolution du droit de la fonction publique et de la conception même du rapport des fonctionnaires avec l'Etat. Voir MARTI U., p. 61.

Aujourd'hui, la LPers ne traite pas du droit d'un candidat évincé par l'administration fédérale à obtenir une décision justiciable, notamment à la suite de la conclusion d'un contrat de travail par l'autorité d'engagement avec un autre postulant. Cependant, le TAF arrive à la conclusion qu'un intérêt digne de protection à obtenir une décision de « non-nomination »⁸⁹⁴ doit à présent être reconnu au candidat évincé, en raison de l'application conjointe de la LPers (législation matérielle) et du droit de procédure actuel (LTAF et PA), ainsi que du nouvel article 29a Cst. (c. 7.1)⁸⁹⁵. Le TAF nuance toutefois le principe selon lequel le candidat aurait spontanément le droit de recevoir une décision, qu'il pourrait ensuite contester en justice et admet que celle-ci ne doit pas être rendue automatiquement par l'autorité compétente lors de la communication du refus d'embauche, mais uniquement sur requête (c. 7.2 *in fine*). Il ressort ainsi de l'arrêt en cause qu'en refusant de rendre une décision de refus d'embauche, le Conseil fédéral a commis un déni de justice formel au sens de l'article 46a PA (c. 8)⁸⁹⁶.

- Dans le deuxième arrêt, du 18 juin 2011⁸⁹⁷, il est également question d'un refus d'embauche, plus précisément, d'une non-proposition de promotion. En l'espèce, S., professeur assistant au sein de l'EPFL, avait déposé un dossier de candidature en vue de sa nomination en tant que professeur associé. Sa candidature a cependant été écartée par le président de l'EPFL à la suite des avis formulés par la Faculté et par le Comité de promotion concerné. S. a alors saisi la Commission de recours interne des EPF (CRIEPF), puis le TAF, qui a reconnu que le candidat évincé avait qualité pour recourir (c. 1), sans pour autant faire mention de l'arrêt (antérieur) du 12 octobre 2010⁸⁹⁸. Sur le fond, le TAF a toutefois admis que la décision de l'autorité inférieure était correcte et que le recours de S. devait être rejeté (c. 9).

⁸⁹⁴ Ce terme est erroné. Selon nous, il s'agit plutôt d'une décision de refus d'engagement puisque le personnel fédéral n'est en principe actuellement pas nommé, mais engagé par un contrat de droit public.

⁸⁹⁵ Cf., à cet égard, MARTI U., p. 60.

⁸⁹⁶ Même si l'engagement d'un postulant à une fonction publique affecte non seulement l'intérêt public, mais aussi les intérêts privés du candidat évincé (c. 7.1), la brèche ouverte dans cet arrêt par le TAF a été critiquée à plusieurs égards. Par exemple, cet arrêt expose trop succinctement les motifs qui conduisent à la reconnaissance d'un droit à une décision de « non-nomination ». Cf. HOFMANN, p.118.

⁸⁹⁷ ATAF A-3991/2010 du 18 juin 2011.

⁸⁹⁸ Voir HOFMANN, p. 119. Par ailleurs, le TAF a rejeté le grief formulé par S. d'une violation du droit d'être entendu, grief motivé par le fait qu'il n'aurait pas eu accès à certains documents versés à son dossier : lettres de recommandation, procès-verbal sur les résultats du vote au sein du Comité de promotion, évaluations des experts (il est pro-

Impact de cette casuistique – Ces deux arrêts du Tribunal administratif fédéral ont un impact important au sein de la fonction publique, tant sur le plan fédéral que cantonal. Pour reprendre les constats auxquels HOFMANN a abouti et que nous partageons, ils permettent, tout d’abord, sur le plan fédéral, de reconnaître la qualité pour recourir de tout candidat évincé lors du processus de recrutement, alors même que la LPers ne règle pas cette question⁸⁹⁹. En effet, la loi sur le personnel fédéral prévoit uniquement que l’employeur doit rendre une décision, lors de litiges liés aux rapports de travail, lorsqu’aucun accord n’intervient (cf. art. 34 al.1 LPers). Au vu de la jurisprudence du TAF, il faudrait considérer l’entretien d’embauche comme faisant partie des « rapports de travail », même si cela devait avoir pour effet de permettre au pouvoir judiciaire d’examiner des questions qui étaient auparavant strictement du ressort des autorités administratives⁹⁰⁰. En ce qui concerne le niveau cantonal à présent, il faut être attentif au fait que la jurisprudence du TAF ne peut avoir – d’un point de vue formel – un effet direct sur les cantons, car elle concerne une loi fédérale (la LPers) et non pas une norme cantonale ; il ne s’agit pas non plus de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁰¹. HELBLING est cependant d’avis que cette jurisprudence aura une influence sur les cantons et les communes⁹⁰².

bable que le TAF ait souhaité protéger l’anonymat des experts ayant évalué les différents candidats).

⁸⁹⁹ HOFMANN, p. 116.

⁹⁰⁰ Voir, à cet égard, HOFMANN, p. 118.

⁹⁰¹ Toutefois, si le droit cantonal ne devait pas exclure le prononcé d’une décision en ce qui concerne le refus d’embauche, les cantons pourraient alors appliquer largement l’art. 29a Cst. Cf. HOFMANN, p. 120 ; MARTI U., p. 60 ; HELBLING, 2012, p. 157 ss.

⁹⁰² HELBLING, 2012, p. 162.

II. La protection de la personnalité du postulant

343 **Principe** – Nous avons vu que, selon le Tribunal fédéral, la protection de la personnalité s'étend aux pourparlers précontractuels⁹⁰³. Notre Haute Cour admet également que les principes en matière de protection de la personnalité (art. 328 CO) tirés de la doctrine et de la jurisprudence concernant le droit privé sont aussi applicables au droit de la fonction publique⁹⁰⁴. Partant, tout comme l'employeur du secteur privé, l'employeur public a l'obligation de respecter la personnalité du postulant lors d'un entretien d'embauche. Il est d'ailleurs difficile de concevoir que les collectivités publiques puissent être délivrées d'une telle obligation compte tenu de leur position particulière.

344 **Traitement de données** – Alors que la loi fédérale sur la protection des données régit notamment le traitement des données effectué par des employeurs privés et concernant les travailleurs, elle ne s'applique que sur le plan fédéral⁹⁰⁵ pour les rapports de travail de droit public (cf. art. 2 al. 1 let. a et b LPD). En effet, le traitement de données par des organes cantonaux ou communaux relève du droit public cantonal⁹⁰⁶. Cependant, en cas de lacune dans les dispositions de droit public, l'article 328b CO permettrait à notre sens, comme en droit privé du travail, de protéger les données personnelles du postulant. L'application par analogie de l'article 328b CO au droit de la fonction publique aurait par exemple pour conséquence que l'employeur public ne puisse traiter des données concernant ses futurs employés que dans la mesure où ces données portent sur leurs aptitudes à remplir une fonction ou soient nécessaires à son exécution⁹⁰⁷. Selon nous, tous les principes développés en droit privé du travail par la jurisprudence et la doctrine devraient s'appliquer *mutatis mutandis* au droit de la fonction publique, lorsque la protection offerte par une collectivité publique est insuffisante.

⁹⁰³ *Supra* N 323.

⁹⁰⁴ Par exemple, la définition du *mobbing* est identique en droit privé du travail et en droit de la fonction publique. Parmi d'autres, cf. TF 8C_1033/2010 du 10 juin 2011, c. 5.2.2 ou TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.1. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 328 CO n'est cependant pas applicable comme tel aux rapports de droit public, mais sera tout au plus applicable par analogie, en cas de lacune dans les dispositions de droit public : TF 8C_910/2011 du 27 juillet 2012, c. 5.1.

⁹⁰⁵ Le traitement des données des employés de la Confédération est aussi protégé par des règles spécifiques qui se trouvent dans la LPers (art. 27 et 28) et dans l'OPDC. Cf. DUNAND, Commentaire 2013, N 8 ad art. 328b CO, p. 321.

⁹⁰⁶ *Ibid.* « Le droit cantonal détermine également dans quelle mesure la législation cantonale sur la protection des données est applicable aux communes » : FF 1988 II 421.

⁹⁰⁷ Autrement dit, l'application du droit privé aux rapports de travail de droit public pourrait notamment protéger les postulants d'une atteinte à leur sphère privée.

En outre, comme c'est aussi le cas dans le secteur privé, certaines questions généralement considérées comme illicites, devraient pouvoir être tolérées, dans un entretien d'embauche du secteur public, si les circonstances l'exigent. Toutefois, l'employeur public devrait également se prévaloir d'un motif justificatif (p. ex. d'un intérêt public ou privé prépondérant) et démontrer que la question posée porte effectivement sur l'aptitude du candidat à remplir son emploi et sur des données nécessaires à l'exécution de sa fonction. Là aussi⁹⁰⁸, l'existence d'un motif justificatif de l'employeur ne suffit pas à rendre licite toute atteinte aux données personnelles, car « le procédé utilisé doit, lui aussi, respecter la personnalité des travailleurs, conformément à l'art. 328 CO, et observer les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité »⁹⁰⁹.

Devoir de renseigner – En outre, la protection de la personnalité du postulant à une fonction publique ne l'exonère pas, selon nous, de certains devoirs, que nous avons mis en évidence plus haut pour les travailleurs du secteur privé, notamment le devoir de renseigner son employeur ou de lui révéler l'existence d'une procédure pénale⁹¹⁰. A notre avis, les règles et les principes applicables en la matière dans le secteur public sont exactement les mêmes qu'en droit privé. D'ailleurs, c'est dans un arrêt concernant la fonction publique que le Tribunal fédéral a par exemple circonscrit la portée du devoir de révéler l'existence d'une procédure pénale⁹¹¹. Les principes relatifs au devoir de renseigner de l'employé durant un entretien d'embauche s'appliquent donc tant dans les rapports de travail de droit privé que dans les rapports de service de droit public.

345

Un droit au mensonge dans la fonction publique ? – Par ailleurs, on peut également se demander si le candidat à une fonction publique n'aurait pas dans certaines circonstances un éventuel « droit au mensonge », tel qu'il est reconnu par la doctrine majoritaire en droit privé du travail⁹¹². Selon nous, le droit au mensonge pourrait aussi s'appliquer au sein de la fonction publique et les conséquences juridiques qui découlent d'une question non admissible devraient être les mêmes que dans le secteur privé.

346

⁹⁰⁸ Voir *supra* N 324.

⁹⁰⁹ ATF 130 II 425, c. 3.3 ; DUNAND, Commentaire 2013, N 34 ad art. 328b CO, p. 328.

⁹¹⁰ Voir *supra* N 325.

⁹¹¹ Cf. TF du 30 janvier 2006, in : RDAF 2007 I, pp. 567 ss. Dans cette affaire, la postulante avait omis de dire qu'elle faisait l'objet d'une poursuite pénale pour homicide lors de son engagement à une fonction publique, le Tribunal fédéral a considéré que cette employée avait violé son obligation de renseigner lors de l'entretien d'embauche.

⁹¹² Voir *supra* N 326.

Lors de l'entretien d'embauche, le candidat à une fonction publique serait alors autorisé à mentir lorsqu'on lui poserait une question illicite (étant donné son état de nécessité), sans que l'employeur public ne puisse ultérieurement se prévaloir d'une erreur essentielle pour mettre fin aux rapports de service. S'il le faisait, le licenciement revêtirait alors un caractère abusif et pourrait, comme en droit privé, être considéré comme infondé⁹¹³. Toutefois, le droit au mensonge s'appliquerait, bien entendu, exclusivement aux questions illicites de l'employeur et ne protégerait pas les candidats astreints à un éventuel devoir de renseigner.

III. L'interdiction de discrimination à l'embauche à raison du sexe

347 **Principe** – L'interdiction de discrimination à l'embauche à raison du sexe est bien entendu aussi valable dans les rapports de travail de droit public⁹¹⁴. Nous l'avons vu, la LEg donne le droit au candidat évincé de recourir directement contre la décision de refus d'embauche et de faire valoir une indemnité (cf. art. 13 al. 2 LEg). Le montant maximal de l'indemnité accordée à la victime d'un refus d'embauche à raison du sexe dans le secteur public est le même que pour un travailleur du secteur privé, à savoir trois mois de salaire (cf. art. 5 al. 4 LEg). L'indemnité est calculée de la même façon que pour un rapport de travail de droit privé (cf. art. 5 al. 2 LEg), car l'article 5 LEg s'applique également aux rapports de travail de droit public. Par ailleurs, les principes développés plus haut, s'agissant des discriminations à l'embauche ou des offres discriminatoires, sont entièrement applicables aux rapports de travail au sein des collectivités publiques. Pour éviter les redites, présentons encore ici une thématique qui se rattache davantage au droit de la fonction publique, quand bien même celle-ci peut très bien se poser dans le secteur privé : il s'agit de l'admissibilité d'accorder la priorité aux candidatures féminines pour certains postes.

⁹¹³ Cf. WYLER, Commentaire 2013, N 38 ad. art. 320 CO, p. 45.

⁹¹⁴ Dès son entrée en vigueur, la LEg a apporté d'importantes améliorations et innovations « en ce qui concerne les droits et la procédure pour le personnel de la Confédération, des cantons et des communes en cas de discrimination », même si avant celle-ci, la Constitution fédérale protégeait déjà les employés en Suisse, par une interdiction générale de discriminer à raison du sexe : ARIOLI/FURRER ISELI, N 7, p. 3.

Priorité accordée aux candidatures féminines ? – Dans ce contexte, depuis quelques années, on tente de promouvoir, au sein des collectivités publiques, des candidatures féminines pour occuper des fonctions où les femmes seraient sous-représentées⁹¹⁵. Pour ce faire, les employeurs publics peuvent avoir recours à des quotas flexibles ou rigides⁹¹⁶ : alors que les quotas flexibles ou souples « prennent en considération les différences de qualifications, [et] sont en principe considérés comme conformes au principe de la proportionnalité [...] l'admissibilité des quotas rigides pose souvent problème »⁹¹⁷.

348

Admissibilité des quotas flexibles (ou souples) ? – En ce qui concerne tout d'abord les quotas flexibles ou souples, tant la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes⁹¹⁸ que le Tribunal fédéral⁹¹⁹ les considèrent comme bienvenus, car ils visent à promouvoir l'égalité entre les sexes et sont le seul moyen permettant d'atteindre une égalité effective⁹²⁰. Pour l'administration fédérale, ces mesures ont été concrétisées dans des instructions édictées par le Conseil fédéral et sont tout à fait légales⁹²¹.

349

Admissibilité des quotas rigides ? – En revanche, n'est-il pas légitime de s'interroger sur la pratique des quotas rigides, telle qu'elle s'applique dans certaines collectivités, pratique qui consiste à accorder la priorité aux candidatures féminines, jusqu'à ce que la parité des sexes au sein du personnel soit atteinte. Est-elle légale ? Et ne présente-t-elle pas une éventuelle contradiction avec l'interdiction d'une discrimination à l'embauche à raison du sexe (cf. art. 3 al. 2 LEg), puisque les candidats masculins avec des qualifications identiques à celles des femmes seraient automatiquement écartés ? Cependant, l'article 3 alinéa 3 LEg prévoit que ne « constituent pas une discrimination les

350

⁹¹⁵ Cf. ARIOLI/FURRER ISELI, N 134, pp. 59-62, à propos de la question de la priorité accordée à qualifications égales à l'un des sexes.

⁹¹⁶ Sur ces questions de quotas dans le secteur public, cf. par exemple, HANGARTNER, 1992, pp. 835-838, et ARIOLI, 1992, pp. 236-250.

⁹¹⁷ LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 45 ad art. 3 LEg, p. 63. « Le Tribunal fédéral distingue les *quotas flexibles ou souples*, qui donnent la préférence aux femmes à qualifications égales ou équivalentes à celles des hommes, des *quotas fixes ou rigides*, qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de la question de savoir si les qualifications dont elles font preuve sont équivalentes ou non à celles des candidats masculins [...] » : LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 42 ad art. 3 LEg, p. 61.

⁹¹⁸ Cf. arrêt de la CJCE du 11 novembre 1997, dans l'affaire C-409/95, dit arrêt *Marshall*.

⁹¹⁹ Voir ATF 123 I 152 (spéc. p. 158), SJ 1997 656 (trad.).

⁹²⁰ Cf. ARIOLI/FURRER ISELI, N 134, pp. 61-62.

⁹²¹ Voir les instructions concernant l'amélioration de la représentation de la situation du personnel féminin de l'administration générale de la Confédération, adoptées le 18 décembre 1991, FF 1992 II 603 ss.

mesures appropriées à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes », de sorte que les quotas rigides peuvent se justifier selon les circonstances. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de s'exprimer plusieurs fois sur la question de leur admissibilité concernant les rapports de travail de droit public⁹²². Il ressort de la jurisprudence de notre Haute Cour que la règle d'un quota rigide doit, dans le secteur public, reposer sur une base légale formelle suffisante (autre que l'art. 3 al. 3 LEg) et notamment respecter le principe constitutionnel de proportionnalité⁹²³.

351 **Casuistique** – Tant sur le plan fédéral que cantonal, la jurisprudence en matière de discrimination à l'embauche à raison du sexe est rare, si on la compare à celle relative aux discriminations salariales. Voici néanmoins quelques arrêts du Tribunal fédéral qui traitent de cette problématique en droit public du travail⁹²⁴.

- Le premier arrêt, du 10 mars 2000⁹²⁵, traite du refus d'embauche (de G.), ainsi que de la suppression de poste de deux surveillantes auxiliaires (M. et G.) dans un établissement pénitentiaire du canton de Neuchâtel. Dans cette affaire, M. et G. ont été licenciées, car le Conseil d'Etat avait décidé de mettre fin à la mixité des sexes des surveillants dans l'établissement (en raison d'importants dysfonctionnements). G., M. et le Syndicat suisse des services publics, se fondant sur la LEg, ont adressé au Conseil d'Etat une requête en constatation et en cessation de discrimination, ainsi qu'une demande d'indemnité. Ils invoquaient notamment l'argument selon lequel, même si la mixité de l'établissement devait être supprimée (c'est-à-dire que le service des détenus serait assuré par des personnes de même sexe), une discrimination subsisterait puisque des femmes (buandières, assistantes, etc.) continueraient à travailler au sein du pénitencier et que le règlement de prison n'excluait pas, par ailleurs, que des femmes soient détenues au sein de l'établissement, ce qui rendait contradictoire la mesure prise à leur encontre⁹²⁶. Le recours a été rejeté par le Tribunal fédéral pour des motifs procéduraux⁹²⁷.

⁹²² Consulter, à cet égard, LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 45 ad art. 3 LEg, p. 63, et les références à la jurisprudence citée.

⁹²³ Cf. LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 46 ss ad art. 3 LEg, pp. 63 ss.

⁹²⁴ Pour d'autres jurisprudences traitant de la discrimination à l'embauche à raison du sexe, cf. LEMPEN, Commentaire LEg 2011, N 14 ss ad art. 3 LEg, pp. 43-50.

⁹²⁵ TF 1A.8/2000 du 10 mars 2000.

⁹²⁶ En réponse à ces arguments, la juridiction cantonale a tout d'abord précisé, en ce qui concerne le refus d'embauche de G., qu'elle aurait dû agir dès réception de la lettre du 27 avril 1998 et requérir de l'autorité compétente une décision formelle, puisque le

- Dans un deuxième arrêt du 14 mars 2005 (arrêt *Balmelli*)⁹²⁸, abondamment commenté par la doctrine⁹²⁹, le Tribunal fédéral s'est intéressé à la question de savoir si un quota rigide – en vertu duquel les candidatures féminines devaient être automatiquement préférées aux candidatures masculines – était conforme à la Constitution, plus précisément à l'article 8 alinéa 3 de la Constitution. Notre Haute Cour a répondu par la négative, motif pris que la règle du quota rigide devait pour le moins être prévue dans une loi au sens formel, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (c. 6.7 et 7.1). En effet, pour être conforme au principe constitutionnel d'égalité, la mesure adoptée par l'université concernée ne pouvait *in casu* se fonder sur l'article 3 alinéa 3 LEg, car cette disposition ne constituait pas une base légale suffisante (c. 7.5).
- Un troisième arrêt, du 19 janvier 2006⁹³⁰, peut encore être mentionné⁹³¹. Celui-ci porte sur la nomination de professeurs au sein de l'Université de Genève, dont la loi sur l'université contenait un article permettant de donner, à qualifications scientifiques et pédagogiques égales, la préférence à l'engagement d'une personne appartenant au sexe « sous-représenté ». Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a reconnu que le candidat évincé, de sexe masculin, devait quand bien même pouvoir invoquer les droits conférés par l'article 5 LEg, bien qu'il ne fit pas partie du groupe de personnes sous-représentées. En effet, en vertu de la règle de préférence instaurée par la loi sur l'université, seules les personnes de sexe féminin étaient sous-représentées au sein du corps professoral, et donc fondées à se plaindre d'une discrimination. Le Tribunal fédéral a cependant considéré que l'« ouverture sans distinction fondée sur le sexe de la voie de la plainte à toutes les personnes qui s'estiment directement touchées par une violation de la règle de préférence constitue une exigence de la loi sur l'égalité qui

courrier relatif au refus d'embauche n'en était pas une. En laissant s'écouler plus de huit mois, G. avait tardé à agir. Il en était de même pour la requête en cessation de discrimination et en constatation du caractère discriminatoire du règlement des prisons, car G. aurait dû agir dès qu'elle avait eu connaissance de la suppression de poste.

⁹²⁷ Le Tribunal fédéral a considéré que le jugement du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel était essentiellement motivé sur le fond par des considérations d'ordre procédural liées au délai dans lequel doivent agir les personnes qui s'estiment victimes de discrimination (c. 1aa), et que A. et G. avaient effectivement tardé à agir (c. 2cc).

⁹²⁸ TF 2A.279/2004 du 14 mars 2005 = ATF 131 II 361, arrêt *Balmelli*.

⁹²⁹ Parmi d'autres, cf. LEMPEN, 2012, p. 97.

⁹³⁰ TF 2P.277/2004 du 19 janvier 2006.

⁹³¹ Sur cet arrêt, voir également le commentaire de LEMPEN, 2012, p. 99.

l'emporte sur l'autonomie procédurale des cantons » (c. 4.3). Par ailleurs, notre Haute Cour rappelle également, dans cette affaire, les droits d'une personne lésée prévus à l'article 5 LEg, puisque cette loi ne précise ni les délais ni les formes requises pour les faire valoir (c. 3.3).

C. Comparaison

Ressemblances – Les prétentions à la suite d'un refus d'embauche sont identiques en droit privé du travail et en droit de la fonction publique. En effet, comme les employeurs privés, les employeurs publics doivent protéger la personnalité et les données personnelles du postulant. Les principes dégagés par la jurisprudence de droit privé (en vertu des articles 328 et 328b CO) peuvent être applicables par analogie au droit de la fonction publique lorsque la législation de la collectivité publique n'offre pas une protection suffisante à un employé. Par ailleurs, le candidat à une fonction est également protégé contre certaines atteintes illicites à sa personnalité (p. ex. en cas de discrimination raciale). Pour renforcer cette protection, la LEg interdit expressément dans le secteur privé et dans le secteur public les discriminations à l'embauche à raison du sexe et permet à la victime de prétendre au versement d'une indemnité (cf. art. 5 al. 2 LEg). Que l'employeur soit du secteur privé ou public, l'indemnité est d'un même montant (cf. art. 5 al. 2 et 4 LEg) et d'une même nature.

352

Différences – Cependant, pour les rapports de travail de droit public, la LEg qualifie sans équivoque le refus d'embauche de « décision » (cf. art. 13 al. 2 LEg). Il en résulte que cet acte est directement attaquant. Le Tribunal administratif fédéral tend aussi, dans sa jurisprudence, à considérer le refus d'embauche d'un employé public comme une décision sujette à recours⁹³².

353

Conclusion – Ainsi, même si les prétentions à la suite d'un refus d'embauche sont tout à fait comparables dans les rapports de droit public et de droit privé (la sanction n'est jamais l'obligation de contracter, mais une indemnité), la nature de la « décision » du refus d'embauche dans la fonction publique est différente du droit privé, et demeure fortement incertaine (hors des cas prévus par la LEg), tout comme sa justiciabilité⁹³³. Afin de préserver l'intérêt public, un contrôle juridictionnel du refus d'embauche est le bienvenu, même si son opportunité est discutable en raison du pouvoir d'examen très restreint de l'autorité judiciaire de recours appelée à l'effectuer. En conclusion, alors que la qualité pour recourir du postulant sur la procédure concernant un refus d'embauche doit selon nous largement être admise en droit public (au vu des prérogatives spéciales de l'employeur), les chances de succès de l'employé recourant contre ce refus paraissent cependant très faibles, voire inexistantes sur le fond.

354

⁹³² Toutefois, le point de vue du Tribunal administratif fédéral (qui concerne les employés fédéraux) n'a pas été confirmé par le Tribunal fédéral.

⁹³³ Cf. HOFMANN, p. 118.

§ 3 Les modes d'engagement

355 Après avoir examiné quelques particularités liées au recrutement (§ 1) et au refus d'embauche (§ 2), voyons à présent quels sont les modes d'engagement (§ 3) en droit privé du travail (A) et en droit de la fonction publique (B), afin de les comparer (C).

A. En droit privé du travail

356 **Le contrat individuel de travail** – En droit privé du travail, il existe un seul mode pour engager un travailleur : il s'agit du contrat individuel de travail défini à l'article 319 du Code des obligations. Ce contrat « englobe aussi bien le contrat "général" de travail au sens des articles 319 à 342 CO que les contrats de travail "à caractère spécial" qui sont plus spécifiquement traités aux articles 344 à 354 CO »⁹³⁴. Par ailleurs, même si le droit privé offre également la possibilité de conclure des contrats-types de travail (CTT), ils ne constituent pas des accords contractuels, mais des ordonnances édictées par les autorités et contenant des dispositions directement applicables à certains rapports de travail (cf. art. 360 al. 1 CO)⁹³⁵.

357 **Éléments caractéristiques** – Le contrat individuel de travail est constitué de quatre éléments caractéristiques (cf. art. 319 CO)⁹³⁶ : une prestation de travail, un élément de durée, un rapport de subordination du travailleur à son employeur et une rémunération (c'est-à-dire un salaire)⁹³⁷.

358 **Formation** – Le contrat individuel de travail se conclut comme tout contrat, à savoir par une manifestation réciproque et concordante des volontés au sens de l'article 1 du Code des obligations. La conclusion du contrat suppose ainsi un accord des volontés entre les deux parties contractantes et ne peut, en principe, être contestée par un tiers (*res inter alios acta*). Sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al. 1 CO) ; la manifestation de volonté des parties contractantes peut donc être expresse ou tacite.

⁹³⁴ DUNAND, Commentaire 2013, N 3 ad art. 319 CO, p. 3 et la réf. citée.

⁹³⁵ Les CTT sont édictés par le Conseil fédéral, lorsqu'ils s'appliquent à plusieurs cantons, ou par le canton concerné, lorsqu'ils ne s'appliquent qu'à celui-ci (art. 359a al. 1 CO).

⁹³⁶ Voir, par exemple, TF 4A_553/2008 du 9 février 2009, c. 4.

⁹³⁷ Pour plus de détails s'agissant de ces quatre éléments caractéristiques, voir parmi d'autres, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 319 CO, pp. 71 ss.

Accord tacite ou contrat de fait – Selon l'article 320 alinéa 2 CO, il y a conclusion tacite du contrat lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui ne pouvait être d'après les circonstances que fourni contre un salaire. Par ailleurs, l'article 320 alinéa 3 CO permet de remédier aux conséquences de l'application des principes généraux s'agissant des vices affectant la validité du contrat⁹³⁸. Cette disposition présume le contrat de fait : ainsi « [s]i le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat » (art. 320 al. 3 CO).

359

Modification – Le contrat individuel de travail ne peut en principe pas être modifié de manière unilatérale⁹³⁹. Il n'est cependant pas immuable, car un accord entre les parties peut toujours intervenir : ensemble, elles peuvent librement convenir d'une modification du contrat et de son entrée en vigueur⁹⁴⁰. Pour recueillir le consentement d'une partie, l'autre partie contractante peut recourir au congé-modification, c'est-à-dire à « une résiliation liée à une offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées, laquelle est licite si la modification proposée ne doit entrer en vigueur qu'après l'écoulement du délai de résiliation du contrat en cause, sauf si elle tend à obtenir de la partie inverse des avantages objectivement injustifiés »⁹⁴¹.

360

Contrats successifs – En ce qui concerne la conclusion de contrats successifs auprès d'un même employeur et pour une même fonction (contrats dits « en chaîne »), la jurisprudence, approuvée par la doctrine, admet que sans motifs objectifs, le deuxième renouvellement d'un contrat individuel de travail de durée déterminée permet de transformer cet acte juridique en un contrat de durée indéterminée⁹⁴².

361

⁹³⁸ Cela, étant donné que les règles de la partie générale du CO (p. ex les règles relatives aux vices du consentement) s'appliquent également au contrat individuel de travail. Voir DUNAND, Commentaire 2013, N 30 ad art. 320 CO, p. 41.

⁹³⁹ En effet, le contrat donne une stabilité à la relation juridique notamment pour le travailleur, qui peut s'en prévaloir lorsque l'employeur souhaite péjorer sa situation.

⁹⁴⁰ WYLER, Commentaire 2013, N 36 ad art. 320 CO, p. 44. Pour plus de détails sur la modification du contrat de travail, consulter WITZIG ou DOGAN YENISEY.

⁹⁴¹ WYLER/HEINZER, p. 69.

⁹⁴² Pour plus de détails, voir CARRON, Commentaire 2013, N 29-33 ad art. 334 CO, pp. 568-571.

B. En droit de la fonction publique

362 En droit de la fonction publique, il existe trois actes juridiques pour engager du personnel, à savoir, la décision (I), le contrat de droit public (II) ou le contrat de droit privé (III). Nous verrons que les collectivités publiques peuvent parfois avoir le choix entre ces trois modes d'engagement (IV), ce qui nous amènera à formuler quelques questions choisies (V).

I. La décision

363 Avant de présenter les engagements d'agents publics par la voie de la décision sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (2) et celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (3), rappelons brièvement quelques généralités (1) concernant cet acte juridique.

1. Généralités

364 **Un acte-condition** – Dans le modèle traditionnel de la fonction publique, le fonctionnaire est engagé à un poste par une décision administrative émanant de la collectivité publique⁹⁴³. Son engagement résulte ainsi de sa « nomination », c'est-à-dire d'une décision administrative subordonnée à requête ou acceptation de l'administré⁹⁴⁴. Bien qu'il s'agisse d'un acte soumis à acceptation, celui-ci est un « acte-condition » dans la mesure où il contient les exigences relatives à l'existence du rapport juridique⁹⁴⁵. Autrement dit, l'engagement d'un agent par décision a pour conséquence de le soumettre à des normes générales et statutaires qui forment le droit de la fonction publique de la collectivité. Si l'autorité d'engagement souhaite néanmoins appliquer des normes particulières au rapport de travail, elle peut le faire en incluant des clauses spécifiques dans la décision⁹⁴⁶.

⁹⁴³ Dans ce modèle, « les rapports de service des agents étatiques sont créés en général par la nomination et exceptionnellement par d'autres moyens ». GRISEL, pp. 468 ss.

⁹⁴⁴ Cf., à cet égard, KNAPP, 1991, N 3113, p. 637. Voir ég. WISARD, pp. 37 s.

⁹⁴⁵ KNAPP, 1991, N 3113, p. 637. Par ailleurs, l'agent doit de manière expresse ou tacite accepter son engagement. Cf. MOOR, 1992, p. 210.

⁹⁴⁶ Cf. MOOR, 1992, p. 211. Par exemple, une individualisation du travail (pourcentage particulier d'occupation, lieu de travail, prestations singulières ou matériel spécifique, etc.) reste par ce moyen toujours possible.

2. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

Principe – Avec l’adoption de la nouvelle loi du 24 mars 2000 (LPers) sur le personnel de la Confédération, en remplacement de l’ancien statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927, la Confédération a repris, de manière généralisée, le système contractuel comme mode de création des rapports de travail⁹⁴⁷. En effet, selon la législation fédérale, les employés de la Confédération sont, en principe, désormais engagés par un contrat écrit de droit public (cf. art. 8 al. 1 LPers), et non pas par une décision administrative, comme dans le modèle traditionnel⁹⁴⁸. L’entrée en vigueur de la LPers a ainsi supprimé les engagements par voie de nomination de durée limitée (à la période administrative) pour la majorité des fonctionnaires.

365

Exception – Lors de son entrée en vigueur, la loi sur le personnel de la Confédération a cependant autorisé, exceptionnellement, l’engagement de certaines personnes par la voie de la nomination⁹⁴⁹. Par exemple, la LPers prévoyait que tant l’Assemblée fédérale que le Tribunal fédéral pouvaient déterminer, dans leurs domaines respectifs, quels étaient les collaborateurs qui devaient être engagés par décision. Le Conseil fédéral pouvait également disposer, par voie d’ordonnance, que d’autres personnes, tenues d’être indépendantes de l’organe chargé de l’engagement, soient nommées pour une durée de fonction⁹⁵⁰. Puis, la grande révision de la LPers, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013⁹⁵¹, a encore restreint le nombre d’employés fédéraux qui pouvaient être nommés pour une durée de fonction en raison des particularités du poste⁹⁵². Aujourd’hui, l’engagement de fonctionnaires par décision constitue clairement une exception prévue à l’article 14 LPers.

366

L’art. 14 LPers – L’article 14 alinéa 1 LPers dispose que « [l]es personnes nommées pour une durée de fonction sont soumises aux dispositions des lois spéciales et aux dispositions d’exécution de ces lois ».

367

⁹⁴⁷ Cf., par exemple, *supra* N 176.

⁹⁴⁸ *Supra* N 73.

⁹⁴⁹ Il s’agissait notamment des membres à temps complet des commissions fédérales de recours et d’arbitrage. Cf. article 9 al. 3 aLPers (version du 27 mars 2001). Pour plus de détails, voir GUIDE PRATIQUE, 11/3.2, p. 9.

⁹⁵⁰ Voir l’article 9 al. 4 et 5 aLPers (version du 27 mars 2001).

⁹⁵¹ *Supra* N 182.

⁹⁵² Voir l’ordonnance fédérale sur la durée des fonctions du 17 octobre 2001, abrogée le 1^{er} juillet 2013, qui s’appliquait notamment aux employés de l’Assemblée fédérale et du Tribunal fédéral (pour autant qu’ils fussent nommés pour une durée de fonction et que ces employeurs n’aient pas édicté de dispositions réglant leur engagement).

Pendant, en l'absence de dispositions fixées dans des lois spéciales (ou dans leurs dispositions d'exécution), les règles de la LPers sont applicables, sous réserve des dérogations mentionnées à l'article 14 alinéa 2 LPers, qui concernent notamment la résiliation des rapports de travail. Ces personnes nommées pour une durée de fonction déterminée peuvent être, par exemple, le directeur du Contrôle fédéral des finances, qui est nommé par le Conseil fédéral pour une durée de six ans (cf. art. 2 al. 2 LCF⁹⁵³) ou le directeur en chef de l'armée et son suppléant, qui sont nommés pour une période de quatre ans (cf. art. 17 al. 1 PPM^{954,955}).

368 **L'art. 2 al. 1 OPers** – En vertu de l'article 2 alinéa 1 OPers, le Conseil fédéral est compétent pour conclure les rapports de travail des secrétaires d'Etat, des directeurs d'office (et des personnes exerçant des responsabilités comparables au sein des départements), des « officiers généraux », des secrétaires généraux des départements, des vice-chanceliers de la Confédération ou des chefs de mission. Selon les directives du Conseil fédéral du 28 novembre 2014 relatives à la nomination des cadres supérieurs, les fonctions prévues à l'article 2 alinéa 1 lettre a, b, d et e, de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers) sont soumises à une nomination (voir art. 1.1)⁹⁵⁶.

369 **Procédure de nomination des cadres** – D'ailleurs, en modifiant l'OPers, le Conseil fédéral a récemment limité le nombre de cadres supérieurs qu'il nommait directement⁹⁵⁷. Sa compétence en matière de nomination a été réduite, dans la mesure où, même s'il continue à nommer les secrétaires d'Etat, les directeurs d'office, les secrétaires généraux des départements, leurs suppléants sont dorénavant nommés par les chefs de départements (cf. art. 2 al. 1^{bis} OPers). Ces changements sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2015⁹⁵⁸.

⁹⁵³ Loi fédérale sur le Contrôle des finances, du 28 juin 1967 ; RS 614.0.

⁹⁵⁴ Procédure pénale militaire, du 23 mars 1979 ; RS 322.1.

⁹⁵⁵ Cf. Message 2011, p. 6184.

⁹⁵⁶ Voir les directives du Conseil fédéral, du 28 novembre 2014, sur la nomination des cadres supérieurs par le Conseil fédéral. Celles-ci mentionnent différentes étapes devant être respectées durant la préparation de la procédure de nomination, qui relèvent de sa compétence. Voir ég. le communiqué de presse du DFF du 1^{er} décembre 2014.

⁹⁵⁷ Voir « Juris, procédure de nomination des cadres », in : Jusletter 8 décembre 2014.

⁹⁵⁸ Voir RO 2014 4567-4568.

3. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

Généralités – Alors que de nombreux cantons suisses ont suivi la tendance assez nette de contractualisation des rapports de travail pour l’engagement du personnel⁹⁵⁹, quelques cantons ont cependant maintenu le « statut de fonctionnaire » lié à une nomination. Parmi les cantons de la Suisse romande, Genève, Neuchâtel et le Valais ont ainsi conservé la décision administrative pour l’engagement du personnel⁹⁶⁰. 370

Genève – En effet, dans le canton de Genève, l’engagement du traditionnel « fonctionnaire » a encore lieu aujourd’hui par une décision administrative (c’est-à-dire par la nomination de celui-ci). Selon la loi générale relative au personnel de l’administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC), du 4 décembre 1997, est fonctionnaire tout membre du personnel régulier nommé pour une durée indéterminée et ayant accompli comme employé une période probatoire (art. 5 LPAC)⁹⁶¹. La nomination du fonctionnaire intervient, en principe, selon le règlement d’application de la loi générale relative au personnel de l’administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 24 février 1999, au terme d’une période de deux ans, sous réserve d’une prolongation de cette dernière (art. 47 al. 1 RPAC), et fait l’objet d’une lettre à l’intéressé (art. 47 al. 4 RPAC). Pendant la période probatoire, le collaborateur a donc le statut d’employé⁹⁶². L’auxiliaire qui occupe un poste sans interruption pendant plus de trois ans peut également être nommé (art. 47 al. 3 RPAC). La décision de nomination doit notamment contenir la fonction occupée par le fonctionnaire, son taux d’activité ainsi que la classe et le traitement correspondants (cf. art. 48 RPAC). 371

⁹⁵⁹ Nous verrons plus bas que la majorité de cantons recourt aujourd’hui à un contrat de droit public comme mode d’engagement des employés, plutôt que le prononcé d’une décision. Cf. *infra* N 392. Voir ég. BELLANGER/ROY, p. 463.

⁹⁶⁰ Pour plus de détails, voir, par exemple, MAHON/ROSELLO, p. 29.

⁹⁶¹ Au sein de l’administration cantonale et d’autres établissements publics, les dispositions statutaires distinguent différentes catégories de personnel et de fonctions (permanentes et non permanentes) pour la création des rapports de service (cf. art. 3 et 4 LPAC). Le personnel de la fonction publique genevoise se compose ainsi de fonctionnaires, d’employés, d’auxiliaires, d’agents spécialisés et de personnel en formation (art. 4 al. 1 LPAC).

⁹⁶² C’est-à-dire d’un membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire (voir l’art. 6 al. 1 LPAC).

372 **Neuchâtel** – A Neuchâtel, en vertu de la loi sur le statut de la fonction publique (LSt), du 28 juin 1995, les « titulaires de fonctions publiques » sont, en principe, également nommés (art. 9 LSt) pour une durée indéterminée (cf. art. 11 al. 1 LSt). Tout comme dans le canton de Genève, la nomination est précédée d'un engagement provisoire d'une durée de deux ans, qui constitue la période probatoire (art. 12 al. 1 LSt). Celle-ci peut néanmoins être abrégée ou supprimée lorsque l'autorité de nomination estime qu'elle ne se justifie pas (art. 12 al. 2 LSt). L'engagement provisoire ou la nomination a lieu sous la forme d'une décision indiquant notamment la fonction, la date d'entrée en service, la classe de traitement et le traitement initial (cf. art. 5 RSt). Nous précisons que le statut de la fonction publique neuchâtelois ne prévoit pas l'engagement de collaborateurs par contrat de droit public, mais réserve expressément, à son article 7 LSt, la possibilité d'engager du personnel par contrat de droit privé⁹⁶³.

373 **Valais** – Finalement, dans le canton du Valais, l'engagement du personnel a également lieu par voie de nomination, plus particulièrement, par une décision écrite de l'autorité compétente, et cela, que l'engagement soit de nature déterminée ou indéterminée (cf. art. 15 al. 1 LPers/VS). Cependant, nous verrons plus bas que la loi sur le personnel de l'Etat du Valais du 19 novembre 2010 réserve aussi la possibilité d'engager du personnel contractuellement, car le Conseil d'Etat peut effectivement prévoir la forme du contrat écrit de droit public pour certaines situations ou catégories de personnel (art. 15 al. 2 LPers/VS)⁹⁶⁴. Théoriquement, ce canton de la Suisse romande se trouve donc à mi-chemin entre les cantons qui conservent l'engagement du personnel par la voie de la décision et ceux qui ont opté pour des engagements par contrat de droit public.

II. Le contrat de travail de droit public

374 Avant de traiter des engagements du personnel étatique par contrats de droit public (plus précisément par contrats de droit administratif) sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (2) et celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (3), énonçons quelques généralités (1) sur cet acte juridique.

⁹⁶³ Voir *infra* N 410.

⁹⁶⁴ Cf. *infra* N 398.

1. Généralités

Notion – Le contrat de droit administratif⁹⁶⁵ appartient à la catégorie plus large des « contrats de droit public »⁹⁶⁶, qui comprend, par exemple, des conventions conclues entre les collectivités publiques, ou même entre particuliers⁹⁶⁷. Le contrat de droit public a ainsi « une acception un peu plus large », qui prend en compte, par exemple, qu'il existe effectivement « des contrats entre collectivités publiques, notamment des conventions intercantionales, qui ont un objet institutionnel relevant davantage du droit constitutionnel que du droit administratif »⁹⁶⁸. En d'autres termes, le contrat de droit administratif est une forme de contrat de droit public, même si les deux expressions sont « souvent utilisées de façon interchangeable »⁹⁶⁹. D'ailleurs, la terminologie de « contrat de droit public » a largement supplanté celle de « contrat de droit administratif » au sein de la fonction publique⁹⁷⁰. 375

Définition – Le contrat de droit administratif est « un acte résultant de la concordance de deux ou plusieurs manifestations de volonté concrétisant la loi dans un cas particulier individuel, ayant pour objet l'exécution d'une tâche publique de façon à produire des effets bilatéraux obligatoires »⁹⁷¹. Il peut également être défini comme « toute convention liant l'Etat à un particulier et relevant non pas du droit civil, mais du droit public »⁹⁷². Tout comme la décision administrative, le contrat d'engagement de droit public permet de régler « un rapport juridique concret de droit administratif » entre l'Etat et les particuliers⁹⁷³. 376

⁹⁶⁵ Au sujet du contrat de droit administratif, voir, parmi d'autres, ZWAHLEN ; IMBODEN ; KNAPP, 1994, N 1487 ss, pp. 126 ss ; RHINOW, 1986, pp. 1-9 ; BELLANGER, 2004, pp. 289-303 ; TANQUEREL, 2011, pp. 331-347 ; MOOR/POLTIER, pp. 453-483.

⁹⁶⁶ Pour la définition du contrat de droit public, cf., parmi d'autres, von ARX, pp. 35 ss.

⁹⁶⁷ ZWAHLEN, N 1, p. 465a. Un contrat de droit administratif peut effectivement « être conclu entre des sujets de droit privé, dans la mesure où leur relation est régie par le droit public » : cf. TANQUEREL, 2011, p. 339 et la réf. à l'ATF 103 Ib 335, spéc. 337.

⁹⁶⁸ TANQUEREL, 2011, p. 331.

⁹⁶⁹ *Ibidem*.

⁹⁷⁰ Voir l'art. 8 al. 1 LPers (« contrat de droit public ») et les divers statuts du personnel.

⁹⁷¹ KNAPP, 1994, N 1501, p. 128.

⁹⁷² ZWAHLEN, N 1, p. 465a.

⁹⁷³ ARIOLI/FURRER ISELLI, N 88, p. 39. La relation contractuelle qui en résulte doit aussi se dérouler dans le respect des principes régissant l'activité administrative.

- 377 **Développement et essor** – Le régime du contrat de droit administratif s’est progressivement développé et s’est imposé dans l’ordre juridique suisse⁹⁷⁴, même au sein de la fonction publique⁹⁷⁵. En effet, le contrat de droit administratif a connu un nouvel essor, lié aux réformes des administrations, et il est notamment devenu un instrument privilégié pour l’engagement des agents publics⁹⁷⁶.
- 378 **Le contrat de collaboration** – En outre, en raison du rapport spécifique qu’il crée entre l’Etat et ses employés, le contrat d’engagement de droit public peut être considéré comme une catégorie particulière de contrat de collaboration⁹⁷⁷. Ce dernier a pour but la participation et la collaboration d’un particulier à l’exécution d’une tâche publique. Il peut se conclure pour une durée déterminée ou indéterminée⁹⁷⁸. Par ailleurs, on considère comme des contrats de « subordination » les contrats conclus entre des organisations de droit public et des particuliers⁹⁷⁹.
- 379 **Admissibilité** – S’agissant d’un contrat conclu entre sujets de droit public et sujets de droit privé, le Tribunal fédéral a admis⁹⁸⁰ que les autorités d’engagement peuvent recourir au contrat de droit administratif non seulement quand la loi l’autorise expressément, mais aussi lorsqu’elle ne l’exclut pas formellement (condition de la légalité de la forme contractuelle)⁹⁸¹.

⁹⁷⁴ Voir *supra* N 77. Pour ses développements dans d’autres ordres juridiques, cf. IMBODEN, pp. 9-29.

⁹⁷⁵ « Ce renouveau apparent du contrat de droit public pourrait laisser penser que le droit administratif a évolué et qu’il délaisse l’approche unilatérale pour des relations négociées entre l’administration et ses agents ou ses partenaires publics ou privés » : BELLANGER, 2004, p. 290. Selon cet auteur, il y aurait ainsi « une *soft law* administrative qui se développe au détriment de la *hard law* traditionnelle ».

⁹⁷⁶ Cf., à cet égard, BELLANGER, 2004, p. 290. Voir ég. TANQUEREL, 2011, N 676, p. 235.

⁹⁷⁷ NGUYEN, 1998, p. 54 et NGUYEN, 1999, p. 429.

⁹⁷⁸ Par ailleurs, c’est un contrat hétérogène ou dit de « subordination », dans la mesure où un particulier (p. ex. un employé de la fonction publique) est toujours lié à une collectivité publique (Confédération, canton, commune) ou à une organisation de droit public. NGUYEN, 1998, p. 31.

⁹⁷⁹ Et ce, bien que la terminologie utilisée ne soit pas très appropriée du fait que les deux parties sont théoriquement sur un pied d’égalité. Cf. ARIOLI/FURRER ISELI, N 88, p. 40 (et les réf. citées). Sur la controverse doctrinale concernant le défaut d’égalité des parties, voir ZWAHLEN, pp. 473a ss.

⁹⁸⁰ Voir l’ATF 103 Ia 505, spéc. p. 512. Dans cet arrêt en matière de taxe de raccordement, le Tribunal fédéral a effectivement dû se prononcer quant à l’admissibilité des contrats de droit public (cf. c. 3a). Cf. ég. KNAPP, 1994, N 1487 ss, pp. 126 ss.

⁹⁸¹ « Une base légale expresse n’est donc pas nécessaire » : TANQUEREL, 2011, p. 336.

En outre, le contenu même du contrat ne doit pas être contraire au droit (condition du contenu contractuel)⁹⁸². Autrement dit, la « voie contractuelle ne saurait constituer un moyen de contourner les prescriptions légales. Le contrat de droit administratif n'échappe pas au principe de suprématie de la loi »⁹⁸³. Au demeurant, selon une partie de la doctrine, il faut encore que le recours au contrat apparaisse comme « plus approprié que la forme de la décision »⁹⁸⁴ ; cette troisième condition doit toutefois être fortement nuancée dans la mesure où cette question relève de l'opportunité et non de la légalité⁹⁸⁵. Aujourd'hui, force est de constater que le contrat de droit public permet à de nombreuses collectivités publiques d'engager du personnel à l'aide d'un acte juridique qui reste soumis, comme son nom l'indique, aux principes de droit public.

Validité et interprétation du contrat – Comme nous l'avons vu, la validité d'un contrat de droit public peut être affectée par un vice du consentement⁹⁸⁶. Un vice du contrat peut aussi résulter « du fait que la voie contractuelle n'était pas admissible dans les circonstances données, que la collectivité qui l'a conclu n'était pas compétente pour cela, qu'une approbation exigée par la loi n'a pas été donnée ou encore que la forme écrite n'a pas été respectée »⁹⁸⁷. Dans ces cas, les vices du contrat peuvent être sanctionnés par la nullité de celui-ci ou par son annulation. L'interprétation des contrats de droit administratif s'effectue, comme en droit privé, selon les principes de la confiance et de la bonne foi⁹⁸⁸.

Modification du contrat – Un contrat de droit administratif peut être modifié par accord entre les parties et dans le respect du cadre législatif. Une modification du contrat peut cependant également résulter de la demande d'une seule des parties, et parfois « se révéler nécessaire, en raison d'un changement imprévisible et fondamental des circonstances qui modifie l'équilibre économique, sans que cela soit imputable à l'une des parties »⁹⁸⁹.

⁹⁸² Voir l'ATF 136 II 415, spéc. 425.

⁹⁸³ TANQUEREL, 2011, p. 337.

⁹⁸⁴ Voir l'ATF 136 I 142, spéc. 147, dans lequel le Tribunal fédéral reprend cette expression sans toutefois en tirer de conséquences concrètes. Cf. TANQUEREL, 2011, p. 337.

⁹⁸⁵ Pour une approche critique, cf. MOOR/POLTIER, pp. 456-457.

⁹⁸⁶ Cf. *supra* N 282. Voir ég. l'ATF 132 II 161.

⁹⁸⁷ TANQUEREL, 2011, N 1009-1010, p. 342.

⁹⁸⁸ Le principe de la bonne foi peut jouer un rôle déterminant pour savoir si la sanction doit être la nullité ou l'annulation du contrat. Cf. TANQUEREL, 2011, N 1019, pp. 344-345 et les réf. citées.

⁹⁸⁹ Pour plus de détails, voir TANQUEREL, 2011, N 1014, p. 343 et la réf. à l'ATF 122 I 328, spéc. 341.

380

381

2. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

- 382 **Nature des rapports de travail** – Sur le plan fédéral, nous avons vu que la Confédération a instauré, de manière généralisée, le système contractuel (plus précisément le contrat de droit public) avec la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, comme mode de création des rapports de travail⁹⁹⁰. Au sein de cette loi, c'est l'article 8 LPers qui concrétise cette nouveauté⁹⁹¹. En effet, cette disposition traite de la nature des rapports de travail et des conditions d'engagement du personnel fédéral⁹⁹². En vertu de celle-ci, les rapports juridiques entre les employés et les employeurs définis dans le champ d'application de la LPers sont soumis au droit public (cf. art. 8 al. 1 LPers)⁹⁹³.
- 383 **Création des rapports de travail** – En principe, la création des rapports de travail découle désormais de la conclusion d'un contrat de travail⁹⁹⁴ régi par le droit public⁹⁹⁵ et établi en la forme écrite (cf. art. 8 al. 1 LPers et art. 25 al. 1 OPers)⁹⁹⁶. Ces « rapports de travail » naissent au moment de la signature du contrat par les parties, mais pour qu'il y ait conclusion du contrat⁹⁹⁷, il faut aussi avoir une manifestation réciproque et concordante des volontés au sens du Code des obligations (ici, l'article 1 CO est donc applicable par analogie)⁹⁹⁸.
- 384 **Forme du contrat** – Selon la LPers, le contrat d'engagement doit être établi en la forme écrite (cf. art. 8 al. 1 LPers). D'un certain point de vue, cette exigence prévue ici en droit public pourrait de prime abord poser problème, si l'on tente d'appliquer par analogie les principes de droit privé relatifs au contrat de fait (cf. art. 320 al. 2 CO) ; car, « [s]elon HELBLING⁹⁹⁹, en droit de la

⁹⁹⁰ En comparaison avec l'ancien système d'engagement des fonctionnaires par une nomination pour une période administrative et par un rapport de travail révocable. Cf. Message 1999, p. 1435.

⁹⁹¹ Cf. HELBLING, Commentaire LPers, N 1 ss ad art. 8 LPers, pp. 122 ss.

⁹⁹² Voir HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1551a ss, p. 349.

⁹⁹³ Voir DONATSCH, N 11, p. 4. Ce qui implique, par conséquent, une protection de nature de droit public. Cf. ég. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1550, p. 348.

⁹⁹⁴ Sa conclusion n'est cependant pas en soi soumise à la loi sur la procédure administrative fédérale (PA). Cf. ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 6.3.1 (*in fine*).

⁹⁹⁵ Voir Message 1999, p. 1434.

⁹⁹⁶ Cf. HÄNER et al., p. 14. Voir aussi HÄNNI, 2004b, N 41, p. 15.

⁹⁹⁷ En ce qui concerne les modalités de la conclusion du contrat sous la LPers, cf. BEL-LANGER, 2004, pp. 291 s.

⁹⁹⁸ NGUYEN, 2004, p. 147.

⁹⁹⁹ Voir HELBLING, 2004a, p. 244.

LPers, un contrat tacite, respectivement oral, de fonction publique ne devrait pas être possible. Tout au plus, peut-il s'agir éventuellement d'un contrat de droit des obligations, un mandat ou un contrat innomé »¹⁰⁰⁰. Selon NGUYEN, cet écueil peut néanmoins être surmonté en considérant que l'acte est affecté d'un vice de forme, dont la sanction est l'annulabilité¹⁰⁰¹.

Les parties au contrat – Les parties au contrat de droit public prévues dans la LPers¹⁰⁰² sont d'une part la Confédération, qui a néanmoins délégué largement sa compétence d'employeur (personne morale)¹⁰⁰³, et d'autre part l'employé (personne physique)¹⁰⁰⁴. Il ne faut cependant pas confondre la notion d'« employeur » au sens de la LPers et celle d'« employeur au sens de partie au contrat » : en effet, la notion d'« employeur » dans la LPers ne doit pas être entendue « au sens de sujet de droit ou d'entité disposant de la personnalité juridique ou d'Etat. Elle désigne plutôt la compétence d'engager du personnel »¹⁰⁰⁵. Les « employeurs », au sens de la LPers, agissent ainsi « au nom et pour le compte de la Confédération »¹⁰⁰⁶.

Consultation et partenariat social – Au sein du vaste tissu juridique que forme le droit de la fonction publique fédérale, le nouveau procédé contractuel permet également, nous l'avons vu, d'introduire des conventions collectives de travail de droit public¹⁰⁰⁷, et donc d'impliquer de manière simultanée plusieurs acteurs dans la création des règles régissant les rapports de service¹⁰⁰⁸. A cela s'ajoute le principe de participation, ancré à l'article 33 LPers¹⁰⁰⁹, disposition prévoyant la consultation de multiples acteurs (le personnel et les associations qui le représentent), notamment avant toute modification de la loi,

¹⁰⁰⁰ Cf. NGUYEN, 2004, p. 148.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰⁰² Pour les parties au contrat d'engagement de la LPers, cf. BELLANGER, 2004, p. 291. Voir aussi HÄNNI, 2004b, N 42-47, pp. 16 s.

¹⁰⁰³ Pour connaître les différents employeurs au sens de la loi sur le personnel fédéral, voir l'art. 3 LPers. Cf. ég. : HÄNER et al., p. 14 ; NÖTZLI, pp. 20-22.

¹⁰⁰⁴ Pour les catégories d'employés de la Confédération, cf. HÄNER et al., pp. 11-12.

¹⁰⁰⁵ Cf. NGUYEN, 2004, p. 146. Cet auteur précise qu'« [e]n réalité, c'est la Confédération, en tant que collectivité publique, donc de personne morale de droit public, qui est le centre d'imputation des droits et des obligations lorsqu'il est question de contrat. Juridiquement parlant, c'est elle l'employeur. Le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale ou encore le Tribunal fédéral ne sont que des organes de la Confédération et ils ne disposent pas de la personnalité juridique » : NGUYEN, 2004, p. 146.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁷ Voir *supra* N 243 ss.

¹⁰⁰⁸ Cf. NGUYEN, 2004, p. 139.

¹⁰⁰⁹ Voir GREBSKI/MALLA, Commentaire LPers, N 1 ss ad art. 33 LPers, pp. 610-684.

ou encore avant que des dispositions d'exécution ne soient édictées, ou enfin avant de créer ou de modifier des systèmes de traitement de données relatives au personnel (cf. art. 33 al. 2 LPers)¹⁰¹⁰.

387 **Conditions formelles** – S'agissant des conditions formelles du contrat de droit public, certaines d'entre elles sont prévues dans la LPers (voir p. ex. l'exigence de la forme écrite prévue à l'art. 8 al. 1 LPers), mais on retrouve aussi d'autres exigences impératives concernant le contrat de travail dans l'ordonnance d'application de la loi sur le personnel de la Confédération (OPers), telles que des règles portant sur sa modification (qui doit être faite en la forme écrite)¹⁰¹¹, ou encore sur l'indication des noms des parties au contrat ou sur d'autres points essentiels de la relation contractuelle, notamment la fonction, le domaine d'activité, le taux d'occupation, le lieu de travail, le sa-

¹⁰¹⁰ En ce qui concerne les situations dans lesquelles la consultation préalable du personnel et des associations est nécessaire, cf. GREBSKI/MALLA, Commentaire LPers, N 89 ss ad art. 33 LPers, pp. 610-659.

¹⁰¹¹ Voir l'article 30 OPers. Cette disposition prévoit effectivement que « [t]oute modification du contrat de travail doit être faite en la forme écrite. Si aucune entente n'est trouvée au sujet d'une modification du contrat, ce dernier doit être résilié conformément aux dispositions de l'art. 10 LPers [disposition portant sur la fin des rapports de travail] ; les cas visés à l'art. 25, al. 3, 3bis et 4 [OPers], font exception à cette règle ». L'employeur doit cependant pouvoir invoquer des « motifs objectivement suffisants » au sens de l'art. 10 al. 3 LPers. Par exemple, la mauvaise volonté de l'employé à accomplir un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui est un motif qui pourrait justifier la résiliation des rapports de travail (cf. art. 10 al. 3 let. e LPers). Toutefois, la Confédération se réserve le droit de modifier unilatéralement le contrat, et cela sans menace de résiliation dans diverses circonstances. L'employeur fédéral peut effectivement, sans résilier le contrat de travail et moyennant le respect des délais fixés à l'article 30a alinéas 1 à 3 OPers (il s'agit des délais usuels de résiliation) « changer la fonction ou le domaine d'activité de l'employé ainsi que son lieu de travail, si ce changement est imposé par des raisons de service et peut raisonnablement être exigé [cf. art. 25 al. 3 let. a OPers] [ou] intégrer l'employé à une autre unité d'organisation, si ce changement s'inscrit dans une restructuration ou une réorganisation [cf. art. 25 al. 3 let. b OPers] ». Il peut également prendre ces mêmes mesures sans modifier le contrat de travail, pour autant qu'elles soient limitées à une durée de douze mois (cf. art. 25 al. 3 bis OPers et 25 al. 4 OPers). Si l'employé refuse ces changements, l'employeur fédéral rend une décision (conformément à l'art. 34 LPers). En cas de mésentente entre l'employeur fédéral et son employé, la solution adoptée par la Confédération est donc proche du « congé-modification » du droit privé (cf. *supra* N 360), puisque les rapports de travail pourraient prendre fin, tout comme ceux du salarié qui n'aurait pas accepté la modification de son contrat.

laire, la durée du temps d'essai, ainsi que les règles de prévoyance professionnelle et du plan de prévoyance (cf. art. 25 al. 1 et 2 OPers)¹⁰¹².

Conditions matérielles – Il existe également des conditions matérielles relatives à l'engagement du personnel fédéral. Par exemple, le Conseil fédéral peut prévoir certaines exigences quant à la nationalité de l'employé, lorsque l'accomplissement des tâches liées à la fonction implique et exige l'exercice de la puissance publique¹⁰¹³. Il détermine par voie d'ordonnance les emplois auxquels n'ont accès que les personnes de nationalité suisse ou de nationalité exclusivement suisse (cf. art. 8 al. 3 let. a et b LPers)¹⁰¹⁴. La restriction d'accès aux postes est concrétisée à l'article 23 OPers, qui indique les départements et les postes concernés. Lorsque l'accès à un poste est limité, l'autorité compétente est tenue de le signaler dans la mise au concours (cf. art. 23 al. 3 OPers).

388

Durée du contrat – L'article 9 alinéa 1 LPers¹⁰¹⁵ prévoit que le contrat de durée déterminée est conclu pour trois ans au plus et qu'au-delà, les rapports de travail sont considérés comme de durée indéterminée¹⁰¹⁶. Force est de constater que cette limitation de trois ans diffère des règles du droit privé régissant le contrat individuel de travail, qui autorise la conclusion d'un contrat pour une durée supérieure à dix ans (cf. art. 334 al. 3 CO)¹⁰¹⁷. Selon l'article 13 alinéa 1 LPers, la prolongation ou la limitation de la durée du contrat de travail, ou encore, sa cessation, doivent être établies en la forme écrite pour être valables¹⁰¹⁸.

389

Durée du temps d'essai – La durée du temps d'essai est fixée dans les dispositions d'exécution de la loi, mais ne peut excéder six mois (cf. art. 8 al. 2

390

¹⁰¹² Cf. ROCHAT PAUCHARD, pp. 556 s.

¹⁰¹³ En effet, l'« accomplissement des tâches impliquant l'exercice de la puissance publique impose parfois de limiter l'accès aux seuls ressortissants suisses ». Cf. BELLANGER, 2004, p. 292.

¹⁰¹⁴ Cf. HELBLING, Commentaire LPers, N 128-138 ad art. 8 LPers, pp. 145-147 ss.

¹⁰¹⁵ Cette disposition a été modifiée par la loi fédérale du 14 décembre 2012. Auparavant, l'article 9 al. 1 aLPers prévoyait seulement que les rapports de travail étaient de durée indéterminée si le contrat de travail n'était pas conclu pour une durée déterminée. Voir à cet égard, HELBLING, Commentaire LPers, N 12-17 ad art. 9 LPers, pp. 155-156.

¹⁰¹⁶ Avant la révision de la LPers, entrée en vigueur 1^{er} juillet 2013, précisons que le contrat de durée déterminée pouvait être conclu (au maximum) pour une durée de cinq ans (art. 9 al. 2 LPers, version du 1^{er} octobre 2012).

¹⁰¹⁷ Selon l'article 334 al. 3 CO, le contrat conclu pour plus de dix ans peut néanmoins être résilié après dix ans par chacune des parties pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois.

¹⁰¹⁸ Pour une comparaison avec le droit privé, cf., par exemple, NÖTZLI, Commentaire LPers, N 2-4 ad art. 13 LPers, p. 210.

LPers)¹⁰¹⁹. Selon l'article 27 OPers, la période d'essai est en principe de trois mois (al. 1). Pour certaines catégories de personnel, elle peut toutefois être prolongée contractuellement jusqu'à six mois (al. 2). En outre, « [l]es parties peuvent, d'un commun accord, supprimer la période d'essai ou fixer une période d'essai plus courte » (al. 3).

- 391 **Contrats successifs** – En ce qui concerne la conclusion de contrats successifs (dits « en chaîne »)¹⁰²⁰, bien qu'elle n'encourageât pas cette pratique, la LPers offrait une protection moindre que celle qui existe en droit privé du travail, avant l'importante révision entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013¹⁰²¹. En effet, en droit privé, nous avons vu que la jurisprudence, approuvée par la doctrine, admet que sans motifs objectifs, le deuxième renouvellement d'un contrat individuel de travail de durée déterminée permet de transformer cet acte juridique en un contrat de durée indéterminée¹⁰²², alors que dans la LPers, la conclusion de contrats successifs de durée déterminée était, initialement, limitée à une période de cinq ans¹⁰²³. Aujourd'hui, les contrats de durée déterminée qui se succèdent sans interruption sont réputés de durée indéterminée lorsqu'ils ont duré trois ans (cf. art. 9 al. 1 LPers)¹⁰²⁴. Ce changement a permis de renforcer la protection des employés fédéraux¹⁰²⁵.

¹⁰¹⁹ Cette disposition a une nouvelle teneur depuis le 1^{er} juillet 2013 : pour ses incidences et son rapprochement avec le droit privé, voir MAHON/ROSELLO, pp. 15 s.

¹⁰²⁰ Pour une réflexion sur le problème du renouvellement des contrats de durée déterminée en droit public, cf. SUBILIA-ROUGE, pp. 300-306. Par ailleurs, la notion de contrats en chaîne a été examinée par le Tribunal fédéral en droit de la fonction publique. Selon notre Haute Cour, les « "contrats en chaîne" sont en principe également admissibles – sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) – s'agissant de rapports de travail de droit public » : TF 1C_450/2007 du 26 mars 2008, c. 4.1.

¹⁰²¹ Cf. SUBILIA-ROUGE, p. 304.

¹⁰²² Voir *supra* N 361.

¹⁰²³ En effet, selon le Message du Conseil fédéral concernant la LPers, la Confédération devait pouvoir conclure des contrats de travail de durée déterminée, par exemple pour le travail par projet. Cependant, il ne s'agissait pas d'encourager la conclusion de contrats en chaîne, raison pour laquelle la LPers limitait à une durée globale de cinq ans au plus les rapports de travail de durée déterminée conclus entre les mêmes parties. Voir Message 1999, p. 1435.

¹⁰²⁴ D'ailleurs, selon le Message du 31 août 2011, relatif à une modification de la loi sur le personnel de la Confédération, « [l]'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC) ainsi que la jurisprudence et la pratique concernant l'art. 334 CO, [...] également applicable au personnel fédéral du fait de l'abrogation de l'[ancien] art. 9, al. 2, offrent une protection suffisante contre les contrats abusifs, notamment les contrats en chaîne visant à empêcher la naissance de droits liés à l'ancienneté. Ainsi, plusieurs contrats successifs de durée déterminée sont considérés comme un contrat de travail de durée indéterminée lors-

3. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

Généralités – En Suisse, nous avons vu que les statuts de la fonction publique ont de manière globale évolué dans le même sens que la législation fédérale, c'est-à-dire dans la direction d'une contractualisation des rapports de travail¹⁰²⁶. Il ressort d'une étude récente de BELLANGER/ROY que la majorité des cantons a décidé de procéder à l'engagement du personnel étatique au moyen d'un contrat de droit public¹⁰²⁷. 392

L'état du droit – Alors que sept cantons ont devancé la réforme fédérale (uniquement des cantons suisses allemands), neuf autres cantons l'ont suivie depuis lors¹⁰²⁸. Parmi ces cantons, présentons brièvement les cantons de la Suisse romande qui engagent principalement leur personnel par des contrats de droit public. Il s'agit des cantons de Berne, du Jura, de Fribourg et de Vaud. Quant au canton du Valais, il a introduit cette possibilité tout en accordant la priorité aux engagements par voie de décision¹⁰²⁹. 393

Berne – Dans le canton de Berne, les rapports de travail des employés sont donc noués par un contrat écrit de droit public (cf. art. 16 al. 1 LPers/BE). Le Conseil-exécutif régleme par voie d'ordonnance les principaux éléments du contrat et les exigences de forme auxquelles il doit satisfaire (art. 16 al. 2 LPers/BE)¹⁰³⁰. En règle générale, le contrat est de durée indéterminée, mais il peut, dans des cas exceptionnels, stipuler une échéance (art. 16a al. 1 LPers/BE). La durée maximum d'un contrat de travail de durée déterminée est de cinq ans ; lorsque plusieurs contrats de durée déterminée se succèdent sans interruption pendant un temps supérieur à cette durée, les rapports de travail doivent être considérés comme conclus pour une durée indéterminée (art. 16a al. 2 LPers/BE). Les employés sont en principe soumis à une période proba- 394

que la succession de contrats ne se justifie pas objectivement. Cela vaut également en cas de brèves interruptions entre contrats de durée déterminée. Ces principes représentent une amélioration par rapport à la disposition [précédemment en vigueur] » : Message 2011, p. 6181.

¹⁰²⁵ Cette affirmation peut toutefois être nuancée dans la mesure où un employeur pourrait être tenté de se séparer des services d'un employé au bout de trois ans, afin d'éviter que le contrat de durée déterminée de ce dernier soit réputé de durée indéterminée.

¹⁰²⁶ Voir, par exemple, *supra* N 194.

¹⁰²⁷ Cf., à cet égard, BELLANGER/ROY, p. 462.

¹⁰²⁸ *Ibidem*.

¹⁰²⁹ Voir *infra* N 398. Voir ég. art. 15 LPers/VS.

¹⁰³⁰ Dans des cas particuliers, des dérogations ponctuelles aux dispositions de la législation sur le personnel sont autorisées, cf. art. 18 al. 1 LPers/BE.

toire – qui dure au plus six mois, mais qui peut être prolongée (de deux mois au plus) en cas d’absentéisme –, à la suite de laquelle les rapports de travail sont définitifs (cf. art. 22 al. 1-4 LPers/BE et 13 al. 4 OLPers/BE).

395 **Jura** – Dans la loi du 22 septembre 2010 sur le personnel de l’Etat de la République et du Canton du Jura, il est prévu que les employés sont engagés par « contrat de droit administratif » (cf. art. 17 al. 1 LPers/JU). Ce contrat (soumis au droit public) doit notamment préciser la désignation de l’emploi, le taux d’occupation (p. ex. si l’emploi est à temps partiel), les conditions de rémunération, la date de l’entrée en fonction et, le cas échéant, les obligations particulières (art. 17 al. 2 LPers/JU). L’engagement peut avoir lieu pour une durée déterminée (p. ex. pour effectuer des remplacements ou accomplir des tâches spéciales ou indéterminées) ou pour une durée indéterminée. Lorsque le contrat de durée déterminée est renouvelé plus de deux fois ou qu’il est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée (cf. art. 19 al. 2 LPers/JU). L’employé du canton du Jura est soumis à une période probatoire de six mois, qui peut être prolongée de six mois au maximum lorsque des doutes sur sa capacité d’assumer sa fonction subsistent (art. 20 al. 1 LPers/JU). La période probatoire peut également être abrégée ou supprimée lorsque l’autorité estime qu’elle ne se justifie pas (art. 20 al. 2 LPers/JU). Par ailleurs, les employés effectuent en principe une promesse solennelle lors de leur entrée en fonction (cf. art. 35 LPers/JU).

396 **Fribourg** – A Fribourg, le statut des collaborateurs de l’Etat est aussi régi par le droit public (cf. art. 24 LPers/FR) et leur engagement s’effectue par un contrat écrit de durée déterminée ou indéterminée (cf. art. 30 al. 1 et 2 LPers/FR). Néanmoins, lorsque le contrat est conclu pour une durée inférieure à trois mois et que les circonstances le justifient, la forme orale suffit (art. 30 al. 3 LPers/FR). Les collaborateurs du canton de Fribourg sont en principe soumis à une période probatoire d’une année (art. 31 al. 1 LPers/FR)¹⁰³¹. Au terme de cette période, le collaborateur est réputé répondre aux exigences de son poste et fait l’objet d’une reconnaissance de sa qualité d’agent des services publics (cf. art. 32 al. 1 LPers/FR). Ainsi, malgré la forme contractuelle de l’engagement, la reconnaissance écrite prévue à l’article 32 alinéa 1 LPers/FR revêt la forme d’un acte unilatéral (cf. art. 28 RPers/FR)¹⁰³².

¹⁰³¹ Cependant, dans des circonstances spéciales, on peut y renoncer dès l’engagement ou raccourcir tout ou partie de la période probatoire, par exemple, pour les contrats de durée déterminée ou lorsque le collaborateur a déjà exercé antérieurement la fonction en question (cf. art. 30 al. 4 LPers/FR).

¹⁰³² Voir BELLANGER/ROY, pp. 462 s.

Sous réserve de lois spéciales, le Conseil d'Etat détermine les personnes qui doivent prêter serment ou faire une promesse solennelle (art. 29 al. 1 LPers/FR).

Vaud – Dans le canton de Vaud, l'engagement du personnel a également lieu par un contrat écrit soumis au droit public (art. 19 al. 1 et 2 LPers/VD). Ce contrat est en principe conclu pour une durée indéterminée, mais peut être de durée déterminée, notamment lorsque l'activité est limitée dans le temps ou que l'organisation du travail l'exige (art 19 al. 2 LPers/VD)¹⁰³³. Comme en droit privé du travail et contrairement à d'autres cantons où la période probatoire est beaucoup plus longue, le personnel vaudois est soumis à un « temps d'essai » de trois mois. Celui-ci peut néanmoins être prolongé de trois mois par l'autorité d'engagement, en cas de doute sur les aptitudes ou le comportement du collaborateur (cf. art. 20 al. 1 LPers/VD). Durant cette période, un entretien d'appréciation est effectué (art. 20 al. 3 LPers/VD). L'accès à la fonction publique et les modalités d'engagement sont prévus par le Conseil d'Etat, qui veille à ce que chaque poste soit décrit par un cahier des charges (art. 17 al. 1 et 2 LPers/VD) et qui peut soumettre certaines fonctions à une promesse solennelle, que le collaborateur doit formuler lors de son entrée en service (cf. art. 17 al. 3 LPers/VD et art. 31 RLPers/VD).

Valais – Alors que le canton du Valais, dans sa nouvelle loi sur le personnel du 19 novembre 2010, a choisi de conserver l'engagement des collaborateurs par voie de décision écrite de l'autorité compétente¹⁰³⁴, nous avons vu que le Conseil d'Etat peut prévoir, par voie d'ordonnance, la forme du contrat écrit de droit public pour certaines situations ou catégories de personnel (cf. art. 15 LPers/VS). Selon le message du 10 février 2010 accompagnant le projet de loi sur le personnel de l'Etat du Valais, cette possibilité a en quelque sorte été adoptée pour éviter « tout risque de dogmatisme et préserver un certain pragmatisme »¹⁰³⁵. Cependant, il semblerait que le canton du Valais n'ait pas, jusqu'à présent, concrétisé cette exception. En effet, l'ordonnance sur le personnel de l'Etat du Valais, du 22 juin 2011, ne prévoit pas l'engagement de collaborateurs par des contrats de droit public, de sorte que le mode usuel d'embauche du canton reste, pour l'instant, la décision administrative.

¹⁰³³ La loi précise qu'il doit toutefois s'agir de cas exceptionnels (cf. art. 19 al. 2 LPers/VD).

¹⁰³⁴ Cela était effectivement déjà le cas dans leur ancienne loi (loi fixant le statut des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais de 1983).

¹⁰³⁵ Message accompagnant le projet de loi sur le personnel de l'Etat du Valais, du 10 février 2010, ad art. 15, p. 10.

III. Le contrat de travail de droit privé

399 Pour traiter des engagements sous contrat de travail de droit privé au sein de la fonction publique, il convient de formuler quelques généralités (1) qui permettront notamment de circonscrire l'admissibilité de ce procédé¹⁰³⁶. Nous examinerons ensuite les possibilités qu'ont les employeurs publics de recourir au droit privé sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (2) et celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (3).

1. Généralités

400 **Base légale** – Il existe depuis plusieurs décennies une controverse importante en doctrine, qui concerne la possibilité de soumettre au droit privé du travail (c'est-à-dire au Code des obligations) les rapports de travail du personnel engagé par un employeur public¹⁰³⁷. Alors que la doctrine majoritaire s'oppose fermement à l'application des dispositions du droit privé du travail à des employés du secteur public, il faut savoir qu'il n'existe en principe pas, en Suisse, d'exclusion générale du recours à un tel procédé¹⁰³⁸. Toutefois, la collectivité publique concernée ne doit pas rejeter cette possibilité par les termes ou le sens de la loi¹⁰³⁹. En ce sens, le Tribunal fédéral a considéré¹⁰⁴⁰, sans se déterminer sur la question de savoir si les cantons pouvaient de manière générale soumettre les rapports de travail de leurs employés au droit privé du travail, « qu'un tel engagement de droit privé suppose en tous les cas qu'il trouve un fondement dans une réglementation cantonale claire et sans équivoque, et qu'il ne soit pas exclu par le droit applicable »¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ Concernant l'admissibilité du recours au droit privé, DÉFAGO GAUDIN distingue, à juste titre, les cas de « privatisation partielle » du statut des agents publics (recours au droit privé uniquement pour certaines catégories d'employés au sein d'une même collectivité ou entité publique), des cas de « privatisation totale » (recours au droit privé pour l'ensemble des employés). Voir DÉFAGO GAUDIN, 2016, pp. 265-272.

¹⁰³⁷ Voir, entre autres, WISARD, pp. 42-44. Cet auteur expose les différents aspects de la controverse. Cf. ég. HAFNER, 1999, p. 184 (et les réf. citées) ; RHINOW, 2000, p. 29.

¹⁰³⁸ Cf. TANQUEREL, 2000, pp. 13 s. ; MAHON/ROSELLO, p. 30. Voir toutefois l'exclusion formulée dans un arrêt de la Cour constitutionnelle jurassienne, *infra* N 427.

¹⁰³⁹ Parmi d'autres, cf. NGUYEN, 1994, p. 8 ; HELBLING, 1999, p. 24 ; TANQUEREL, 2000, pp. 13 s. ; SUBILIA-ROUGE, p. 292 ; TANQUEREL, 2015, p. 318.

¹⁰⁴⁰ TF 8C_467/2012 du 14 février 2013, c. 5.4.1. Cf. aussi TF 2P.18/2006 du 19 mai 2006, c. 2.3 ; ATF 118 II 213, c. 3. Voir ég. HAFNER, 1999, p. 207. Cf. *infra* N 409.

¹⁰⁴¹ En effet, seule l'existence d'une base légale répondant aux critères mentionnés permet la soumission d'un rapport de travail d'un agent de la fonction publique au droit privé.

Opinions variées – Concernant toujours le recours au droit privé pour l’engagement du personnel de la fonction publique, des opinions doctrinales très variées permettent de constater que les critères et les conditions d’application du droit privé en lieu et place du droit de la fonction publique ne font pas l’unanimité¹⁰⁴². On peut effectivement suivre l’opinion selon laquelle la nature des tâches étatiques impose une réglementation différente de celle du droit privé du travail (c’est-à-dire du Code des obligations)¹⁰⁴³ ce qui permettrait, pour les agents publics, de mettre sur pied des obligations particulières¹⁰⁴⁴. Selon cette opinion, le droit public doit exclure les engagements sur la base du droit privé du travail et doit rattacher les agents à un statut et à des conditions légales particulières, et ceci, pour des raisons d’égalité de traitement¹⁰⁴⁵. Par conséquent, les rapports de travail des employés de l’Etat doivent être soumis au droit public. Cela n’exclut cependant pas que les statuts de la fonction publique contiennent des renvois au droit privé, mais celui-ci ne s’applique généralement qu’à titre de droit cantonal supplétif¹⁰⁴⁶. D’ailleurs, les renvois parfois prévus dans des contrats de « droit privé » aux règles incorporées dans les statuts de la fonction publique ne permettent pas l’application pure des règles du Code des obligations, qui doivent être considérées comme du droit public supplétif¹⁰⁴⁷. Un autre point de vue consiste cependant à reconnaître que les engagements de droit privé sont admissibles en certaines circonstances¹⁰⁴⁸. Toutefois, la majorité des auteurs plaide pour la soumission des agents de l’Etat au droit public¹⁰⁴⁹, « tout en admettant, avec plus ou moins de restrictions, la possibilité de recourir aux contrats de droit privé pour certains salariés »¹⁰⁵⁰.

Cf. AUER, p. 198. Dans le contexte général de l’utilisation de moyens d’action de droit privé, l’autorité administrative doit effectivement pouvoir se fonder sur une base légale prévoyant expressément l’utilisation du droit privé : voir BELLANGER, 1992, p. 81.

¹⁰⁴² Voir, à cet égard, SUBILIA, 2007, p. 47.

¹⁰⁴³ Cela notamment pour des motifs constitutionnels. Cf. DONATSCH, N 31 ss, pp. 8 ss.

¹⁰⁴⁴ Cf. parmi d’autres, TANQUEREL, 2000, pp. 22 s. et les réf. citées.

¹⁰⁴⁵ Cf. GRISEL, p. 477.

¹⁰⁴⁶ MAHON/ROSELLO, p. 28 s. ; BELLANGER/ROY, p. 474 ; cf. ég. TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.1.

¹⁰⁴⁷ Voir MOOR, 1992, p. 208.

¹⁰⁴⁸ Parmi d’autres, cf. BOIS, p. 238. Selon GRISEL, les contrats de droit privé sont réservés aux personnes qui ne peuvent pas être engagées selon un régime statutaire : cf. GRISEL, p. 477. Voir ég. HELBLING, 2004a, p. 249, qui reconnaît toutefois le besoin de garantir certains droits fondamentaux aux employés de l’Etat.

¹⁰⁴⁹ Voir *supra* N 124.

¹⁰⁵⁰ Cf. TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.1 et les réf. cités.

402 **Différences de traitement** – Ainsi, bien que les différentes opinions puissent paraître tranchées, les positions de la doctrine peuvent être considérées comme prudentes et nuancées¹⁰⁵¹. En effet, vu l'état du droit actuel (les statuts du personnel s'insèrent et demeurent dans le cadre du droit public)¹⁰⁵², le recours au droit privé pour engager certains employés du secteur public semble tout à la fois dangereux et contestable, car il permet de créer des statuts variés au sein d'une même collectivité publique, sans que cette dernière ne puisse toujours justifier cette différence de traitement à l'aide de critères de distinction pertinents¹⁰⁵³. Les cas de « privatisation partielle » du statut d'un employé (recours au droit privé uniquement pour certaines catégories de collaborateurs au sein d'une même collectivité ou entité publique) doivent donc répondre non seulement à la condition de la base légale¹⁰⁵⁴, mais aussi au respect du principe d'égalité de traitement. Cette deuxième condition n'est cependant pas applicable aux cas de « privatisation totale » (recours au droit privé pour l'ensemble des employés d'une entité publique), puisque, dans cette hypothèse, « tous les employés de l'entité sont soumis au même régime juridique s'agissant de leurs rapports de travail »¹⁰⁵⁵. Toujours dans le contexte du recours au droit privé (uniquement) pour certains collaborateurs, il nous paraît légitime de se demander, par exemple, si les employeurs publics sont autorisés à soumettre les engagements de courte durée au droit privé du travail, ce qu'ils font souvent en pratique¹⁰⁵⁶, sans oublier que ces engagements sont parfois renouvelés, de telle sorte que l'employé conserve un intérêt pratique à être soumis aux mêmes règles que son collègue (engagé initialement pour une plus longue durée). Sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, deux statuts différents au sein de la même entité ne sont, par conséquent, pas souhaitables¹⁰⁵⁷. C'est pourquoi, l'on admet aujourd'hui que seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier une différence de traitement.

¹⁰⁵¹ Cf., à cet égard, TANQUEREL, 2012, pp. 49 ss.

¹⁰⁵² MAHON/ROSELLO, p. 29.

¹⁰⁵³ Voir MOOR, 1992, p. 208. Cf. ég. NGUYEN, 1994, p. 7 : pour cet auteur, bien qu'elle soit « admise dans un Etat de police, l'utilisation des contrats de droit privé pour engager du personnel l'est de moins en moins dans un Etat social ».

¹⁰⁵⁴ Cf. *supra* N 400.

¹⁰⁵⁵ DÉFAGO GAUDIN, 2016, p. 270.

¹⁰⁵⁶ Selon nous, il ne faudrait pas considérer la durée de ses rapports de travail (critère temporel) comme un élément pertinent pour autoriser une distinction de traitement. En ce sens, lorsque la législation le permet, un engagement de courte durée peut très bien être soumis à un contrat de droit administratif et donc au droit public.

¹⁰⁵⁷ Du même avis, SUBILIA-ROUGE, p. 292.

Circonstances exceptionnelles – En effet, force est de constater que tant la doctrine majoritaire que la jurisprudence s'accordent sur le fait que les collectivités publiques doivent uniquement faire usage de contrats de droit privé dans des circonstances exceptionnelles dans lesquelles la nature de la tâche¹⁰⁵⁸ nécessitent une individualisation des rapports juridiques¹⁰⁵⁹. En d'autres termes, seules des circonstances extraordinaires justifieraient l'application du droit privé en tant que tel (et non pas à titre de droit public supplétif)¹⁰⁶⁰. Ces circonstances peuvent résider dans le fait qu'un statut de la fonction publique se révèle inapplicable à une fonction donnée¹⁰⁶¹, notamment à cause de la nature de la prestation effectuée par l'employé (tâches très spéciales), ou encore, en raison de l'impossibilité d'intégrer le rapport juridique dans une catégorie de fonctions, ce qui amène l'employeur à l'« individualiser » au moyen d'un contrat de travail de droit privé. Cependant, bien que le contrat de travail de droit privé permette effectivement d'« individualiser » les rapports de travail, nous sommes d'avis que l'on peut arriver au même résultat de « personnalisation » par une décision administrative ou la conclusion d'un contrat de droit public contenant une série de dérogations au statut du personnel.

¹⁰⁵⁸ S'agissant du critère de la nature de la tâche confiée à l'employé, cf. DÉFAGO GAUDIN, 2016, pp. 267 ss. Selon cette auteure, la jurisprudence récente du Tribunal fédéral semble exiger, pour le recours au droit privé, que les tâches confiées à la personne en cause ne soient pas liées au bon fonctionnement de l'Etat. Cependant, nous partageons son avis, selon lequel, il est « inopportun voire périlleux d'ajouter un tel critère supplémentaire de distinction entre les différentes tâches publiques aux fins de la détermination du régime juridique des employés de l'Etat. La démarche est d'autant plus périlleuse que le critère que le Tribunal fédéral semble envisager repose en réalité sur un jugement de valeur quant à l'utilité et à l'effectivité de la tâche en cause, soit sur la question de savoir si, à défaut d'accomplissement de cette tâche, l'Etat continuerait de fonctionner à satisfaction ». DÉFAGO GAUDIN, 2016, p. 268.

¹⁰⁵⁹ Voir, à cet égard, SUBILIA-ROUGE, p. 292.

¹⁰⁶⁰ Cf. MOOR, 1992, p. 208.

¹⁰⁶¹ Partant, selon SUBILIA-ROUGE, la soumission des rapports de travail au droit privé dépendrait davantage des caractéristiques du travail en cause, que de la volonté de l'autorité d'engagement. Cf. SUBILIA-ROUGE, p. 293.

2. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

404 **Généralités** – Avant et depuis l’existence du droit de la fonction publique fédérale, la Confédération a toujours eu recours au droit privé pour l’engagement de collaborateurs¹⁰⁶². Aujourd’hui, bien que la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 ait instauré de manière généralisée les engagements du personnel par contrat écrit de droit public, elle permet néanmoins « de recourir relativement largement au droit privé (du moins plus largement que l’ancien droit), que ce soit pour des catégories entières de personnel ou par rapport à des cas particuliers »¹⁰⁶³. En ce sens, la législation fédérale actuelle prévoit expressément que les rapports de travail de certains collaborateurs puissent être régis par le droit privé (cf. art. 6 LPers).

405 **L’art. 6 al. 5 LPers** – En effet, tout d’abord, c’est la LPers elle-même qui prévoit, à son article 6 alinéa 5, que « [l]e Conseil fédéral peut soumettre au CO certaines catégories de personnel, notamment le personnel auxiliaire et les stagiaires, lorsque cette mesure se justifie. Il peut édicter des règles minimales applicables à ces rapports de travail »¹⁰⁶⁴. Cet alinéa, dont le contenu actuel est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2013, a une nouvelle teneur depuis l’adoption de la loi fédérale du 14 décembre 2012¹⁰⁶⁵. Par ailleurs, l’article 5 alinéa 1 de l’ordonnance-cadre LPers¹⁰⁶⁶ prévoit que « [l]es employeurs peuvent soumettre leur personnel auxiliaire, leurs stagiaires et leurs travailleurs à domicile au droit des obligations » (al. 1)¹⁰⁶⁷. En d’autres termes, cela signifie que le droit fédéral du personnel autorise les employeurs soumis au champ d’application de la LPers à engager certaines catégories spécifiques d’employés au moyen de contrats relevant strictement du droit privé du travail¹⁰⁶⁸, c’est-à-dire soumis aux articles 319 ss du Code des obligations¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶² Par exemple, sous l’ancien statut des fonctionnaires fédéraux (StF), voir *supra* N 78.

¹⁰⁶³ SUBILIA-ROUGE, p. 294.

¹⁰⁶⁴ Cf. HÄNER et al., p. 13 ; DONATSCH, N 12, p. 4 ; NÖTZLI, pp. 34-35. HELBLING, Commentaire LPers, N 62 ad art. 6 LPers, p. 93.

¹⁰⁶⁵ RO 2013 1493 ; FF 2011 6171. Le personnel recruté et employé à l’étranger n’est plus soumis à la LPers, ce qui a nécessité une adaptation de l’article 6 alinéa 5 aLPers.

¹⁰⁶⁶ L’art. 5 de l’ordonnance-cadre LPers contient effectivement les règles relatives au personnel soumis au Code des obligations.

¹⁰⁶⁷ Voir DONATSCH, N 11, p. 4.

¹⁰⁶⁸ Selon la distinction opérée plus haut par DÉFAGO GAUDIN, il s’agit là d’un exemple de « privatisation partielle » du statut des employés fédéraux. Pour plus de détails, voir DÉFAGO GAUDIN, 2016, pp. 265-266.

¹⁰⁶⁹ Voir PORTMANN/STÖCKLI, N 35, p. 13.

L'art. 6 al. 6 LPers – En outre, à son article 6 alinéa 6¹⁰⁷⁰, la LPers prévoit également que « [d]ans des cas particuliers dûment justifiés, l'employeur peut soumettre des employés au CO ». A la différence de l'article 6 alinéa 5 LPers, cette disposition octroie directement la compétence à l'employeur de soumettre un employé au Code des obligations. Cela signifie qu'une norme de délégation supplémentaire n'est pas nécessaire¹⁰⁷¹. Autrement dit, dans certains cas particuliers dûment justifiés, l'employeur pourrait décider d'appliquer directement le Code des obligations à un employé (et non pas à titre de droit public supplétif)¹⁰⁷².

406

L'art. 6 al. 7 LPers – En cas de litige découlant d'un rapport de travail d'un employé soumis au Code des obligations, précisons que les tribunaux civils sont compétents (art. 6 al. 7 LPers)¹⁰⁷³.

407

L'art. 6 al. 2 LPers – Finalement, comme nous l'avons déjà vu, l'article 6 alinéa 2 LPers permet l'application du droit privé à titre de droit public supplétif¹⁰⁷⁴, raison pour laquelle la nouvelle loi sur le personnel autorise « plus largement » le recours au droit privé en ce qui concerne les rapports de travail, en comparaison avec l'ancien droit¹⁰⁷⁵. D'ailleurs, le Message du 14 décembre 1998 relatif à la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) admet le rapprochement observé entre le droit de la fonction publique fédérale et le Code des obligations¹⁰⁷⁶.

408

¹⁰⁷⁰ Cf. DONATSCH, N 12, p. 4.

¹⁰⁷¹ HELBLING, Commentaire LPers, N 64 ad art. 6 LPers, p. 93.

¹⁰⁷² Sans nous fournir d'exemples, l'office fédéral du personnel (OFPER) nous a toutefois assuré que ces cas de figure restent, en pratique, extrêmement rares.

¹⁰⁷³ Pour plus de détails, voir HELBLING, Commentaire LPers, N 65 ad art. 6 LPers, p. 93.

¹⁰⁷⁴ Voir, par exemple, HAFNER, 1999, p. 198 ; RHINOW, 2000, p. 29 ; HELBLING, 2004a, p. 248. Cf. ég. *supra* N 267.

¹⁰⁷⁵ A cela s'ajoutent les conséquences de la délégation de tâches publiques à des entités, conséquences que nous examinerons plus bas (cf. *infra* N 448 ss), ainsi que la création de sociétés affiliées. Ces moyens permettent également de recourir toujours plus largement au droit privé du travail pour l'engagement de collaborateurs.

¹⁰⁷⁶ « En déclarant l'applicabilité des dispositions pertinentes du CO, l'art. 6, al. 2, LPers entend rapprocher le droit du travail de la fonction publique de celui du secteur privé. Grâce à sa souplesse, le CO offre un cadre juridique qui se prête à l'aménagement des rapports de travail au sein de la Confédération. La juxtaposition de normes juridiques différentes pour le secteur privé et le service public entrave la mobilité entre ces deux domaines. Le rapprochement des droits du travail crée en revanche des conditions analogues sur le marché de l'emploi ; il harmonise l'environnement de la fonction publique et celui des entreprises privées » : Message 1999, p. 1433.

3. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

409 **Généralités** – Il faut maintenant se demander si à l’instar de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), les statuts cantonaux du personnel de la Suisse romande ont prévu une disposition qui autoriserait les employeurs à recourir au droit privé du travail pour engager certains collaborateurs¹⁰⁷⁷. En effet, nous avons vu plus haut¹⁰⁷⁸ que, selon la jurisprudence, le recours au droit privé doit en théorie être prévu de manière explicite dans une réglementation « claire et sans équivoque » et ne pas être exclu par le droit applicable¹⁰⁷⁹.

410 **Législations actuelles** – Pourtant, parmi les cantons de la Suisse romande, seul le canton de Neuchâtel mentionne expressément dans sa loi sur la fonction publique que l’Etat est autorisé à engager du personnel par contrat de droit privé (cf. art. 7 LSt), même si les autres statuts du personnel ne semblent pas exclure cette possibilité. Par exemple, dans le canton de Berne, l’article 17 LPers/BE dispose qu’une réglementation dérogatoire au statut de la fonction publique est possible pour certaines catégories de personnel, notamment pour le personnel en formation et pour les stagiaires. En revanche, la nouvelle loi du 22 septembre 2010 sur le personnel de l’Etat de la République et du Canton du Jura ne prévoit pas la possibilité d’engager du personnel par contrat de droit privé, cela, nous le verrons, entre en adéquation avec l’interdiction qui a été prononcée par la Cour constitutionnelle jurassienne¹⁰⁸⁰. A Fribourg, la loi sur le personnel précise que les rapports de service des collaborateurs et collaboratrices sont régis par le droit public (art. 24 LPers/FR), sans mentionner d’exceptions. A Genève, la loi sur le personnel ne contient pas de disposition traitant des engagements soumis au droit privé, bien qu’elle distingue diverses catégories de personnel de la fonction publique (fonctionnaires, employés, auxiliaires, agents spécialisés et personnel en formation, cf. art. 4 al. 1 LPAC). Le canton de Vaud prévoit que les rapports de travail entre les collaborateurs et l’Etat sont régis par le droit public, « sauf dispositions contraires » (art. 19 al. 1 LPers/VD), ce qui laisse entendre que des engagements soumis au droit privé sont envisageables¹⁰⁸¹. Quant au statut du personnel du canton du Valais, il reste muet sur la question (voir art. 15 al. 2 LPers/VS).

¹⁰⁷⁷ Le recours au droit privé pour certaines catégories de collaborateurs doit effectivement répondre au principe de la légalité. Cf. DÉFAGO GAUDIN, 2016, p. 265.

¹⁰⁷⁸ Cf. *supra* N 400.

¹⁰⁷⁹ Voir TF 8C_467/2012 du 14 février 2013, c. 5.4.1.

¹⁰⁸⁰ Cf. *infra* N 427.

¹⁰⁸¹ Voir, par exemple, l’art. 3 al. 1 RLPers/VD qui concerne les apprentis engagés à l’Etat.

Constat – Parmi les cantons de la Suisse romande, hormis celui de Neuchâtel, aucun statut de la fonction publique ne régleme précisément ou autorise de manière claire et sans équivoque les conditions d’engagement du personnel par contrat de droit privé. La grande majorité des employés de ces collectivités publiques est donc soumise à des règles statutaires de droit public. Néanmoins, il semblerait que le recours à des contrats de droit privé du travail soit encore répandu en pratique chez certains employeurs publics¹⁰⁸², par exemple au sein de nombreuses communes¹⁰⁸³ ou organisations de droit public. 411

Tendance – L’étude de la jurisprudence concernant la qualification juridique de certains rapports de travail noués entre employeurs publics et employés montre effectivement que bon nombre de collaborateurs sont, encore aujourd’hui, engagés sous les formes du droit privé¹⁰⁸⁴. Ce qui est alors étonnant, c’est que les collectivités publiques n’indiquent pas constamment la possibilité de conclure de tels engagements dans les législations du personnel et conformément aux exigences jurisprudentielles mentionnées plus haut. Selon nous, il existe ainsi une contradiction entre la « théorie », qui souhaite diminuer les engagements d’agents publics au moyen du droit privé, voire les proscrire, et la « pratique » des collectivités publiques qui recourent encore à cet acte juridique bien que le statut du personnel ne le prévoie pas toujours expressément. 412

Limites – Les employeurs publics semblent justifier cette contradiction par le fait que le droit public n’offre pas toujours de statut adapté pour toutes les situations. C’est pourquoi, la pratique continue alors que la théorie dit non. Le manque de souplesse et la rigidité de certaines réglementations sont aussi la cause du recours persistant au droit privé, qui ne se fait cependant pas sans difficulté : toutes les collectivités publiques ont déjà commis l’erreur de soumettre des employés au droit privé du travail, alors même qu’elles auraient dû, certaines fois, les soumettre au droit public. En Suisse romande, les autorités judiciaires ont d’ailleurs toutes tenté d’établir, à leur manière, des critères relatifs à l’admissibilité d’une application du droit privé¹⁰⁸⁵. Ces critères, bien qu’ils ne soient pas uniformes, limitent, nous le verrons, la liberté d’appréciation des employeurs publics dans le choix du mode d’engagement. 413

¹⁰⁸² Cela malgré l’absence d’une base légale expresse qui l’autorise. *Supra* N 400.

¹⁰⁸³ Par exemple, en droit communal de la fonction publique vaudoise, les communes disposent de l’autonomie nécessaire pour soumettre les rapports du personnel au droit privé. Voir WYLER/HEINZER, p. 34.

¹⁰⁸⁴ *Infra* N 423.

¹⁰⁸⁵ Voir la casuistique présentée ci-après, *infra* N 424 ss.

IV. Le choix du mode d'engagement

414 Nous avons vu que les collectivités publiques ont parfois le choix entre trois actes juridiques pour engager du personnel. Quelques généralités (1) permettront de rappeler la liberté d'appréciation dont bénéficient les employeurs publics face à cette pluralité de modes d'engagement, mais aussi les restrictions à cette liberté, puisque le choix injustifié du contrat de droit privé peut contraindre le juge à une requalification du rapport juridique (2), comme le montre la jurisprudence en la matière (3). Cet examen nous autorisera à formuler un constat, montrer la tendance et les limites (4) du système.

1. Généralités

415 **Pluralité des modes d'engagement** – Les développements qui précèdent ont permis de montrer que les collectivités publiques disposent parfois d'une pluralité de modes d'engagement pour nouer des rapports de travail avec leur personnel. En effet, les employeurs publics peuvent créer des rapports de travail par la voie de la décision, d'un contrat de droit public (c'est-à-dire un contrat de droit administratif), ou encore, par la conclusion d'un contrat de droit privé soumis aux règles du Code des obligations lorsque le droit applicable à la collectivité publique en cause l'autorise.

416 **Liberté d'appréciation des collectivités publiques** – Dans la fonction publique, la liberté d'appréciation des collectivités publiques dans le choix du mode d'engagement permettant d'aménager les rapports de service des agents publics est donc très grande¹⁰⁸⁶, si on la compare à celle d'un employeur du secteur privé, qui dispose uniquement du contrat individuel de travail au sens des articles 319 ss CO pour engager des travailleurs. Cette liberté découle de la réserve exclusive en faveur des relations de travail de droit public prévue à l'article 342 lettre a CO, qui permet aux employeurs publics¹⁰⁸⁷ de soustraire au champ d'application du CO les rapports juridiques qu'ils entretiennent avec leur personnel¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶ La liberté des employeurs publics doit cependant se situer dans le cadre législatif. Par ex., lorsqu'il s'agit « d'entités décentralisées ou de communes, l'analyse de la possibilité de recourir au droit privé doit être faite tant sous l'angle du droit supérieur – loi de décentralisation, loi cantonale sur les communes – que sous l'angle des prescriptions autonomes de l'entité ou de la commune en cause » : DÉFAGO GAUDIN, 2016, p. 266.

¹⁰⁸⁷ Voire, les oblige : c'est là que se situe toute la question.

¹⁰⁸⁸ Cf. *supra* N 27. Voir p. ex. MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 7 ad art. 342 CO, p. 884. Cf. ég. HAFNER, 2014, p. 301.

Restrictions – La liberté d’appréciation des collectivités publiques connaît toutefois d’importantes restrictions. Tout d’abord, le législateur peut exclure (ou ne pas prévoir) le recours à une forme d’engagement¹⁰⁸⁹. Ensuite, même s’ils sont autorisés par la législation, les engagements soumis au droit privé du travail ne sont pas toujours admissibles lorsque l’Etat est employeur, car on les réserve pour des cas particuliers (notamment des engagements de durée très limitée, des postes auxiliaires, de stagiaires, etc.) ou des situations très exceptionnelles (p. ex. à Neuchâtel, voir l’art. 7 LSt). Le droit privé ne doit effectivement pas servir à éluder les protections offertes par le droit public. Pour cette raison, le juge doit parfois requalifier un contrat de travail de « droit privé » en un engagement de droit public. Ainsi, la requalification du rapport juridique restreint également de manière considérable la liberté d’appréciation des collectivités publiques.

2. Requalification du rapport juridique

Qualification du contrat – En pratique, la qualification des rapports juridiques d’un employé travaillant dans le secteur public est une étape difficile, qui a fait couler beaucoup d’encre dans la doctrine¹⁰⁹⁰, mais aussi dans la jurisprudence¹⁰⁹¹. Selon les circonstances du cas d’espèce, il n’est effectivement pas évident de déterminer si un rapport juridique doit être soumis au droit privé ou au droit public¹⁰⁹². Pour résoudre un tel dilemme, il faut déterminer le contenu réel du rapport de droit, sans se fier à la dénomination utilisée par les parties¹⁰⁹³. Certes, ces dernières ont pu très bien nommer l’acte en question « contrat de droit privé », alors qu’il devrait s’agir d’un rapport soumis au droit public. L’intitulé ou la qualification juridique choisis par l’autorité d’engagement ne sont donc pas déterminants¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁹ Par exemple, dans le canton de Neuchâtel, le législateur cantonal semble exclure la forme du contrat de droit public pour embaucher du personnel. Cela résulte notamment de l’art. 9 al. 1 LSt qui prévoit que les titulaires de fonction publique sont nommés par le Conseil d’Etat, sauf disposition légale contraire (p. ex. l’art. 7 LSt).

¹⁰⁹⁰ Sur la problématique de la qualification, voir, par exemple, GEISER/MÜLLER, N 214, p. 78 ; MÜLLER/VON GRAFFENRIED, p. 157.

¹⁰⁹¹ Voir *infra* N 423 ss. Cf. TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, pour les conditions d’une requalification du contrat de travail.

¹⁰⁹² Cf. HAFNER, 1999, pp. 197 ss.

¹⁰⁹³ Voir, par exemple, TF 2P.136/2005 du 14 décembre 2005, c. 3.1.1 ; TF 2P.151/2005 du 9 février 2006, c. 5.

¹⁰⁹⁴ Parmi d’autres, cf. SUBILIA-ROUGE, p. 293.

- 419 **Réelle et commune intention des parties** – En effet, lorsque l'engagement d'un employé a été effectué par un « contrat de droit privé », il ne faut pas se fier à sa dénomination, car les volontés concordantes des parties peuvent être erronées¹⁰⁹⁵. Inversement, un renvoi général à un statut de la fonction publique dans les conditions d'engagement ne permet pas non plus de conclure qu'il s'agit forcément d'un rapport de droit public¹⁰⁹⁶. Pour « apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties¹⁰⁹⁷, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention »¹⁰⁹⁸.
- 420 **Indices en faveur du droit public** – Dans la quête de trouver la réelle et commune intention des parties, il existe un faisceau d'indices convergents qui permet toutefois de faire pencher la balance en faveur du droit public, au détriment d'une relation de travail fondée sur le Code des obligations¹⁰⁹⁹. Il y a notamment un indice de rapport de travail de droit public lorsque c'est une collectivité publique qui est partie au rapport de droit en question¹¹⁰⁰ et que les conditions d'engagement ont été fixées par une décision administrative soumise à acceptation¹¹⁰¹ ou imposées unilatéralement par l'autorité d'engagement ; ou encore, lorsque cette dernière a déclaré applicables les dispositions d'un statut de la fonction publique (même si elle a réservé, par exemple, les dispositions impératives du Code des obligations), ou lorsque le collaborateur a été engagé en qualité de « fonctionnaire » et a été traité comme tel dès son entrée en fonction ; ou si celui-ci est soumis au droit disciplinaire de la collectivité publique ou traité dans les faits et juridiquement de manière identique à ses collègues (qui ont été engagés par une décision) ; ou enfin,

¹⁰⁹⁵ Par exemple, selon HAFNER, même si les conditions formelles requises pour conclure un rapport de droit privé sont remplies, il peut arriver, soit en vertu d'une interprétation téléologique de la règle de renvoi, soit sur la base des théories de délimitation entre le droit privé et le droit public, qu'il faille appliquer le droit public plutôt que le droit privé du travail aux rapports juridiques créés. HAFNER, 1999, p. 202.

¹⁰⁹⁶ Cf. MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 10 ad art. 342 CO, p. 887.

¹⁰⁹⁷ On retrouve ce principe d'interprétation à l'article 18 alinéa 1 du Code des obligations.

¹⁰⁹⁸ En d'autres termes, la nature des rapports juridiques n'est donc pas déterminée par les parties ; elle prévaut tant sur la qualification qu'elles ont effectuée que sur la dénomination inexacte que la législation ou des actes concrets ont pu attribuer à ces rapports. Voir RJN 2003, p. 246.

¹⁰⁹⁹ Voir PORTMANN/STÖCKLI, N 36, p. 14.

¹¹⁰⁰ Le droit public est ainsi présumé applicable, cf. TF 2P. 136/2005 du 14 décembre 2005, c. 3.1.2 ; RHINOW, 1986, pp. 1 ss.

¹¹⁰¹ Cf. TF 2P. 136/2005 du 14 décembre 2005, c. 3.2. Voir ég. HAFNER, 1999, p. 189.

lorsque la nature du poste et la fonction exercée sont typiquement des activités appartenant au secteur public¹¹⁰².

Critères de distinction – Autrement dit, afin de distinguer les rapports de travail de droit public et ceux de droit privé, la jurisprudence et la doctrine ont donc développé divers critères : est ainsi déterminant pour un rapport de travail de droit public « l'exercice d'une tâche d'intérêt public, un rapport particulier de subordination incluant notamment un devoir de fidélité et de réserve accru, l'affiliation à la caisse de pension de l'Etat, un engagement par élection et une échelle fixe de salaire [...], alors qu'un engagement temporaire ou de durée déterminée (p. ex. remplacement, tâche spéciale ou extraordinaire, etc.), l'affectation à des tâches externes ou auxiliaires à l'administration ou la nécessité d'individualiser le rapport juridique induisent plutôt à conclure à un rapport de droit privé »¹¹⁰³. Par ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait que l'intéressé soit engagé et rétribué par l'Etat et soumis à un pouvoir disciplinaire offre un critère déterminant pour considérer qu'il s'agit d'un rapport de travail de droit public¹¹⁰⁴.

Requalification par le juge – Lorsque le juge se trouve face à de tels critères, il peut, si nécessaire, requalifier le « contrat de droit privé » – passé entre l'autorité d'engagement et son employé –, en un rapport juridique de droit public¹¹⁰⁵. Il découle alors de cette requalification que le Code des obligations ou le droit conventionnel établi entre les parties s'applique à titre de droit public supplétif ; ce qui aura pour effet l'application des principes généraux du droit public (et donc des principes constitutionnels) aux rapports émanant du contrat (requalifié).

¹¹⁰² Voir GEISER/MÜLLER, N 212, p. 77.

¹¹⁰³ MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 11 ad art. 342 CO, pp. 887 s.

¹¹⁰⁴ Cf., par exemple, TF 8C_220/2010 du 18 octobre 2010, c. 1.1 (et les réf. citées) ; voir ég. : TF 8C_473/2009 du 3 août 2009, c. 2 ; TF 1D_15/2007 du 13 décembre 2007, c. 1.2 ; cf. MARTI U., p. 73. Pour d'autres indices en faveur du droit public, cf. *supra* N 420.

¹¹⁰⁵ Nous soulignerons que la requalification concerne avant tout les « cas de privatisation partielle des rapports de travail, à savoir le statut d'employés soumis à un engagement de droit privé par une entité connaissant un statut du personnel de droit public » : DÉFAGO GAUDIN, 2016, p. 271.

3. Jurisprudence

423 **Casuistique fédérale** – Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral concernent, ce n'est pas une surprise, la qualification des rapports de travail d'employés engagés par des collectivités publiques. Présentons brièvement quelques jurisprudences dans lesquelles le Tribunal fédéral parfois reconnaît la validité de l'engagement de droit privé, parfois la rejette.

- Dans un arrêt du 22 mars 2016¹¹⁰⁶, le Tribunal fédéral a nié la requalification du contrat de droit privé en une relation de droit public d'un membre de direction d'une fondation de droit privé. En effet, dans le cas particulier, le fait que l'employeur accomplissait des tâches de droit public et exerçait un droit de regard sur le traitement de l'employé concerné n'était pas déterminant, puisque c'est bel et bien la fondation, et non l'Etat, qui avait engagé ce directeur (sur la base d'un contrat de travail soumis au droit privé et non selon les règles applicables au personnel étatique) et qui lui avait versé son salaire (c. 5.3).
- Dans une affaire du 18 février 2015¹¹⁰⁷, le Tribunal fédéral a dû se déterminer quant au statut d'un employé soumis à un « contrat de travail pour le personnel auxiliaire » se référant explicitement aux articles 319 ss CO, puisque cet employé faisait valoir que son statut était soumis au droit public, et que, par conséquent, la voie du recours administratif était ouverte à l'encontre de la décision de licenciement de la commune. Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré que les conditions de requalification du contrat de travail de droit privé en une relation de travail de droit public n'étaient pas remplies, car l'employé travaillait à temps très partiel et son activité était purement accessoire (c. 4.2.5).
- Dans un arrêt du 14 février 2013¹¹⁰⁸, qui porte sur une affaire (neuchâteloise) concernant un aide-concierge engagé par contrat de droit privé et dont les rapports de travail ont été résiliés (en raison de l'insuffisance de ses prestations) pendant sa période provisoire, le Tribunal fédéral a admis la validité du contrat de droit privé, qui avait été conclu entre le concierge et la collectivité publique, car ce contrat avait été initialement prévu pour une période limitée (c. 5.4)¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁶ TF 8C_506/2015 du 22 mars 2016 (publication ATF prévue). Voir ég. MARTI, analyse TF 8C_506/2015.

¹¹⁰⁷ Cf. TF 8C_227/2014 du 18 février 2015. Voir ég. DÉFAGO GAUDIN, analyse TF 8C_227/2014 ; DÉFAGO GAUDIN, 2016, pp. 267 s.

¹¹⁰⁸ TF 8C_467/2012 du 14 février 2013.

¹¹⁰⁹ Voir ég. TF 8C_144/2011 du 12 décembre 2011, qui traite aussi, en droit neuchâtelois, de la résiliation des rapports de travail d'un aide-concierge engagé par un contrat de droit privé en vertu de l'art. 7 LSt.

- Un arrêt du 14 juillet 2011¹¹¹⁰ – traitant toujours de la qualification des rapports de service (droit privé/public) – fait état du cas de la directrice d’une crèche (genevoise) engagée par contrat de droit privé et licenciée selon les règles du Code des obligations. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que c’était sans arbitraire que la juridiction cantonale avait considéré que l’autorité d’engagement pouvait soumettre cette employée au droit privé (c. 4.2). En effet, alors même que la direction de ladite crèche avait été reprise pour une durée déterminée par la commune, ce transfert n’avait ni modifié les conditions de travail de l’employée, ni engendré une adaptation de son salaire conformément aux échelles légales de traitement (voir c. 4.2).
- Dans un autre arrêt du 9 février 2006¹¹¹¹, où il s’agissait du renvoi disciplinaire (sans délai et sans indemnité) d’un dessinateur du canton du Valais engagé « sous contrat de droit privé », le Tribunal fédéral a considéré comme inadmissible le refus du Tribunal cantonal – qui avait prononcé l’irrecevabilité du recours – de traiter l’affaire en cause et a indiqué que l’engagement devait être soumis au droit public (c. 5).
- Dans un arrêt du 29 juillet 2003¹¹¹², relatif à la résiliation immédiate des rapports de travail du directeur général de la Banque cantonale vaudoise, le Tribunal fédéral a reconnu que le « contrat de travail » conclu entre la Banque et cet employé complétait et précisait uniquement un engagement de principe (la nomination) et devait être soumis au droit public, de sorte que les principes constitutionnels devaient être respectés par l’autorité d’engagement, qui avait, en l’espèce, violé le droit d’être entendu du directeur (c. 2.3 et 3.3).
- Un arrêt du 4 février 2003¹¹¹³ traite du cas particulier de la résiliation des rapports de travail d’une employée d’une association exécutant des tâches d’intérêt public. Dans cette affaire, bien qu’elle poursuivît des buts d’intérêt public, l’association (de droit privé) était légitimée à soumettre ses employés au Code des obligations. Selon le Tribunal fédéral, l’Etat doit en effet permettre « à des associations poursuivant des buts d’intérêt public [...] d’engager elles-mêmes leur personnel sur la base de contrats de droit privé, sans que cela ne heurte, comme tel, le principe de l’égalité » (c. 4)¹¹¹⁴.
- Dans un dernier exemple, l’arrêt du 27 mai 1992¹¹¹⁵, le Tribunal fédéral a examiné la nature juridique des contrats de travail passés entre les médecins-

¹¹¹⁰ TF 8C_597/2010 du 14 juillet 2011.

¹¹¹¹ TF 2P.151/2005 du 9 février 2006.

¹¹¹² TF 2P.63/2003 du 29 juillet 2003.

¹¹¹³ TF 2P.181/2002 du 4 février 2003.

¹¹¹⁴ Cependant, ces associations devront aussi veiller à respecter les droits fondamentaux de leurs collaborateurs. Cf. TF 2P.181/2002 du 4 février 2003, c. 4.

¹¹¹⁵ ATF 118 II 213 = JdT 1993 I 634.

chefs (respectivement le personnel hospitalier) et « l'Ente Ospedaliero » tessinois. Dans cette affaire, il rappelle les critères posés par la doctrine et la jurisprudence pour déterminer la nature (privée ou publique) des rapports de travail avec un établissement public. Selon le Tribunal fédéral, les rapports de travail entre un hôpital public et un médecin-chef sont, en principe, soumis au droit public (c. 3).

424 **Casistique cantonale** – La jurisprudence cantonale en matière de qualification juridique des rapports de travail est aussi abondante. Présentons ici quelques exemples dans lesquels les juges ont dû se prononcer sur une éventuelle requalification de la relation juridique des rapports de travail¹¹¹⁶.

425 **Berne** – Dans le canton de Berne, la question de la qualification juridique des rapports de travail s'est par exemple posée dans le milieu hospitalier. En effet, le statut du personnel dans ce milieu soulève souvent des problèmes, en raison de la fréquente délégitation de tâches étatiques ou publiques, tels que les soins, à divers organismes de droit privé ou de droit public. Dans une affaire du 22 juin 2007¹¹¹⁷, la juridiction cantonale a reconnu que les rapports de travail entre l'organisme de droit privé responsable de l'hôpital (lui-même régi par le droit public) et le médecin-chef concerné présentaient un caractère de droit public (c. 2.1). Dans la mesure où le droit communal ne comportait pas de législation adéquate, la loi cantonale sur le personnel pouvait être appliquée par analogie aux rapports de travail en question (c. 3.1).

426 **Genève** – A Genève, nous avons vu que les employés du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux soumis à la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale (LPAC) deviennent fonctionnaires à l'issue d'une période probatoire et sont en principe liés à l'Etat par un rapport juridique de droit public. C'est ce que rappelle un arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice du 13 septembre 2011¹¹¹⁸, dans une affaire opposant une fondation de droit public (Fondation officielle de la jeunesse) à un de ses employés (c. 5). Dans cet arrêt, la juridiction cantonale a reconnu que les rapports de travail devaient être soumis au droit public, compte tenu de la nature de la relation juridique qui avait été nouée entre les parties et des nombreux éléments empruntés au droit de la fonction publique (c. 11)¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ Pour d'autres exemples, voir HÄNNI, 2008, pp. 41 ss.

¹¹¹⁷ Arrêt du Tribunal administratif bernois du 22 juin 2007 (VGE 22670), in : JAB, pp. 105 ss.

¹¹¹⁸ ATA/582/2011, du 13 septembre 2011.

¹¹¹⁹ En revanche, la Cour de Justice de la République et Canton de Genève a considéré comme conforme aux exigences posées par la jurisprudence et la doctrine la soumission au droit privé des rapports de travail entre les Hôpitaux Universitaires de Genève

Jura – Dans le canton du Jura, tous les rapports de service des collaborateurs de l’Etat sont actuellement soumis au droit public (art. 17 LPers/JU). En ce sens, dans un arrêt du 27 août 1999¹¹²⁰ portant sur une affaire relative aux rapports de service du personnel hospitalier, la Cour constitutionnelle jurassienne a précisé que l’Etat n’était pas libre de soumettre ses employés à un rapport de travail de droit privé, lorsque leur engagement avait pour but la réalisation de tâches étatiques ou publiques (c. 3). En ce qui concerne l’objet des activités exercées par le personnel des hôpitaux publics, la Cour a admis qu’il s’agissait bien, tout comme le prévoyait la Constitution cantonale, de tâches dont la réalisation incombe à l’Etat (c. 4). Partant, les rapports de service des employés travaillant dans ces hôpitaux doivent être soumis au droit public (c. 6).

427

Fribourg – Dans le canton de Fribourg, les autorités judiciaires ont aussi eu à se déterminer quant à la nature juridique des rapports de service de certaines fonctions. Par exemple, un arrêt du 7 mars 2007¹¹²¹ porte sur le point de savoir si les rapports de service d’un « contrôleur des viandes », engagé par un Conseil communal, au sein d’abattoirs sis sur le territoire cantonal, devaient être soumis au droit public ou privé du travail. L’employé, après avoir démissionné de son poste, a ouvert action contre la commune devant le président de la Chambre des prud’hommes en concluant à diverses prétentions financières, alors que le litige échappait, en l’espèce, au droit privé (et donc à la juridiction prud’homale), car le contrat (de durée indéterminée) devait être soumis au droit public¹¹²².

428

Neuchâtel – A Neuchâtel, nous avons vu que la loi permettait expressément d’engager du personnel par contrat de droit privé, lorsque l’une des hypo-

429

(HUG) et les médecins chefs de clinique (voir ATA/200/2014 du 1^{er} avril 2014). La Cour de justice a également admis la soumission au droit privé du personnel artistique de scène travaillant pour le Grand Théâtre de Genève, qui est une fondation d’intérêt public communal (voir ATA/823/2013 du 17 décembre 2013).

¹¹²⁰ Arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 août 1999 en la cause « Centre de gestion hospitalière c/Chambre administrative », in : RIJ 1999, pp. 85 ss.

¹¹²¹ Arrêt de la IIe Cour d’appel du Tribunal cantonal fribourgeois (A2 2006-58), cf. RFJ 2007, pp. 174 ss.

¹¹²² En outre, il existait dans cette affaire une divergence sur la durée du contrat conclu entre la commune et l’employé ; durée qui avait une incidence sur la compétence de l’autorité amenée à trancher le litige, puisque le règlement communal soumettait au droit privé le personnel temporaire assigné à une activité de durée déterminée, alors que les engagements de durée indéterminée étaient soumis à la réglementation communale de droit public (c. 2c).

thèses de l'article 7 LSt était réalisée. Dans un arrêt du 11 décembre 1997¹¹²³, le Tribunal administratif neuchâtelois a examiné si l'engagement d'une vétérinaire cantonale adjointe relevait du droit public ou du droit privé du travail. Bien qu'il reconnût que les rapports de service entre l'Etat et ses agents devaient généralement être soumis au droit public, il souligna le fait que les collectivités publiques restent libres, si elles le désirent, et pour autant que des conditions spéciales soient remplies, d'engager du personnel par contrat de droit privé. Dans le cas contraire, les rapports de travail doivent relever du droit public¹¹²⁴. En l'espèce, le Tribunal administratif a mis en exergue les circonstances particulières de l'affaire et a reconnu la validité de l'engagement de droit privé de la vétérinaire cantonale, en raison de la récente réorganisation du service et de la mise à l'épreuve du nouvel organigramme la concernant¹¹²⁵. En revanche, dans une autre affaire concernant l'engagement du recteur de l'Université de Neuchâtel¹¹²⁶, la juridiction cantonale a conclu qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait en l'espèce un engagement par contrat de droit privé. Membre de la direction d'un établissement cantonal d'enseignement public et nommé par le Conseil d'Etat, le recteur devait être considéré comme titulaire d'une fonction publique (au vu de l'importance de son poste au sein de l'institution universitaire et de la nécessité qu'il soit investi de prérogatives liées à la puissance publique), afin d'assumer les différentes tâches de sa fonction¹¹²⁷.

¹¹²³ Cf. arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois, TA.1997.352 du 11 décembre 1997.

¹¹²⁴ D'ailleurs, toute personne indûment soumise au droit privé peut revendiquer, dans les limites de l'abus de droit, l'application du droit public. Cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, TA.1998.251 du 16 novembre 1998 ; cf. é.g. RJN 1998, p. 199 (spéc. c. lb, p. 200).

¹¹²⁵ Dans un autre arrêt TA.2003.70 du 16 mars 2004, ce Tribunal administratif arrive à une solution similaire en ce qui concerne le personnel du service et musée d'archéologie, affecté à des travaux de fouilles, étant donné que leur emploi est tributaire de l'évolution des chantiers concernés et des découvertes archéologiques effectuées. L'incertitude de la planification des travaux justifiait leur engagement par des contrats de droit privé.

¹¹²⁶ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, TA.2003.59 du 4 avril 2007.

¹¹²⁷ Dans un autre arrêt, TA.2007.263, du 12 février 2008, le Tribunal administratif arrive à une solution similaire en ce qui concerne la nature juridique de l'engagement d'un collaborateur travaillant au sein de la commission de dangerosité, car il considère que son travail ne constitue pas une tâche spéciale et que son poste, indispensable au fonctionnement de l'Etat, devait être soumis au droit public. Cf. également l'arrêt de la Cour de cassation civile du 19 août 2003 en la cause H. (NE), in : RJN 2003, p. 242 ; arrêt dans lequel il était question de la nature de la relation juridique entre un ouvrier de voirie-chauffeur et une administration communale, relation qui relevait du droit public.

Vaud – Tout comme dans le canton du Jura, nous avons vu que le statut de la fonction publique du personnel de l'Etat de Vaud prévoit que le personnel doit être, sauf dispositions contraires, soumis au droit public (cf. art. 19 al. 1 LPers/VD). Cet engagement, qui a lieu sous la forme d'un contrat écrit de droit public, échappe ainsi aux règles du Code des obligations. D'ailleurs, un arrêt du Tribunal administratif vaudois du 14 février 1995 indique clairement que les engagements qui impliquent un rapport de subordination étroit – notamment lorsqu'il existe un devoir particulier de fidélité de l'employé ou que celui-ci est exposé à des sanctions disciplinaires –, doivent être soumis au droit public : une collectivité publique ne saurait alors ignorer la relation étroite qui existe entre elle et son agent¹¹²⁸.

430

Valais – Dans un arrêt valaisan du 2 décembre 2005¹¹²⁹, la juridiction cantonale énonce quelques principes essentiels relatifs à la qualification juridique d'un contrat d'engagement d'une entité publique, ce qui prouve qu'elle n'exclut pas, à priori, que des collaborateurs soient engagés et soumis au droit privé du travail. Selon la jurisprudence valaisanne, il faut observer certains principes pour déterminer si un engagement peut relever ou non du droit privé du travail. Par exemple, comme nous l'avons vu précédemment, la dénomination utilisée par les parties n'est pas décisive quant à la nature juridique des rapports de service. Selon le Tribunal cantonal, le critère essentiel qui permet la détermination des rapports juridiques réside davantage dans le but du contrat ou le domaine juridique dont relèvent les activités ou les tâches de la personne engagée ; sans oublier de prendre en considération toutes les circonstances concrètes et les éléments particuliers du cas d'espèce pour pouvoir qualifier correctement l'engagement.

431

4. Constat, tendance et limites

Constat – En examinant tant la casuistique fédérale que cantonale présentées ci-dessus, on peine malheureusement à trouver une ligne directrice et des critères uniformes permettant de déterminer clairement à quelles conditions un rapport de travail d'un employé d'une collectivité publique peut être ou non soumis au droit privé. D'ailleurs, selon CEROTTINI, le Tribunal fédéral n'a pas établi, à ce jour, des critères fermes sur cette question¹¹³⁰. En effet, les autorités judiciaires reconnaissent parfois la validité d'un engagement de droit privé, d'autres fois la contestent, sans que l'on puisse dégager une règle objective

432

¹¹²⁸ Voir RDAF 1995, p. 479, c. 3a et d, pp. 481-482 (et la référence citée).

¹¹²⁹ Arrêt du Tribunal cantonal valaisan, in : RVJ 2006, p. 82 ss.

¹¹³⁰ Débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 8.

fondant la nécessité de requalifier un engagement de droit privé du travail, en un engagement de droit public.

433 **Tendance** – Toutefois, une tendance peut être dégagée par notre examen. Selon la jurisprudence, le critère qui détermine la nature juridique des rapports de travail réside quelques fois dans le but du contrat ou le domaine juridique auquel ressortit l'activité de la personne engagée ; d'autres fois, ce sont les prérogatives liées à la puissance publique ou l'intérêt public qui sont invoqués pour justifier un rapport de droit public ; ou encore, savoir si le type de tâche en cause incombe à l'Etat. Enfin, le caractère auxiliaire, accessoire ou de courte durée de la tâche accomplie par le collaborateur permet de justifier l'usage du droit privé.

434 **Limites** – Ces critères ne sont cependant pas satisfaisants, car les différents cas demeurent en pratique tranchés selon la libre appréciation des juges et sans que l'on puisse s'attendre à un résultat donné. A notre avis, cette imprévisibilité nuit à la sécurité du droit. Nous pouvons néanmoins faire observer que le problème de qualification du rapport de travail serait amoindri si l'on considérait que l'Etat reste l'Etat même s'il agit au moyen du droit privé pour engager son personnel. Autrement dit, les employeurs publics seraient astreints à appliquer les principes constitutionnels dans toutes les relations de travail dont ils sont parties, c'est-à-dire même lorsqu'ils concluent des contrats soumis au Code des obligations¹¹³¹.

V. Questions choisies

435 Toujours en lien avec les modes d'engagement du personnel se pose donc la question de savoir si les employeurs publics peuvent être astreints à appliquer les principes constitutionnels dans toutes les relations de travail dont ils sont parties, c'est-à-dire même à des contrats soumis au Code des obligations. En d'autres termes, les principes de l'activité administrative sont-ils applicables aux rapports de travail de droit privé (1) ? En est-il de même s'agissant des garanties administratives de procédure (2) ? Dans ce contexte, on peut aussi se demander si le droit privé peut être applicable aux employés d'entités à qui des tâches ont été déléguées par une collectivité publique (3). Ces quelques questions choisies permettront la mise en évidence de certaines difficultés inhérentes au choix du mode d'engagement.

¹¹³¹ Vu l'impact de cette solution, cette réflexion mérite d'être poursuivie plus bas dans le cadre de quelques questions choisies.

1. Les principes de l'activité administrative : une application aux rapports de travail de droit privé ?

Généralités – Alors que les principes généraux de l'activité administrative ne sont bien entendu pas applicables entre un employeur du secteur privé et un travailleur, la question semble plus délicate lorsqu'un employeur public soumet au droit privé du travail son personnel.

436

Tempéraments – La distinction entre les rapports de travail soumis au droit public et ceux soumis au droit privé doit être tempérée d'un point de vue du droit matériel, car on peut considérer que les principes constitutionnels applicables par l'administration dans son activité doivent être respectés par les collectivités publiques¹¹³² ; et cela également dans les rapports de travail qu'elles entretiennent avec leurs employés, et quelle que soit la nature juridique de l'engagement¹¹³³. En vertu du recours toujours fréquent aux contrats de travail de droit privé par les collectivités publiques, on s'est effectivement demandé si l'Etat ne devrait pas également respecter les principes constitutionnels à l'égard des employés qu'il soumet au droit privé. Dans ce contexte, il existe en Suisse un grand débat, mais tant la doctrine majoritaire¹¹³⁴ que le Tribunal fédéral¹¹³⁵ suggèrent d'appliquer les principes constitutionnels aux contrats d'engagements du personnel soumis au Code des obligations¹¹³⁶.

437

La jurisprudence du Tribunal fédéral – En effet, dans un arrêt du 29 juillet 2003, le Tribunal fédéral a considéré que l'« application du droit public a notamment pour corollaire que l'Etat est tenu de respecter les principes constitutionnels régissant l'ensemble de son activité, tels la légalité, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire ou encore le droit d'être entendu. Selon la doctrine majoritaire, ces principes s'imposeraient du reste à l'Etat même s'il décidait de soumettre la relation avec ses agents au droit privé »¹¹³⁷. En outre, dans un arrêt du 17 octobre 2005¹¹³⁸ opposant la Municipalité de Montreux à

438

¹¹³² Il s'agit là de la position de la doctrine majoritaire. Cf., parmi d'autres, GRISEL, pp. 116 s. ; SUBILIA-ROUGE, p. 293.

¹¹³³ Cf. MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 12 ad art. 342 CO, p. 888. Selon ces auteurs, la concrétisation et l'application de ce principe devra néanmoins être précisée par la jurisprudence.

¹¹³⁴ Cf., parmi d'autres, DONTASCH, N 18, p. 5 ; BELLANGER, 2000, pp. 56 s. ; TANQUEREL, 2000, pp. 7 ss, spéc. p. 10 ; AUBERT, 2000, pp. 63 ss, spéc. p. 65 (et les réf. citées).

¹¹³⁵ Voir *infra* N 438.

¹¹³⁶ Cf. TANQUEREL, 2015, p. 313. Cf. ég. MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 12 ad art. 342 CO, p. 888 (et les réf. citées) ; GIRARDET, p. 56.

¹¹³⁷ TF 2P.63/2003 du 29 juillet 2003, c. 2.3.

¹¹³⁸ TF 2P.137/2005 du 17 octobre 2005.

un employé (X.) engagé en qualité de concierge par contrat de droit privé, le Tribunal fédéral a affirmé plus précisément « [qu'] une collectivité publique doit respecter les principes constitutionnels qui régissent toute activité administrative (art. 5 et 29 Cst.), quand bien même elle soumettrait les rapports de travail de son personnel au droit privé directement applicable (et non pas seulement applicable à titre de droit public cantonal supplétif). Par conséquent, X. aurait dû être entendu dans le cadre de la procédure de résiliation pour des motifs liés aux aptitudes et au comportement. En ne procédant pas ainsi, [on] a violé son droit d'être entendu »¹¹³⁹.

439 **Application délicate ?** – Cependant, l'arrêt du 17 octobre 2005 condamnerait les collectivités à toujours appliquer les principes constitutionnels (cf. art. 5 Cst.), et cela, même contre leur volonté. En d'autres termes, cela aurait pour conséquence, quelle que soit la qualification juridique du contrat de travail (de droit privé ou de droit public), l'application par l'autorité administrative, dans tous les cas, des principes constitutionnels régissant son activité¹¹⁴⁰. Bien que ce point de vue permette de mettre sur un pied d'égalité tous les employés engagés par une collectivité publique, l'application de cette théorie pourrait parfois s'avérer délicate et difficilement transposable. Selon l'opinion minoritaire de SUBILIA, l'affirmation du Tribunal fédéral reproduite ci-dessus est erronée, car elle repose sur la « confusion entre la requalification parfois nécessaire d'un contrat "de droit privé" qui n'en remplit pas les conditions et l'application du droit public à tous les rapports juridiques liant toutes les collectivités publiques. [Selon cet auteur,] lorsque le juge, après examen d'un contrat, en a confirmé la nature privée, il n'y a plus de place pour l'application des principes régissant l'activité administrative, cette dernière faisant alors défaut »¹¹⁴¹. Autrement, l'administration serait obligée de se conformer aux principes constitutionnels, quel que soit le type d'engagement, sans se demander si, dans un cas donné, l'application des principes constitutionnels au personnel engagé selon les règles du CO peut uniquement se faire dans les limites de celui-ci ou si elle permet de rendre ses dispositions inapplicables¹¹⁴².

¹¹³⁹ TF 2P.137/2005 du 17 octobre 2005, c. 3.2.

¹¹⁴⁰ Cf. SUBILIA, 2007, p. 47.

¹¹⁴¹ *Idem*, p. 51. Par conséquent, pour SUBILIA, l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 2005 ne doit pas être pris au pied de la lettre, car il ne permet pas de conclure que tous les rapports entre un employé et une collectivité publique doivent exhaustivement et systématiquement être soumis aux principes constitutionnels régissant l'activité administrative (*idem*, p. 49).

¹¹⁴² Voir SUBILIA-ROUGE, p. 293. Cet auteur considère que l'application des principes constitutionnels aux rapports de travail de droit privé ne permet pas de rendre inapplicables les règles du CO.

Appel à la prudence ? – Dans l'idéal, il serait effectivement plus prudent de laisser au droit privé ce qui appartient au droit privé, et au droit public ce qui ressort du droit public¹¹⁴³. Si l'on souhaite néanmoins suivre l'arrêt du Tribunal fédéral de 2005, il nous paraît alors plus judicieux de considérer que tous les contrats d'engagement d'employés par l'Etat doivent être soumis au droit public – et donc de requalifier, le cas échéant, les contrats de droit privé en contrats de droit public –, plutôt que de vouloir appliquer de manière généralisée les principes constitutionnels régissant l'activité administrative à tous les contrats de droit privé conclus par une collectivité publique. Toutefois, dans l'attente d'une telle solution (qui devrait être décidée par les législateurs ou imposée par la jurisprudence), l'application des principes constitutionnels aux contrats d'engagement de droit privé semble être une bonne option pour garantir le respect des droits des employés concernés.

Incidences – Du point de vue du contentieux, les incidences entre le choix d'engager tous les collaborateurs de l'Etat par un acte juridique de droit public, ou le fait d'appliquer les principes constitutionnels à des contrats de droit privé ne peuvent cependant pas être ignorées. En effet, les conséquences résultant de la conclusion d'un contrat de droit privé (soumis aux tribunaux civils) et celles résultant d'un acte de droit public (soumis en règle générale au contentieux administratif) sont significatives. La théorie selon laquelle les principes régissant l'activité administrative s'appliqueraient également aux stricts rapports de droit privé impliquerait alors l'examen par les tribunaux civils du respect et de la correcte application des principes constitutionnels par les autorités administratives, ce qui peut sembler difficile à concevoir¹¹⁴⁴. Quant au point de vue plus prudent, qui consiste à engager tout collaborateur de l'Etat par une décision ou un contrat de droit public, il aurait pour conséquence de soumettre en principe aux tribunaux administratifs les litiges relevant de ce contrat, et pour avantage d'éviter la complexe et fastidieuse étape de requalification du contrat par le juge (avec les conséquences juridiques que celle-ci comporte)¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ Même si matériellement, l'application du droit privé en tant que tel ou à titre de droit public supplétif ne change en rien. Cf. MOOR, 1992, p. 209.

¹¹⁴⁴ Cf. SUBILIA, 2007, pp. 46-51.

¹¹⁴⁵ Voir NGUYEN, 1994, p. 19. Selon cet auteur, « le contrat d'engagement devrait toujours être un contrat de droit administratif car la soumission au droit public de tous les rapports de travail existant entre l'administration et ses collaborateurs permet d'éviter des différences au niveau de la procédure ».

2. Les garanties de procédure administrative : une application aux rapports de travail soumis au droit privé ?

- 442 **Employeur privé** – Les garanties de procédure administrative ne sont en principe pas applicables entre un employeur du secteur privé et un travailleur, car le rapport juridique en cause ne ressort pas du droit public. Toutefois, de par le phénomène récent de « publicisation » du droit privé du travail¹¹⁴⁶, certaines garanties de procédure administrative ont parfois été appliquées dans un rapport juridique de droit privé. Par exemple, pour les travailleurs âgés, un certain droit d’être entendu avant un licenciement a été déduit des articles 328 et 336 du Code des obligations¹¹⁴⁷. Il s’agit cependant de cas exceptionnels : les rapports de travail de droit privé ne sont effectivement pas soumis aux garanties de procédure administrative.
- 443 **Employeur public** – Une autre question est celle de savoir si un employeur public doit respecter les garanties de procédure administrative lorsqu’il soumet un employé à un rapport de travail de droit privé. Théoriquement, il faut répondre par la négative à cette question, car la procédure civile est applicable. Cependant, au vu de l’importance pratique de certaines garanties de procédure administrative et au vu de la protection offerte aux employés publics par des procédures parfois formalisées dans les statuts de la fonction publique, le principe d’égalité de traitement (applicable sur le fond en vertu de l’arrêt du Tribunal fédéral de 2005) ne pourrait-il pas justifier que les employés engagés par des contrats de droit privé puissent eux aussi bénéficier de ces garanties ? Celles-ci ne devraient-elles pas pouvoir s’appliquer à tous en vertu de l’application des principes constitutionnels, notamment du principe d’égalité ?
- 444 **Tempéraments** – Les « garanties de procédure administrative, l’accès au juge et l’effectivité de la protection judiciaire s’expriment avant tout lorsque l’administration est appelée à rendre une décision. C’est notamment la qualification de décision d’un acte de l’administration qui va déclencher l’application des droits de partie et, partant, la protection découlant de l’art. 29 Cst. »¹¹⁴⁸. A notre avis, en cas de contestation, tous les employés des collectivités publiques, même engagés par contrat de droit privé, devraient pouvoir recourir contre une décision de l’autorité compétente, ce qui leur permettrait, avant toute procédure judiciaire, de bénéficier des garanties procédurales applicables aux agents publics, notamment celle du droit d’être entendu.

¹¹⁴⁶ Pour un tour d’horizon de la « publicisation » des rapports de travail, consulter PÄRLI. Voir également, PERRENOUD, 2016a, pp. 57 ss ; PERRENOUD, 2016b, pp. 458-460.

¹¹⁴⁷ Voir TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014. Cf. ég. AUBERT, 2016, pp. XV-XVI.

¹¹⁴⁸ DÉFAGO GAUDIN, 2015, p. 152.

3. Le droit privé peut-il être applicable aux employés d'entités à qui des tâches ont été déléguées par une collectivité publique ?

Aujourd'hui, de nombreuses collectivités publiques délèguent certaines de leurs tâches à des entités de droit public revêtant diverses formes juridiques ou à des entreprises du secteur privé¹¹⁴⁹. Dans ce contexte se pose la délicate question de la nature juridique de la future relation de travail. Quelques généralités (a) et exemples d'externalisation sur le plan fédéral (b) permettront de formuler un constat, de montrer la tendance et les limites (c) du système.

445

a. Généralités

Modifications de la structure des pouvoirs publics – Au fil du temps, les pouvoirs publics ont modifié leurs structures pour « s'adapter aux nouvelles priorités d'une société en mutation ou pour mieux gérer les affaires courantes. La tendance actuelle est à l'externalisation, à la (semi-)privatisation d'entités publiques ou d'éléments du patrimoine de l'Etat »¹¹⁵⁰, dans la mesure où ces structures permettent d'offrir un nouvel encadrement aux collectivités publiques, afin de répondre aux besoins de la société. Par exemple, malgré les nombreux acteurs de l'administration, l'Etat s'appuie de plus en plus sur le secteur privé pour déployer ses activités¹¹⁵¹. Il peut le faire notamment dans le cadre de collaborations (partenariat), au sein de structures communes ou en confiant ses tâches aux acteurs du secteur privé¹¹⁵². Par ailleurs, l'Etat peut également déléguer certaines de ses tâches aux nombreux acteurs de l'administration.

446

¹¹⁴⁹ Même si ce phénomène de délégation d'activités publiques (activités étatiques classiques ou à caractère économique), surtout à des acteurs issus du secteur privé, n'est pas nouveau, il est toujours plus courant, de telle sorte qu'on peut le considérer comme une tentative de rapprochement entre le secteur public et le secteur privé.

¹¹⁵⁰ KOLLER, 2013a, p. 129 (et la réf. citée). Cet auteur constate toutefois que la réforme des administrations cantonales, bien qu'elle se soit effectuée sur le modèle de l'économie privée, a connu des intensités très variables d'un canton à l'autre. Cf. KOLLER, 2013a, p. 137. Sur la privatisation et la décentralisation, cf. JAAG, 2000, pp. 24 ss. En ce qui concerne le secteur semi-étatique, cf. JAAG, 1999, pp. 587 ss.

¹¹⁵¹ Il s'agit là d'une vraie tendance. Voir KOLLER T., 1998, p. 124. Sur le thème de la délégation d'activités étatiques au secteur privé, consulter FAVRE/MARTENET/POLTIER.

¹¹⁵² Par exemple, la question de la délégation des tâches de sécurité (certaines missions de police) à des agents de sécurité privés s'est fréquemment posée. Voir le Rapport du Conseil fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées, du 2 décembre 2005, p. 640. Sur le partenariat public/privé, voir MEYER, 2004.

447 **Les acteurs de l'administration** – Que ce soit sur le plan communal, cantonal ou fédéral, l'administration est composée de multiples acteurs, à savoir de diverses organisations exécutant les tâches qui leur sont confiées. La gestion administrative est ainsi « étroitement liée à l'organisation de l'administration » et donc au dynamisme de ces acteurs¹¹⁵³. Pour arriver à une gestion efficace, une grande majorité d'administrations fonctionne de nos jours selon les méthodes de la nouvelle gestion publique (orientée sur les résultats)¹¹⁵⁴. En principe, quelle que soit la taille de la collectivité publique (cantonale, communale, etc.) ces acteurs gravitent autour d'une « administration centrale » qui est organisée de manière hiérarchique¹¹⁵⁵. Dans les développements précédents, le droit de la fonction publique examiné correspond à celui de l'administration centrale. Même si l'on peut également retrouver des structures hiérarchisées au sein des entités administratives décentralisées, ces dernières disposent d'une grande autonomie dans l'élaboration du droit du personnel¹¹⁵⁶.

448 **Délégations et droit applicable** – Dans le contexte de la délégation de tâches par une collectivité publique à une entité publique se pose la délicate question du droit applicable aux employés. En effet, il faut préciser qu'une collectivité publique peut choisir de déléguer à des entités revêtant diverses formes juridiques quelques-unes de ses prérogatives sans pour autant que le droit public soit applicable aux futurs rapports de travail. Quelques exemples sur le plan fédéral illustreront la diversité des solutions envisageables.

b. Quelques exemples sur le plan fédéral

449 **Généralités** – La Confédération a choisi de déléguer des tâches telles que les transports (CFF), les services de communication (Swisscom), les services postaux (Poste) ou l'enseignement (écoles polytechniques fédérales)¹¹⁵⁷. Le sort des rapports de travail des employés soumis à ces entités varie cependant selon la forme juridique qu'elles revêtent et le choix du législateur fédéral de les inclure ou de les exclure du champ d'application de la loi sur le personnel fédéral (LPers). Voici quelques exemples qui permettront d'illustrer cette diversité.

¹¹⁵³ Cf. LIENHARD, p. 231.

¹¹⁵⁴ LIENHARD, pp. 231 s. Concernant la nouvelle gestion publique, cf. *supra* N 167.

¹¹⁵⁵ Voir TANQUEREL, 2000, p. 8.

¹¹⁵⁶ TANQUEREL, 2000, pp. 8-9. Pour l'administration décentralisée, cf. HÄNER et al., p. 4.

¹¹⁵⁷ Pour d'autres exemples, cf. HELBLING, 2004a, p. 246. Voir ég. JAAG, 1999, p. 589.

Les CFF – Le personnel travaillant pour les Chemins de fer fédéraux suisses est soumis à la loi sur le personnel de la Confédération (LPers). C'est d'ailleurs l'article 2 alinéa 1 lettre d LPers qui le prévoit : « [l]a présente loi s'applique au personnel : [...] d. des Chemins de fer fédéraux régis par la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux [LCFF] ». Bien que les CFF aient actuellement un statut de société anonyme de droit public¹¹⁵⁸, ils restent ainsi soumis aux dispositions applicables à l'ensemble du personnel fédéral¹¹⁵⁹. C'est ce que rappelle l'article 15 alinéa 1 LCFF¹¹⁶⁰ : « [l]es dispositions relatives aux rapports de service du personnel fédéral s'appliquent également au personnel des CFF ». Toutefois, les alinéas 2 et 3 de cette disposition prévoient que les CFF peuvent, avec l'autorisation du Conseil fédéral, modifier ou compléter les rapports de service dans des conventions collectives de travail (al. 2)¹¹⁶¹ ou encore conclure des contrats de droit privé pour les cas où l'application des règles du CO se justifie (al. 3).

Les sociétés affiliées aux CFF – Nous avons vu que la loi sur le personnel fédéral (LPers) est applicable aux employés des CFF. Mais qu'en est-il des sociétés affiliées ? Doivent-elles soumettre leurs collaborateurs à la LPers ou peuvent-elles les engager par le biais de contrats de droit privé ? Dans un arrêt du 21 avril 2009¹¹⁶², le Tribunal fédéral a dû déterminer quel droit était applicable aux rapports de travail d'un employé au service des CFF Cargo SA (société affiliée aux CFF¹¹⁶³). Il est arrivé à la conclusion que la société en cause a une personnalité juridique autonome et qu'une interprétation historique (examen des travaux préparatoires lors de l'adoption de la LPers) permet d'exclure l'application de la loi sur le personnel fédéral à des sociétés affiliées aux CFF. Partant, les prétentions issues de ce rapport de travail litigieux doivent être examinées par le juge civil. Effectivement, « dans la mesure où une entreprise publique est autorisée à constituer des sociétés de droit privé, auxquelles elle peut confier une partie de son activité, elle doit aussi pouvoir garantir leur nécessaire autonomie. Imposer aux sociétés affiliées le même droit

¹¹⁵⁸ Pour l'ancien statut des CFF, cf. OTT, pp. 18 ss et pp. 41 ss pour leur administration. Selon cet auteur, le droit privé et le droit public se sont côtoyés de très près dans l'ancienne législation des CFF, puisque la nationalisation des chemins de fer a eu pour conséquence le passage du domaine privé à celui du droit public. OTT, p. 141.

¹¹⁵⁹ Pour plus de détails, voir TANQUEREL, 2012, p. 54.

¹¹⁶⁰ LCFF ; RS 742.31.

¹¹⁶¹ Les CFF ont d'ailleurs adopté des CCT, cf. *supra* N 251. Ces conventions sont disponibles sur le site internet officiel des CFF (« www.cff.ch ») sous : Groupe>Job & carrière>Employeur CFF>Conditions d'engagement.

¹¹⁶² ATF 135 III 483 = TF 4A_401/2008 du 21 avril 2009. Cf. ég. RDAF 2010 I, p. 487.

¹¹⁶³ Cf. art. 3 al. 2 LCFF.

qu'à la société-mère risquerait de faire disparaître le but de leur création »¹¹⁶⁴. Cela irait d'ailleurs contre la volonté du législateur, qui souhaite offrir aux entreprises et aux sociétés la plus grande marge de manœuvre possible, raison pour laquelle on les autorise à recourir largement au droit privé du travail.

452 **La Poste** – L'établissement autonome de droit public « La Poste Suisse » est passé au statut de société anonyme de droit public (dénommée « La Poste Suisse SA ») le 26 juin 2013. Cette transformation s'est fondée sur la loi sur l'organisation de la Poste (LOP), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2012, et une décision du Conseil fédéral du 7 juin 2013¹¹⁶⁵. Depuis, les employés de la Poste sont sortis du champ d'application de la LPers et ont été soumis au droit privé du travail¹¹⁶⁶. Toutefois, la Poste a eu l'obligation de négocier une convention collective de travail avec les associations du personnel (cf. art. 9 al. 2 LOP), chose qu'elle a faite. Récemment, la Poste a renégocié une nouvelle convention collective de travail (CCT)¹¹⁶⁷. Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 et sa validité échoira à fin 2018¹¹⁶⁸.

453 **Swisscom** – Tout comme la Poste, l'entreprise de télécommunications Swisscom a été transformée il y a quelques années en société anonyme de droit public. Depuis cette transformation, le droit privé est applicable aux rapports de travail de ses employés¹¹⁶⁹. En effet, selon l'article 16 de la loi fédérale du 30 avril 1997 (LET) sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications¹¹⁷⁰, le personnel de l'entreprise Swisscom est dorénavant engagé sous le régime du droit privé (al. 1). L'article 23 LET précise le fait que pendant la fin de la période administrative (de 1997 à 2000), le personnel de Swisscom était soumis à la législation sur le personnel de la Confédération (al. 2), alors que les rapports de service sont réglés sur la base du droit privé, depuis le 1^{er} janvier 2001 (al. 3).

¹¹⁶⁴ Cf. ALESSANDRO BRENCI, in : RDAF 2010 I, pp. 487 s.

¹¹⁶⁵ Arrêté du Conseil fédéral du 7 juin 2013 concernant la révision totale de la législation postale, approbation de la transformation. Voir FF 2013 4153.

¹¹⁶⁶ Voir, par exemple, TANQUEREL, 2012, p. 54.

¹¹⁶⁷ Voir le communiqué de presse du 30 avril 2015 disponible sous le site officiel de la Poste (« www.post.ch », sous : Notre profil>Entreprise>médias>Communiqués de presse), consulté le 12.01.2016.

¹¹⁶⁸ La nouvelle CCT 2016 règle les conditions de travail de 90% des employés de Poste CH SA et de CarPostal SA, ainsi que de 75% des employés de PostFinance SA. Voir « édition spéciale CCT Poste » de syndicom (www.syndicom.ch), mars 2015, p. 2.

¹¹⁶⁹ A ce sujet consulter HELBLING, 2004a, p. 246 (note 55 de l'ouvrage cité) qui commente la nouvelle soumission du personnel au Code des obligations. Voir ég. JAAG, 1999, p. 595.

¹¹⁷⁰ Loi sur l'entreprise de télécommunications ; RS 784.11.

Toutefois, Swisscom, tout comme la Poste, a eu l'obligation de négocier une convention collective de travail avec les associations du personnel (cf. art. 16 al. 2 LET). Partant, une convention collective de travail a été adoptée et est actuellement appliquée¹¹⁷¹. Il faut effectivement s'y référer en ce qui concerne par exemple le temps d'essai, la durée du travail, les vacances et les jours fériés, les absences payées, le perfectionnement, la continuation du versement du salaire en cas de maladie et d'accident, l'égalité des chances, la paix du travail ou la participation¹¹⁷².

Les écoles polytechniques fédérales – Les écoles polytechniques fédérales (ci-après : EPF)¹¹⁷³ sont des établissements autonomes de droit public, soumis, en principe, à la LPers, bien qu'elles ne soient pas explicitement mentionnées dans le champ d'application de la loi (cf. art. 1 LPers). En effet, l'article 17 de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales du 4 octobre 1991¹¹⁷⁴ dispose que « [l]es rapports de travail du personnel sont régis par la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération pour autant que la présente loi n'en dispose pas autrement ». En ce sens, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral, le Conseil des EPF peut, dans le cadre de l'article 6 alinéa 5 LPers, édicter des dispositions relatives à l'engagement de professeurs sur la base de contrats de droit privé (cf. art. 17 al. 3 EPF).

Conclusion – Avec ces quelques exemples, nous avons pu constater que le droit privé peut bel et bien être applicable aux rapports de travail des employés d'entités à qui des tâches ont été déléguées par une collectivité publique, par exemple des sociétés anonymes de droit public. Sur le plan fédéral, cela est le cas, nous l'avons vu, de Swisscom et de la Poste. Toutefois, dans la mesure où Swisscom et la Poste ont eu l'obligation de négocier une convention collective de travail (CCT) avec les associations du personnel, ces instruments ont permis d'appliquer d'autres règles, parfois plus avantageuses pour les employés, que celles prévues pour les travailleurs soumis au Code des obligations.

¹¹⁷¹ La CCT de Swisscom s'applique directement aux collaborateurs et aux « apprenants » de Swisscom membres d'un syndicat contractant. Pour les non-membres, les dispositions normatives de la CCT valent à titre de dispositions des contrats individuels de travail (cf. art. 1.1 de la CCT).

¹¹⁷² Voir la CCT et le communiqué relatif à la CCT Swisscom 2011. Pour le communiqué de presse du 14 juin 2012 voir le site officiel de Swisscom (« www.swisscom.ch », sous Médias>Communiqués de presse), consulté le 12.01.2016.

¹¹⁷³ Les EPF comprennent les écoles polytechniques fédérales de Zurich et de Lausanne, ainsi que quelques établissements de recherche.

¹¹⁷⁴ Loi sur les EPF ; RS 444.110.

c. Constat, tendance et limites

456 **Constat** – Sur le plan fédéral, la Confédération a souhaité déléguer quelques-unes de ses tâches à des entités revêtant différentes formes juridiques, par exemple à des sociétés anonymes de droit public (les CFF, la Poste, Swisscom), ou à des établissements de droit public (EPF). Cependant, déterminer la nature juridique du statut des employés des nouvelles entités ou des sociétés qui leur sont affiliées ne va pas toujours de soi. Par exemple, alors que la LPers dispose explicitement qu'elle est applicable aux employés des CFF, tel n'est pas le cas du personnel des sociétés affiliées aux CFF, qui en est exclu. Il faut effectivement se référer à la jurisprudence pour s'apercevoir que les sociétés affiliées aux CFF sont autorisées à utiliser largement le droit privé afin de réglementer les rapports de travail¹¹⁷⁵.

457 **Tendance** – Selon nous, le système a tendance à se complexifier et n'est pas toujours cohérent. Par exemple, il a fallu se plonger dans la loi sur les écoles polytechniques fédérales (EPF) et non dans la LPers pour se rendre compte que les employés de ces établissements autonomes de droit public étaient soumis, en principe, aux dispositions de la loi fédérale sur le personnel. Cela, contrairement à la logique de la LPers qui indique dans son champ d'application, comme elle le fait pour les CFF (cf. art. 2 al. 1 let. d LPers), le personnel auquel la loi s'applique. En outre, le passage de certaines entités à des sociétés anonymes de droit public n'a pas induit les mêmes conséquences, s'agissant du droit applicable aux rapports juridiques des employés. En effet, pour les CFF, le personnel reste soumis à un rapport juridique de droit public (la LPers), alors que pour la Poste suisse ou Swisscom, le personnel a entièrement été soumis au droit privé du travail¹¹⁷⁶. Selon TANQUEREL, le « caractère plus concurrentiel des activités de la Poste et de Swisscom justifie un régime de rapports de travail privé, là où les CFF restent en principe dans le giron du droit public »¹¹⁷⁷.

458 **Limites** – Lorsque l'exécution d'une tâche incombe à l'administration centrale, il ne peut pas y avoir d'externalisation. Le phénomène de délégation d'activités étatiques connaît ainsi certaines limites. Selon nous, le statut juridique (de droit public ou de droit privé) des employés d'une entité peut par conséquent être influencé par le degré d'externalisation admissible pour l'activité en question qu'elle exerce, plutôt qu'en raison de sa forme juridique.

¹¹⁷⁵ Voir ATF 135 III 483 = TF 4A_401/2008 du 21 avril 2009.

¹¹⁷⁶ Ces sociétés anonymes restent cependant soumises, nous l'avons vu, à une obligation de négocier une CCT avec les associations du personnel.

¹¹⁷⁷ TANQUEREL, 2012, pp. 7.

C. Comparaison

Différences – En ce qui concerne les modes d’engagement, la principale différence entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique réside dans le fait que les collectivités publiques ont parfois le choix entre trois actes juridiques pour engager leur personnel, à savoir la décision, le contrat de droit public (ou contrat de droit administratif) et le contrat de droit privé, alors que l’employeur du secteur privé bénéficie uniquement de la troisième possibilité, c’est-à-dire du contrat individuel de travail défini à l’article 319 CO.

459

Choix du mode d’engagement – Ce choix des employeurs publics entre ces trois actes juridiques peut toutefois être restreint. En effet, l’utilisation d’un de ces modes d’engagement doit en principe être prévue par le législateur, du moins ne pas être exclue. Par exemple, un employeur public dont le statut du personnel prévoit l’engagement des employés par la voie de la décision ne peut pas les engager au moyen d’un contrat de droit public, et inversement. En outre, s’agissant de l’admissibilité des engagements de droit privé pour certains collaborateurs au sein d’une même collectivité ou entité publique, la question est assez délicate, car on les réserve généralement à des cas particuliers tels que des engagements de durée très limitée, des postes auxiliaires, des stagiaires, ou encore des situations très exceptionnelles. Le droit privé ne doit effectivement pas servir à éluder les protections offertes par le droit public. Même s’il n’existe pas d’exclusion générale du recours au droit privé pour réglementer les rapports de travail du personnel étatique, un engagement de droit privé suppose dans tous les cas un « fondement dans une réglementation [...] claire et sans équivoque » et « qu’il ne soit pas exclu par le droit applicable »¹¹⁷⁸.

460

Limites – Si ces exigences ne sont pas respectées, le juge requalifie un contrat de travail de « droit privé » en un engagement de droit public, de telle sorte que la liberté d’appréciation de l’employeur public dans le choix du mode d’engagement peut être fortement restreinte. Par ailleurs, sa liberté pourrait également être limitée par l’application des principes constitutionnels aux rapports de travail des employés de l’Etat soumis au Code des obligations, puisque la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral considèrent que les principes régissant l’activité administrative (cf. art. 5 Cst.) doivent être respectés par les collectivités publiques dans tous les rapports de travail, quelle que soit la forme juridique de l’engagement¹¹⁷⁹.

461

¹¹⁷⁸ TF 8C_467/2012 du 14 février 2013, c. 5.4.1.

¹¹⁷⁹ Cf. MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 12 ad art. 342 CO, p. 888. *Supra* N 437.

§ 4 Synthèse

- 462 **Recrutement du personnel** – Tout d’abord, nous avons pu observer que le recrutement d’un candidat à un poste est semblable dans le secteur privé et le secteur public, notamment parce que les employés du secteur public n’ont pas à suivre une formation spécifique pour intégrer l’administration. Les emplois sont ainsi perméables d’un secteur à l’autre. Les collectivités publiques sont toutefois soumises à des devoirs accrus quant au processus de recrutement, en comparaison avec les employeurs privés. En effet, elles doivent en principe publier les emplois vacants, afin d’assurer une certaine égalité des chances en matière d’accès à une fonction publique. Tant pour la Confédération que pour la majorité des cantons, la règle est la mise au concours publique¹¹⁸⁰. Toutefois, les statuts du personnel accordent une grande autonomie aux autorités d’engagement qui peuvent dans certains cas (prévus par la législation) renoncer à une publication des places vacantes.
- 463 **Embauche et entretiens** – Ensuite, tout comme les employeurs du secteur privé, les employeurs publics doivent non seulement respecter la personnalité des employés pendant les rapports de travail, mais aussi au moment de l’embauche. En effet, selon le Tribunal fédéral, la protection qui découle de l’article 328 du Code des obligations est déjà applicable avant l’engagement, c’est-à-dire lors des pourparlers contractuels, et peut parfois être transposable dans le secteur public. Il en va de même, selon nous, de la protection des données personnelles du candidat (cf. art. 328b CO) et des principes relatifs aux entretiens d’embauche, par exemple du droit au mensonge, tel qu’il est reconnu par la doctrine majoritaire en droit privé. Il s’agit là d’une influence importante du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique.
- 464 **Refus d’embauche** – En ce qui concerne le refus d’embauche, les postulants peuvent en principe avoir des prétentions identiques en cas de violation de leur personnalité. Toutefois, en cas de discrimination à raison du sexe, nous avons vu que la LEg qualifie celui-ci sans équivoque de décision (cf. art. 13 al. 2 LEg), ce qui n’est pas le cas du droit privé (cf. art. 8 LEg). Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral reconnaît de manière plus générale, dans sa jurisprudence, une sorte de « droit à l’embauche » au sein de la fonction publique fédérale, puisqu’il accorde au candidat évincé la possibilité de deman-

¹¹⁸⁰ Il ne s’agit cependant pas de véritables concours (mais plutôt d’offres publiques d’emploi), dans le sens où les collectivités publiques n’organisent généralement pas de compétitions avec des examens formalisés et un classement des résultats.

der le prononcé d'une décision sujette à recours concernant son refus d'engagement¹¹⁸¹.

Modes d'engagement – La diversité des modes d'engagement du personnel est caractéristique du droit de la fonction publique, en comparaison avec le droit privé, qui ne permet d'embaucher un travailleur que par un contrat individuel de travail (art. 319 CO). En effet, alors que dans le secteur privé les travailleurs et les employeurs sont uniquement liés par un contrat de travail soumis au Code des obligations, la création des rapports de service dans le secteur public peut avoir lieu par une pluralité de modes d'engagement, à savoir, par une décision administrative, un contrat de droit public (ou contrat de droit administratif), ou encore, un contrat de droit privé. Le droit de la fonction publique est ainsi un domaine tout à fait unique du droit administratif dans lequel foisonnent différentes formes juridiques¹¹⁸².

465

Choix du mode d'engagement – Parmi ces différentes formes d'engagement, les employeurs publics, lorsqu'ils le peuvent, restent libres dans le choix du régime applicable¹¹⁸³. Toutefois, la doctrine majoritaire (mais non unanime) est d'avis que les rapports de service des agents de l'Etat doivent en principe rester soumis au droit public. La pratique démontre néanmoins que diverses administrations recourent encore aux contrats de droit privé pour engager des catégories du personnel, en raison de la prétendue flexibilité que celui-ci apporte¹¹⁸⁴. Alors que certains auteurs ne préconisent le recours au droit privé que de manière exceptionnelle, d'autres vont beaucoup plus loin en affirmant qu'il n'est pas permis à l'Etat d'engager du personnel sous contrat de travail de droit privé et qu'il faudrait requalifier systématiquement tous les engagements de droit privé en rapports de droit public¹¹⁸⁵. Par ailleurs, la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral estiment que les collectivités publiques doivent appliquer les principes constitutionnels dans tous les rapports de travail, et cela, même si l'engagement de l'employé est soumis au droit privé¹¹⁸⁶.

466

¹¹⁸¹ Si cette jurisprudence devait être confirmée par le Tribunal fédéral ou/et s'étendre à toutes les collectivités publiques, les candidats à une fonction publique seraient par conséquent mieux traités que dans le secteur privé.

¹¹⁸² NGUYEN, 2004, p. 136.

¹¹⁸³ NGUYEN, 1994, p. 3.

¹¹⁸⁴ *Idem*, p. 6.

¹¹⁸⁵ Sur ces considérations, voir TANQUEREL, 2012, p. 69.

¹¹⁸⁶ Cette exigence semble cependant seulement concerner les cas de « privatisation partielle » du statut d'agents publics, et non les cas de « privatisation totale » guidés par des considérations politiques (pour ces derniers, le choix du régime de droit privé est un véritable outil de gestion du personnel). Cf. DÉFAGO GAUDIN, 2016, pp. 270-272.

Chapitre 8 : Cessation des rapports de travail

Ce huitième chapitre permettra de se pencher sur la cessation des rapports de travail. Il exposera tout d'abord la résiliation des rapports de travail (§ 1), puis traitera du congé abusif (§ 2) et du congé en temps inopportun (§ 3), avant de mettre en évidence les conséquences d'un congé infondé (§ 4). Finalement, une synthèse (§ 5) récapitulera nos principales observations en la matière.

467

§ 1 La résiliation des rapports de travail

Les causes de cessation des rapports de travail sont multiples et généralement similaires dans le secteur privé et le secteur public¹¹⁸⁷. En revanche, les modes de résiliation ne sont pas les mêmes en droit privé du travail (A) et en droit de la fonction publique (B). Par exemple, nous verrons que la révocation disciplinaire est une mesure propre à la fonction publique qui n'a pas d'équivalent dans le secteur privé. En outre, la liberté d'appréciation dont bénéficient les employeurs privés et publics pour résilier les rapports de travail du personnel n'est pas la même. Une comparaison (C) mettra en évidence les principales différences et ressemblances entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail pour la fin des rapports de travail.

468

A. En droit privé du travail

Quelques généralités (I) permettront notamment d'expliquer plus bas les mécanismes de résiliation ordinaire (II) et les mécanismes de résiliation extraordinaire (III) du contrat individuel de travail de droit privé (art. 319 ss CO), ainsi que la liberté d'appréciation de l'employeur (IV) de faire usage de cette alternative.

469

¹¹⁸⁷ Parmi la diversité de ces causes, nous laisserons notamment de côté le décès, la retraite et l'invalidité, car cet examen dépasserait le cadre restreint de notre étude.

I. Généralités

470 **Contrats de durée déterminée/indéterminée** – En droit privé du travail, le « contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé » (art. 334 al. 1 CO). Autrement dit, le seul écoulement du temps suffit pour qu'il prenne fin, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une résiliation du contrat individuel de travail¹¹⁸⁸. Si les parties souhaitent mettre fin au contrat avant l'échéance qui a été convenue, demeure encore possible la résiliation des rapports de travail pour un juste motif (art. 337 CO)¹¹⁸⁹, pour cause d'insolvabilité de l'employeur (art. 337a CO) ou par commun accord entre les parties. S'agissant des contrats de durée indéterminée, une résiliation (ordinaire ou extraordinaire) est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail.

471 **Nature juridique et forme de la résiliation** – La résiliation d'un contrat de droit privé consiste en un droit formateur et se présente comme une déclaration de volonté soumise à réception¹¹⁹⁰. Le droit privé du travail ne prévoit aucune forme pour la résiliation. C'est-à-dire que, sauf disposition contractuelle contraire, la résiliation peut être orale ou même résulter d'actes concluants¹¹⁹¹. Couramment, la forme écrite est néanmoins réservée dans le contrat de travail. La résiliation est irrévocable. Ce principe souffre cependant de quelques exceptions, par exemple lorsque le retrait unilatéral d'une partie parvient au destinataire avant la résiliation¹¹⁹².

II. La résiliation ordinaire

472 **Pendant le temps d'essai** – Durant le temps d'essai, « chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours » (art. 335b al. 1 CO). En général, est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail (art. 335b al. 1 CO), même si des « dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois » (art. 335b al. 2 CO).

¹¹⁸⁸ Cf. WYLER/HEINZER, p. 497.

¹¹⁸⁹ Le contrat de durée déterminée conclu pour plus de dix ans peut toutefois faire l'objet d'une résiliation ordinaire (cf. art. 334 al. 3 CO).

¹¹⁹⁰ ATF 135 III 441, c. 3.3.

¹¹⁹¹ Cf., par exemple, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 335 CO, p. 903.

¹¹⁹² Voir WYLER/HEINZER, pp. 503-504 (et la réf. citée).

Après le temps d'essai – Après le temps d'essai, le délai de congé pour résilier le contrat varie selon la durée des rapports de travail, calculée en années de service (et non en années civiles). En l'absence de disposition contraire, le « contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement » (art. 335c al. 1 CO). Cependant, « ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective » (art. 335c al. 2 CO). Le terme d'un congé fixé par l'article 335c CO est la fin d'un mois, même s'il s'agit d'un dimanche ou d'un jour férié¹¹⁹³.

473

Résiliation conventionnelle – Par ailleurs, les parties doivent pouvoir rompre en tout temps, d'un commun accord, le rapport juridique, qu'il ait été établi pour une durée déterminée ou indéterminée¹¹⁹⁴. Pour être valable, cet accord doit être librement consenti et contenir des concessions réciproques¹¹⁹⁵.

474

III. La résiliation extraordinaire

L'art. 337 CO – L'article 337 alinéa 1 CO permet à l'employeur et au travailleur de résilier immédiatement le contrat de travail, en tout temps, pour de justes motifs¹¹⁹⁶.

475

Les justes motifs – En droit privé, « [s]ont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail » (art. 337 al. 2 CO)¹¹⁹⁷. En d'autres termes, un « juste motif est un fait propre à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à les ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée de celui qui a donné le congé, de sorte qu'il ne peut lui être demandé d'attendre l'expiration du délai de résiliation ordinaire [...] ou l'échéance du contrat [...]»¹¹⁹⁸.

476

¹¹⁹³ STAEHELIN, ZK 2014, N 6 ad art. 335c CO, p. 128.

¹¹⁹⁴ Concernant la résiliation d'un commun accord en droit privé du travail, cf. BONARD, Commentaire 2013, N 14-16 ad. art. 335 CO, pp. 582-583.

¹¹⁹⁵ Cf., à cet égard, WYLER/HEINZER, pp. 526-530.

¹¹⁹⁶ AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 337 CO, p. 2096.

¹¹⁹⁷ Pour plus de détails concernant la résiliation immédiate, consulter, parmi d'autres, GLOOR, Commentaire 2013, N 1-77 ad art. 337 CO, pp. 733-771.

¹¹⁹⁸ WYLER/HEINZER, p. 571.

- 477 **L'ultima ratio** – La résiliation immédiate est admise de manière restrictive et constitue ainsi l'*ultima ratio*¹¹⁹⁹. Les faits invoqués doivent objectivement revêtir une certaine gravité¹²⁰⁰. Lorsqu'une partie a connaissance du comportement répréhensible de l'autre partie, elle a le choix entre une résiliation ordinaire ou extraordinaire. Si une partie opte pour une résiliation ordinaire, elle renonce définitivement au droit à une résiliation immédiate, pour autant que ce droit se fonde sur les mêmes circonstances que celles qui ont induit sa décision¹²⁰¹.
- 478 **L'avertissement préalable** – Généralement, seul un manquement particulièrement grave du travailleur peut justifier la résiliation du contrat de travail sans avertissement préalable de la part de son employeur¹²⁰². Les règles relatives au nombre et au contenu des avertissements doivent faire preuve de souplesse¹²⁰³. D'ailleurs, lorsqu'il « statue sur l'existence de justes motifs, le juge se prononce à la lumière de toutes les circonstances. La jurisprudence ne saurait donc poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance par le travailleur serait 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 »¹²⁰⁴.
- 479 **Bref délai de réflexion** – S'agissant des conditions de l'exercice du droit à la résiliation immédiate, le Tribunal fédéral admet que le congé immédiat doit être donné au terme d'un bref délai de réflexion « de deux à trois jours ouvrables » ; « un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à la règle »¹²⁰⁵. Durant ce délai de réflexion, la partie qui souhaite résilier de manière extraordinaire les rapports de travail doit accomplir l'acte formateur de résiliation, même si l'autre partie reçoit la résilia-

¹¹⁹⁹ ATF 130 III 28, c. 4.1. Voir, parmi d'autres, STREIF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 337 CO, p. 1100.

¹²⁰⁰ ATF 116 II 145, c. 5a.

¹²⁰¹ ATF 123 III 86.

¹²⁰² Voir, par exemple, ATF 112 II 41, c. 3a.

¹²⁰³ La doctrine s'exprime effectivement de façon nuancée sur le nombre, le contenu et la portée des avertissements qui doivent nécessairement précéder un licenciement immédiat. Voir ATF 127 III 153, c. 1b.

¹²⁰⁴ ATF 127 III 153, c. 1c.

¹²⁰⁵ Voir ATF 130 III 28, c. 4.4 (et la jurisprudence citée). Sur la question du délai maximal pour notifier un licenciement immédiat en droit privé du travail (cf. art. 337 CO), voir, entre autres, DUNAND, 2015b, pp. 133-141.

tion ultérieurement¹²⁰⁶. Le fait d'agir au-delà du délai de 2 à 3 jours est seulement admissible s'il « apparaît comme compréhensible et justifié compte tenu des exigences de la vie quotidienne et économique »¹²⁰⁷.

Obligation de motiver – La partie qui résilie le contrat ne doit motiver sa décision par écrit que si l'autre partie le demande (cf. art. 337 al. 1 CO). Le cas échéant, cette demande a pour but principal de permettre à la partie à qui le congé immédiat a été notifié de vérifier s'il existe un juste motif de résiliation au sens de l'article 337 alinéa 2 CO ou si ce motif revêt un caractère abusif, mais le non-respect de cette injonction à motiver n'affecte pas la validité de la résiliation immédiate du contrat de travail¹²⁰⁸.

Effets de la résiliation – La résiliation immédiate a des effets *ex nunc* dès sa réception par le destinataire¹²⁰⁹. Elle est en principe irrévocable (sauf accord contraire des parties)¹²¹⁰ : peu importe qu'elle soit ou non justifiée ou qu'elle soit notifiée pendant une période de protection contre le licenciement en temps inopportun (cf. art. 336c CO). L'article 337b CO règle les conséquences d'une résiliation justifiée¹²¹¹. Les conséquences relatives à une résiliation injustifiée sont prévues à l'article 337c CO et consistent en des dommages-intérêts (al. 1), éventuellement une indemnité (al. 3)¹²¹². En effet, en vertu de l'article 337c alinéa 1 CO « l'employé a le droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou du contrat conclu pour une durée déterminée »¹²¹³. Par ailleurs, le « juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances [mais qui ne] peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur » (art. 337c al. 3 CO)¹²¹⁴.

¹²⁰⁶ WYLER/HEINZER, p. 592.

¹²⁰⁷ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.48 ad art. 337 CO, p. 327. Néanmoins, comme le montre DUNAND à travers son analyse jurisprudentielle, cette règle du délai de 2 à 3 jours est « de plus en plus souvent battue en brèche par la prise en compte des spécificités du cas d'espèce » : cf. DUNAND, 2015b, pp. 145-146.

¹²⁰⁸ SUBILIA/DUC, N 31 ad art. 337 CO, p. 625.

¹²⁰⁹ Voir, par exemple, GLOOR, Commentaire 2013, N 72 ad art. 337 CO, p. 770.

¹²¹⁰ STAEHELIN, ZK 2014, N 37-38 ad art. 337 CO, pp. 242-243.

¹²¹¹ L'art. 337b al. 1 CO prévoit en principe une obligation de réparer le dommage en cas d'inobservation du contrat de travail par l'une des parties.

¹²¹² Pour plus de détails, cf. GLOOR, Commentaire 2013, N 9 ad. art. 337c CO, pp. 790 s.

¹²¹³ Cf., par exemple, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 337c CO, p. 1148.

¹²¹⁴ Concernant la nature de cette indemnité, cf. WYLER/HEINZER, p. 609.

IV. La liberté d'appréciation de l'employeur

482 **Généralités** – En droit privé du travail, nous avons vu que la liberté contractuelle est la règle. Ce principe offre par conséquent une grande autonomie aux parties. D'ailleurs, le Code des obligations n'exige aucun motif pour résilier le contrat individuel de travail de manière ordinaire. Il en résulte qu'un employeur soumis au droit privé, sous réserve d'un congé abusif (cf. art. 336 CO) ou d'un congé donné en temps inopportun (cf. 336c CO), est en principe libre de résilier les rapports de travail des employés, dans le respect des délais de résiliation¹²¹⁵.

483 **Résiliation ordinaire** – Durant le temps d'essai, les parties doivent pouvoir se libérer rapidement de leur relation juridique¹²¹⁶, raison pour laquelle elles peuvent le faire dans un délai de congé de sept jours (art. 335b CO). Ce délai de résiliation est valable tant pour l'employé que pour l'employeur. Après le temps d'essai, la liberté d'appréciation d'un employeur privé n'est pas non plus très limitée, car il peut licencier un employé pour n'importe quel motif, pour autant qu'il ne soit pas abusif au sens de l'article 336 CO. Par ailleurs, que les parties se trouvent pendant ou après le temps d'essai, celle qui donne le congé doit seulement motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (art. 335 al. 2 CO). La résiliation n'a donc pas à être motivée pour être valable¹²¹⁷.

484 **Résiliation extraordinaire** – La résiliation extraordinaire est toutefois conditionnée par de « justes motifs », définis à l'article 337 alinéa 2 CO. Ces motifs permettent notamment de passer outre les délais de résiliation et de rompre à tout moment, de manière immédiate, les rapports de travail. La liberté d'appréciation de l'employeur est par conséquent, pour la résiliation extraordinaire des rapports de travail, plus limitée que pour une résiliation ordinaire.

¹²¹⁵ Cf. NÖTZLI, Commentaire LPers, N 5 ad art. 12 LPers, p. 182.

¹²¹⁶ Voir ATF 134 III 108, c. 7.1.1. En effet, le « temps d'essai doit fournir aux parties l'occasion de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur permettant d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période. Si les rapports contractuels qu'elles ont noués ne répondent pas à leur attente, les parties doivent pouvoir s'en libérer rapidement » : ATF 129 III 124, c. 3.1 (et la réf. citée).

¹²¹⁷ Autrement dit, lorsque l'employeur résilie un contrat de travail, il ne doit pas *ipso facto* et *de jure* motiver sa décision. Cf. WYLER/HEINZER, p. 519, pour plus de détails concernant la motivation du congé.

B. En droit de la fonction publique

Après de brèves généralités (I), nous étudierons la résiliation des rapports de travail dans le secteur public, sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (II) et celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (III), puis présenterons quelques jurisprudences (IV) concernant la fin des rapports de travail, le cas particulier de la révocation disciplinaire (V) et la liberté d'appréciation de l'employeur pour résilier ces rapports (VI)¹²¹⁸.

485

I. Généralités

Nature juridique de la résiliation – Les employeurs publics peuvent être au bénéfice de différents modes d'engagement : la création des rapports de travail du personnel est effectivement possible par décision administrative, par contrat de droit public ou contrat de droit privé¹²¹⁹. En vertu de cette diversité, on pourrait s'attendre à ce qu'il existe un parallélisme dans les formes applicables à la création et à la cessation des rapports de travail de droit public. Toutefois, la fin des rapports de travail d'un employé peut très bien se solder, quel que soit le mode d'engagement, par une décision de l'autorité¹²²⁰. Selon nous, il en résulte un avantage pour l'employé, qui peut directement recourir contre la décision de résiliation. Malgré la tendance actuelle à privilégier la nature contractuelle lors de la conclusion des rapports de service, la liberté dont disposent les collectivités publiques d'aménager les statuts du personnel les autorise à prévoir une dissolution de ces rapports par la voie de la décision¹²²¹. Cet acte de droit administratif ne s'inscrit cependant pas dans le même contexte juridique que la résiliation du contrat de travail de droit privé¹²²².

486

¹²¹⁸ Cet examen se limitera spécifiquement à la fin des rapports de travail soumis au droit public, quand bien même des employés peuvent parfois être soumis à des contrats de droit privé dont la résiliation relève des règles du Code des obligations.

¹²¹⁹ Parmi d'autres, voir POLEDNA, p. 224.

¹²²⁰ Par exemple, dans la LPers la résiliation des rapports de travail prend la forme d'une décision administrative sujette à recours (voir l'art. 34 LPers).

¹²²¹ Sur la controverse relative à la nature juridique de la résiliation d'un contrat de droit administratif : consulter notamment NGUYEN, 1995, pp. 495 s. et les réf. citées. Selon cet auteur, pour le contrat de droit public, la doctrine tend à considérer la résiliation comme une décision. En revanche, pour le contrat de droit privé « l'acte émanant de l'employeur public mettant fin aux rapports de services n'est pas une décision au sens strict du terme » : NGUYEN, 1999, pp. 457-458.

¹²²² S'agissant de la nature juridique de la résiliation du contrat de travail de droit privé, cf. *supra* N 471.

II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

487 **L'article 10 LPers** – Pour les employés fédéraux soumis à la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, c'est actuellement l'article 10 LPers qui règle la fin des rapports de travail¹²²³. Cette disposition prévoit diverses causes d'extinction du rapport juridique noué entre l'employeur et l'employé¹²²⁴ : la retraite, pour laquelle aucune résiliation n'est nécessaire (cf. art. 10 al. 1 LPers), ainsi que des causes de résiliation ordinaire (cf. art. 10 al. 3 LPers) ou immédiate (cf. art. 10 al. 4 LPers) des rapports de travail¹²²⁵.

488 **Résiliation ordinaire** – Selon l'article 10 alinéa 3 LPers, l'employeur peut seulement résilier un contrat de travail de durée indéterminée pour certains « motifs objectivement suffisants », notamment en cas de violation d'obligations légales ou contractuelles importantes (let. a) ; de manquements dans les prestations ou dans le comportement (let. b) ; d'aptitudes ou capacités insuffisantes pour effectuer le travail convenu dans le contrat ou mauvaise volonté de l'employé à accomplir ce travail (let. c) ; de mauvaise volonté de l'employé à accomplir un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui (let. d) ; d'impératifs économiques ou impératifs d'exploitation majeurs, dans la mesure où l'employeur ne peut proposer à l'employé un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui (let. e) ; de non-satisfaction de l'une des conditions d'engagement fixées dans la loi ou dans le contrat de travail (let. d)¹²²⁶. Cette liste de motifs (lettres a à d) est actuellement non exhaustive, comme le signale l'adverbe *notamment* qui précède cette énumération¹²²⁷.

489 **Résiliation à l'initiative du collaborateur** – L'article 10 alinéa 3 LPers précise bien que c'est l'« employeur » qui peut résilier le contrat de travail pour certains « motifs objectivement suffisants ». Autrement dit, l'employé n'a pas besoin d'invoquer des motifs objectivement suffisants pour résilier de manière ordinaire le rapport de travail. En effet, il lui suffit de respecter les délais et les formes prescrites par la loi (cf. art. 12 et 13 LPers), et il n'a pas besoin de

¹²²³ Le contenu de cette disposition, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2013, a une nouvelle teneur depuis l'adoption de la loi fédérale du 14 décembre 2012.

¹²²⁴ Pour la résiliation des rapports de service du personnel fédéral, voir par exemple : HÄNER et al., pp. 17 ss ; HÄNNI, 2004b, N 78 ss, pp. 29 ss ; NÖTZLI, pp. 73 ss. Cf. ég. KUSTER ZÜRCHER, p. 159.

¹²²⁵ Nous traiterons ci-après de ces deux derniers cas de figure.

¹²²⁶ Le cadre restreint de notre étude ne nous permettra malheureusement pas d'explicitier ces différentes hypothèses. Pour plus de détails, consulter NÖTZLI, Commentaire LPers, N 7-42 ad art. 12 LPers, pp. 183-196.

¹²²⁷ Comparer l'art. 10 al. 3 LPers avec l'art. 12 al. 6 aLPers (version du 1^{er} oct. 2012).

motifs pour se séparer de son employeur. En revanche, en ce qui concerne la résiliation extraordinaire, le texte de la loi précise que ce sont « les parties » qui peuvent résilier avec effet immédiat les rapports de travail, c'est-à-dire que tant l'employeur que l'employé doivent pouvoir invoquer de « justes motifs » (cf. art. 10 al. 4 LPers). Par conséquent, contrairement aux employés, l'employeur fédéral a toujours besoin d'invoquer des motifs pour licencier son personnel, lorsqu'il en prend l'initiative¹²²⁸.

Résiliation extraordinaire – Dans la LPers, comme en droit privé du travail, la résiliation extraordinaire des rapports de travail consiste à résilier de manière immédiate et pour de « justes motifs » un contrat de durée déterminée ou indéterminée (voir l'art. 10 al. 4 LPers). Comme le confirment la jurisprudence¹²²⁹ et le Message du Conseil fédéral¹²³⁰, nous verrons plus bas que la notion de « justes motifs » inscrite dans la LPers est équivalente à celle ancrée à l'article 337 alinéa 2 du Code des obligations.

Résiliation conventionnelle – Par ailleurs, lors de l'adoption de la LPers, le législateur a souhaité favoriser la résiliation conventionnelle des rapports de travail¹²³¹, c'est-à-dire une résiliation d'un commun accord entre les parties¹²³². En effet, dans la conception initiale de la LPers, dans laquelle l'employeur prenait une décision uniquement si aucune entente entre les parties n'intervenait, la négociation d'un accord de départ avant toute résiliation unilatérale était une véritable nécessité¹²³³. Cette négociation impliquait, pour l'employeur public, de fournir des assurances spéciales allant au-delà de certaines garanties constitutionnelles, telle que le respect du droit d'être entendu¹²³⁴. Un licenciement qui n'aurait pas respecté une tentative de résiliation conventionnelle pouvait même, être sanctionné par la nullité¹²³⁵. Aujourd'hui, même si l'actuel article 34 alinéa 1 LPers favorise toujours les accords entre les parties, on peut toutefois se demander si la résiliation conventionnelle constitue encore une obligation, au vu de la suppression de l'ancienne disposition qui prévoyait que l'« employeur résilie le contrat de travail par voie de

¹²²⁸ Voir NÖTZLI, Commentaire LPers, N 15 ad art. 12 LPers, p. 185.

¹²²⁹ Cf. notamment arrêts : TF 8C_873/2010 du 17 février 2011, c. 7.2 ; TF 8C_70/2010 du 20 décembre 2010, c. 2.2 ; TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 4.2.2 ; TF 1C_142/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.4 ; TF 2P.149/2006 du 9 octobre 2006, c. 6.2.

¹²³⁰ Message 1999, p. 1439.

¹²³¹ Voir HEINZER, pp. 412-413.

¹²³² Sur l'admissibilité d'un accord de résiliation en droit public, consulter CANDRIAN.

¹²³³ HEINZER, p. 413.

¹²³⁴ Cf. HELBLING, 2004b, pp. 183 s.

¹²³⁵ HELBLING, 2004b, p. 183. Voir ég. HEINZER, p. 413.

décision lorsque les deux parties ne parviennent pas à s'entendre sur la cessation des rapports de travail »¹²³⁶.

- 492 **Forme et délais de résiliation** – En droit de la fonction publique fédérale, la fin des rapports de travail n'est valable que si elle est établie en la forme écrite (art. 13 LPers). Le délai de résiliation ordinaire des rapports de travail est défini dans les dispositions d'exécution de la LPers, mais il est de six mois au plus dès la fin de la période d'essai de l'employé (art. 12 LPers). En ce sens, l'article 30a alinéa 1 OPers prévoit que pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être résilié moyennant un délai de congé de sept jours. Après la période d'essai, le contrat de durée indéterminée peut être résilié pour la fin d'un mois dans un délai de « a. deux mois durant la première année de service ; b. trois mois de la deuxième à la neuvième année de service ; c. quatre mois à partir de la dixième année de service » (al. 2). Toutefois, « [d]ans des cas particuliers, l'employeur peut accorder à l'employé un délai de congé plus court si aucun intérêt majeur ne s'y oppose » (al. 4, voir ég. al. 3).
- 493 **Personnes nommées** – L'article 14 LPers contient des règles particulières pour les quelques personnes nommées pour une durée de fonction. Ces personnes sont en principe soumises aux dispositions de lois spéciales et aux dispositions d'exécution de ces lois, sauf si celles-ci font défaut (al. 1). Dans ce dernier cas, les dispositions de la LPers sont alors applicables sous réserve de certaines dérogations concernant notamment les dispositions sur la résiliation ordinaire (cf. art. 10 LPers) et sur les dispositions du CO qui ne sont pas applicables aux personnes nommées (cf. art. 14 al. 2 let. b LPers). Selon l'article 14 alinéa 2 lettres c et d LPers, « l'autorité de nomination peut renoncer à reconduire des rapports de travail pour des motifs objectivement suffisants ; si l'autorité de nomination n'a pas pris de décision de non-reconduction au moins six mois avant la fin de la durée de fonction, la personne concernée est considérée comme reconduite dans ses fonctions ; dans la procédure de recours, les art. 34b, al. 1, let. a, et 2 et 34c, al. 1, let. a, b et d, et 2 sont applicables ; [...] la personne nommée peut demander la résiliation de ses rapports de travail pour la fin d'un mois, en respectant un délai de préavis de trois mois ». Bien entendu, les rapports de travail peuvent aussi, pour les personnes nommées pour une durée de fonction, être résiliés avec effet immédiat pour de justes motifs (cf. art. 14 al. 3 LPers).

¹²³⁶ Voir l'article 13 al. 3 aLPers (version du 1^{er} octobre 2012).

III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

Généralités – Dans les divers statuts cantonaux du personnel de la Suisse romande, on retrouve aujourd’hui des mécanismes de résiliation ordinaire, qui permettent de mettre fin à la relation de travail dans un délai et pour un terme donnés, et des mécanismes de résiliation extraordinaire, à savoir des mécanismes autorisant de manière immédiate et sans délai la résiliation des rapports de travail¹²³⁷, tels qu’on les connaît dans le secteur privé. 494

L’état du droit – Cependant, alors que l’employeur public a toujours besoin d’un motif pour justifier le licenciement d’un collaborateur¹²³⁸, il existe en Suisse une grande diversité cantonale quant aux motifs de licenciement des employés de l’Etat. Des auteurs ont illustré ce pluralisme en regroupant les vingt-six cantons helvétiques en différentes catégories¹²³⁹. La première comprend les cantons qui ont adopté une liste exhaustive de motifs de licenciement. La deuxième catégorie connaît des listes exemplatives¹²⁴⁰. La troisième catégorie est formée par des cantons « qui qualifient les motifs justifiant un licenciement sans en faire une quelconque liste » ; enfin, la dernière catégorie est composée des quelques cantons qui connaissent des régimes différents selon les postes¹²⁴¹. 495

Les cantons de la Suisse romande – Parmi les cantons de la Suisse romande, les cantons de Vaud et de Fribourg ont adopté une liste exhaustive de motifs de licenciement. En revanche, les cantons de Berne, de Genève, du Jura, de Neuchâtel et du Valais connaissent une liste exemplative de motifs. Ils exigent, par exemple, des « motifs pertinents » (BE), des « motifs fondés » (GE et JU), ou des « raisons graves » (NE) pour justifier tout licenciement¹²⁴². 496

¹²³⁷ En effet, en « [c]hoisissant la variante la plus proche du contrat de travail de droit privé, [l]es collectivités publiques se sont aménagé la possibilité de mettre un terme à l’engagement de leurs agents par la voie de la résiliation immédiate pour justes motifs et par celle de la résiliation ordinaire [...] ». PFAMMATTER, p. 230. Dans ce sens, le législateur schwytois a par exemple décidé de passer du système de la période administrative à celui du rapport de travail résiliable pour les rapports de service du personnel cantonal : cf. SCHÖNBÄCHLER, p. 497 ss.

¹²³⁸ Voir, par exemple, GEISER/MÜLLER, N 210, p. 78.

¹²³⁹ BELLANGER/ROY, pp. 474-477.

¹²⁴⁰ *Idem*, pp. 474-476.

¹²⁴¹ *Idem*, pp. 476.

¹²⁴² *Idem*, pp. 474-475.

- 497 **Résiliation à l'initiative du collaborateur** – Il ressort de l'étude des divers statuts de la fonction publique, que les agents de l'Etat n'ont, contrairement aux employeurs publics, pas besoin d'invoquer une quelconque raison pour pouvoir résilier de manière ordinaire leurs rapports de travail. Partant, lorsque c'est l'employé qui signifie son congé, dans le respect des délais contractuels ou prévus par la législation¹²⁴³, on se trouve dans le cas de figure de la « démission »¹²⁴⁴. Cette dernière peut également être immédiate, dans la mesure où l'employé invoque de « justes motifs » de résiliation au sens de l'article 337 alinéa 2 CO¹²⁴⁵.
- 498 **Résiliation conventionnelle** – Par ailleurs, quels que soient les motifs du congé, l'Etat et ses employés doivent pouvoir résilier le rapport de travail d'un commun accord, pour un terme choisi et selon les modalités convenues. Comme en droit privé, les parties devraient alors pouvoir rompre en tout temps, d'un commun accord, le rapport juridique, qu'il ait été établi pour une durée déterminée ou indéterminée. Même si cette possibilité n'est pas toujours prévue dans le statut du personnel, elle est en pratique fréquemment utilisée¹²⁴⁶. Les employés doivent toutefois être prudents et n'accepter aucun type d'accord qui pourrait les léser. Par exemple, la résiliation d'un commun accord ne doit pas servir à éluder des dispositions protectrices du statut de la collectivité publique. Une clause formulée par l'employeur public prévoyant que l'employé renonce à toute prétention juridique ultérieure découlant des rapports de travail est à notre sens clairement illicite. Pour éviter de tels abus, les règles du droit privé en la matière devraient aussi, selon nous, s'appliquer en droit de la fonction publique¹²⁴⁷.

¹²⁴³ La réglementation peut aussi disposer que l'employé est autorisé à démissionner dans des délais plus courts.

¹²⁴⁴ Toutefois, que la démission du collaborateur engagé par la voie de la nomination soit ordinaire ou extraordinaire, elle doit traditionnellement être acceptée par l'autorité d'engagement, sans quoi elle ne déploie aucun effet. Cf. *supra* N 85.

¹²⁴⁵ Pour une comparaison entre le licenciement immédiat dans la fonction publique cantonale genevoise et vaudoise, cf. ROUELLE-RUFFIEUX.

¹²⁴⁶ Par exemple, lorsqu'un employé a trouvé un nouvel emploi et qu'il souhaite l'exercer au plus vite, sans se plier aux délais de résiliation statutaires, il va devoir négocier son départ avec son employeur. A son tour, l'employeur pourra émettre certaines prétentions en guise de « dédommagement ».

¹²⁴⁷ Selon nous, l'art. 341 CO qui prévoit que le « travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective », devrait s'appliquer comme un standard minimum même en droit de la fonction publique.

IV. Jurisprudence

Voyons maintenant quelques arrêts du Tribunal fédéral portant sur la résiliation des rapports de travail de droit public, afin de déceler d'éventuelles ressemblances entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, mais aussi les différences qui subsistent entre ces deux domaines du droit. En effet, que la résiliation survienne pendant la période probatoire (1) ou après celle-ci, nous verrons que l'employeur public est astreint à des obligations spéciales, qui sont encore différentes selon que la résiliation est ordinaire (2), extraordinaire (3) ou, par exemple, s'il s'agit d'une suppression de poste (4).

499

1. Période probatoire

Principe – Pendant la période probatoire, l'employeur public a une grande liberté d'appréciation pour licencier un employé. En effet, ce laps de temps est consacré à évaluer les compétences et les capacités du nouveau collaborateur¹²⁴⁸, raison pour laquelle l'autorité administrative peut librement se séparer de lui, s'il n'a pas fait ses preuves. En principe, cette autorité n'a pas besoin, durant cette période, d'un « motif fondé » ou de « justes motifs » à l'appui du renvoi, car la protection relative à un licenciement ordinaire débute seulement après la période probatoire. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'exposer à de maintes reprises « que lorsque le droit applicable ne fait pas dépendre le licenciement de conditions matérielles, l'autorité dispose dans ce cadre d'un très grand pouvoir d'appréciation [...] »¹²⁴⁹.

500

Casuistique – La jurisprudence a traité de nombreuses fois du licenciement d'agents publics pendant leur période probatoire. Voici quelques arrêts du Tribunal fédéral qui permettent de circonscrire l'ampleur du pouvoir d'appréciation des autorités dans ce cas de figure.

501

- Un arrêt du 8 octobre 2015¹²⁵⁰ précise qu'on peut déduire des dispositions du statut du personnel de la République et canton de Genève (LPAC) « que durant la période probatoire, l'autorité de nomination est en principe libre de renoncer à maintenir les rapports de service pour autant qu'elle respecte le délai de résiliation » (c. 2.3). L'autorité dispose ainsi d'un très large pouvoir d'appréciation¹²⁵¹. Toutefois, ce « large pouvoir d'appréciation prévu par la

¹²⁴⁸ Il en va de même en droit privé du travail. Cf. *supra* N 483.

¹²⁴⁹ TF 8C_774/2011 du 28 novembre 2012, c. 2.4.

¹²⁵⁰ TF 8C_577/2014 du 8 octobre 2015.

¹²⁵¹ Le collaborateur doit toutefois se trouver dans sa période probatoire. En effet, la jurisprudence cantonale relative à la LPAC précise que lorsqu'un licenciement intervient

LPAC en matière de résiliation des employés durant la période probatoire ne dispense pas la juridiction cantonale d'établir un état de fait dans lequel celle-ci dit clairement avec les explications nécessaires quelle version des faits de l'intimé ou de la recourante elle retient ou écarte dès lors que les raisons du licenciement sont contestées » (c. 6.2).

- Dans une affaire du 7 novembre 2013¹²⁵², le Tribunal fédéral a précisé que lorsque le licenciement ne dépend pas de conditions matérielles, la juridiction cantonale « n'est fondée à intervenir [...] qu'en cas de violation des principes constitutionnels tels que l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire. En particulier, le grief d'arbitraire ne doit être admis que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsque les motifs allégués sont manifestement inexistantes, lorsque des assurances particulières ont été données à l'employé ou en cas de discrimination. En revanche, l'autorité de recours n'a pas à rechercher si les motifs invoqués sont ou non imputables à une faute de l'employé ; il suffit en effet que la continuation du rapport de service se heurte à des difficultés objectives, ou qu'elle n'apparaisse pas souhaitable pour une raison ou une autre [...] » (c. 2.2)¹²⁵³.
- Dans un arrêt du 28 novembre 2012¹²⁵⁴ concernant le licenciement administratif d'une employée pendant sa période probatoire, le Tribunal fédéral a également pu déduire de la législation applicable au moment des faits que celle-ci ne faisait pas dépendre le licenciement de conditions matérielles pendant la période provisoire. C'est pourquoi l'autorité de nomination était « en principe libre de renoncer à maintenir les rapports de service pour peu qu'elle respecte le délai de résiliation » (c. 2.4).

après la fin de la période probatoire, « mais en l'absence de décision soit de prolongation de celle-ci, soit de nomination, l'intéressé doit être considéré comme n'étant plus employé en période probatoire. Bien que cela n'entraîne pas l'accès automatique au statut de fonctionnaire, l'Etat doit, dans de telles circonstances, se laisser opposer les règles applicables aux fonctionnaires en matière de fin des rapports de service » : TF 8C_702/2014 du 16 octobre 2015, c. 3.2.

¹²⁵² TF 8C_182/2013 du 7 novembre 2013. Voir ég. TF 8C_467/2013 du 21 novembre 2013.

¹²⁵³ En l'espèce, l'employé soumis à la loi genevoise de la fonction publique (LPAC) avait le statut d'« employé » et pouvait donc être licencié sans motifs, alors que la LPAC subordonne le licenciement des « fonctionnaires » à l'existence de motifs fondés. Si le statut du personnel le prévoit, l'employé injustement licencié durant sa période probatoire peut avoir droit à une indemnité. Toutefois, le principe de l'égalité de traitement ne requiert pas que le montant des indemnités soit identique entre « employés » et « fonctionnaires ». Cf. TF 2P.181/2006 du 28 novembre 2006, spéc. c. 2.5.

¹²⁵⁴ TF 8C_774/2011 du 28 novembre 2012, c. 2.4.

- Dans un autre arrêt du 18 avril 2012¹²⁵⁵ dans lequel il s'agissait du licenciement, pendant la période d'essai, prolongée d'une année, d'un vétérinaire contrôleur de viandes du canton de Fribourg, le Tribunal fédéral a rappelé l'ampleur de la liberté d'appréciation de l'autorité dans le choix des mesures de résolution des conflits. Dans le cas d'espèce, il a admis que le licenciement n'apparaissait pas, du moins dans son résultat, « comme une violation grave du droit » et cela « même en cas de manquement éventuel au devoir de protection de la personnalité de l'employé » (c. 6.3). En effet, « [s]ur le vu des circonstances du cas particulier, [l'employeur] pouvait parfaitement choisir de se séparer [de l'employé], alors qu'il se trouvait encore dans sa période d'essai, plutôt que de devoir prendre d'autres mesures, afin de gérer une situation conflictuelle découlant de difficultés d'intégration de nature à nuire à l'efficacité du service » (c. 6.3).
- Dans une affaire du 6 février 2008¹²⁵⁶, le Tribunal fédéral a également reconnu les particularités de la période probatoire durant laquelle les parties doivent pouvoir se libérer rapidement de leur relation juridique. Avant de s'engager à long terme, il est naturel que l'autorité de nomination puisse se déterminer librement sur le maintien du collaborateur dans sa fonction. En l'espèce, le statut du personnel concerné ne « prévoyant aucun motif de licenciement, mais uniquement le respect de certains délais et de garanties formelles telle que l'exigence de motivation de la décision, l'autorité de nomination est en principe libre de renoncer au maintien des rapports de service durant la période d'essai. Cette latitude est destinée à permettre l'engagement de personnel répondant au mieux aux exigences du service » (c. 2.2).

2. Résiliation ordinaire

Principe – Partant du principe selon lequel l'employeur a toujours besoin d'un motif pour justifier le licenciement d'un collaborateur et que le licenciement doit s'effectuer dans le respect des délais ordinaires de résiliation, proposons, dans la fonction publique, quelques exemples d'affaires dans lesquelles il y a eu une résiliation ordinaire des rapports de service d'un agent d'une collectivité publique, après sa période probatoire ; exemples qui nous autoriseront plus bas à formuler un constat quant à la typologie des motifs admissibles.

502

Casuistique – Le Tribunal fédéral a notamment confirmé la validité de la résiliation des rapports de travail dans les cas suivants :

503

¹²⁵⁵ TF 8C_518/2011 du 18 avril 2012.

¹²⁵⁶ TF 1C_341/2007 du 6 février 2008.

- Résiliation ordinaire (préavis de 3 mois) des rapports de travail d'un collaborateur des CFF qui ne respectait pas, dans ses méthodes de communication, les directives internes de son employeur. En raison de sa fonction de cadre, cet employé était soumis à une obligation de fidélité particulière et aurait dû rectifier son comportement après l'avertissement reçu (arrêt du 19 janvier 2016)¹²⁵⁷.
- Résiliation ordinaire (préavis de 4 mois) des rapports de travail du concierge d'une école cantonale lucernoise, tombé en incapacité de travail de longue durée pour des raisons liées à son activité professionnelle (arrêt du 23 janvier 2015)¹²⁵⁸.
- Résiliation ordinaire (préavis de 3 mois) des rapports de travail d'un concierge au sein d'un centre scolaire. La commune qui l'employait lui « reprochait un comportement inadéquat envers la population et le corps enseignant en dépit de nombreux avertissements ». En outre, « son travail en général ne donnait pas entière satisfaction, en particulier en ce qui concernait sa qualité et son exécution » (arrêt du 4 février 2015)¹²⁵⁹.
- Résiliation ordinaire (préavis de 3 mois) des rapports de travail d'une documentaliste, notamment à la suite de ses problèmes relationnels avec ses collègues (malgré l'absence d'actes de harcèlement psychologique), de son transfert insatisfaisant dans un autre service et de son atteinte psychique (arrêt du 17 mars 2015)¹²⁶⁰.
- Résiliation ordinaire (préavis de 3 mois) des rapports de travail d'un enseignant d'éducation spécialisée dont le comportement (manque de ponctualité, de respect des délais, etc.) ne s'était pas suffisamment amélioré, même après la conclusion d'une convention relative à ces manquements avec le directeur de l'établissement scolaire (arrêt du 19 mars 2015)¹²⁶¹.
- Résiliation ordinaire (préavis de 3 mois) d'un employé de la République et canton de Genève qui remettait constamment en question les ordres de sa hiérarchie et dont le comportement négatif et réprobateur était notamment de nature à discréditer cette dernière ou à entraver son travail (arrêt du 5 juin 2015)¹²⁶².

¹²⁵⁷ TF 8C_541/2015 du 19 janvier 2016.

¹²⁵⁸ TF 8C_708/2014 du 23 janvier 2015. Voir ég. TF 8C_650/2015 du 28 décembre 2015.

¹²⁵⁹ TF 8C_621/2014 du 4 février 2015. En l'espèce, le droit pour le concierge de faire usage de l'appartement de fonction s'éteignait directement avec la fin du rapport de travail, car ces contrats étaient connexes (ou couplés).

¹²⁶⁰ TF 8C_244/2014 du 17 mars 2015.

¹²⁶¹ TF 8C_647/2014 du 19 mars 2015.

¹²⁶² TF 8C_839/2014 du 5 juin 2015.

- Résiliation ordinaire (préavis de 6 mois) des rapports de travail d'une employée pour cause d'absence liée à une maladie de longue durée (arrêt du 25 février 2014)¹²⁶³.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'une secrétaire qui ne pouvait plus être maintenue en raison de ses difficultés relationnelles persistantes avec ses collègues et ses supérieurs, malgré plusieurs injonctions à améliorer son comportement (arrêt du 29 octobre 2014)¹²⁶⁴.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un forestier-bûcheron pour cause notamment de son incompétence professionnelle, de la qualité non satisfaisante de son travail et de ses nombreux manquements (arrêt du 21 janvier 2013)¹²⁶⁵.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un secrétaire municipal adjoint, tombé malade, selon lui, à cause des agissements de sa supérieure hiérarchique. Les démarches entreprises par la municipalité pour tirer au clair les circonstances qui fondaient la plainte ont été jugées suffisantes et conformes au devoir de protection de la personnalité de l'employé, bien que celui-ci ait finalement été licencié. Pour éclaircir la situation, l'employeur avait pris des mesures et mené une enquête¹²⁶⁶. Le licenciement de l'employé, maintenant son refus de travailler avec sa supérieure, n'était donc pas dépourvu de justes motifs (arrêt du 24 janvier 2013)¹²⁶⁷.
- Résiliation ordinaire (préavis de six mois) des rapports de travail d'un employé du milieu hospitalier, à l'encontre duquel des manquements dans la formation technique et dans l'expérience ont été constatés (arrêt du 27 mai 2013)¹²⁶⁸.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'une conseillère en personnel pour cause de violation grave de son devoir de fidélité. L'employée concernée avait travaillé à plusieurs reprises dans un magasin de vêtements, alors qu'elle s'était déclarée absente de son poste pour cause de maladie (arrêt du 18 juillet 2013)¹²⁶⁹.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un gardien de prison (surveillant-chef adjoint de piquet) qui n'avait pas signalé une bagarre à la relève. Dans le contexte professionnel d'un établissement

¹²⁶³ TF 8C_620/2013 du 25 février 2014.

¹²⁶⁴ TF 8C_11/2014 du 29 octobre 2014.

¹²⁶⁵ TF 8C_107/2012 du 21 janvier 2013.

¹²⁶⁶ L'employeur avait effectivement mandaté un cabinet d'audit qui, dans son rapport, était arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de harcèlement psychologique.

¹²⁶⁷ TF 8C_702/2012 du 24 janvier 2013.

¹²⁶⁸ TF 8C_995/2012 du 27 mai 2013.

¹²⁶⁹ TF 8C_548/2012 du 18 juillet 2013.

pénitentiaire, les manquements revêtent une gravité particulière, de sorte que les premiers juges ne sont pas tombés dans l'arbitraire en considérant que les conditions du renvoi étaient réunies et qu'un avertissement préalable n'était en l'espèce pas nécessaire (arrêt du 3 décembre 2013)¹²⁷⁰.

- Résiliation ordinaire (préavis de cinq mois) des rapports de travail d'un réviseur du service du canton de Berne, à cause de l'insuffisance de ses prestations et de la qualité de son travail (arrêt du 31 mai 2012)¹²⁷¹.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un agent de police municipal, motif pris qu'il a porté une accusation grave et infondée à l'encontre de son supérieur hiérarchique (arrêt du 25 septembre 2012)¹²⁷².
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un surveillant de la faune en raison de ses nombreux manquements, notamment ses importants retards dans la reddition de rapports annuels et hebdomadaires, même après un avertissement écrit et motivé assorti d'une menace de renvoi (arrêt du 6 novembre 2012)¹²⁷³.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un horticulteur au motif que certains aspects de son travail ne répondaient que partiellement aux attentes de son employeur (arrêt du 17 août 2011)¹²⁷⁴.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un agent de détention ayant hébergé à son domicile un ancien détenu, hospitalité interrompue après cinq jours par l'arrestation de l'ancien détenu par la police (arrêt du 9 décembre 2011)¹²⁷⁵.
- Résiliation ordinaire (préavis de trois mois) des rapports de travail d'un maître d'école primaire pour incapacité professionnelle ; incapacité établie à la suite d'une enquête le déclarant inapte à exercer les devoirs de la fonction enseignante (arrêt du 24 août 2009)¹²⁷⁶.
- Résiliation ordinaire (préavis de sept mois) des rapports de travail d'un employé dont le comportement déployait des effets négatifs sur l'entier du fonctionnement du service, le principe de proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst.) n'est

¹²⁷⁰ TF 8C_82/2013 du 3 décembre 2013.

¹²⁷¹ TF 8C_909/2011 du 31 mai 2012.

¹²⁷² TF 8C_615/2012 du 25 septembre 2012.

¹²⁷³ TF 8C_773/2011 du 6 novembre 2012.

¹²⁷⁴ TF 8C_589/2010 du 17 août 2011.

¹²⁷⁵ TF 8C_292/2011 du 9 décembre 2011.

¹²⁷⁶ TF 8C_46/2009 du 24 août 2009.

pas violé lorsque la seule mesure envisageable est le licenciement du perturbateur (arrêt du 24 août 2009)¹²⁷⁷.

Constat – Sous réserve de la résiliation pour incapacité de travail de longue durée, tous les motifs de résiliation ordinaire des rapports de travail exposés dans cette casuistique peuvent, selon nous, être classés dans deux catégories distinctes. La première comprend les cas de résiliation ordinaire motivés par des manquements professionnels de l'employé (incompétence, insuffisance dans les prestations et dans la formation ou l'expérience, etc.). La deuxième catégorie englobe les cas justifiés par des manquements dans le comportement de l'employé (problèmes relationnels, violation du devoir de fidélité, etc.). Il résulte par conséquent de cette typologie que la résiliation ordinaire des rapports de travail des agents publics survient généralement pour cause de manquements professionnels ou de manquements dans le comportement du collaborateur¹²⁷⁸.

504

3. Résiliation extraordinaire

Principe – En droit de la fonction publique, l'employeur peut également résilier les rapports de travail d'un employé de façon immédiate. Cette résiliation extraordinaire est justifiée lorsqu'il existe des « justes motifs », analogues à ceux requis en droit privé. Proposons quelques exemples d'affaires dans lesquelles il y a eu une résiliation extraordinaire des rapports de service d'un agent d'une collectivité publique ; exemples qui nous autoriseront plus bas à formuler un constat quant à la typologie des motifs admissibles.

505

Casuistique – Notre Haute Cour a par exemple confirmé la validité du licenciement immédiat dans les cas suivants :

506

- Celui d'un enseignant d'éducation musicale qui a pris quelques vidéos d'amateur de la partie inférieure du corps d'enfants, puis s'est masturbé en les visionnant (arrêt du 9 septembre 2015)¹²⁷⁹.
- Celui d'un inspecteur de police s'étant montré irrespectueux, voire insolent vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques, à qui il avait par ailleurs désobéi à plusieurs reprises. Pris dans leur ensemble, les faits retenus par la juridiction

¹²⁷⁷ TF 8C_340/2009 du 24 août 2009, spéc. c. 4.3 s.

¹²⁷⁸ On pourrait bien entendu encore imaginer d'autres motifs, comme ceux énoncés à l'article 10 al. 3 let. d, e ou f LPers.

¹²⁷⁹ TF 8C_19/2015, 8C_24/2015 du 9 septembre 2015 (cf. c. 4.1).

cantonale étaient suffisants pour détruire le lien de confiance qui existait entre l'employeur et son agent (arrêt du 11 février 2014)¹²⁸⁰.

- Celui d'un professeur de l'Université de Lausanne qui s'était livré à un harcèlement sexuel à l'encontre d'une assistante-doctorante (arrêt du 9 avril 2014)¹²⁸¹.
- Celui d'un policier d'une commune zurichoise qui avait parqué de manière délibérée et répétée son véhicule privé devant le poste de police, en violation de la réglementation communale ; et cela, bien qu'il comptât 25 ans d'activité et qu'il approchait de son 60^{ème} anniversaire (arrêt du 26 juin 2014)¹²⁸².
- Celui d'un enseignant d'une école communale argovienne qui a joué au « *strip-poker* » avec trois écolières et massé d'autres élèves sur des zones dénudées (arrêt du 22 août 2014)¹²⁸³.
- Celui d'un préposé d'une agence communale ayant consulté le système d'information du revenu déterminant unifié de l'une de ses collègues, sans qu'une demande ait été déposée et de manière contraire à la convention de confidentialité qu'il avait signée (arrêt du 29 novembre 2014)¹²⁸⁴.
- Celui du collaborateur scientifique d'une université qui avait envoyé, sans l'accord de sa hiérarchie, une lettre pour dénoncer l'illégalité d'un projet, violant ainsi son devoir de fidélité (arrêt du 25 décembre 2014)¹²⁸⁵.
- Celui d'un gardien de prison (chef de cuisine) qui avait été retrouvé en train de consommer de l'alcool avec un détenu. Compte tenu des devoirs particuliers qui incombent à un agent de prison, dont la fiabilité et l'intégrité jouent un rôle primordial, les premiers juges ne sont pas tombés dans l'arbitraire en considérant que les conditions du renvoi immédiat étaient réunies (arrêt du 11 février 2013)¹²⁸⁶.
- Celui d'un employé d'une base logistique de l'armée ayant conservé sans autorisation des munitions (arrêt du 18 novembre 2013)¹²⁸⁷.

¹²⁸⁰ TF 8C_118/2013 du 11 février 2013 (cf. c. 6.4.2).

¹²⁸¹ TF 8C_422/2013 du 9 avril 2014.

¹²⁸² TF 8C_146/2014 du 26 juin 2014.

¹²⁸³ TF 8C_728/2013 du 22 août 2014.

¹²⁸⁴ TF 8C_62/2014 du 29 novembre 2014.

¹²⁸⁵ TF 8C_258/2014 du 15 décembre 2014.

¹²⁸⁶ TF 8C_780/2012 du 11 février 2012.

¹²⁸⁷ TF 8C_501/2013 du 18 novembre 2013.

- Celui d'une employée administrative pour abus de confiance (arrêt du 12 mars 2012)¹²⁸⁸.
- Celui d'un employé municipal des Services industriels pour avoir mis sa sécurité et celle d'autrui en danger et pour ses manquements répétés aux règles de sécurité (arrêt du 20 juin 2011)¹²⁸⁹.
- Celui d'un employé communal, chef d'équipe polyvalent, ayant réalisé sur ses heures de travail une activité de sciage de bois de chauffage à la demande de plusieurs habitants de la commune et qui avait encaissé et conservé la rémunération perçue pour ce travail sans jamais en avertir la municipalité (arrêt du 15 mai 2008)¹²⁹⁰.
- Celui d'un secrétaire-comptable au service d'une commune, souffrant d'alcoolisme et s'étant présenté à son travail sous l'emprise d'alcool, et ce, malgré un avertissement du Conseil communal précisant qu'en cas de nouvelle récurrence, il serait immédiatement mis fin à ses rapports de service (arrêt du 13 septembre 2007)¹²⁹¹.

Constat – Comme pour la résiliation ordinaire des rapports de travail, tous ces motifs peuvent, selon nous, être classés soit dans la catégorie des manquements professionnels de l'employé, soit dans celle des manquements liés à son comportement¹²⁹². La seule différence réside dans le degré de gravité requise, car le manquement doit être beaucoup plus important que pour une résiliation ordinaire des rapports de service. D'ailleurs, les motifs de résiliation extraordinaire doivent correspondre aux « justes motifs » exigés en droit privé du travail (cf. art. 337 al. 2 CO).

Les « justes motifs » – Selon la jurisprudence de droit public, les « justes motifs » de résiliation proviennent, comme en droit privé du travail « de toutes circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, excluent la poursuite des rapports de service, même en l'absence de faute. De toute nature, ils peuvent relever d'événements ou de circonstances que l'intéressé ne pouvait éviter, ou au contraire d'activités, de comportements ou de situations qui lui sont imputables »¹²⁹³. Actuellement, la définition des « justes motifs » et la jurisprudence relative au droit privé du travail s'appliquent également aux rapports de travail de droit public, que ce soit sur le plan fédéral, cantonal ou communal.

¹²⁸⁸ TF 8C_810/2011 du 12 mars 2012.

¹²⁸⁹ TF 8C_541/2010 du 20 juin 2011.

¹²⁹⁰ TF 1D_13/2007 du 15 mai 2008.

¹²⁹¹ TF 1C_142/2007 du 13 septembre 2007.

¹²⁹² Cf. *supra* N 504.

¹²⁹³ Parmi d'autres, cf. TF 8C_70/2010 du 20 décembre 2010, c. 2.2 = ATF 137 I 58.

Cette application constitue par conséquent une influence du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique¹²⁹⁴.

509 **Justes motifs et avertissement** – En outre, comme en droit privé, notre Haute Cour considère que seul « un manquement particulièrement grave du travailleur justifie [un] licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement »¹²⁹⁵. En d'autres termes, le Tribunal fédéral reconnaît que les règles et les exigences du droit privé relatives à la résiliation immédiate concernant l'avertissement qui doit nécessairement précéder un licenciement immédiat, lorsque le manquement imputé à l'employé n'est pas assez grave pour justifier un tel licenciement sans préavis, sont applicables à la fonction publique¹²⁹⁶. Toutefois, comme en droit privé « étant donné la diversité des situations envisageables, il n'existe pas de critère absolu au sujet du contenu de l'avertissement. Le juge appelé à examiner la validité d'un licenciement immédiat doit se prononcer à la lumière de toutes les circonstances particulières. La jurisprudence ne saurait dès lors poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements. Les juridictions cantonales disposent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation [...] »¹²⁹⁷.

510 **Des motifs exceptionnels** – Toutefois, la résiliation immédiate des rapports de travail des agents publics, comme celle des travailleurs du secteur privé, doit rester une mesure d'exception¹²⁹⁸. L'interprétation de la notion de justes motifs doit donc se faire avec prudence. Selon notre Haute Cour, la « résiliation immédiate pour justes motifs est [effectivement] une mesure exceptionnelle. Conformément aux principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral en droit privé (mais qui peuvent être appliqués par analogie en droit de la fonction publique), elle doit être admise de manière restrictive »¹²⁹⁹.

¹²⁹⁴ En effet, les justes motifs au sein des statuts traditionnels n'étaient pas forcément associés à une résiliation avant terme comme en droit privé du travail.

¹²⁹⁵ TF 8C_873/2010 du 17 février 2010, c. 7.2 (et les ATF cités).

¹²⁹⁶ Cf., parmi d'autres, TF 1C_277/2007 du 30 juin 2008, c. 6.2 ; TF 8C_358/2009 du 8 mars 2010, c. 4.3.1.

¹²⁹⁷ TF 8C_358/2009 du 8 mars 2010, c. 4.3.1.

¹²⁹⁸ La résiliation immédiate doit être effectivement utilisée comme *ultima ratio*, cf. KUSTER ZÜRCHER, p. 160. Voir ég. *supra* N 477.

¹²⁹⁹ TF 2P.149/2006 du 9 octobre 2006, c. 6.3.

Délai de réflexion lors d'un licenciement immédiat – Pour compléter cette casuistique relative à la résiliation extraordinaire des rapports de travail, il faut préciser qu'en droit privé « la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant des justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations »¹³⁰⁰. Cette exigence issue de la jurisprudence de droit privé s'applique également depuis quelques années aux rapports de travail de droit public¹³⁰¹. Cependant, cette jurisprudence n'est pas entièrement transposable au droit de la fonction publique, car la durée du délai admissible pour réagir dans le secteur privé est, selon le Tribunal fédéral, différente de celle requise dans le secteur public¹³⁰². C'est ce que montrent plusieurs arrêts qui traitent du temps de réflexion que doit respecter un employeur public pour signifier la rupture immédiate des rapports de travail¹³⁰³.

- Dans une première affaire du 25 août 2009¹³⁰⁴ opposant la Municipalité de Lausanne à un employé, une enquête administrative avait été ouverte, le 11 janvier 2008, à l'encontre de ce dernier, afin d'éclaircir les faits dont il était suspecté. Le 24 janvier 2008, l'employeur l'avait alors suspendu à titre préventif avec effet immédiat (mais sans le priver de son traitement) et, à la même date, l'enquête avait été confiée à un tiers. Cependant, ce n'est que le 25 juin 2008 que l'employé a été licencié avec effet immédiat pour « justes motifs ». Alors qu'il a été reconnu que l'employé avait porté de graves accusations à l'encontre de son ancien chef de service (c. 5.1) et que son renvoi pour justes motifs était justifié selon la législation communale, le Tribunal cantonal a néanmoins jugé que les conditions de son renvoi immédiat n'étaient pas remplies (c. 5.2), en raison du laps de temps (près de 5 mois) qui s'était écoulé entre les résultats de l'enquête (rapport) et la décision de la Municipalité de le licencier sans délai. Pour sa part, l'employeur justifiait ce laps de temps par les exigences de la procédure nécessaire dans un tel litige, dans laquelle il fallait notamment vérifier l'existence d'un *mobbing* ou de harcèlement (c. 6.1). Du même avis que la commune de Lausanne, le Tribunal fédéral a conclu qu'en pareilles circonstances, il n'était pas contradictoire de maintenir les rapports de service de l'employé jusqu'à la fin de la procédure administrative (c. 6.2.2).

¹³⁰⁰ ATF 130 III 28, c. 4.4 ; ATF 123 III 86, c. 2a (et les arrêts cités).

¹³⁰¹ Il s'agit là, encore une fois, d'une influence du droit privé sur le droit de la fonction publique.

¹³⁰² Cf. par exemple TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 6.2.1 ; TF 8C_294/2011 du 29 décembre 2011 = ATF 138 I 113 ; TF 8C_141/2011 du 9 mars 2012, c. 5.5. Voir ég., par exemple, HEINZER, pp. 425 s. ; WYLER/HEINZER, p. 593.

¹³⁰³ Pour d'autres arrêts, voir DUNAND, 2015b, pp. 143-145. S'agissant de la jurisprudence sur l'immédiateté de la résiliation en droit public, cf. ég. GIRARDET, p. 66 ; NOVIER/CARREIRA CAMARDA, pp. 30-32.

¹³⁰⁴ TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, résumé par WYLER in : JdT 2010 I 101 s.

- Dans une deuxième affaire du 29 décembre 2011¹³⁰⁵ accordant à l'autorité d'engagement un temps de réflexion de trois semaines avant un licenciement immédiat, le Tribunal fédéral a confirmé la validité du renvoi d'un enseignant, dans le canton des Grisons, ayant brutalisé une élève lors d'un voyage scolaire. L'ayant surprise dans les dortoirs des garçons à des heures tardives, le professeur, bien alcoolisé, l'avait empoignée et injuriée fortement. A son retour, après avoir été suspendu de manière provisoire, il avait été licencié avec effet immédiat par la commission scolaire. Alors que le Tribunal fédéral a rappelé dans cet arrêt que le temps de réaction n'est pas le même dans le secteur privé que dans la fonction publique¹³⁰⁶, il a admis la durée de la procédure (en l'espèce de 3 semaines) dont fait notamment partie le respect du droit d'être entendu, et l'a justifiée, comme dans la première affaire évoquée, par les contingences de l'enquête administrative applicables aux rapports de travail de droit public¹³⁰⁷.
- Dans un troisième arrêt du 9 mars 2012¹³⁰⁸ concernant également la Municipalité de Lausanne, le Tribunal fédéral a, une nouvelle fois, examiné la durée du délai de réaction admissible pour qu'un employeur public licencie un employé avec effet immédiat. L'intimé, chef de patrouille et brigadier spécialisé dans la lutte contre le trafic visible de stupéfiants en rue, avait été inculpé d'abus d'autorité après avoir expressément emmené et abandonné un suspect en dehors de la ville, en plein hiver et à des heures avancées de la nuit, alors que ce dernier aurait dû être relâché (c. 5.2). L'autorité, qui avait alors décidé d'ouvrir une enquête administrative à son encontre, l'a fait plus d'un mois après les faits, puis a encore attendu deux mois avant d'en informer le brigadier. Au total, près de cinq mois s'étaient donc écoulés entre les faits et la décision de principe de le licencier avec effet immédiat. Bien que le Tribunal fédéral ait encore reconnu que le délai de réaction pouvait être plus long dans la fonction publique comparativement au droit privé du travail (c. 5.3), le laps de temps écoulé était en l'espèce inadmissible, nonobstant les justes motifs du licenciement (c. 6). En l'occurrence, la notion d'immédiateté n'avait pas été respectée et il appartenait à la Municipalité d'évaluer si d'autres mesures pouvaient être prises à l'encontre de l'intimé.

¹³⁰⁵ TF 8C_294/2011 du 29 décembre 2011 = ATF 138 I 113. Pour un résumé de l'arrêt, voir : Jurius, Temps de réflexion de trois semaines avant un licenciement immédiat, in : Jusletter 23 janvier 2012.

¹³⁰⁶ Voir aussi ATF 130 III 28, c. 4.4.

¹³⁰⁷ ATF 138 I 113, c. 5.

¹³⁰⁸ TF 8C_141/2011 du 9 mars 2012.

- Le quatrième arrêt, datant du 12 mars 2012¹³⁰⁹, rappelle le contexte d'utilisation de la jurisprudence relative à l'article 337 CO. Il concerne un ouvrier cantonnier et une commune genevoise. Alors que la réglementation communale prévoyait une résiliation ordinaire des rapports de travail pour cause de motifs graves, le Tribunal fédéral a admis que les motifs prévus à l'article 100 du statut communal correspondaient, en réalité, aux « justes motifs » issus du droit privé (cf. art. 337 al. 2 CO) et pouvaient justifier une résiliation immédiate des rapports de travail. Néanmoins, l'autorité ayant choisi de résilier de manière ordinaire le rapport juridique, avec un préavis de trois mois pour la fin d'un mois, l'employé ne pouvait pas invoquer la jurisprudence relative au licenciement immédiat et donc au délai de réflexion¹³¹⁰. Et cela, quand bien même l'autorité avait tardé à signifier son congé à l'employé, en laissant passer quatre mois avant de se prévaloir des motifs du licenciement. La résiliation ordinaire restait donc valable¹³¹¹.
- Enfin, dans une affaire du 15 octobre 2014¹³¹², un enseignant de gymnastique, employé par le canton d'Obwald, a été licencié avec effet immédiat. Son employeur lui reprochait notamment un comportement inapproprié avec les élèves (remarques déplacées, tournage de vidéos sans l'accord de ses élèves, etc.) La direction de l'établissement scolaire avait cependant décidé, pour des raisons organisationnelles, que les rapports de travail de l'enseignant ne prendraient fin que trois mois plus tard. Ce dernier a contesté la décision de son employeur, motif pris que s'il lui accordait un délai aussi long, c'est que le congé immédiat ne se justifiait pas. Le Tribunal fédéral a donné tort à l'employé et a précisé qu'un tel licenciement n'impliquait pas *ipso facto* le départ immédiat de l'employé¹³¹³. Alors, que notre Haute Cour admet un délai social de quelques semaines ou de quelques mois avant la fin de l'engagement admissible, nous sommes d'avis que celui-ci ne devrait pas être trop étendu, au risque d'être confondu avec un congé ordinaire¹³¹⁴.

¹³⁰⁹ TF 8C_866/2010 du 12 mars 2012.

¹³¹⁰ *Idem*, c. 4.4.2

¹³¹¹ En outre la question de savoir si l'autorité devait prononcer la révocation de l'employé en lieu et place d'un licenciement administratif a également été examinée par le Tribunal fédéral dans cette affaire.

¹³¹² TF 8C_340/2014 du 15 octobre 2014 = ATF 140 I 320.

¹³¹³ Pour l'analyse de cet arrêt, cf. DUNAND, 2015a, et DUNAND, 2015b, pp. 142-143.

¹³¹⁴ Du même avis, DUNAND 2015b, p. 143 et les réf. citées. Toutefois, en cas de résiliation pour cause de harcèlement sexuel, les délais peuvent, comme en droit privé, être plus longs. Cf., parmi d'autres, TF 8C_422/2013 du 9 avril 2014, c. 9.

512 **Constat** – Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les contingences liées aux procédures internes d’une administration ne permettent donc pas d’exiger un délai de réflexion aussi court que dans le secteur privé¹³¹⁵. En effet, bien souvent, la décision administrative relative à une résiliation immédiate ne peut pas être prise par le supérieur hiérarchique direct et dépend d’une enquête administrative, ainsi que de l’aval de l’autorité compétente. Partant, il est parfois difficile, pour la collectivité publique, de prendre une décision instantanée et « il n’est pas contradictoire de maintenir les rapports de travail jusqu’à la fin de la procédure administrative visant à un licenciement immédiat pour justes motifs »¹³¹⁶. Cependant, il nous semble que cette durée est parfois trop étendue et que la jurisprudence citée plus haut pourrait ouvrir la porte à certains abus : d’ailleurs, le Tribunal fédéral reconnaît lui-même qu’il serait inadmissible de laisser expressément traîner en longueur une décision de résiliation ou de tarder à informer l’employé de la mesure envisagée¹³¹⁷. La situation de l’employeur public, dans laquelle la prise de décision prend du temps, peut quelques fois s’apparenter, à notre sens, à celle de l’employeur privé¹³¹⁸, lorsqu’un conseil d’administration, formé de plusieurs personnes, doit par exemple se réunir avant de se déterminer¹³¹⁹. Par ailleurs, lorsqu’un employeur public a tardé à réagir, se pose la délicate question de la transformation d’un congé extraordinaire en congé ordinaire.

¹³¹⁵ C’est-à-dire de deux à trois jours ouvrables, cf. *supra* N 479.

¹³¹⁶ TF 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 6.2.2.

¹³¹⁷ Cf. ATF 138 I 113, c. 6.5.

¹³¹⁸ Par exemple, lorsque l’entreprise est de grande taille ou que la décision de licenciement doit être le fruit de négociations et d’entretiens entre plusieurs dirigeants.

¹³¹⁹ C’est la raison pour laquelle on peut se demander si cette différence jurisprudentielle ne pourrait pas amener le droit privé à élargir les délais admis en pratique, car dans certains cas, la taille, la structure ou l’organisation d’une entreprise privée est semblable à celle d’une collectivité publique.

Transformation d'un congé extraordinaire en congé ordinaire – Toujours en lien avec la résiliation immédiate des rapports de travail, le Tribunal fédéral a examiné, dans un arrêt du 20 décembre 2010¹³²⁰, s'il était possible de transformer dans la fonction publique, une résiliation immédiate en congé ordinaire.

- Dans cette affaire¹³²¹, la résiliation des rapports de travail de l'employé devait s'opérer par la voie d'une décision, c'est-à-dire par un acte administratif. En droit privé, la résiliation intervient cependant par un acte formateur, c'est-à-dire par un acte par lequel une personne exerce un droit formateur.

Selon la jurisprudence de notre Haute Cour, bien que la décision administrative et l'exercice d'un droit privé soient des manifestations de volonté unilatérales destinées à modifier une situation juridique préexistante, ces actes ne s'inscrivent pas dans le même contexte juridique. En effet, en droit privé, l'exercice d'un droit formateur est irrévocable et ne doit pas être soumis à des conditions : il ne peut être exercé que par celui auquel il appartient. Cela signifie que le juge ne peut pas suppléer une volonté qui n'a pas été manifestée. Il en va autrement de la décision administrative. Le Tribunal fédéral a effectivement admis qu'en droit public, une décision puisse être modifiée par une autre, plus particulièrement par une décision émanant d'une autorité statuant sur un moyen juridictionnel. Par opposition au droit privé du travail, une résiliation immédiate émanant d'un employeur peut donc être transformée en un congé ordinaire en droit de la fonction publique (voir. c. 4.3.3).

4. Suppression de poste

Notion – La suppression de poste d'un employé est une cause de cessation des rapports de travail. Selon le Tribunal fédéral, la notion de « suppression de poste » vise tous les cas dans lesquels le poste de travail, tel que les parties l'avaient envisagé au moment de la création des rapports de travail n'existe plus¹³²². A notre sens, cette notion s'applique tant dans le secteur privé que dans le secteur public, même s'il résulte d'une suppression de poste des spécificités propres à la fonction publique que nous souhaitons mettre en évidence.

¹³²⁰ TF 8C_70/2010 du 20 décembre 2010 = ATF 137 I 58.

¹³²¹ Pour tout ce paragraphe, voir ATF 137 I 58, plus précisément le considérant 4.3.3.

¹³²² « Il n'est pas nécessaire que le travail en lui-même ne soit plus accompli du tout ; il suffit que le poste soit transformé de telle sorte qu'il ne correspond plus à ce que les parties avaient voulu [...] » : TF 4C.115/2002 du 2 juillet 2002, c. 2.3. Cf. ég. TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 3.

515 **Casuistique** – La jurisprudence fédérale permet notamment de circonscrire certaines obligations particulières de l'employeur public, dont un employeur du secteur privé est en principe dispensé¹³²³.

- Dans ce sens, un arrêt du Tribunal fédéral du 18 septembre 2013¹³²⁴ traite de la suppression de poste d'un employé engagé en qualité d'architecte par l'Université de Neuchâtel, suppression motivée par la situation financière du canton et par les décisions de restructuration devant être prises par le Rectorat¹³²⁵. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rejeté le grief du recourant selon lequel l'Université n'aurait pas cherché à lui offrir un nouveau poste correspondant à ses fonctions, et ce en violation de la législation qui concrétisait l'« obligation faite à l'employeur, en cas de suppression de poste, de rechercher un autre emploi correspondant » (c. 6.2)¹³²⁶. En effet, cette exigence « découle du principe de proportionnalité, selon lequel avant d'adopter une mesure portant atteinte aux droits de l'administré, l'Etat doit s'assurer qu'il n'existe pas d'alternatives moins préjudiciables [...] » (c. 6.2). En vertu de ce principe constitutionnel, les collectivités publiques seraient astreintes à un tel devoir, bien que cette obligation ne soit pas explicitement formulée dans le statut du personnel de la fonction publique (c. 6.3)¹³²⁷.

¹³²³ Nous précisons que des obligations particulières peuvent aussi être prévues pour un employeur privé, par exemple lorsque les travailleurs sont au bénéfice d'un plan social.

¹³²⁴ TF 8C_902/2012 du 18 septembre 2013.

¹³²⁵ Cependant, « en présence d'une suppression de poste, l'autorité de recours n'est pas habilitée à examiner l'opportunité de la mesure, laquelle ne peut pas être remise en cause si elle paraît défendable en tant que telle, le titulaire du poste supprimé n'ayant par ailleurs pas un droit à ce qu'il soit maintenu » : TF 8C_902/2012 du 18 septembre 2013, c. 4.1.

¹³²⁶ En l'espèce, la juridiction cantonale s'est prévaluée du fait que la fonction du recourant était beaucoup trop spécifique pour qu'un équivalent puisse être trouvé au sein de la même institution. D'autre part, en portant sur la place publique (par voie de presse) les dysfonctionnements de l'Université, l'intéressé s'était lui-même privé de tout soutien de la part son employeur.

¹³²⁷ Toutefois, il apparaît que dans la plupart des collectivités publiques, il n'existe pas, pour les employés dont le poste est supprimé, un véritable « droit à être réaffecté » dans un autre poste au sein de l'Etat. En effet, les employeurs publics semblent souvent avoir une obligation de moyen et non pas une obligation de résultat. En ce sens, savoir jusqu'à quel point un employeur public s'engage à reclasser un employé ressort « davantage à sa politique générale en matière de personnel que d'une contrainte légale ». Voir TF 8C_285/2015 du 27 avril 2015, spéc. c. 6.1 et 6.3.

- Un arrêt du Tribunal administratif fédéral du 2 octobre 2014¹³²⁸ permet de montrer que la question de la suppression d'un poste, et donc de savoir si un poste de travail est en soi encore nécessaire, est une décision d'ordre organisationnel qui ne relève pas du droit du personnel. C'est la raison pour laquelle les autorités judiciaires ne sont en principe pas autorisées à se prononcer sur le caractère adéquat de cette mesure. Celle-ci est largement soustraite à un contrôle juridictionnel, lequel se limite à vérifier « si lesdites mesures reposent sur des motifs sérieux et si elles ne sont pas uniquement un prétexte avancé pour influencer un rapport de travail particulier » (c. 5.1). Cet examen concernait la première condition cumulative de l'article 10 alinéa 3 lettre e LPers, à savoir l'exigence d'une suppression de poste qui se justifiait au vu d'impératifs économiques ou d'exploitation majeurs, la deuxième condition étant que l'employeur fédéral n'ait pu proposer à son employé un travail réputé raisonnablement exigible¹³²⁹ « malgré qu'il ait fait son possible en ce sens » (c. 5).
- Par ailleurs, en cas de suppression du poste d'un employé proche de l'âge de la retraite, la possibilité de lui proposer une retraite anticipée ou de l'indemniser convenablement reste réservée. Dans ces circonstances, l'autorité d'engagement dispose cependant d'une certaine liberté d'appréciation. En effet, lorsqu'un poste est supprimé au sein d'une collectivité publique et que le collaborateur ne peut être transféré à un autre poste, l'autorité dispose notamment d'un libre choix du mode d'indemnisation. Partant, l'autorité peut se déterminer en opportunité et choisir d'attribuer une rente pont pré-AVS à l'employé, à défaut de lui offrir une indemnité de départ pour suppression de poste¹³³⁰.

¹³²⁸ Cf. ATAF A-2394/2014 du 2 octobre 2014.

¹³²⁹ S'agissant de la notion de travail « réputé raisonnablement exigible », cf. *infra* N 636.

¹³³⁰ Cf. TF 8C_206/2013 du 18 novembre 2013, c. 4.3 et 4.4. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a confirmé que la loi sur le libre passage (LFLP) n'interdit pas à l'employeur de choisir entre ces deux solutions. Cf. le commentaire de cet arrêt par SUBILIA, 2013.

V. Le cas particulier de la révocation disciplinaire

516 La révocation disciplinaire conduit à la fin des rapports de service des agents de l'Etat¹³³¹. Méconnue dans la relation de travail de droit privé, cette mesure est donc une cause particulière de cessation des rapports de travail propre à la fonction publique¹³³². Quelques généralités (1) permettront tout d'abord de le confirmer et notamment de comparer la révocation disciplinaire à un licenciement administratif. Nous examinerons ensuite cette sanction sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (2) et sous celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (3). Enfin, nous présenterons quelques jurisprudences en la matière (4).

1. Généralités

517 **Objet** – Depuis la naissance de la fonction publique, la « révocation » est la mesure la plus incisive du régime disciplinaire, puisqu'elle aboutit à la rupture irrémédiable des rapports de travail¹³³³. Il s'agit d'une sanction disciplinaire extinctive¹³³⁴. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la révocation (ou licenciement disciplinaire) « implique une violation grave ou continue des devoirs de service. Il peut s'agir d'une violation unique spécialement grave, soit d'un ensemble de transgressions dont la gravité résulte de leur répétition. L'importance du manquement doit être appréciée à la lumière des exigences particulières qui sont liées à la fonction occupée [...] »¹³³⁵. Parmi les différentes mesures disciplinaires, la révocation est donc la sanction la plus lourde et constitue l'*ultima ratio*¹³³⁶.

¹³³¹ Pour la révocation disciplinaire sous l'ancien régime, consulter la thèse de KILCHENMANN qui porte sur la révocation des fonctionnaires administratifs.

¹³³² Cette mesure est effectivement absente du Code des obligations.

¹³³³ En ce qui concerne l'évolution de la conception politique et juridique du droit de révocation, voir KILCHENMANN, pp. 17 ss. Selon cet auteur, la révocation, dans les régimes traditionnels, revêt déjà deux caractères fort différents : d'une part, elle constitue une mesure disciplinaire (au sens du droit disciplinaire), d'autre part, il peut s'agir d'une mesure administrative fondée sur de « justes motifs » de résiliation (p. 48). Voir également KNAPP, 1984, pp. 500 ss.

¹³³⁴ Cf. NGUYEN, 2012, p. 172. Voir ég. HÄNNI, 1997, pp. 188 s.

¹³³⁵ TF 8C_803/2011 du 1^{er} mars 2011, c. 3.5.

¹³³⁶ *Ibidem*.

Principes généraux du droit administratif – En tant que sanction qui mène à un licenciement, la révocation est un acte qui doit être soumis « au respect des principes généraux du droit administratif »¹³³⁷. En ce sens, le prononcé d'une décision de révocation par l'autorité compétente doit notamment être conforme aux principes de légalité (la sanction doit disposer d'une base légale), de l'égalité de traitement (des cas similaires doivent être traités de manière semblable), de la bonne foi, de la prohibition de l'arbitraire, mais aussi au principe de proportionnalité¹³³⁸.

La proportionnalité de la mesure – En vertu de ce dernier principe, l'autorité qui souhaite recourir à la révocation doit au préalable examiner si une mesure moins grave ne pourrait pas être prise à l'encontre du collaborateur. Elle se doit alors d'effectuer consciencieusement une pesée d'intérêts afin de vérifier s'il n'y a pas une autre mesure plus appropriée (p. ex. changement de poste, blâme, suspension, etc.). En effet, en cas de manquements de gravité moyenne, la révocation des rapports de travail est une mesure disproportionnée. Ainsi, lorsque l'autorité fait usage de son large pouvoir d'appréciation pour faire le choix de la sanction disciplinaire qu'elle considère comme la plus adéquate, ce choix doit rester subordonné au respect du principe de proportionnalité.

Un cas particulier – Puisque la voie de la révocation disciplinaire est en concurrence avec celle du licenciement administratif, il s'agit d'un cas particulier de cessation des rapports de travail. Sa spécificité réside en ce qu'elle est comprise dans un régime « commun à toutes les relations de droit particulières entre l'Etat et les individus »¹³³⁹, régime qui est absent au sein des relations de droit privé du travail¹³⁴⁰. Sous réserve de la révocation, on peut toutefois retrouver « dans certains contrats de travail de droit privé un catalogue de "sanctions" conventionnelles (blâme, avertissement, amende, suspension, ...) souvent calqués sur une réglementation de droit public »¹³⁴¹.

¹³³⁷ NGUYEN, 2012, p. 176.

¹³³⁸ *Idem*, pp. 176-177.

¹³³⁹ KNAPP, 1984, p. 500 : selon cet auteur, dans le modèle traditionnel, les sanctions disciplinaires étaient effectivement la contrepartie « des devoirs de fidélité particuliers des fonctionnaires ».

¹³⁴⁰ Cela a été confirmé par le Tribunal fédéral, qui constate que « le régime des sanctions disciplinaires du droit de la fonction publique n'a pas d'équivalent en droit privé, où les manquements du salarié sont en principe sanctionnés par des mesures propres aux règles du Code des obligations, telles que la résiliation ou la modification des rapports de travail » : TF 8D_3/2015 du 7 juin 2016, c. 4.4.

¹³⁴¹ SUBILIA/DUC, p. 115.

Cependant, celles-ci sont, dans leur grande majorité, dépourvues de portée propre en droit privé du travail¹³⁴².

521 **Secteur privé et public** – En comparant le secteur public et le secteur privé, KNAPP est d'avis que les mesures disciplinaires doivent surtout être utilisées « envers les manquements aux devoirs de dignité et de fidélité qui sont les plus spécifiques de la relation d'emploi dans la fonction publique »¹³⁴³. En effet, selon cet auteur, la situation des agents de l'Etat, pour les autres manquements, est très similaire à celle des travailleurs du secteur privé face à leurs employeurs. C'est la raison pour laquelle il n'y a aucun sens à ce que les sanctions de la violation d'un même devoir soient différentes « selon que l'on est dans le secteur privé ou dans le secteur public », ou à ce que « dans l'un des secteurs, la sanction appropriée [soit] la révocation disciplinaire et dans l'autre, elle [soit] la résiliation pour de justes motifs »¹³⁴⁴.

522 **Voie administrative ou disciplinaire ?** – Par conséquent, la révocation soulève un certain nombre de problèmes assez délicats, tel que celui que nous venons d'évoquer, concernant la délimitation entre la voie administrative et disciplinaire¹³⁴⁵. En effet, pour les collectivités publiques qui disposent de la révocation disciplinaire parmi leur arsenal de sanctions, il est souvent difficile de savoir s'il faut prononcer la révocation ou lui préférer la résiliation des rapports de travail pour de justes motifs, c'est-à-dire emprunter la voie administrative¹³⁴⁶, puisque la révocation disciplinaire peut être mise en relation, ou plutôt en concurrence, avec le licenciement administratif. Ces institutions doivent toutefois être utilisées « en fonction du but qu'elles poursuivent », la mesure de la sanction étant « l'intérêt public recherché dans son application »¹³⁴⁷.

523 **Portée de la distinction** – Tant la jurisprudence que la doctrine ont mis en évidence la difficulté de choisir entre ces deux voies de droit¹³⁴⁸.

¹³⁴² *Idem*, pp. 115-116.

¹³⁴³ KNAPP, 1984, p. 500.

¹³⁴⁴ KNAPP, 1984, p. 502.

¹³⁴⁵ Sur la complexité de ce problème, voir POLEDNA, 1995, pp. 53 ss, qui traite de la différence entre la résiliation disciplinaire et la résiliation administrative.

¹³⁴⁶ Cf. POLEDNA, 1995, p. 64.

¹³⁴⁷ KNAPP, 1984, pp. 502-503. Le choix de la révocation « ne dépend pas seulement des circonstances subjectives de la violation incriminée ou de la prévention générale, mais aussi de l'intérêt objectif consistant dans la restauration, vis-à-vis du public, du rapport de confiance qui a été compromis par la violation du devoir de fonction [...] » : TF 8C_803/2010 du 1^{er} mars 2011, c. 3.5 (et les arrêts cités).

¹³⁴⁸ Pour le « sens et le non-sens » d'une telle distinction, cf. POLEDNA, 1995, pp. 57 ss.

Par exemple, BOIS considère que même si ces deux institutions visent des buts différents, que l'on ne saurait confondre, le choix de l'une ou de l'autre reste délicat¹³⁴⁹. Effectivement, même si la commission d'une faute indique généralement un cas disciplinaire et qu'à défaut la voie choisie relève des justes motifs¹³⁵⁰, s'en tenir à cette vision classique permettrait d'arriver au résultat suivant : l'agent fautif serait mieux traité que l'agent non fautif, car la procédure disciplinaire offre généralement à l'autorité une panoplie de sanctions moins sévères que la révocation. Partant, si elle avait opté pour la voie administrative, la collectivité publique n'aurait pas eu d'autre choix que celui de résilier les rapports de travail. Le critère du comportement subjectivement fautif n'est donc pas toujours déterminant pour distinguer la voie disciplinaire de la voie administrative, car « la commission d'une faute n'impose pas, à elle seule, le choix de la procédure disciplinaire »¹³⁵¹. Toute violation fautive des devoirs de service ne saurait ainsi être sanctionnée par la voie de la révocation disciplinaire, puisque cette mesure revêt « l'aspect d'une peine et a un caractère plus ou moins infamant. Elle s'impose surtout dans les cas où le comportement de l'agent démontre qu'il n'est plus digne de rester en fonction [...]. La violation fautive des devoirs de service n'exclut pas le prononcé d'un licenciement administratif »¹³⁵².

Une procédure spéciale – S'agissant de la procédure, le prononcé d'une mesure de révocation constitue une décision qui peut être attaquée par un recours. En ce qui concerne la qualité pour agir, l'employé touché par la mesure disciplinaire dispose d'un intérêt digne de protection à ce que la licéité de son renvoi soit examinée, et cela, même s'il a retrouvé un nouveau travail¹³⁵³. Avant de prononcer une révocation, la collectivité publique doit préalablement mener une enquête, au cours de laquelle un certain nombre de droits doivent être respectés. Par exemple, tous les motifs conduisant à cette sanction doivent être portés à la connaissance de l'employé, qui doit notamment pouvoir consulter les pièces du dossier et s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés¹³⁵⁴.

524

¹³⁴⁹ Bois, pp. 258 s.

¹³⁵⁰ *Idem*, p. 259.

¹³⁵¹ *Idem*, p. 260.

¹³⁵² TF 8C_803/2010 du 1^{er} mars 2011, c. 3.5. En effet, « [s]i le principe même d'une collaboration ultérieure est remis en cause par une faute disciplinaire de manière à rendre inacceptable une continuation du rapport de service, un simple licenciement, dont les conséquences sont moins graves pour la personne concernée, peut [toutefois] être décidé à la place de la révocation disciplinaire ».

¹³⁵³ TF 8C_897/2012 du 2 avril 2013.

¹³⁵⁴ NEUENSCHWANDER, p. 108.

En ce sens, il nous semble que le respect du droit d'être entendu de l'employé peut parfois poser problème, eu égard au caractère immédiat de la révocation qui « est inhérent à ce type de mesure »¹³⁵⁵.

525 **Personnel soumis au CO** – Il faut encore se demander si un employé engagé selon le droit privé pourrait être révoqué ou se voir infliger une mesure disciplinaire. En effet, la question de la soumission d'un employé engagé par un contrat de droit privé à un régime disciplinaire se pose dans plusieurs cas de figure et sa réponse demeure controversée¹³⁵⁶. Lorsque l'engagement de droit privé aurait dû être soumis au droit public¹³⁵⁷, l'on ne saurait reprocher à l'autorité d'avoir emprunté la voie administrative en lieu et place de la voie disciplinaire, le choix entre l'une ou l'autre étant facultatif¹³⁵⁸. Lorsqu'une disposition du contrat de droit privé renvoie de manière générale au statut de la fonction publique et que celui-ci prévoit la révocation, la collectivité publique aurait tout de même intérêt à choisir les mécanismes de résiliation du droit privé du travail en vertu de sa liberté d'appréciation, car ils sont généralement plus simples et moins formalistes¹³⁵⁹. Selon NGUYEN, il serait de toute évidence nécessaire de soustraire les employés soumis au CO au régime disciplinaire. Cet auteur considère effectivement que nous arriverions à une contradiction étonnante si celui-ci leur était applicable, car la résiliation d'un engagement de droit privé ne s'effectue pas par une décision susceptible de recours, mais consiste en un droit formateur ; ce qui a pour conséquence que « d'un côté, on a une décision qui résulte de l'application du régime disciplinaire et de l'autre côté, il n'y a pas de décision, alors que dans les deux cas, c'est le même rapport de service qui a été anéanti »¹³⁶⁰.

526 **La révocation, une mesure obsolète ?** – La révocation peut être considérée aujourd'hui comme une mesure obsolète, car les statuts de la fonction publique comportent déjà diverses voies (ordinaires et extraordinaires), beaucoup moins formalistes, qui permettent de résilier les rapports de travail. En outre, pour les collectivités publiques qui ont conservé une telle mesure, celle-ci n'est en pratique que peu utilisée, car elle ne peut l'être que dans des cas très exceptionnels. En effet, il est rare qu'un collaborateur soit licencié pour des motifs disciplinaires. Selon KNAPP¹³⁶¹, sous les régimes traditionnels de la

¹³⁵⁵ TF 8C_47/2013 du 28 octobre 2013, c. 5.5.

¹³⁵⁶ Voir NGUYEN, 1999, pp. 441 s.

¹³⁵⁷ Pour les agents engagés par contrat de droit administratif, cf. NGUYEN, 1999, p. 440.

¹³⁵⁸ Voir MOOR, 1992, pp. 213-214 ; TANQUEREL, 2000, pp. 10-11 et 38.

¹³⁵⁹ Pour autant que l'on ne suive pas l'opinion selon laquelle les principes constitutionnels s'appliquent aussi aux rapports juridiques de droit privé lorsque l'Etat est employeur.

¹³⁶⁰ NGUYEN, 1999, p. 442.

¹³⁶¹ KNAPP, 1984, pp. 500-501.

fonction publique, cela s'explique déjà par trois raisons qui peuvent être mises en perspective dans le contexte actuel. La première de ces raisons réside dans le fait qu'il est extrêmement rare que toutes les conditions de la révocation soient réunies¹³⁶². La deuxième tient au fait que l'agent fautif pourrait être enclin à démissionner pour éviter le caractère infamant du licenciement et ne pas perdre tout espoir futur de retrouver un emploi. Et la troisième demeure dans le fait qu'il est en général plus simple de licencier un employé selon la voie du licenciement administratif, qu'il s'agisse d'une procédure ordinaire ou extraordinaire, plutôt que de devoir respecter les démarches alambiquées que requiert souvent le régime disciplinaire¹³⁶³.

Supprimer la révocation ? – La pratique a démontré que l'utilisation de la révocation est largement controversée¹³⁶⁴. D'ailleurs, dans le contexte de mutation du modèle traditionnel de la fonction publique, il est effectivement légitime de se demander si la mesure de la révocation – et plus largement le droit disciplinaire – a encore un sens, puisque ce régime est étroitement lié à l'engagement durable des fonctionnaires¹³⁶⁵, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. En effet, en raison de l'abolition de la période administrative et des réformes répondant au besoin de « flexibilisation », s'est posée la question non seulement de l'abrogation de la mesure de la révocation, mais aussi celle de toute autre sanction disciplinaire, car il a été reconnu que l'existence de ce régime n'est finalement pas essentielle à la fonction publique¹³⁶⁶. L'abrogation de toute sanction disciplinaire autre que la révocation est toutefois discutable. Si les collectivités publiques souhaitent effectivement continuer à « punir » les agents publics (par un blâme, une amende, etc.), le principe de la légalité n'impose-t-il pas un catalogue de sanctions dans le statut du personnel ? Pour cette raison, il convient de bien réfléchir, avant l'abrogation d'une sanction disciplinaire, sur les mesures que pourrait prendre l'employeur public en cas de besoin et de prévoir des alternatives à la résiliation des rapports de travail¹³⁶⁷.

527

¹³⁶² La révocation est soumise à des conditions très strictes. Cf. KNAPP, 1984, p. 500.

¹³⁶³ KNAPP, 1984, p. 501.

¹³⁶⁴ TANQUEREL relève par exemple que ce « système est très discutable dans la mesure où il implique de distinguer, dans le comportement d'un employé de l'Etat, les manquements résultant d'une faute et ceux qui découlent de l'incompétence non fautive, distinction qui peut souvent se révéler impossible ». TANQUEREL, 2011, N 278, p. 90.

¹³⁶⁵ Cf. MAHON, 1994, p. 67.

¹³⁶⁶ MOOR, 1992, p. 239.

¹³⁶⁷ D'ailleurs, le régime fédéral décrit plus bas, bien qu'il ait supprimé la mesure de la révocation, a conservé quelques mesures de nature disciplinaire. Cf. *infra* N 528 s.

2. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

528 **L'art. 25 LPers** – Actuellement, l'article 25 LPers définit les mesures dont disposent les employeurs fédéraux pour garantir l'exécution correcte des tâches (al. 1). Parmi ces mesures, figurent notamment l'avertissement, la réduction du salaire de l'employé, l'amende ou la suspension (voir al. 2 let. b). La révocation est donc absente de ce catalogue de mesures, dont on peine à distinguer la véritable nature.

529 **Nature du contenu de l'art. 25 LPers** – Le Message concernant la modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011 précise cependant que le contenu de l'article 25 LPers, auparavant scindé en deux normes, ne vise « pas uniquement [depuis la révision entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013] des mesures répressives adoptées en réponse à un manquement (mesures disciplinaires), mais aussi des mesures de développement ciblées comme le coaching, la formation continue ou les mesures organisationnelles »¹³⁶⁸. Toujours selon le Message, cette disposition donne par conséquent plus de marge de manœuvre aux employeurs pour prendre les mesures nécessaires et leur permettre de réagir de façon plus ciblée dans un cas particulier¹³⁶⁹. Le « blâme », en tant que mesure disciplinaire, a été supprimé, motif pris qu'il a le même effet qu'un avertissement¹³⁷⁰. Selon nous, l'article 25 alinéa 2 lettre b LPers permet encore, en quelque sorte, de conserver un « régime disciplinaire » dont les mesures sont concrétisées à l'article 99 OPers¹³⁷¹, mais dans lequel la révocation est absente du catalogue des sanctions. Abandonnée avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le personnel fédéral du 24 mars 2000¹³⁷², elle n'est plus applicable aux employés fédéraux¹³⁷³.

¹³⁶⁸ Message 2011, p. 6187.

¹³⁶⁹ *Ibidem*.

¹³⁷⁰ *Ibidem*.

¹³⁷¹ Selon l'article 99 OPers, les mesures disciplinaires ne sont prononcées qu'au terme d'une enquête (al. 1). L'employé qui manque à ses obligations par négligence s'expose à un avertissement ou à changement du domaine d'activité (al. 2). En revanche, lorsque l'employé a manqué à ses obligations intentionnellement ou par négligence grave, il peut être soumis aux mesures disciplinaires suivantes : « a. réduction du salaire de 10% au maximum pendant 1 année au plus ; b. amende jusqu'à 3000 francs ; c. changement du temps de travail ; d. changement du lieu de travail » (al. 3).

¹³⁷² NGUYEN, 2012, p. 175.

¹³⁷³ En cas de résiliation des rapports de travail due à une faute de l'employé, se référer à l'article 31 OPers qui ne prévoit toutefois pas la mesure de la révocation.

3. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

Généralités et tendances – Aujourd’hui, il nous semble que la tendance générale des statuts modernes du personnel va vers la suppression de la sanction de la révocation et, parfois même, vers une disparition du régime disciplinaire¹³⁷⁴. En effet, si on observe les statuts les plus actuels de la fonction publique, on s’aperçoit que la révocation a pratiquement disparu du paysage helvétique, du moins pour presque tous les cantons de la Suisse romande¹³⁷⁵. Le cadre légal et réglementaire de la fonction publique suisse a donc évolué en la matière, dans le sens d’un rapprochement du droit privé du travail qui ne connaît pas une telle sanction¹³⁷⁶.

Les cantons conservateurs – Néanmoins, quelques cantons ou communes plus conservateurs connaissent encore en Suisse la mesure de la révocation, qui pose en pratique de nombreuses difficultés, comme le montre la jurisprudence que nous examinerons ci-après. Parmi les cantons de Suisse romande, seul le canton de Genève conserve la mesure de la révocation disciplinaire (cf. art. 16 al. 1 let. c ch. 1 LPAC). Celle-ci figure en dernière place dans la liste des sanctions disciplinaires, en tant que mesure la plus sévère. Si l’intérêt public le commande, la révocation peut déployer un effet immédiat (cf. art. 16 al. 2 LPAC). En suivant le modèle cantonal, diverses communes de la République et canton de Genève n’ont pas abandonné la mesure de la révocation, qui donne lieu parfois à des litiges déferés jusqu’au Tribunal fédéral¹³⁷⁷. Selon notre Haute Cour, « [p]armi les motifs propres à justifier une révocation disciplinaire, on peut mentionner, à titre d’exemple, la violation du secret de fonction dans un domaine sensible, l’abus des pouvoirs de la fonction, l’indication fautive des heures de travail ou des irrégularités dans le cadre de l’enregistrement du temps de travail, l’alcoolisme ou encore le vol »¹³⁷⁸.

¹³⁷⁴ Cf. TANQUEREL, 2000, p. 35.

¹³⁷⁵ Il existe toutefois un bon nombre de collectivités publiques qui, bien qu’ayant supprimé la mesure de la révocation, maintiennent, comme dans le système fédéral, d’autres mesures (ou sanctions) de nature disciplinaire.

¹³⁷⁶ La révocation est effectivement une mesure disciplinaire caractéristique du statut de droit public des fonctionnaires. Cf. BELLANGER, 2000, p. 53.

¹³⁷⁷ Voir la jurisprudence fédérale exposée ci-après. *Infra* N 532 s.

¹³⁷⁸ TF 8C_203/2010 du 1^{er} mars 2011, c. 3.5.

4. Jurisprudence

532 **Casuistique** – Ces dernières années, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts qui portent sur la révocation disciplinaire, comme l'illustrent les quelques exemples suivants, qui concernent le canton de Genève ou l'une de ses collectivités publiques¹³⁷⁹.

- Un arrêt du 17 mars 2015¹³⁸⁰ montre que les collectivités publiques restent libres du choix de résilier les rapports de service d'un fonctionnaire par la voie du licenciement ordinaire, au détriment de la révocation disciplinaire, et que le fonctionnaire congédié ne peut pas remettre en cause ce choix. Il serait d'ailleurs paradoxal pour lui de le faire, attendu que le licenciement administratif a un impact moindre que la révocation disciplinaire (c. 5.2).
- Un arrêt du 22 septembre 2014¹³⁸¹ met en évidence la différence entre un licenciement ordinaire pour « motifs graves » (mesure administrative) et la révocation du fonctionnaire (sanction disciplinaire) pour « faute grave ». Notre Haute Cour précise qu'un manquement peut représenter un motif grave de licenciement, sans pour autant être de nature à justifier le prononcé d'une révocation (c. 5.1).
- Dans un arrêt du 7 juillet 2014, le Tribunal fédéral confirme la révocation disciplinaire d'un policier ayant frappé d'un coup de poing un prévenu menotté dans la salle d'audition et cogné sa tête contre un mur, puis ayant porté contre lui des propos calomnieux. En considérant la révocation comme justifiée, la juridiction cantonale n'a pas violé le principe de proportionnalité ou d'arbitraire¹³⁸².
- Dans un arrêt du 28 octobre 2013¹³⁸³, le Tribunal fédéral considère que les premiers juges n'ont pas appliqué de façon insoutenable la législation genevoise, en confirmant la révocation immédiate d'un fonctionnaire au service de

¹³⁷⁹ Cela s'explique par le fait que ce canton et un bon nombre de ses communes ont conservé cette mesure disciplinaire. *Supra* N 531. On relèvera également l'arrêt du Tribunal fédéral concernant une municipalité vaudoise, dans lequel est confirmée la révocation disciplinaire d'un chef d'exploitation des piscines ayant commis certains manquements constitutifs d'une violation grave des devoirs de service. Cf. TF 8C_567/2015 du 7 avril 2016, spéc. c. 6.

¹³⁸⁰ TF 8C_244/2014 du 17 mars 2015.

¹³⁸¹ TF 8C_677/2013 du 22 septembre 2014 qui se réfère à un autre arrêt : TF 8C_631/2011 du 19 septembre 2012. Dans ce dernier jugement, le Tribunal fédéral a constaté que la juridiction cantonale avait examiné à tort les conditions posées par la révocation disciplinaire en lieu et place d'un licenciement ordinaire.

¹³⁸² TF 8C_679/2013 du 7 juillet 2014.

¹³⁸³ TF 8C_47/2013 du 28 octobre 2013.

l'Etat de Genève qui a eu un comportement répréhensible durant une assez longue période. En effet, celui-ci était de toute évidence inapte à diriger son service, car il s'emportait souvent et n'était notamment pas respectueux de la personnalité de ses collaborateurs¹³⁸⁴. En outre, de graves lacunes dans la communication et de nombreux manquements dans l'organisation et la répartition du travail nuisaient à plusieurs employés en les plongeant « dans un véritable désarroi », à tel point qu'un climat de peur et de malaise avait pesé sur certains d'entre eux (c. 5.5).

- Un arrêt du 28 juin 2013¹³⁸⁵ traite de la révocation d'un employé qui lors d'une altercation avec l'un de ses collègues, et après avoir été poussé par ce dernier, lui avait donné un coup de poing au visage. A cet égard, l'employé faisait valoir qu'il est arbitraire et manifestement disproportionné de sanctionner de la sorte son comportement, d'autant plus qu'il avait été pénalement acquitté en raison du fait qu'il avait agi en état de légitime défense putative (c. 6.1). En l'espèce, les premiers juges ne se sont pas déterminés sur la portée du jugement pénal, de sorte qu'ils n'ont pas pu prendre en considération le respect du principe de proportionnalité. Le Tribunal fédéral a prononcé le renvoi de la cause à la juridiction cantonale (c. 6.5).
- S'agissant toujours de la révocation d'un employé, le Tribunal fédéral évoque dans un arrêt du 2 avril 2013¹³⁸⁶, que celui-ci conservait un droit à ce que la licéité de son renvoi soit examinée, quand bien même il avait retrouvé un nouveau travail. En effet, selon notre Haute Cour, « la révocation est une mesure disciplinaire qui constitue une sanction formelle d'un comportement fautif. Elle implique le constat que [l'employé] a violé les devoirs de sa charge, intentionnellement ou par négligence, et que la gravité de la faute justifie une sanction disciplinaire. Cette mesure revêt l'aspect d'une peine et a un caractère plus ou moins infamant [...]. Pour ce motif, [l'employé] conserve un intérêt digne de protection à son annulation. De plus, la mesure peut avoir une influence sur [s]a carrière professionnelle [...], en particulier dans l'éventualité d'une nouvelle postulation pour un emploi dans la fonction publique [...] » (3.4)¹³⁸⁷.
- Un arrêt du 14 janvier 2013¹³⁸⁸ traite de la révocation d'un jardinier au service de la Municipalité de la Ville de Genève, lequel avait consommé de l'alcool

¹³⁸⁴ Nous préciserons que tant les employeurs publics que les employeurs du secteur privé ont une obligation de prévenir les conflits interpersonnels. Pour plus de détails sur les sources de cette obligation, consulter DUNAND/TORNARE, pp. 32 ss.

¹³⁸⁵ TF 8C_480/2012 du 28 juin 2013.

¹³⁸⁶ TF 8C_897/2012 du 2 avril 2013.

¹³⁸⁷ Voir ég. TF 8C_942/2010 du 3 octobre 2011 ; TF 8C_203/2010 du 1^{er} mars 2011, c. 3.5 ; TF 8C_983/2009 du 16 novembre 2010, c. 3.2.

¹³⁸⁸ TF 8C_80/2012 du 14 janvier 2013.

pendant son service et toléré la culture de plants de cannabis, alors qu'il était responsable de l'encadrement des membres du personnel, dont des apprentis (c. 4.1). Le Tribunal fédéral a rappelé, dans cette affaire, le large pouvoir d'appréciation de l'autorité dans le choix de la sanction disciplinaire qui ne « dépend pas seulement des circonstances subjectives de la violation incriminée ou de la prévention générale, mais aussi de l'intérêt objectif à la restauration, vis-à-vis du public, du rapport de confiance qui a été compromis par la violation du devoir de fonction » (c. 6.1). En l'espèce, le comportement mis en cause revêtait un degré de gravité suffisant pour fonder la révocation. En se substituant arbitrairement à l'appréciation de la Ville de Genève, les premiers juges ont violé son autonomie (c. 5.3 et 6.2).

- Un autre arrêt du 19 septembre 2012¹³⁸⁹ montre que la différence entre la voie de la révocation ou d'un licenciement administratif n'est pas toujours claire, et cela même pour l'autorité de recours. En effet, alors que le statut du personnel de la commune concernée par ce litige opérait une distinction entre la révocation disciplinaire et le licenciement pour motifs graves, sanctions régies par des procédures différentes (c. 5), les premiers juges sont tombés dans l'arbitraire en examinant le bien-fondé de la résiliation sous l'angle des conditions d'une révocation disciplinaire, puisque la commune avait en réalité choisi de résilier les rapports de travail de l'employé par la voie du licenciement ordinaire (c. 7.3).
- Un arrêt du 9 mai 2011¹³⁹⁰ indique également que les collectivités publiques peuvent prévoir des procédures différentes pour la révocation disciplinaire ou pour la résiliation des rapports de service, ce qui peut avoir des incidences pratiques importantes. Dans le cas concerné, la procédure de révocation disciplinaire ne garantissait pas au fonctionnaire un droit à être auditionné par une délégation du Conseil administratif (c. 2.4.3).
- Un autre arrêt du 1^{er} mars 2011¹³⁹¹ expose également les difficultés que peut soulever le choix entre la révocation et le licenciement administratif. Dans cette affaire, l'autorité cantonale avait prononcé la « révocation » de l'employé alors qu'il semblait qu'elle avait plutôt examiné les conditions d'application des dispositions sur la résiliation des rapports de service. Cependant, dans la mesure où le comportement inadéquat et répété de l'employé pouvait de toute évidence justifier la rupture du lien de confiance avec son employeur, à savoir un licenciement ordinaire et même immédiat, le jugement cantonal a pu être confirmé dans son résultat (c. 3.6).

¹³⁸⁹ TF 8C_631/2011 du 19 septembre 2012.

¹³⁹⁰ TF 8C_239/2010 du 9 mai 2011.

¹³⁹¹ TF 8C_203/2010 du 1^{er} mars 2011.

- Dans un arrêt du 7 mai 2009¹³⁹², le Tribunal fédéral a admis la révocation disciplinaire d'un employé de l'Office des poursuites et des faillites du canton de Genève, ce dernier n'accomplissant plus convenablement ses devoirs de fonction, alors même qu'il était capable de se rendre compte que les tâches qui lui incombait n'étaient pas exécutées conformément à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. En effet, l'employé connaissait la procédure de séquestre et jouissait d'une longue expérience en la matière. En concluant « qu'il avait agi consciemment et volontairement, c'est-à-dire en sachant qu'il ne remplissait pas correctement ses obligations, et qu'il avait reconnu les violations de ses devoirs de fonction », la commission cantonale n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation (c. 4.2).

Constat – Bien que quelques-unes de ces jurisprudences montrent certaines différences entre la révocation et le licenciement administratif, elles ne permettent pas, selon nous, d'indiquer clairement quels sont les critères objectifs du choix entre les deux, quelles sont les diverses conséquences de ce choix pour l'agent concerné ou pour l'autorité, et quelles sont les voies de droit et la procédure à suivre¹³⁹³. Toutefois, on peut retenir de cette casuistique que le fonctionnaire congédié par la voie du licenciement administratif (au lieu de la révocation) ne peut pas remettre en cause ce choix, puisque le licenciement administratif a un impact moindre que la révocation disciplinaire ; qu'un manquement peut représenter un motif grave de licenciement, sans pour autant être de nature à justifier le prononcé d'une révocation ; que la révocation doit être conforme au principe de proportionnalité ; qu'un comportement répréhensible durant une assez longue période peut justifier une révocation ; qu'un fonctionnaire révoqué conserve le droit à ce que la licéité de son renvoi soit examinée, même s'il a retrouvé un nouveau travail, la révocation prononcée pouvant avoir une influence sur sa future carrière professionnelle ; que l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la révocation, qui ne dépend pas seulement de circonstances subjectives, mais aussi de l'intérêt objectif à la restauration du rapport de confiance vis-à-vis du public ; et enfin, que la révocation disciplinaire et le licenciement administratif peuvent être régis par des procédures différentes.

533

¹³⁹² TF 5A_112/2009 du 7 mai 2009.

¹³⁹³ Peut-être est-ce un indice qu'il faut considérer la mesure de la révocation comme obso-lète.

VI. La liberté d'appréciation de l'employeur

534 Examinons maintenant quelle est la liberté d'appréciation dont disposent les employeurs publics pour résilier les rapports de travail. Quelques généralités (1) montreront notamment que le pouvoir d'examen des collectivités publiques est différent de celui des employeurs du secteur privé, et cela, qu'il s'agisse de résilier de manière ordinaire ou extraordinaire (2) le rapport juridique. En effet, nous verrons qu'il existe d'autres restrictions (3) spécifiques en droit de la fonction publique.

1. Généralités

535 **Principe** – Les employeurs publics connaissent tous une certaine liberté d'appréciation lorsqu'ils envisagent de résilier les rapports de travail du personnel à leur service¹³⁹⁴. En effet, quand il s'agit de décider, pour le bon fonctionnement de l'administration, de la résiliation des rapports de travail d'un employé, les collectivités publiques disposent d'un pouvoir d'examen assez conséquent¹³⁹⁵, qui reste toutefois limité, nous le verrons, par les principes constitutionnels régissant l'activité administrative¹³⁹⁶. En ce sens, « [m]ême une résiliation ordinaire des rapports de service décidée par l'autorité selon sa "libre" appréciation ne doit jamais être édictée arbitrairement ou sans principe établi ; elle ne doit en aucun cas être décidée sans motifs ; car en droit public il n'y a point de place pour l'arbitraire »¹³⁹⁷. En outre, la liberté d'appréciation de l'employeur public, quant au licenciement, peut encore varier selon que l'employé se trouve dans sa période probatoire et selon qu'il s'agisse d'une résiliation ordinaire ou extraordinaire des rapports de travail. Dans tous les cas, l'employeur public doit respecter la procédure prévue par le statut de la fonction publique et le droit de la collectivité publique concernée.

¹³⁹⁴ Cf., par exemple, *supra* N 500.

¹³⁹⁵ Par ailleurs, les autorités publiques disposent parfois de nombreuses alternatives au licenciement, par exemple « le déplacement du collaborateur ou la modification de son cahier des charges ». GIRARDET, p. 67.

¹³⁹⁶ *Ibidem*. L'Etat en tant qu'employeur est effectivement soumis aux principes régissant l'activité administrative. Cf. STÄHELIN S., p. 128. Autrement dit, nous avons vu que l'employeur public doit observer les « principes de l'activité de l'Etat régi par le droit » prévus à l'article 5 de la Constitution. Cf., par exemple, *supra* N 158.

¹³⁹⁷ KERN, p. 78.

2. Résiliation ordinaire et extraordinaire

Résiliation ordinaire – Pendant la période probatoire, nous avons vu que l'employeur n'a pas, en principe, besoin d'un « motif fondé » de résiliation, sauf si le droit applicable au rapport juridique fait dépendre le licenciement de conditions matérielles¹³⁹⁸. En effet, la période probatoire est consacrée à évaluer les compétences et les capacités du nouveau collaborateur, raison pour laquelle la collectivité publique peut librement se séparer de lui, s'il n'a pas fait ses preuves. Après la période probatoire, il en va autrement. La décision de l'autorité compétente, même si celle-ci dernière conserve une liberté d'appréciation dans le choix de résilier de manière ordinaire les rapports de travail de ses employés, reste en principe conditionnée par des motifs fondés de résiliation, souvent énoncés dans les statuts du personnel¹³⁹⁹. Sur le plan fédéral, la LPers requiert, par exemple, des « motifs objectivement suffisants » (cf. art. 10 al. 3 LPers).

536

Résiliation extraordinaire – Pendant ou après la période probatoire, l'autorité conserve également une liberté d'appréciation dans le choix de résilier de manière extraordinaire les rapports de travail de ses employés, choix qui reste en principe conditionné, nous l'avons vu, par la nécessité d'avoir de « justes motifs » de résiliation équivalents à ceux du droit privé du travail (cf. art. 337 al. 2 du Code des obligations)¹⁴⁰⁰.

537

Nécessité d'un avertissement ? – Dans le contexte du licenciement d'un agent public, on peut se demander si un avertissement préalable à la résiliation est toujours nécessaire au vu du principe de proportionnalité. Ces avertissements sont parfois prévus dans les statuts de la fonction publique. Cependant, qu'ils soient ou non prévus par le statut du personnel, nous avons pu observer que le pouvoir d'appréciation des collectivités publiques en matière d'avertissement est tel que des licenciements, ordinaires ou immédiats, peuvent être justifiés quand bien même l'autorité compétente aurait omis de prononcer un avertissement¹⁴⁰¹. En effet, plusieurs arrêts du Tribunal fédéral ont confirmé une résiliation des rapports de travail sans avertissement préalable, motif pris qu'il n'aurait de toute façon pas été utile. Voici, ci-après, quelques arrêts à l'appui de notre constatation.

538

¹³⁹⁸ Cf. *supra* N 500.

¹³⁹⁹ Selon les statuts de la fonction publique, la terminologie peut cependant varier : « motifs fondés », « motifs justificatifs » ou « motifs objectivement suffisants ». Ces notions sont pour nous équivalentes.

¹⁴⁰⁰ Nous avons effectivement vu que la jurisprudence de droit privé relative à cette notion était transposable en droit de la fonction publique. Cf. *supra* N 508.

¹⁴⁰¹ Voir la jurisprudence du Tribunal fédéral présentée ci-après.

- Dans un arrêt du 9 février 2016¹⁴⁰², le Tribunal fédéral a confirmé le licenciement ordinaire d'une rédactrice en ligne qui avait notamment porté deux fois sur la place publique ses dissensions avec son employeur. Au vu du comportement de l'employée, un avertissement préalable au licenciement a été considéré comme superflu (c. 3.4).
- Dans un arrêt du 29 mai 2015¹⁴⁰³, le Tribunal fédéral a confirmé le licenciement ordinaire d'un secrétaire général auprès du Département cantonal neuchâtelois du développement territorial et de l'environnement sans avertissement préalable au sens de l'article 46 de loi sur le statut de la fonction publique (LSt). En effet, ce préalable n'est pas transposable à un haut fonctionnaire, pour qui un délai d'observation en vue d'évaluer une amélioration de son comportement n'est tout simplement pas possible au vu du fonctionnement de l'Etat et du niveau de responsabilités qu'implique sa fonction dirigeante élevée (c. 7.6.3).
- Dans une affaire du canton de Fribourg, portant sur le licenciement immédiat d'un inspecteur de police, irrespectueux, insolent et désobéissant, l'avertissement préalable n'a pas non plus été considéré comme nécessaire, car les motifs à l'appui du renvoi immédiat permettaient de constater la rupture irrémédiable du lien de confiance entre l'employeur et son employé (c. 6.4.2)¹⁴⁰⁴.
- Dans une affaire du canton de Neuchâtel¹⁴⁰⁵, un employé a été licencié de manière ordinaire sans que l'autorité compétente lui ait adressé un avertissement, comme le commandait une disposition du statut du personnel (c. 4.1). Selon les premiers juges, la procédure de l'avertissement préalable n'est toutefois « pas indispensable lorsque le seul intérêt du service motive le renvoi ou lorsque, compte tenu de la fonction en cause, de la nature des faits reprochés au titulaire et de la personnalité de celui-ci, on ne peut vraisemblablement pas s'attendre à ce que le comportement incriminé ou les prestations insuffisantes s'améliorent de manière à assurer durablement la bonne marche du service » (c. 4.3). En suivant l'opinion de la juridiction cantonale, notre Haute Cour a confirmé que l'autorité pouvait dans le cas d'espèce se passer d'un avertissement formel (c. 4.3).

¹⁴⁰² TF 8C_176/2015 du 9 février 2016. Pour plus de détails, voir ROSELLO, analyse TF 8C_176/2015.

¹⁴⁰³ TF 8C_585/2014 du 29 mai 2015.

¹⁴⁰⁴ TF 8C_118/2013 du 11 février 2014.

¹⁴⁰⁵ TF 8C_369/2012 du 22 août 2012.

3. Autres restrictions

L'application des principes constitutionnels – La liberté d'appréciation de l'employeur public quant à la résiliation est aussi restreinte par l'application des principes constitutionnels. En effet, la résiliation des rapports de travail d'un employé du secteur public a cela de particulier que la collectivité doit respecter les principes constitutionnels dans sa prise de décision, dont certaines garanties procédurales¹⁴⁰⁶. Lors d'un litige concernant un rapport de travail de droit public, l'agent pourra ainsi invoquer la violation d'un droit constitutionnel devant les autorités administratives et judiciaires¹⁴⁰⁷.

539

Le licenciement doit être conforme à la proportionnalité – Dans la plupart des arrêts présentés plus haut, portant sur la résiliation ordinaire des rapports de travail dans la fonction publique, le Tribunal fédéral a dû examiner si la résiliation était justifiée sous l'angle du principe de la proportionnalité et/ou celui de l'interdiction de l'arbitraire. Sans revenir sur toutes ces jurisprudences, mentionnons encore, à titre exemplatif, l'arrêt du 16 mai 2011¹⁴⁰⁸, dans lequel notre Haute Cour a confirmé la résiliation des rapports de travail d'un employé qui a tenté de mettre fin à ses jours sur son lieu de travail¹⁴⁰⁹. Cet employé avait effectivement essayé de se suicider en détournant une conduite de gaz dans son bureau, tout en obstruant hermétiquement la porte et les fenêtres, puis avait allumé une cigarette, ce qui avait produit une violente explosion dans les locaux de son employeur. Le Tribunal fédéral a conclu à ce que l'autorité compétente disposait, en l'espèce, « d'une liberté d'appréciation dans le choix de la sanction (modification ou résiliation des rapports de service), laquelle est toutefois subordonnée au principe de proportionnalité » (c. 6.1). De la sorte, pour autant que les collectivités publiques puissent invoquer des motifs justifiés de résiliation et qu'elles choisissent des sanctions en se conformant aux principes constitutionnels, elles demeurent libres dans le choix qu'elles effectuent. En revanche, dans un arrêt du 17 janvier 2013¹⁴¹⁰ relatif à l'utilisation abusive d'internet sur le lieu de travail, il était question de l'installation, par une administration cantonale, d'un programme espion sur l'ordinateur d'un employé à son poste de travail.

540

¹⁴⁰⁶ Par exemple, le droit d'être entendu du collaborateur. Cf. *supra* N 142.

¹⁴⁰⁷ S'agissant des différents droits constitutionnels, cf. *supra* N 127 ss.

¹⁴⁰⁸ TF 8C_901/2010 du 16 mai 2011.

¹⁴⁰⁹ Le délai de résiliation était de six mois pour la fin d'un mois.

¹⁴¹⁰ TF 8C_448/2012 du 17 janvier 2013 = ATF 139 II 7. Pour un résumé de l'arrêt, cf. SUBILIA-ROUGE, in : RDAF 2014 I, p. 480.

La surveillance, qui avait duré trois mois, avait révélé que ce dernier avait effectué une utilisation excessive d'internet à des fins privées pendant son temps de travail¹⁴¹¹. C'est la raison pour laquelle son employeur l'avait licencié avec effet immédiat. Cependant, en vertu du devoir de protection de la personnalité de l'employé, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la surveillance avait été effectuée sans avertissement préalable et de manière trop intrusive. Illicite, la surveillance n'était *in casu* pas conforme au principe de proportionnalité¹⁴¹².

541 **Le licenciement doit être conforme à la bonne foi** – Dans les litiges en matière de fonction publique, le principe de la bonne foi conserve aussi un intérêt pour toutes les parties en cas de résiliation des rapports de travail, car il peut concerner aussi bien l'employeur¹⁴¹³ que l'employé. Par exemple, le principe de la bonne foi peut être invoqué contre une autorité d'engagement qui n'aurait pas, par hypothèse, respecté une promesse faite à un de ses collaborateurs, ou à l'inverse, à l'encontre d'un employé, qui aurait eu un comportement contradictoire ou abusif envers son employeur. En pratique, l'examen du principe de la bonne foi intervient fréquemment lorsqu'il s'agit d'objectiver les manquements commis par un employé¹⁴¹⁴. Bien souvent, il s'agit de déterminer si l'employé était de bonne foi lorsqu'il a commis une violation de ses devoirs de service. Pour ce faire, l'appréciation de la bonne foi de l'employé doit, selon nous, non seulement porter sur des éléments objectifs (tels que la nature du manquement, de la violation commise, etc.), mais aussi sur des éléments subjectifs (comme la représentation que se faisait l'employé au moment des faits).

¹⁴¹¹ Concernant les droits et les obligations de l'employeur et du travailleur s'agissant d'internet au travail, consulter DUNAND, 2014.

¹⁴¹² En ce sens, un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 130 II 425) portant sur l'installation d'un système GPS sur des véhicules appartenant à des entreprises privées illustre une situation similaire (en droit du travail privé), situation dans laquelle la surveillance a été jugée intrusive et disproportionnée. Sur cet arrêt, voir DUNAND/CHANSON, pp. 679 s.

¹⁴¹³ Il se peut effectivement que l'employeur ait un comportement contraire aux règles de la bonne foi. Voir TF 8C_430/2011 du 12 avril 2012. Cet arrêt traite notamment du licenciement d'un collaborateur de l'Aéroport International de Genève, présumé victime de *mobbing*, pendant une procédure d'enquête interne. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a stigmatisé le comportement inadmissible de l'employeur et il a admis que le licenciement était bel et bien injustifié car : « en pareilles circonstances, l'employeur ne saurait, sous peine de contrevenir de manière caractéristique aux règles de la bonne foi, licencier l'employé dès le début de l'enquête et sans que des éléments nouveaux puissent être invoqués à la charge de celui-ci » (c. 8.2).

¹⁴¹⁴ Voir NGUYEN, 2012, p. 178.

Le licenciement doit être conforme à l'intérêt public – Le licenciement d'un employé doit en outre être conforme à l'intérêt public. Parfois, c'est même l'intérêt public qui commande un licenciement. En effet, un employeur public (ou toute entité exerçant des tâches d'intérêt public) ne doit pas tolérer que son employé ait un comportement contraire à l'ordre public, tel que, pour un enseignant, un intérêt manifeste pour la pornographie infantine¹⁴¹⁵. A notre avis, il existe par conséquent des circonstances où l'intérêt public peut amplement justifier que l'autorité d'engagement fasse usage de son pouvoir d'appréciation et sanctionne par un licenciement la violation d'un devoir de fonction. C'est notamment le cas pour des employés qui ont des responsabilités particulières et dont la violation des obligations de fonction pourrait engendrer des conséquences importantes. Selon le Tribunal fédéral, il peut s'agir de la fonction d'agent de détention, car cet employé occupe une position spécifique au sein de l'administration, position dans laquelle « la confiance et l'intégrité jouent un rôle primordial dans la bonne marche du service »¹⁴¹⁶. Dans un arrêt du 11 février 2013, le Tribunal fédéral a admis que le comportement d'un gardien de prison qui avait consommé de l'alcool avec un détenu était contraire à la sécurité publique (et donc à l'ordre public)¹⁴¹⁷.

Le licenciement doit être conforme à l'égalité de traitement – Le licenciement d'un employé par un employeur public doit aussi être conforme à l'égalité de traitement. Ce grief est cependant, selon nous, moins courant dans les cas de résiliation des rapports de travail qu'en matière salariale¹⁴¹⁸. Par ailleurs, le principe « de la légalité administrative (cf. art. 5 al. 1 Cst.) prévaut sur celui de l'égalité de traitement »¹⁴¹⁹. Autrement dit, un licenciement qui repose sur des motifs statutaires valables, mais qui pourrait violer le principe de l'égalité de traitement¹⁴²⁰ resterait toutefois justifié.

¹⁴¹⁵ TF 2C_165/2011 du 24 juin 2011.

¹⁴¹⁶ TF 8C_780/2012 du 11 février 2013, c. 5.2.3.

¹⁴¹⁷ TF 8C_780/2012 du 11 février 2013. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois, selon nous, davantage examiné la violation du devoir de fonction de l'employé sous l'angle du principe de proportionnalité (c. 5.2.2 ss) que sous celui de l'intérêt public.

¹⁴¹⁸ Cf. TF 8C_969/2012 du 2 avril 2013, c. 2.1 (et la jurisprudence citée).

¹⁴¹⁹ TF 8C_418/2013 du 15 octobre 2013, c. 4.6.1. Dans ce même arrêt, voir le rappel des conditions exceptionnelles de l'égalité dans l'illégalité (c. 4.6).

¹⁴²⁰ Nous pensons au cas de deux employés qui auraient commis des manquements similaires, mais dont seul l'un d'entre eux serait licencié.

- 544 **Violation du pouvoir d'appréciation d'un employeur ?** – Une autre forme de restriction du pouvoir d'appréciation d'un employeur public peut parfois se présenter lorsqu'une juridiction cantonale reconnaît à tort que le licenciement d'un employé est injustifié. Par exemple, dans un arrêt du 8 novembre 2012¹⁴²¹, le Tribunal fédéral a constaté la violation, par le Tribunal cantonal vaudois, du pouvoir d'appréciation et de l'autonomie de la commune concernée. Selon notre Haute Cour, en minimisant l'importance des manquements de l'employé et en jugeant que les conditions du licenciement immédiat n'étaient pas remplies, la juridiction cantonale « a substitué son appréciation à celle de la commune et a violé l'autonomie dont elle jouit sur ce point »¹⁴²². En revanche, dans un autre arrêt du 3 novembre 2003¹⁴²³, le Tribunal fédéral a reconnu comme valable le licenciement d'une employée, pour altération grave des rapports de confiance, dans un délai de résiliation de trois mois, alors que le renvoi était fondé sur une résiliation immédiate. En vertu de sa liberté d'appréciation, l'autorité d'engagement (en l'espèce, le Conseil communal) était effectivement habilitée à octroyer un délai de résiliation plus généreux à son employée sans qu'on puisse le lui reprocher¹⁴²⁴. En l'espèce, il n'y a donc pas eu d'interprétation arbitraire des dispositions du statut du personnel par la juridiction cantonale (voir c. 3.5).
- 545 **Pouvoir de cognition du Tribunal fédéral** – Lorsque le litige est déféré jusqu'au Tribunal fédéral, ce dernier n'a pas toujours un plein pouvoir de cognition¹⁴²⁵. Par exemple, lorsque le Tribunal fédéral est amené à examiner la proportionnalité d'un licenciement, ce principe ne constitue pas un droit constitutionnel disposant d'une portée propre¹⁴²⁶.

¹⁴²¹ TF 8C_195/2012 du 8 novembre 2012.

¹⁴²² *Idem*, c. 8.

¹⁴²³ TF 2P.167/2003 du 3 novembre 2003.

¹⁴²⁴ Concernant un délai de résiliation plus long, parfois « social », voir *supra* N 511 s.

¹⁴²⁵ Cf. ég. art. 106 al. 2 LTF.

¹⁴²⁶ ATF 126 I 112, c. 5b ; ATF 125 1161, c. 2b. Par ailleurs, tout comme le principe de proportionnalité, le principe de l'intérêt public ne constitue pas un droit constitutionnel ayant une portée propre, dans le sens où sa violation ne peut pas être invoquée séparément dans un recours en matière de droit public ou un recours constitutionnel subsidiaire devant le Tribunal fédéral. Voir TANQUEREL, 2011, N 530, p. 179.

Autrement dit, lorsque le principe de proportionnalité est invoqué en relation avec l'application du droit cantonal, le Tribunal fédéral peut seulement se prononcer si la violation de ce principe constitue en même temps une violation du principe interdisant l'arbitraire¹⁴²⁷. Cependant, lorsque le Tribunal fédéral est appelé à revoir l'interprétation d'une norme sous l'angle restreint de l'arbitraire, il « ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain »¹⁴²⁸. La preuve de l'arbitraire est donc particulièrement difficile à apporter, car « si l'application de la loi défendue par l'autorité cantonale [de dernière instance] ne s'avère pas déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la disposition ou de la législation en cause, cette interprétation sera confirmée, même si une autre solution – éventuellement plus judicieuse – paraît possible »¹⁴²⁹. Cela signifie que lorsqu'une collectivité publique décide de licencier un employé pour des motifs particuliers (p. ex. une insuffisance de ses prestations, des absences réitérées, une mauvaise attitude au travail, etc.) et que l'autorité cantonale de dernière instance estime que le renvoi n'est pas contraire à l'application du statut du personnel en question, le Tribunal fédéral ne pourra pas qualifier d'arbitraire la position de la juridiction cantonale, malgré le fait que d'autres solutions, plus appropriées (telles que avertissement, déplacement, transfert, etc.), auraient pu être choisies. En pratique, cette restriction a donc, selon notre point de vue, une grande incidence dans la fonction publique, car elle autorise les autorités administratives à user largement de leur pouvoir d'appréciation, sans contrevenir pour autant au respect du principe de l'interdiction de l'arbitraire.

¹⁴²⁷ En d'autres termes, la mesure de droit cantonal doit être non seulement manifestement disproportionnée, mais aussi violer simultanément le principe interdisant l'arbitraire. Cf. ATF 134 I 153, c. 4.2.2 et 4.3 ; TF 8C_ 292/2011 du 9 décembre 2011, c. 6.2 ; TF 8C_ 220/2010 du 18 octobre 2010, c. 4.3 ; TF 2C_118/2008 du 21 novembre 2008, c. 3.1. Nous avons vu toutefois qu'il est difficile de justifier en pratique, dans le cadre d'un recours en matière de droit public, qu'une décision a violé manifestement le principe de la proportionnalité, compte tenu de la liberté d'appréciation et de l'autonomie de l'autorité d'engagement. Cf. *supra* N 544.

¹⁴²⁸ TF 8C_325/2011 du 11 mai 2012, c. 3.3 ; TF 8C_116/2014 du 3 mars 2015, c. 5.

¹⁴²⁹ TF 8C_325/2011 du 11 mai 2012, c. 3.3 ; ATF 132 I 175, c. 1.2 (et les réf. citées).

C. Comparaison

- 546 **Généralités** – Il ressort de notre analyse sur la résiliation des rapports de travail que, quand bien même les collectivités publiques auraient la possibilité de créer des rapports de travail par le biais de trois actes juridiques, à savoir par une décision, un contrat de droit public ou un contrat de droit privé, le parallélisme des formes n'est pas applicable pour la résiliation, puisque l'autorité peut toujours opter pour la décision. Les collectivités publiques ont par conséquent la liberté de choisir que la résiliation des rapports de travail s'effectue, dans toutes les circonstances, par une décision administrative de l'autorité compétente, même si elles ont choisi la voie contractuelle (de droit public ou de droit privé) pour la création de ces rapports.
- 547 **Nature juridique de la résiliation** – Il existe donc une différence importante avec le droit privé du travail, domaine juridique dans lequel la résiliation du contrat individuel de travail, au sens des articles 319 ss du Code des obligations, ne s'effectue pas par une décision susceptible de recours mais consiste en un droit formateur, c'est-à-dire un acte unilatéral formateur de volonté¹⁴³⁰. Par ailleurs, en droit public, lorsque la résiliation émane d'un employé engagé par nomination, elle déploie des effets dissemblables de ceux du droit privé du travail, puisque la démission (ordinaire ou immédiate) du collaborateur doit théoriquement être acceptée par l'autorité d'engagement, sans quoi elle ne déploie aucun effet¹⁴³¹.
- 548 **Forme de la résiliation** – En ce qui concerne la forme de la résiliation, le droit de la fonction publique peut comporter d'autres exigences que celles du droit privé. Par exemple, en droit de la fonction publique fédérale, la fin des rapports de travail n'est valable que si elle est établie en la forme écrite (cf. art. 13 LPers), et cela contrairement au droit privé du travail qui ne prévoit aucune forme pour la résiliation du contrat individuel de travail¹⁴³².
- 549 **Mécanismes de résiliation** – Actuellement, on retrouve dans les divers statuts du personnel de la fonction publique des mécanismes de résiliation ordinaire, et des mécanismes de résiliation extraordinaire, tels qu'on les connaît dans le secteur privé. Incontestablement, les mécanismes de résiliation se sont ainsi rapprochés du droit privé du travail, en comparaison avec les régimes traditionnels de la fonction publique.

¹⁴³⁰ Voir NGUYEN, 1999, p. 442.

¹⁴³¹ Cf. *supra* N 85.

¹⁴³² Sous réserve de dispositions contractuelles contraires.

Résiliation ordinaire – En ce qui concerne la résiliation ordinaire en droit de la fonction publique, elle n'a plus lieu, comme dans le modèle traditionnel, à l'issue d'une période administrative, mais survient en principe pendant un rapport juridique de durée indéterminée, comme en droit privé du travail. En outre, il semblerait que les délais de résiliation du droit de la fonction publique, globalement plus généreux¹⁴³³, se sont parfois également rapprochés de ceux prévus dans le Code des obligations¹⁴³⁴. 550

Résiliation extraordinaire – S'agissant des mécanismes de résiliation immédiate au sein de la fonction publique, c'est là que s'est opéré à notre sens le plus grand rapprochement en direction du droit privé. En effet, le Tribunal fédéral a reconnu que la notion de « justes motifs » était équivalente à celle prévue à l'article 337 alinéa 2 CO et que la jurisprudence de droit privé relative à cette notion s'appliquait également à la fonction publique. 551

Différences – En dépit du rapprochement constaté, il existe encore des différences considérables entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique concernant la résiliation des rapports de travail. Tout d'abord, la plus fondamentale tient selon nous aux motifs de résiliation : alors que le Code des obligations n'exige aucun motif de la part de l'employeur pour résilier le contrat individuel de travail, les collectivités publiques ne peuvent pas, quant à elles, licencier du personnel sans motifs justificatifs¹⁴³⁵. Ensuite, même si elle est aujourd'hui en voie d'extinction, la révocation disciplinaire reste une cause particulière de cessation des rapports de travail propre au droit de la fonction publique et méconnue dans la relation de travail de droit privé¹⁴³⁶. En outre, en cas de suppression de poste dans la fonction publique, les collectivités publiques doivent prendre toutes les mesures qui peuvent raisonnablement être exigées d'elles pour offrir à un employé un autre travail convenable, au risque de se voir condamnées à verser une indemnité pour résiliation injustifiée ; ce qui n'est généralement pas le cas pour un employeur privé. 552

¹⁴³³ Lorsqu'on compare les délais applicables, après le temps d'essai, aux employés fédéraux soumis à la LPers à ceux des travailleurs soumis au Code des obligations, on s'aperçoit qu'ils sont un peu plus généreux que les délais existant en droit privé du travail (cf. art. 335a à 335c CO).

¹⁴³⁴ Il n'est pas impossible, aujourd'hui, de trouver dans les statuts du personnel des délais de résiliation d'un à trois mois, comme en droit privé.

¹⁴³⁵ Cf. DONTASCH, N 20 ss, pp. 5 ss. Voir ég. MICHEL, 1998, p. 219 ; NOVIER, p. 51.

¹⁴³⁶ La révocation est effectivement absente du CO. Il en résulte que l'employeur privé n'a pas le choix, contrairement à la possibilité parfois octroyée à un employeur public, entre la voie du licenciement administratif et la révocation disciplinaire.

En effet, lorsqu'une collectivité publique résilie les rapports de travail de son employé pour cause de suppression de poste, elle est soumise à des obligations spéciales qui découlent de la position particulière de l'Etat en tant qu'employeur public¹⁴³⁷.

553 **L'application des règles de droit privé** – Il existe toutefois de nombreuses analogies entre les statuts de la fonction publique et les règles du Code des obligations, qui pourraient aboutir à une application de plus en plus fréquente du droit privé au droit de la fonction publique. En ce qui concerne la fin des rapports de travail, comme pour d'autres aspects de la relation juridique, nous sommes d'avis que les statuts du personnel de la fonction publique sont parfois lacunaires, en comparaison avec le Code des obligations. C'est la raison pour laquelle les différentes autorités, administratives ou judiciaires, accordent une place importante au droit privé du travail, lorsque les statuts du personnel ou les règles de droit public n'offrent aucune solution, ou du moins aucune qui soit satisfaisante.

554 **L'application des principes jurisprudentiels de droit privé** – Par ailleurs, les jurisprudences fédérales et cantonales ont tendance à se référer toujours plus à certains principes dégagés de la jurisprudence du droit privé. Par exemple, en ce qui concerne les contestations pécuniaires relevant du droit de la fonction publique, le Tribunal fédéral a admis qu'un établissement ou une collectivité publique pouvaient être touchés de façon analogue à un employeur privé, raison pour laquelle la qualité pour recourir devait leur être reconnue dans le cadre de l'article 89 alinéa 1 LTF (c. 1.2)¹⁴³⁸. Encore, certains principes généraux, comme la « prescription, la répétition de l'indu, la compensation, les intérêts moratoires [, c]odifiés d'abord par le droit privé, [...] ont été reconnus, essentiellement grâce à la jurisprudence, également en droit public »¹⁴³⁹. Selon nous, ce phénomène peut également être observé en ce qui concerne le droit du travail. L'influence du droit privé sur le droit de la fonction publique s'effectue ainsi, de manière considérable, grâce à la jurisprudence.

¹⁴³⁷ Cf. *supra* N 515. La liberté de résilier de l'employeur privé n'est donc pas la même que celle de l'employeur public, qui connaît d'autres restrictions.

¹⁴³⁸ TF 1C_88/2007 du 26 novembre 2008. Voir ég. l'ATF 134 I 204, c. 2.3, et HELBLING, 2008. En outre, s'agissant du calcul de la valeur litigieuse dans un litige portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail, les principes jurisprudentiels issus de l'article 330a du Code des obligations ont également été appliqués par analogie dans le domaine du droit cantonal de la fonction publique : TF 8C.151/2010 du 31 août 2010, c. 3.5.

¹⁴³⁹ MOOR, 1977, p. 10.

L'application des principes constitutionnels ? – Toutefois, en ce qui concerne la résiliation des rapports de travail, l'influence du droit privé sur le droit de la fonction publique connaît d'importantes restrictions. En effet, la tendance à l'assimilation au droit privé, pour la cessation des rapports de travail des agents publics, est de toute évidence freinée par l'application des principes constitutionnels, car la Confédération, comme toute autre collectivité publique, est soumise à l'application des principes généraux de l'activité étatique (cf. art. 5 Cst.)¹⁴⁴⁰. Il en résulte que les collectivités publiques doivent respecter les principes constitutionnels généraux, notamment les principes de la légalité, de l'égalité, de la proportionnalité, de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire, lors de la fin des rapports de travail des employés. Une des conséquences de l'application des principes généraux de l'activité administrative à la relation de l'emploi de droit public implique concrètement, nous l'avons vu, que les collectivités publiques n'ont pas la même liberté qu'un employeur privé pour résilier les rapports de travail des agents publics, car elles doivent toujours pouvoir invoquer des motifs fondés de résiliation. Si tel n'était pas le cas, le renvoi d'employés de l'Etat pourrait être parfois contraire aux principes de l'interdiction de l'arbitraire, de la proportionnalité, de la bonne foi, et à celui de l'intérêt public¹⁴⁴¹. Enfin, nous rappellerons que le respect des garanties de procédure administrative, par exemple du droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 2 Cst.), doit également être attentivement observé lors de la résiliation des rapports de travail¹⁴⁴².

¹⁴⁴⁰ Voir, parmi d'autres, TF 2P.137/2005 du 17 octobre 2015.

¹⁴⁴¹ Il en va effectivement de la sécurité de l'Etat que les administrations publiques ne puissent, comme sous un régime tyrannique, révoquer et licencier des agents à tout va et sans leur accorder de garanties. Loin de nous l'idée d'insinuer que le droit privé fonctionne de cette façon, mais il est vrai qu'en exigeant un motif de résiliation aux employeurs, le droit de la fonction publique limite leur pouvoir discrétionnaire.

¹⁴⁴² Pour l'application de ce principe dans la fonction publique, cf. *supra* N 142 ss.

§ 2 Le congé abusif

556 S'agissant toujours de la cessation des rapports de travail, nous présenterons le congé abusif en droit privé du travail (A) et en droit de la fonction publique (B), afin de pouvoir comparer (C) ces deux domaines du droit.

A. En droit privé du travail

557 **Généralités** – « En droit suisse, le principe de base est la liberté de chacune des parties de résilier le contrat dans le respect des délais, même sans justification ou motifs particuliers, seul l'abus de droit étant sanctionné. L'exception est la protection contre les congés abusifs prévue aux art. 336 ss CO »¹⁴⁴³.

558 **Notion** – Le congé peut être abusif parce qu'il est donné pour un motif ou pour une pluralité de motifs qui ne sont pas dignes de protection¹⁴⁴⁴. La preuve du caractère abusif incombe à la victime du congé (8 CC)¹⁴⁴⁵.

559 **Champ d'application** – La protection contre les congés abusifs ne s'applique notamment pas aux contrats de durée déterminée (qui prennent fin par le seul écoulement du temps), ni en cas de contrat de travail nul (lorsque l'une des parties met fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat)¹⁴⁴⁶, ou encore dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat de travail d'un commun accord¹⁴⁴⁷. Cependant, la protection contre les congés abusifs s'applique déjà pendant le temps d'essai, même si de manière atténuée¹⁴⁴⁸.

560 **Dispositions légales** – En droit privé du travail, la résiliation abusive est régie par les articles 336, 336a et 336b du Code des obligations. L'article 336 CO traite du principe du congé abusif, l'article 336a CO de sa sanction, et l'article 336b CO de la procédure. Nous décrirons succinctement le contenu de ces trois dispositions légales.

¹⁴⁴³ WYLER/HEINZER, p. 623 (et toutes les réf. de jurisprudence citées).

¹⁴⁴⁴ Cf. TERCIER/FAVRE, N 3691, p. 549. « Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer, si sans le motif illicite, le contrat aurait été tout de même résilié : si tel est le cas, le congé n'est pas abusif. En effet, la loi ne connaît pas de notion de congé partiellement abusif » : DUNAND, Commentaire 2013, N 8 ad art. 336 CO, pp. 659.

¹⁴⁴⁵ ATF 130 III 699, c. 4.1.

¹⁴⁴⁶ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.2 ad art. 336 CO, p. 264.

¹⁴⁴⁷ Pour d'autres hypothèses, cf. WYLER/HEINZER, pp. 625-626.

¹⁴⁴⁸ Voir ATF 134 III 198, c. 7.

L'art. 336 CO – L'article 336 CO traite spécialement du congé abusif¹⁴⁴⁹. Cette disposition, introduite dans le Code des obligations par la loi fédérale du 18 mars 1988¹⁴⁵⁰, contient une liste non exhaustive de motifs selon lesquels la résiliation des rapports de travail peut être considérée comme abusive¹⁴⁵¹. 561

L'art. 336 al. 1 CO – L'article 336 alinéa 1 CO est une disposition absolument impérative, de sorte qu'il ne peut y être dérogé, ni au détriment du travailleur, ni au détriment de l'employeur (cf. art. 361 al. 1 CO)¹⁴⁵². Selon les termes de l'article 336 alinéa 1 CO, le congé est considéré comme abusif lorsqu'il est donné par une partie, soit pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (let. a) ; soit en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (let. b) ; soit encore dans le seul but d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail (let. c) ; ou parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (let. d) ; soit enfin parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer (let. e)¹⁴⁵³. Ces motifs, qui ne sont pas exhaustifs, concrétisent le principe général de l'interdiction de l'abus de droit prévu à l'article 2 alinéa 2 du Code civil¹⁴⁵⁴. Selon le Tribunal fédéral, cette liste n'est pas complète, car on pourrait reconnaître d'autres cas de congé abusif d'une gravité comparable à celle des circonstances prévues à l'article 336 alinéa 1 et 2 CO¹⁴⁵⁵. 562

¹⁴⁴⁹ Concernant l'article 336 CO, voir, entre autres, SUBILIA/DUC, pp. 548-570.

¹⁴⁵⁰ Message 1984, p. 622. Sur l'origine et l'évolution de cette disposition, voir, parmi d'autres, DUNAND, Commentaire 2013, N 5 ad art. 336 CO, pp. 657-658.

¹⁴⁵¹ Pour une étude sur les congés abusifs (art. 336 CO), cf. RUDOLPH, pp. 77 ss.

¹⁴⁵² L'article 336 alinéa 1 CO institue une protection paritaire, puisqu'elle peut aussi bien être invoquée par le travailleur que l'employeur. Voir WYLER/HEINZER, p. 626.

¹⁴⁵³ Précisons que le cadre restreint de notre étude ne nous permettra de présenter que brièvement ces cas de figure. Pour plus de détails, consulter, DUNAND, Commentaire 2013, N 25 ss ad art. 336 CO, pp. 663-674.

¹⁴⁵⁴ Cf. ATF 111 II 242. Le recours à l'art. 2 CC est toujours possible, cependant cette disposition requiert l'abus manifeste d'un droit, ce qui n'est pas le cas de l'art. 336 CO.

¹⁴⁵⁵ ATF 132 III 115, c. 2.1.

- 563 **L'art. 336 al. 1 let. a CO** – L'article 336 alinéa 1 lettre a CO qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie. Cette disposition vise notamment à protéger l'employé des atteintes à sa personnalité, liées par exemple à la race, la nationalité, la religion, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires, ou encore la maladie et la séropositivité¹⁴⁵⁶. Lorsque l'employeur arrive à prouver que la raison du congé a un lien avec le rapport de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise, le congé n'est pas abusif (cf. art. 336 al. 1 let. a CO).
- 564 **L'art. 336 al. 1 let. b CO** – L'article 336 alinéa 1 lettre b CO protège les travailleurs contre les congés en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel. Appartiennent aux droits constitutionnels tous les droits fondamentaux garantis par la CEDH, la Constitution fédérale et les constitutions cantonales¹⁴⁵⁷. Il s'agit, par exemple, de la liberté économique, de la liberté d'association et de la liberté personnelle¹⁴⁵⁸. La notion de droit constitutionnel doit toutefois être admise de manière restrictive, car une interprétation trop large de cette notion risquerait de rendre abusifs la plupart des licenciements¹⁴⁵⁹. Lorsque l'employeur arrive à prouver que l'exercice d'un droit constitutionnel du travailleur viole une obligation résultant du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise, le congé n'est pas abusif (cf. art. 336 al. 1 let. b CO).
- 565 **L'art. 336 al. 1 let. c CO** – Selon la teneur de l'article 336 alinéa 1 lettre c CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné seulement dans le but d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie résultant du contrat de travail. Même si en soi, toute résiliation empêche la naissance de prétentions juridiques résultant du contrat de travail, le Tribunal fédéral a précisé que cette disposition « protège le travailleur contre une résiliation qui tend à le priver d'une prestation particulière dont l'exécution est liée à un moment déterminé des rapports de travail »¹⁴⁶⁰. Cette prétention peut reposer sur le contrat ou sur la loi : par exemple, il peut s'agir d'une gratification, d'une indemnité à raison de longs rapports de travail, d'une prime de fidélité, etc.¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁶ Voir Message 1984, FF 1984 II 574.

¹⁴⁵⁷ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 2a.

¹⁴⁵⁸ TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.4.1.

¹⁴⁵⁹ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 2a.

¹⁴⁶⁰ TF 4C.388/2006 du 30 janvier 2007, c. 3.1.

¹⁴⁶¹ *Ibidem*. Voir ég. DUNAND, Commentaire 2013, N 39 ad art. 336 CO, p. 669.

L'art. 336 al. 1 let. d CO – L'article 336 alinéa 1 lettre d CO permet de considérer comme abusif tout congé donné par une partie, parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Autrement dit, cette disposition vise à protéger d'une résiliation des rapports de travail résultant d'un congé-représailles ou d'un congé-vengeance, en réponse à une prétention invoquée de bonne foi par l'une des parties. L'exercice de cette prétention doit être comprise dans un sens large, c'est-à-dire « qu'il peut s'agir d'une intervention directe, orale ou écrite, auprès de l'employeur ou de l'ouverture d'une procédure »¹⁴⁶². En outre, la prétention peut résulter de la loi, d'une convention collective, d'un règlement d'entreprise, etc.¹⁴⁶³. Selon le Tribunal fédéral, il doit s'agir d'une prétention existante et non d'une prétention future (contrairement au cas prévu à l'art. 336 al. 1 let. c CO) : cela peut être l'exercice du droit aux vacances, l'augmentation de salaire reçue de manière systématique les années précédentes, etc.¹⁴⁶⁴. Précisons encore qu'entre la prétention émise par la victime du congé et la décision de résiliation doit exister un rapport de causalité. Même s'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par la victime du congé soient seules à l'origine de la résiliation, il doit néanmoins s'agir du motif déterminant qui a poussé à la résiliation¹⁴⁶⁵.

L'art. 336 al. 1 let. e CO – En vertu de l'article 336 alinéa 1 lettre e CO, le congé est également abusif s'il a été donné parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer (p. ex. comme tuteur, curateur, juré, scrutateur, témoin dans une procédure judiciaire, etc.)¹⁴⁶⁶.

L'art. 336 al. 2 et 3 CO – Par ailleurs, selon les termes de l'article 336 alinéa 2 CO, est également abusif le congé donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (let. a) ; ou encore pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation (let. b) ; ou enfin sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f CO) (let. c).

¹⁴⁶² DUNAND, Commentaire 2013, N 43 ad art. 336 CO, p. 670 (et la réf. citée).

¹⁴⁶³ Voir TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 4.2.

¹⁴⁶⁴ Cf. TF 4C.237/2005 du 27 octobre 2005, c. 2.3.

¹⁴⁶⁵ ATF 136 III 523, c. 2.6 ; cf. ég. AUBERT, CR 2012, N 9 ad art. 336 CO, p. 2082.

¹⁴⁶⁶ Cf. ZOISS, pp. 222 ss.

L'article 336 alinéa 2 CO concerne uniquement les congés donnés par l'employeur, de sorte que cette disposition s'écarte du principe de parité tel qu'il existe à l'alinéa 1. Il ne peut pas être dérogé à cette disposition de nature relativement impérative au détriment du travailleur (voir l'art. 362 al. 1 CO). Dans les cas prévus à l'alinéa 2 lettre b, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (art. 333 CO) est toutefois maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu (cf. art. 336 al. 3 CO)¹⁴⁶⁷.

569 **L'art. 336a CO** – L'article 336a CO prévoit la sanction du congé abusif, à savoir le paiement, par la partie qui résilie abusivement le contrat, d'une indemnité à l'autre partie (cf. art. 336a al. 1 CO)¹⁴⁶⁸. La résiliation, en droit privé du travail, reste donc valable¹⁴⁶⁹, même si elle est abusive (sous réserve de l'exception de l'art. 10 LEG¹⁴⁷⁰). Autrement dit, le travailleur victime d'un congé abusif ne saurait exiger sa réintégration dans l'entreprise¹⁴⁷¹. En ce qui concerne la nature de l'indemnité, elle a une double finalité : punitive et réparatrice¹⁴⁷². Selon le Tribunal fédéral, « comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité sui generis, s'apparentant à une peine conventionnelle »¹⁴⁷³. L'indemnité est fixée par le juge « compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre » (art. 336a al. 2 CO)¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁷ Pour la suite de nos développements, il n'est pas nécessaire d'explicitier les cas prévus à l'article 336 al. 2 et 3 CO. Pour plus de détails, cf. DUNAND, Commentaire 2013, N 55 ss ad art. 336 CO, pp. 674-678.

¹⁴⁶⁸ Pour les conséquences d'une résiliation abusive en droit privé, consulter, parmi d'autres, MÜLLER/GRAFFENRIED, pp. 161 s.

¹⁴⁶⁹ Cf. par exemple, TF 4A_571/2008, du 5 mars 2009, c. 4.1.

¹⁴⁷⁰ Concernant l'exception prévue à l'art. 10 LEG, cf. *infra* N 622.

¹⁴⁷¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 336 CO et N 1 ad art. 336a CO, pp. 250 et 258.

¹⁴⁷² Cf. TF 4A_69/2010 du 6 avril 2010, c. 5.

¹⁴⁷³ Voir ATF 135 III 405, c. 3.1.

¹⁴⁷⁴ En outre, en « cas de congé abusif au sens de l'art. 336, al. 2, let. c, l'indemnité ne peut s'élever au maximum qu'au montant correspondant à deux mois de salaire du travailleur » (art. 336a al. 3 CO).

L'art. 336b CO – L'article 336b CO traite de la procédure à suivre par la partie victime d'un congé abusif qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a CO : « cette partie doit principalement faire opposition par écrit auprès de l'autre partie, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (al. 1), puis agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat (al. 2) »¹⁴⁷⁵.

570

Opposition – L'opposition au congé consiste en une manifestation de volonté par laquelle la victime du congé abusif montre son désaccord avec le congé qui lui a été notifié¹⁴⁷⁶. Pour former opposition au congé au sens de l'article 336b alinéa 1 CO, il est préférable, pour la victime d'un licenciement abusif, de connaître au préalable les motifs de résiliation du contrat. L'article 335 alinéa 2 CO permet ainsi au travailleur, pour autant qu'il en fasse la demande à son employeur, d'exiger une motivation écrite. Nous ferons toutefois remarquer que la résiliation déploie des effets « indépendamment du fait que l'auteur de la résiliation se soit conformé à son obligation de motivation »¹⁴⁷⁷.

571

Délai d'action – L'article 336b alinéa 2 CO dispose que si « l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption ». Le délai d'action pour faire opposition au congé est donc de 180 jours de calendrier (et non de six mois) à compter de la fin du contrat¹⁴⁷⁸ ; il s'agit d'un délai péremptoire (comme le précise expressément l'art. 336b al. 2, dernière phrase, CO), qui ne peut être ni interrompu ni prolongé¹⁴⁷⁹. Comme l'indique la loi¹⁴⁸⁰, la procédure encourage les parties à s'entendre pour maintenir les rapports de travail, mais le travailleur n'est pas obligé, sous peine de perdre son droit à l'indemnité, d'engager nécessairement des pourparlers avec l'employeur¹⁴⁸¹.

572

¹⁴⁷⁵ DUNAND, Commentaire 2013, N 1 ad art. 336b CO, p. 701.

¹⁴⁷⁶ Voir, par exemple, TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2. Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le travailleur doit non seulement contester les motifs de résiliation, mais aussi le congé en lui-même : TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014.

¹⁴⁷⁷ Voir WYLER/HEINZER, p. 626.

¹⁴⁷⁸ Cf. WYLER/HEINZER, p. 667-668 (et l'arrêt cité).

¹⁴⁷⁹ TERCIER/FAVRE, N 3719, p. 554.

¹⁴⁸⁰ L'art. 336b al. 2 CO précise si « les parties ne s'entendent pas ».

¹⁴⁸¹ DUNAND, Commentaire 2013, N 29 ad art. 336b CO, p. 708. Voir ég. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 336b CO, p. 1064.

B. En droit de la fonction publique

573 Après quelques généralités (I), le congé abusif sera traité sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (II) et sous celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (III). Dans la foulée, nous ne manquerons pas de commenter la jurisprudence (IV) en la matière.

I. Généralités

574 **Principe** – En Suisse, le modèle traditionnel de la fonction publique ne connaissait pas la notion de « congé abusif » ; ces termes étaient donc absents du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927. Selon cet ancien statut, la résiliation était tout simplement « injustifiée » si de « justes motifs » faisaient défaut en cas de licenciement extraordinaire (à savoir pendant la période administrative) du fonctionnaire fédéral¹⁴⁸². En cas de non-renouvellement à l'échéance de la période administrative, le licenciement du fonctionnaire pouvait également être infondé si un « motif objectif suffisant », un « motif objectivement fondé » ou un « motif plausible » faisait défaut¹⁴⁸³.

575 **Evolution** – Aujourd'hui, la notion de « congé abusif » (au sens de l'art. 336 CO) fait progressivement son entrée, de différentes manières, dans les statuts de la fonction publique¹⁴⁸⁴. Dans ce contexte, il convient dès lors de se demander si cette notion a la même signification et la même portée qu'en droit privé du travail. En ce sens, nous tenterons de déterminer si, en droit de la fonction publique, un congé peut être abusif au sens du droit privé du travail. Alors qu'en droit suisse, le principe de la liberté contractuelle qui régit le droit privé permet à chacune des parties de résilier le contrat de travail sans même une justification ou des motifs particuliers (sous réserve du respect des délais et des congés reconnus abusifs), le droit de la fonction publique, qui n'est pas aussi libéral, peut-il également sanctionner l'abus de droit (2 CC) ? L'étude du régime actuel instauré par la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), ainsi que celle des statuts cantonaux de la fonction publique de la Suisse romande et de la jurisprudence, permettra de répondre à ces questions.

¹⁴⁸² Cf. art. 55 al. 4 StF.

¹⁴⁸³ Ces notions sont effectivement équivalentes. Cf. *supra* N 85.

¹⁴⁸⁴ Voir *infra* N 578.

II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

Le renvoi à l'article 336 CO – En ce qui concerne les licenciements abusifs, la Confédération soumet actuellement ses employés aux règles du Code des obligations. En effet, en vertu l'article 34c alinéa 1 lettre b LPers, la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 interdit toute résiliation abusive des rapports de travail « au sens de l'article 336 CO ». Autrement dit, cette disposition permet de renvoyer expressément à l'article 336 du Code des obligations¹⁴⁸⁵. Il s'agit là d'une influence considérable du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique fédérale¹⁴⁸⁶.

576

Les effets du renvoi au droit privé – Le renvoi de l'article 34c alinéa 1 lettre b LPers au Code des obligations, même s'il a pour effet de « publiciser » le contenu de l'article 336 CO¹⁴⁸⁷, ne permet pas, selon nous, d'adopter une interprétation différente de celle du droit privé de la notion de congé abusif. L'article 34c alinéa 1 lettre b LPers renvoie aux huit cas prévus à l'article 336 CO, dans lesquels il y a lieu de considérer qu'une résiliation du rapport de travail est abusive¹⁴⁸⁸, même si, nous l'avons vu, cette énumération n'est pas exhaustive. Le renvoi du droit fédéral de la fonction publique à l'article 336 CO présuppose également l'application de la jurisprudence et de la doctrine relatives à cette disposition¹⁴⁸⁹, car on voit mal comment pourrait se créer, en matière de congés abusifs, une nouvelle jurisprudence, complètement indépendante du Code des obligations.

577

¹⁴⁸⁵ Voir NÖTZLI, Commentaire LPers, N 40 ad art. 14 LPers, p. 234.

¹⁴⁸⁶ Par ailleurs, nous verrons plus bas que la LPers prohibe également les congés prononcés pendant une des périodes visées à l'article 336c alinéa 1 CO (congés en temps inopportun), les congés discriminatoires en vertu des articles 3 ou 4 de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité (LEg), ainsi que les congés motivés par le fait que l'employé a dénoncé de bonne foi une infraction en vertu de l'article 22a alinéa 1 LPers, ou signalé une irrégularité en vertu de l'article 22a alinéa 4 LPers, ou s'il avait déposé comme témoin (cf. art. 34c al. 1 let. a, c, d LPers). En d'autres termes, la LPers protège non seulement les employés de la Confédération contre des licenciements abusifs, mais aussi contre des licenciements injustifiés, inopportuns ou discriminatoires, et prévoit une indemnisation des personnes lésées. Cf. Message 1999, p. 1492.

¹⁴⁸⁷ Le renvoi au CO de l'article 6 alinéa 2 LPers intègre effectivement ce dernier dans la LPers et lui confère le statut d'acte de droit public : Message 1999, p. 1434.

¹⁴⁸⁸ Pour ces huit différents cas, cf. *supra* N 562 ss.

¹⁴⁸⁹ Nous ne reviendrons pas sur la doctrine et la jurisprudence qui ont été exposées plus haut. Cf. *supra* N 558-572.

III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

- 578 **L'état du droit** – En ce qui concerne les statuts de la fonction publique des cantons de la Suisse romande, trois catégories peuvent être distinguées. La première comprend les cantons qui, comme dans la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), ont choisi d'effectuer un renvoi à l'article 336 du Code des obligations pour régler les congés abusifs. La deuxième englobe les cantons qui disposent de listes exhaustives ou non exhaustives de motifs abusifs de licenciement dans leur statut du personnel. La troisième regroupe les cantons qui se limitent à proscrire toute résiliation qui serait « non fondée » juridiquement. Nous illustrerons ici ces trois catégories.
- 579 **Renvoi à l'art. 336 CO** – Dans la première catégorie, nous pouvons mentionner le canton de Neuchâtel qui a choisi de renvoyer explicitement au droit privé du travail. En effet, l'article 45 de la loi sur le statut de la fonction publique neuchâteloise (LSt) ne prévoit aucune liste de motifs de renvoi abusif dans son statut, mais se borne à prescrire qu'« [a]ucun renvoi ne peut être prononcé de façon abusive au sens de l'article 336 CO en raison des opinions religieuses, philosophiques ou politiques d'un titulaire de fonction publique ou en raison de ses activités syndicales, dans la mesure où elles n'entraînent pas une violation de ses obligations de service ». En l'espèce, à défaut d'indication contraire dans la législation neuchâteloise, on peut considérer que le renvoi de l'article 45 LSt permet d'appliquer l'article 336 CO à titre de droit public supplétif¹⁴⁹⁰.
- 580 **Liste de motifs** – L'article 46 de la loi sur le personnel de l'Etat fribourgeois (LPers/FR), qui porte expressément sur le « licenciement ou renvoi abusif », contient une liste de motifs détaillés, liste similaire à celle qui figure à l'article 336 du Code des obligations¹⁴⁹¹. La solution fribourgeoise se distingue de la solution neuchâteloise dans la mesure où la liste de motifs abusifs est indépendante de celle du Code des obligations et de son éventuelle évolution.

¹⁴⁹⁰ En effet, lorsqu'une collectivité publique renvoie aux règles du Code des obligations, nous avons vu qu'il convient encore de déterminer si ce dernier s'applique à titre de droit public supplétif. Selon le Tribunal fédéral, il faut admettre qu'à défaut de base légale claire et formelle, le droit privé s'applique à titre de droit public, généralement à titre supplétif. Cf. TF 8C_227/2014 du 18 février 2015. Cependant, nous sommes d'avis que l'interprétation de l'art. 45 LSt ne devrait pas être différente de celle du CO concernant les motifs de congé abusif.

¹⁴⁹¹ Nous soulignerons toutefois que la terminologie « de droit privé » figurant à l'article 336 CO a été remplacée par celle de droit public. Cf. art. 46 LPers/FR.

Prohibition des congés infondés – Mentionnons ensuite les cantons de la Suisse romande qui ont simplement décidé de prohiber tout congé « infondé », sans réglementer le régime juridique du licenciement abusif. Il s'agit du canton du Jura et du Valais. Leurs statuts se limitent à proscrire sommairement tout licenciement qui serait « déclaré dépourvu de motifs objectivement fondés par l'autorité de recours »¹⁴⁹² ou toute « résiliation [qui] se révèle non fondée juridiquement »¹⁴⁹³. En outre, le canton de Berne appréhende la problématique des congés abusifs sous l'angle des conséquences d'une résiliation non motivée, à savoir d'une décision qui serait dépourvue de « motifs pertinents » au sens de l'article 25 alinéa 2 LPers/BE ou de « justes motifs » au sens de l'article 26 LPers/BE¹⁴⁹⁴. De son côté, le canton de Genève, bien qu'il prévoit une liste de motifs fondés de résiliation¹⁴⁹⁵, ne dresse pas non plus de liste de motifs abusifs. L'article 31 alinéa 2 LPAC se limite effectivement à interdire toute résiliation qui serait « contraire au droit ». Quant au canton de Vaud, il prohibe toute résiliation qui ne serait pas fondée sur un des motifs de l'article 59 LPers/VD, et toute résiliation abusive, sans pour autant la définir¹⁴⁹⁶.

581

Constat – Ces divers exemples permettent, à notre sens, de différencier, en droit de la fonction publique, un « congé infondé » d'un « congé abusif », bien que le premier englobe le second. En effet, les collectivités publiques peuvent notamment signifier un congé, quand bien même celui-ci ne repose sur aucun motif statutaire valable, sans pour autant qu'il soit « abusif » au sens du droit privé du travail. Selon nous, est ainsi « infondé » tout congé qui n'est pas justifié par un motif pertinent. Par ailleurs, pour les cantons qui ont choisi de renvoyer au droit privé du travail s'agissant des congés abusifs, il résulte de ce mécanisme de renvoi au CO, qu'il faut non seulement appliquer l'article 336 CO au droit de la fonction publique, mais aussi, dans la mesure du possible, se référer à la jurisprudence et à la doctrine du droit privé en la matière. Il serait effectivement difficilement concevable – bien que les règles du CO se transforment en droit public supplétif – d'avoir deux jurisprudences distinctes découlant d'une même norme juridique, à savoir de l'article 336 CO¹⁴⁹⁷.

582

¹⁴⁹² Art. 87 al. 8 LPers/JU.

¹⁴⁹³ Art. 66 LPers/VS.

¹⁴⁹⁴ Cf. art. 29 LPers/BE.

¹⁴⁹⁵ Cf. art. 22 LPAC.

¹⁴⁹⁶ Cf. art. 60 al. 1 LPers/VD.

¹⁴⁹⁷ Voir, à cet égard, SUBILIA-ROUGE, pp. 297-298.

IV. Jurisprudence

- 583 **Casuistique** – Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral portent sur des congés abusifs dans la fonction publique¹⁴⁹⁸. En examinant cette jurisprudence, on s'aperçoit que l'analyse de ces cas est souvent analogue à celle effectuée en droit privé en vertu de l'article 336 CO¹⁴⁹⁹. Par exemple, dans un arrêt du 12 avril 2012¹⁵⁰⁰ portant sur la protection de la personnalité d'un employé de l'Aéroport international de Genève, à savoir d'un établissement public autonome doté de son propre statut du personnel, le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur la question de savoir s'il existait un lien de causalité entre les plaintes de l'employé et son licenciement. Dans ce contexte, il a admis les principes développés en droit privé du travail en matière de protection contre les congés abusifs¹⁵⁰¹.
- 584 **Constat** – Selon nous, le recours au droit privé en ce qui concerne la résiliation abusive des rapports de travail peut s'expliquer en partie par le fait que les règles relatives à la protection de la personnalité (art. 328 ss CO) et à sa jurisprudence peuvent parfois s'appliquer, par analogie, à la fonction publique. Les atteintes à la personnalité définies dans ces jurisprudences permettent par conséquent de circonscrire, en quelque sorte, le caractère abusif d'un congé, que ce soit dans le secteur public ou dans le secteur privé. En d'autres termes, une résiliation qui viole clairement la protection de la personnalité de l'employé serait abusive, bien que le statut du personnel ne mentionne pas une telle éventualité.

¹⁴⁹⁸ Voir, par exemple : TF 8C_672/2015 du 19 mai 2016 ; TF 8C_430/2011 du 12 avril 2012 ; TF 8C_774/2011 du 28 novembre 2012 ; TF 8C_340/2009 du 24 août 2009.

¹⁴⁹⁹ Cela, même à défaut, dans le statut de la fonction publique, d'une disposition en matière de congé abusif qui interdise un comportement particulier.

¹⁵⁰⁰ TF 8C_430/2011 du 12 avril 2012.

¹⁵⁰¹ *Ibidem*. « De manière analogue à un licenciement abusif, s'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, il doit s'agir néanmoins du motif déterminant. En d'autres termes, ce motif doit avoir essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier ; il faut ainsi un rapport de causalité entre les prétentions émises et le congé signifié au salarié [...] » (c. 7). Notre Haute Cour a donc confirmé, dans cette affaire, le licenciement injustifié de l'employé supposé victime de *mobbing*, car il avait eu lieu pendant la procédure d'enquête. En « pareilles circonstances, l'employeur ne saurait, sous peine de contrevenir de manière caractéristique au principe de la bonne foi, licencier l'employé dès le début de l'enquête et sans que des éléments nouveaux puissent être invoqués à la charge de celui-ci » (c. 8.2). Concernant le *mobbing* dans la fonction publique, cf. PO-LEDNA, 2012.

C. Comparaison

Différence – La différence principale entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique en matière de résiliation des rapports de travail est, nous l’avons relevé, profonde : le droit privé du travail énumère dans le Code des obligations les motifs non admissibles (c’est-à-dire abusifs) de résiliation, alors que le droit de la fonction publique exige de l’employeur public un motif admissible (c’est-à-dire un motif fondé) pour licencier un employé. En droit de la fonction publique, tout congé abusif est donc non fondé¹⁵⁰², mais l’inverse n’est pas valable.

585

Evolution – Avec l’évolution des statuts traditionnels de la fonction publique, on peut constater que la notion de « congé abusif » a été progressivement introduite dans les statuts du personnel des collectivités publiques, non seulement au sein de la Confédération, mais aussi dans quelques cantons, comme l’a montré notre étude de l’état du droit. Il en résulte qu’aujourd’hui, plusieurs statuts de la fonction publique contiennent, comme en droit privé du travail, une disposition portant sur la résiliation abusive. Les législateurs ont néanmoins choisi de réglementer les « congés abusifs » de différentes manières.

586

L’influence du droit privé – Les influences du droit privé sur le droit de la fonction publique sont diverses. L’une d’elles s’est par exemple exercée au moyen de renvois, au sein des statuts de la fonction publique, à l’article 336 CO. Sur le plan fédéral, c’est le cas de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) qui interdit toute résiliation abusive des rapports de travail « au sens de l’article 336 CO » (cf. art. 34c al. 1 let. b LPers) ; sur le plan cantonal, nous mentionnerons la loi sur le statut de la fonction publique neuchâteloise qui dispose qu’aucun « renvoi ne peut être prononcé de façon abusive au sens de l’article 336 CO » (art. 45 LSt)¹⁵⁰³. L’influence du droit privé s’est aussi produite par des paraphrases de l’article 336 CO¹⁵⁰⁴, car un simple copier-coller de cet article (contenu strictement identique) n’est à notre avis pas envisageable en raison des particularités de la terminologie du droit privé¹⁵⁰⁵.

587

¹⁵⁰² Ce congé constitue toujours un acte illicite. Cf., à cet égard, NGUYEN, 1999, p. 448. Voir ég. HÄNNI, 1995, p. 432.

¹⁵⁰³ Pour ces deux exemples, nous avons vu que le renvoi explicite au CO oblige les employeurs à appliquer les règles de droit privé à titre de droit public supplétif.

¹⁵⁰⁴ La collectivité publique peut donc prévoir une liste similaire à celle qui figure à l’article 336 CO, mais avec une terminologie de droit public (cf. art. 46 LPers/FR)

¹⁵⁰⁵ Notamment des termes d’« entreprise» ou de « travailleur » (cf. art. 336 CO).

Par ailleurs, l'influence du droit privé sur le droit de la fonction publique, en matière de congés abusifs, a également lieu sur le plan jurisprudentiel. En effet, la jurisprudence de droit public se réfère de plus en plus à celle du droit privé en la matière, car celle-ci permet souvent de circonscrire le caractère abusif du congé et d'interpréter certaines situations. Par exemple, en matière de « congé-représailles » ou de « congé-vengeance » donné par l'employeur, car l'employé a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du rapport de travail, le Tribunal fédéral a admis, dans un arrêt en droit de la fonction publique, que de manière analogue à un licenciement abusif en droit privé du travail, il n'était pas nécessaire que les prétentions émises par l'employé public aient été seules à l'origine de la résiliation, mais qu'il devait néanmoins s'agir du motif déterminant¹⁵⁰⁶. En outre, en matière de protection de la personnalité de l'employé, l'examen du caractère abusif du congé en vertu de l'article 336 CO est souvent comparable à celui effectué en droit privé, puisque, nous l'avons vu, les articles 328 ss du Code des obligations peuvent aussi être applicables aux rapports de travail de droit public.

588 **Utilité de prohiber les congés abusifs dans la fonction publique ?** – Au vu de l'importante influence du droit privé qui s'opère sur les rapports de travail de droit public, il faut se demander qu'elle est la véritable utilité de la prohibition des congés abusifs au sein des collectivités publiques, puisque le droit de la fonction publique, en exigeant des motifs fondés de résiliation, sanctionne déjà, en quelque sorte, l'abus de droit (au sens de l'article 2 CC) et, par conséquent, les congés abusifs. A notre sens, interdire les « congés abusifs » dans les statuts de la fonction publique est toutefois une mesure utile pour diverses raisons. Par exemple, cette mesure pourrait, de manière explicite, permettre, en droit de la fonction publique, de distinguer les « congés abusifs » (au sens de l'art. 336 CO) des congés tout simplement « injustifiés » (sans motifs ou justes motifs), lorsque la collectivité publique souhaite leur attribuer des conséquences différentes en cas de résiliation non conforme au droit¹⁵⁰⁷. En ce sens, les législateurs pourraient envisager de sanctionner plus sévèrement les congés abusifs des autres congés, en prévoyant une indemnisation plus favorable pour l'employé ou en exigeant sa réintégration au sein de la collectivité publique, ce qui renforcerait la protection du personnel.

¹⁵⁰⁶ Voir TF 8C_430/2011 du 12 avril 2012, c. 7.

¹⁵⁰⁷ Dans le contexte de la disparition progressive, dans les collectivités publiques, de la réintégration de l'employé comme conséquence logique d'un congé, la portée de la distinction entre un congé abusif et un autre congé est à notre avis fondamentale.

§ 3 Le congé en temps inopportun

Après avoir traité du congé abusif, venons-en maintenant au congé en temps inopportun. Il sera brièvement présenté en droit privé du travail d'une part (A) et en droit de la fonction publique d'autre part (B), afin de pouvoir comparer ces deux domaines du droit (C).

589

A. En droit privé du travail

Principe – Le droit privé du travail prévoit différentes circonstances durant lesquelles la résiliation des rapports de travail survient en temps inopportun, c'est-à-dire à une période pendant laquelle l'employé mérite une protection particulière. L'article 336c CO porte ainsi « sur le moment auquel le congé est signifié et non sur les motifs de celui-ci »¹⁵⁰⁸. Cette disposition vise le congé donné par l'employeur et protège par conséquent l'employé en fonction du moment auquel intervient le licenciement¹⁵⁰⁹.

590

Nature – En vertu de l'article 362 CO, l'article 336c CO est une disposition relativement impérative, de sorte qu'il peut y être dérogé en faveur du travailleur. Les parties sont donc autorisées à prévoir d'autres périodes de protection, par exemple des périodes plus longues ou une protection pendant le temps d'essai¹⁵¹⁰.

591

Situations exclues – La protection contre les congés en temps inopportun se déploie après le temps d'essai et n'est pas applicable en cas de licenciement immédiat (cf. art. 336c CO). Elle ne s'applique pas non plus en cas de résiliation émanant du salarié (dans les situations visées à l'art. 336d CO), lors de la fin des rapports de travail d'un commun accord, de contrat de durée déterminée, en cas de nullité du contrat de travail¹⁵¹¹, ou enfin en cas d'opposition du travailleur au sens de l'article 333 alinéa 2 CO¹⁵¹².

592

¹⁵⁰⁸ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.1 ad art. 336c CO, p. 299.

¹⁵⁰⁹ AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 1 ad art. 336c CO, p. 713 ; GÉTAZ KUNZ, p. 310 ; AUBERT, CR 2012, N 1 ad art. 336c CO, p. 2090.

¹⁵¹⁰ Voir, par exemple, AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 2 ad art. 336c CO, p. 714 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 1 ad art. 336c CO, p. 1067.

¹⁵¹¹ Pour le moins, « lorsque l'une des parties a mis fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat » : FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.2 ad art. 336c CO, p. 300.

¹⁵¹² Parmi d'autres, cf. AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 13 ss ad art. 336c CO, pp. 717 s.

- 593 **L'art. 336c CO** – Selon les termes de la loi, les congés sont considérés comme donnés en temps inopportun lorsqu'ils interviennent (art. 336c al. 1 CO) : pendant que le travailleur accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service pour autant qu'il ait duré plus de onze jours (let. a) ; pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service (let. b) ; pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement (let. c) ; pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale (let. d)¹⁵¹³. Lorsqu'un travailleur est concerné par plusieurs de ces situations, le Tribunal fédéral admet tant un cumul interlittéral qu'intralittéral¹⁵¹⁴.
- 594 **Cumul interlittéral** – Le cumul interlittéral signifie que les éventualités prévues entre les différentes lettres de l'article 336c alinéa 1 CO peuvent se cumuler¹⁵¹⁵. Il en résulte que ces éventualités font courir chacune une période de protection indépendante des autres et que des chevauchements sont possibles¹⁵¹⁶. Par exemple, à une incapacité de travail pour cause de maladie peut s'ajouter ou suivre la grossesse d'une travailleuse¹⁵¹⁷.
- 595 **Cumul intralittéral** – Le cumul intralittéral autorise, à l'intérieur d'une lettre, que chaque éventualité fasse courir sa propre période de protection de manière indépendante ; les périodes de protection peuvent donc se chevaucher et se cumuler, mais seulement si les deux situations n'ont aucun lien entre elles. Donnons l'exemple d'un travailleur malade qui subirait un accident¹⁵¹⁸.

¹⁵¹³ Pour une présentation détaillée de ces éventualités, cf. par exemple, AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 19 ss ad art. 336c CO, pp. 719-723.

¹⁵¹⁴ ATF 124 III 474.

¹⁵¹⁵ ATF 120 II 124, c. 3c.

¹⁵¹⁶ Cf. STAHELIN, ZK 2006, N 24 ad art. 336c CO, p. 601.

¹⁵¹⁷ Cependant, la nouvelle période de protection ne doit pas naître pendant le délai supplémentaire de l'art. 336c al. 3 CO. Voir AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 39 ad art. 336c CO, p. 724.

¹⁵¹⁸ Le cumul intralittéral se rencontre « le plus souvent en relation avec l'art. 336c al. 1 let. b CO » ; l'incapacité doit toutefois être nouvelle, toute rechute ou aggravation du cas est ainsi exclue. AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 37-38 ad art. 336c CO, p. 724.

Chevauchements – Tant dans le cas d'un cumul intralittéral que dans celui d'un cumul interlittéral, deux causes de protection se chevauchant font ainsi courir parallèlement deux périodes de protection distinctes, sans que l'une ait une influence sur l'autre¹⁵¹⁹. Par ailleurs, s'agissant toujours d'un chevauchement, un empêchement de travailler peut parfois se trouver à cheval sur deux années de service. Dès lors, lorsque l'incapacité de travail au sens de l'article 336c alinéa 1 CO commence sur une année de service et se poursuit sur l'année suivante, c'est la protection prévue pour l'année qui suit qui va s'appliquer, dans la mesure où elle est plus favorable au travailleur¹⁵²⁰.

Sanction – La sanction d'un congé donné pendant l'une des périodes prévues à l'article 336c CO est sa nullité. S'il a été notifié avant l'une de celles-ci et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période (art. 336c al. 2 CO)¹⁵²¹.

Calcul – Le Tribunal fédéral a établi de manière détaillée la méthode de calcul d'une période de protection qui surviendrait durant le délai de congé : il s'agit du calcul rétroactif¹⁵²². Cette méthode a pour but de permettre au travailleur de disposer de l'entier de son délai de congé pour rechercher un nouvel emploi. Ainsi, le début du délai de congé ne court pas dès la réception de la résiliation, mais doit être calculé de manière rétroactive à partir de l'échéance du contrat de travail¹⁵²³.

Report au terme – Par ailleurs, s'il y a eu suspension du délai de congé (art. 336c al. 2 CO), l'article 336c alinéa 3 CO prévoit que « [l]orsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme ». Cependant, il y a absence de protection (au sens de l'art. 336c al. 1 CO) pendant que le délai est reporté au terme¹⁵²⁴. Autrement dit, « lorsque la maladie, l'accident ou la rechute tombent dans le délai supplémentaire prévu par l'article 336c alinéa 3 CO, le travailleur n'a pas le droit à une nouvelle suspension »¹⁵²⁵.

¹⁵¹⁹ Cf. WYLER/HEINZER, p. 687.

¹⁵²⁰ Voir, p. ex. AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 30 ad art. 336c CO, p. 721.

¹⁵²¹ Concernant la suspension du délai de congé selon l'art. 336c al. 2 CO, consulter GÉTAZ KUNZ, pp. 309 ss.

¹⁵²² ATF 115 V 437. Pour un résumé de cette méthode, cf. WYLER/HEINZER, p. 692.

¹⁵²³ ATF 134 III 354, c. 2 et 3.

¹⁵²⁴ Cf. AUBRY GIRARDIN, Commentaire 2013, N 44 ad art. 336c CO, p. 726.

¹⁵²⁵ WYLER/HEINZER, p. 687.

B. En droit de la fonction publique

600 Nous présenterons ici quelques généralités (I) sur le congé en temps inopportun dans la fonction publique, puis nous traiterons de celui-ci sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (II) et celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (III), sans oublier d'exposer quelques jurisprudences (IV) en la matière.

I. Généralités

601 **Principe** – En Suisse, le modèle traditionnel de la fonction publique ne connaissait pas la notion de « congé en temps inopportun ». En effet, ces termes étaient absents du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927, qui offrait toutefois une « protection accrue [...] en matière de prévoyance face aux aléas de l'existence », notamment en cas d'absence pour cause de maladie ou d'accident, de maternité, ainsi qu'en matière d'invalidité partielle¹⁵²⁶. Ces garanties étaient d'ailleurs plus importantes pour les agents publics que pour les travailleurs du secteur privé¹⁵²⁷, car il s'agissait là, précisément, de domaines où le droit privé était largement lacunaire¹⁵²⁸.

602 **Evolution** – Aujourd'hui, des dispositions contre les congés en temps inopportun (au sens de l'art. 336c CO) font progressivement leur entrée, de différentes manières, dans les statuts de la fonction publique, bien que les réglementations du personnel offrent déjà à l'employé une protection, tel qu'un droit au salaire étendu en cas d'empêchement de travailler, qui va généralement au-delà du minimum prescrit par le droit privé (cf. art. 324a CO). Dans ce contexte, il convient alors de se demander si la protection contre les congés en temps inopportun dans le secteur public a le même sens qu'en droit privé du travail, et si elle doit être réglementée de la même manière que dans le Code des obligations.

¹⁵²⁶ MAHON, 1994, p. 45. En effet, des prescriptions concernant les prestations en cas de maladie ou d'accident permettaient notamment au fonctionnaire de toucher son traitement pendant une longue période d'incapacité.

¹⁵²⁷ *Ibidem*. Le droit au traitement en cas d'absence pour cause de maladie ou d'accident était parfois très étendu.

¹⁵²⁸ *Ibidem*. L'auteur précise que les lacunes du droit privé du travail étaient aussi liées à « la coordination défectueuse entre celui-ci et les systèmes de protection sociale » (voir la note 105 de l'ouvrage cité).

II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

Le renvoi à l'art. 336c CO – En ce qui concerne la protection contre les licenciements en temps inopportun, la Confédération soumet actuellement ses employés aux règles du Code des obligations. En effet, en vertu de l'article 34c alinéa 1 lettre c LPers, la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 interdit tout congé prononcé pendant une période visée à l'article 336c alinéa 1 CO¹⁵²⁹. Cette disposition permet ainsi de renvoyer expressément à l'article 336c du Code des obligations¹⁵³⁰, et il s'agit là d'une influence considérable du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique fédérale.

603

Signification du renvoi au droit privé – Cependant, le renvoi à l'article 336c CO n'a pas du tout la même signification qu'en droit privé. En effet, en droit privé, l'absence au travail de l'employé pour cause de maladie ou d'accident pourrait être un motif de licenciement, sauf pendant la période de protection de l'article 336c CO ; une fois cette période expirée, le travailleur peut être licencié parce qu'il est toujours malade¹⁵³¹. En droit de la fonction publique, nous avons vu que l'employeur a toujours besoin d'un motif fondé pour licencier un employé (après sa période probatoire). En droit fédéral, il doit s'agir de motifs objectivement suffisants, dont l'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident ne fait pas partie (voir l'art. 10 al. 3 LPers). Un employé ne peut donc pas être licencié parce qu'il est malade ou accidenté, sauf, nous le verrons plus bas, lorsque arrive à échéance la durée de son droit au salaire.

604

Protection et droit au salaire – La législation fédérale prévoit une protection importante contre le licenciement en cas d'incapacité de travail. En vertu de l'article 56 de l'ordonnance d'application du personnel (OPers), du 3 juillet 2001, les employés ont effectivement un droit au salaire durant deux ans en cas de maladie ou d'accident (100% du salaire pendant 12 mois, puis 90% du salaire)¹⁵³².

605

¹⁵²⁹ Il faut cependant être vigilant, car la LPers ne renvoie pas à l'art. 336c al. 2 et 3 CO.

¹⁵³⁰ Voir NÖTZLI, Commentaire LPers, N 23 ad art. 14 LPers, p. 227.

¹⁵³¹ On peut cependant nuancer cette affirmation dans le sens où, selon nous, les règles relatives à la protection de la personnalité de l'employé pourraient rendre abusif un tel comportement de la part de l'employeur. Il en serait ainsi d'un licenciement motivé par les absences d'un employé pour cause de maladie en raison d'un harcèlement psychologique indûment toléré par l'employeur : cf. DUNAND, Commentaire 2013, N 7 ad art. 336c CO, p. 715.

¹⁵³² Cf. également l'art. 29 al. 1 LPers.

Autrement dit, en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident, l'employeur peut, une fois la période d'essai écoulée, résilier de manière ordinaire les rapports de travail au plus tôt deux ans après le début de l'incapacité de travail de l'employé, sauf s'il existait déjà un motif de résiliation avant le début de son incapacité, et à condition que le motif de résiliation ait été communiqué à l'employé avant celle-ci (cf. art. 31a OPers). Cela signifie que la maladie ou l'accident n'est pas un motif objectivement suffisant pour résilier les rapports de travail ; en tous les cas, pas pendant la durée du droit au salaire prévue à l'article 56 OPers. Cette solution paraît satisfaisante dans la mesure où les employés sont tout de même protégés durant deux ans. En ce sens, on peut considérer qu'au-delà de cette période de protection l'incapacité de travail deviendrait, en quelque sorte, un « motif objectivement suffisant » permettant à l'employeur de résilier les rapports de travail.

606 **Les effets du renvoi au droit privé** – Par ailleurs, le renvoi de l'article 34c alinéa 1 lettre c LPers au Code des obligations, bien qu'il renvoie aux éventualités prévues à l'article 336c alinéa 1 CO, pendant lesquelles il y a lieu de considérer qu'une résiliation du rapport de travail survient en temps inopportun, a pour effet de « publiciser » le contenu de l'article 336c alinéa 1 CO¹⁵³³. Le renvoi du droit fédéral de la fonction publique à l'article 336c alinéa 1 CO présuppose également l'application de la jurisprudence et de la doctrine relatives à cette disposition. Nous pensons notamment aux règles applicables en cas de cumul intralittéral ou interlittéral, de chevauchement de deux périodes de protection ou d'une incapacité de travail à cheval sur deux années de service. Il résulte ainsi de ce mécanisme de renvoi (au droit privé du travail), qu'il faut non seulement appliquer l'article 336c alinéa 1 CO en droit de la fonction publique fédérale, mais aussi, dans la mesure du possible, la jurisprudence issue du droit privé en la matière.

¹⁵³³ Le renvoi au CO de l'article 6 alinéa 2 LPers intègre effectivement ce dernier dans la LPers et lui confère le statut d'acte de droit public : Message 1999, p. 1434.

III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

Principe – En droit cantonal de la fonction publique, nous verrons que la maladie ou l'accident ne sont pas non plus un motif pertinent pour résilier les rapports de travail de l'employé. Ces incapacités de travail ne peuvent donc pas être un motif de licenciement, sauf au-delà d'une éventuelle période correspondant à celle de l'extinction du droit au traitement de l'employé. C'est là la raison pour laquelle la notion de congé en temps inopportun dans la fonction publique est fortement liée au droit au salaire en cas d'incapacité de travail, puisque l'employeur public ne peut, généralement, résilier un engagement de durée indéterminée en cas d'incapacité durable de travail que pour une date correspondant à celle de l'extinction du droit au traitement.

607

L'état du droit – En ce qui concerne les cantons de la Suisse romande, trois catégories peuvent être dégagées concernant l'existence de dispositions relatives aux congés en temps inopportun. La première comprend les cantons qui ont choisi d'effectuer un renvoi à l'article 336c CO pour régler la résiliation en temps inopportun. La deuxième englobe les cantons qui disposent de listes qui mentionnent les périodes pendant lesquelles le licenciement est considéré comme donné en temps inopportun. Une troisième catégorie regroupe les cantons qui n'ont pas de disposition particulière sur le congé en temps inopportun, bien qu'ils offrent tout de même une protection importante aux employés s'agissant des éventualités prévues à l'article 336c CO, notamment un droit au salaire étendu en cas de maladie.

608

Renvoi à l'art. 336c CO – Plusieurs collectivités publiques ont prévu, comme dans la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), un renvoi au Code des obligations pour réglementer les congés en temps inopportun. Cependant, ce renvoi n'a pas le même sens dans les divers statuts de la fonction publique. En effet, le renvoi au Code des obligations ne vaut parfois que pour – et pendant – la période probatoire du collaborateur (voir l'art. 12a LSt), d'autres fois, il ne vaut qu'après le temps d'essai, c'est-à-dire une fois les rapports de service de l'employé confirmés par l'autorité (cf. art. 60 al. 5 LPers/VD et 44 RPAC). Ces périodes peuvent cependant différer selon les statuts du personnel. L'article 60 alinéa 5 de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers/VD) dispose que les « articles 336c et 336d CO s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif ». Par conséquent, étant donné que l'article 336c CO prévoit une protection seulement après le temps d'essai, la protection des employés du canton de Vaud débutera après trois mois (cf. art. 20 al. 1 LPers/VD). Pour le canton de Genève, l'article 44a RPAC prévoit que les « articles 336c et 336d [CO] sont applicables par analogie », ce qui signifie que la protection débutera après la période probatoire, qui est toutefois de deux ans pour les fonctionnaires genevois (cf. art. 47 al. 1 RPAC).

609

En ce qui concerne le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel, il renvoie, depuis le 1^{er} janvier 2015, à l'article 336c alinéa 1 lettre a, b et c CO (cf. art. 12a al.1 LSt). Cependant, même si ce renvoi a renforcé la protection contre les congés en temps inopportun¹⁵³⁴, il ne s'applique qu'à la période probatoire (cf. art. 12a LSt).

610 **Liste de périodes** – Outre la technique du renvoi au Code des obligations, on retrouve aussi dans les statuts du personnel de la fonction publique des listes qui mentionnent les périodes de protection s'agissant des congés donnés en temps inopportun. Le plus souvent, ces listes sont des paraphrases de l'article 336c CO, de telle sorte que les législateurs cantonaux se sont fortement inspirés de cette disposition de droit privé. Par exemple, l'article 28 de la loi sur le personnel du canton de Berne (LPers/BE) porte sur la « résiliation en temps inopportun » après la période probatoire (qui dure maximum six mois¹⁵³⁵) et régleme la matière de manière similaire à l'article 336c alinéas 1 à 3 CO. De même, l'article 82 LPers/JU prévoit une protection contre le licenciement en temps inopportun pour les employés dont les rapports de travail ont duré trois mois au moins. Pour ces deux réglementations, il sied de relever que les législateurs ont souhaité seulement faire débiter la protection contre les congés en temps inopportun après la période probatoire de l'employé.

611 **Pas de disposition particulière sur le congé en temps inopportun** – En revanche, on ne trouve pas de disposition particulière sur le congé en temps inopportun dans les statuts du personnel valaisan (LPers/VS) ou fribourgeois (LPers/FR)¹⁵³⁶. Cela ne signifie cependant pas que les employés de ces collectivités publiques sont démunis de toute protection, car il existe, à tout le moins, un droit au salaire de longue durée en cas d'empêchement de travailler ou d'autres règles protectrices¹⁵³⁷. Dans le canton du Valais, l'employeur peut seulement résilier un engagement de durée indéterminée en cas d'incapacité durable de travail, pour une date correspondant à celle de l'extinction du droit au traitement (cf. art. 59 al. LPers/VS). Autrement dit, durant son incapacité et tant que dure son droit au traitement, l'employé est protégé contre une résiliation ordinaire de ses rapports de travail. Pour les employés engagés pour une durée indéterminée ainsi que pour les employés engagés pour une durée dé-

¹⁵³⁴ A la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral, le canton de Neuchâtel a effectivement renforcé la protection contre les congés en temps inopportun pendant la période probatoire. Cf. *infra* N 614.

¹⁵³⁵ Voir l'art. 22 al. 1-4 LPers/BE et l'art. 13 al. 4 OLPers/BE.

¹⁵³⁶ Ces deux législations ne contiennent effectivement pas de renvoi à l'article 336c CO ou d'article paraphrasant cette disposition du droit privé.

¹⁵³⁷ D'ailleurs, ce droit au salaire existe aussi dans les autres législations cantonales de la Suisse romande.

terminée supérieure à une année, le droit au traitement en cas de maladie est de 6 mois pendant la 1^{ère} année, de 8 mois la 2^{ème} année, de 12 mois la 3^{ème} année, et de 13 mois et demi à partir de la 4^{ème} année (cf. art. 42ter al. 1 de l'ordonnance concernant le traitement des employés de l'Etat du Valais, du 10 juillet 1997)¹⁵³⁸. Pour les employés engagés pour une durée déterminée d'une année, ou moins, le traitement est égal à la moitié de la durée totale d'engagement, telle que fixée dans la décision d'engagement (art. 42ter al. 2 de l'ordonnance). En ce qui concerne le canton de Fribourg, la législation dispose expressément que le renvoi de l'employé est abusif en raison de la grossesse, de la maternité ou d'une incapacité de travail pour cause de maladie, accident, grossesse ou maternité (art. 46 al. 1 let. f LPers/FR), de sorte que l'employé est protégé durant ces périodes. Toutefois, l'incapacité durable de travail par suite de maladie ou d'accident entraîne une cessation de plein droit des rapports de service lorsque sa durée dépasse 360 jours complets ou partiels d'absence dans une période de 540 jours consécutifs (art. 48 al. 1 LPers/FR)¹⁵³⁹. En cas d'incapacité de travail (maladie et accident), la rémunération de l'employé est garantie pendant 720 jours (art. 110 al. 2 LPers/FR)¹⁵⁴⁰.

Droit au salaire en cas d'incapacité – Afin de mieux cerner le sens et la portée des dispositions sur le congé en temps inopportun au sein de la fonction publique, voyons pour les cantons de la Suisse romande qui ont introduit un renvoi à l'article 336c CO, ou qui ont repris celui-ci en le paraphrasant, s'il existe une protection ou un droit au salaire en cas d'incapacité de travail de l'employé. Dans le canton de Neuchâtel, l'article 42 alinéa 1 LSt prévoit qu'en cas d'incapacité totale de travail, les rapports de service prennent fin deux ans après le début de celle-ci¹⁵⁴¹. Le statut du personnel neuchâtelois prévoit aussi que la résiliation des rapports de travail ne doit intervenir que pour des motifs graves (cf. art. 49 LSt), ce qui ne peut pas être le cas d'une incapacité de travail involontaire. Dans le canton de Vaud, l'article 33 alinéa 1 LPers/VD pres-

612

¹⁵³⁸ RS/VS 172.410. Pour le traitement en cas de maternité, voir l'article 25 de l'ordonnance.

¹⁵³⁹ Selon l'art. 48 al. 2 LPers/FR l'autorité d'engagement peut cependant réengager le collaborateur ou la collaboratrice, soit dès la cessation des rapports de service, soit de manière différée.

¹⁵⁴⁰ Ne bénéficient pas de la totalité de cette garantie les employés engagés pour une période non durable (art. 110 al. 3 LPers/FR).

¹⁵⁴¹ Par ailleurs, le règlement neuchâtelois concernant les traitements de la fonction publique, du 9 mars 2005 (RTFP ; RS/NE 152.511.10), dispose qu'en cas d'absence liée à la maladie et/ou aux suites d'accidents, les titulaires de fonctions publiques bénéficient de tout ou partie de leur traitement pendant 180 jours durant l'engagement provisoire et de 720 jours dès la nomination (art. 29 RTFP).

crit que le Conseil d'Etat fixe le droit au salaire en cas d'incapacité de travail et de service militaire et civil. L'article 58 du règlement d'application du statut (RLPers/VD) dispose notamment, en cas d'incapacité de travail, d'un paiement intégral du salaire pendant les douze premiers mois, de quatre cinquième pendant les trois mois suivants. De plus, l'article 59 LPers/VD prévoit qu'il faut un motif pertinent pour que l'autorité compétente puisse résilier les rapports de travail et énumère ces motifs pertinents, parmi lesquels la maladie ou l'accident, par exemple, ne figurent pas. A Genève, le statut de la fonction publique garantit également un droit au salaire en cas d'absence du fonctionnaire pour cause de maladie ou d'accident : l'Etat lui verse effectivement la totalité du traitement à concurrence de 730 jours sur une période d'observation de 1095 jours (art. 54 RPAC). Ces éventualités ne consistent pas en des « motifs fondés » de résiliation (cf. art. 22 LPAC). Dans le canton de Berne, le Conseil-exécutif règle les modalités du traitement en cas de maladie ou d'accident (cf. art. 65 al. 2 LPers/BE). L'ordonnance sur le personnel, du 18 mai 2005, prévoit un droit au traitement pendant 2 ans (100% la 1^{ère} année, 90% la 2^{ème}) pour ces éventualités (art. 52 OPers/BE). En outre, l'article 22 alinéa 2 LPers/BE précise que l'autorité d'engagement doit pouvoir invoquer un motif pertinent pour résilier les rapports de travail et les énumère, ce qui n'est pas le cas de la maladie ou de l'accident. Finalement, dans le canton du Jura, en cas d'empêchement non fautif de travailler, résultant d'une maladie ou d'un accident, le traitement des employés est versé, pour le degré de l'incapacité subie à 100% du 1^{er} au 30^{ème} jour et à 90% du 31^{ème} jour au 730^{ème} jour d'incapacité (art. 39 LPers/JU). La maladie et l'accident ne semblent pas non plus constituer des « motifs fondés de résiliation » (cf. art. 87 al. 1 LPers/JU).

613 **Constat** – Même dans les cantons qui ont introduit un renvoi à l'article 336c CO, ou qui ont repris celui-ci en le paraphrasant, nous avons pu constater qu'il existe un droit au salaire en cas d'incapacité de travail, et que la maladie ou l'accident ne constituent pas des motifs fondés de résiliation, en tous cas pas pendant la durée du droit au salaire¹⁵⁴². En droit de la fonction publique, l'introduction de règles sur le congé en temps inopportun, importées du droit privé, est toutefois utile dans la mesure où elles permettent de renforcer (le plus souvent après la période probatoire) la protection contre le licenciement-déjà existante en cas de maladie ou d'accident – lorsque l'employeur invoque des motifs fondés de résiliation pendant l'incapacité de travail de l'employé.

¹⁵⁴² Sinon, cela permettrait justement aux collectivités publiques de contourner l'obligation de verser un salaire pendant une incapacité de travail. En revanche, une fois le droit au salaire écoulé, les employeurs publics sont en principe libres de résilier les rapports de service de l'employé, même si celui-ci est encore malade ou accidenté.

IV. Jurisprudence

Casuistique – En matière de congés en temps inopportun, on peut encore se demander si les statuts de la fonction publique peuvent être moins généreux que le droit privé du travail, et si les règles du CO ne pourraient pas s'appliquer comme des standards *minimum* en la matière¹⁵⁴³. Les réponses à ces questions ont été tranchées par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a admis à plusieurs reprises que le droit de la fonction publique pouvait être plus défavorable que le droit privé sous certains aspects¹⁵⁴⁴. En ce sens, il a reconnu qu'un statut du personnel, bien qu'il soit généralement plus avantageux dans sa globalité, pouvait très bien comporter des contraintes plus sévères que le droit privé « sur certains points », y compris la protection contre les congés en temps inopportun¹⁵⁴⁵. Partant, il serait envisageable qu'un statut du personnel offre une protection inférieure à celle qui est prévue à l'article 336c CO¹⁵⁴⁶. C'est ce que confirme notre Haute Cour dans les arrêts suivants qui nous permettent, dans ce contexte, de mettre en lumière les différences avec le droit privé du travail.

- Dans un arrêt du 18 janvier 2013, il est apparu que la réglementation neuchâteloise (LSt) n'offrait pas de protection particulière en cas de grossesse durant la période probatoire des employées et que le licenciement d'une collaboratrice enceinte, durant cette période, n'était pas juridiquement infondé¹⁵⁴⁷. Le Tribunal fédéral a ainsi constaté qu'il n'y avait pas de lacune à combler dans cette législation, et que par conséquent, le droit privé du travail sur la protection contre les congés en temps inopportun ne pouvait pas, en l'espèce, être appliqué par analogie. En effet, « de jurisprudence constante, les règles relatives au contrat de travail sont seulement applicables à titre subsidiaire, en cas de lacunes dans la réglementation ou si celle-ci le prévoit »¹⁵⁴⁸. Depuis, le législateur neuchâtelois a modifié le statut du personnel et a introduit l'article 12a LSt par loi du 30 septembre 2014, avec effet au 1^{er} janvier 2015, afin de renforcer la protection contre les congés en temps inopportun durant la période probatoire.

¹⁵⁴³ Cf., à cet égard, MOSIMANN, 1998, p. 472.

¹⁵⁴⁴ Voir, par ex. : TF 2P.121/2005 du 19 juillet 2005, c. 4.2 ; TF 2P.82/1994 du 19 août 1994, c. 3d ; TF 2P.336/1992 du 31 août 1993, c. 3c.

¹⁵⁴⁵ ATF 139 I 57, c. 5.1.

¹⁵⁴⁶ Cf. ATF 124 II 53, c. 2.

¹⁵⁴⁷ ATF 139 I 57. Cet arrêt a donné lieu à diverses critiques. Cf. notamment TROILLET. Pour un résumé de l'arrêt, voir également SUBILIA-ROUGE, in : RDAF 2014 I, p. 477. Cf. également *supra* N 279.

¹⁵⁴⁸ ATF 139 I 57, c. 6.1 (et les réf. citées).

- Dans un arrêt du 28 novembre 2012¹⁵⁴⁹, le Tribunal fédéral a également confirmé le licenciement d'une employée pendant sa période probatoire, alors que cette dernière soutenait que la protection contre les congés en temps inopportun figurant à l'article 336c CO lui était applicable en tant que principe général de droit (c. 5.1). Notre Haute Cour a alors rappelé que « le fait que le droit public fédéral ne prévoit pas de protection contre la résiliation des rapports de service d'un employé en cas de maladie et d'accident ne constitue pas une lacune qu'il appartiendrait au juge de combler en s'inspirant du code des obligations, [même si] la Confédération et certains cantons romands ont, il est vrai, introduit une telle protection dans leur législation respective. Il n'en demeure pas moins que l'absence de règles y relatives [comme dans le cas d'espèce pour le canton du Valais] ne saurait être considérée comme arbitraire » (c. 5.2).
- Enfin, l'arrêt du 26 juin 2012¹⁵⁵⁰ soulève la question de la protection d'une employée licenciée pour de justes motifs, alors qu'elle se trouvait au moment du licenciement encore en arrêt maladie. Dans cette affaire, le statut du personnel applicable à l'employée ne contenait aucune disposition accordant une protection particulière contre une résiliation en temps inopportun, de sorte que cette protection ne lui était pas applicable.

615 **Constat** – Il résulte de ces jurisprudences que les dispositions de droit privé relatives à la protection contre la résiliation en temps inopportun ne sont généralement pas applicables à titre de droit public supplétif, sauf renvoi exprès ou lacune véritable. En effet, selon le Tribunal fédéral, « les rapports de travail de droit public ne sont en principe pas soumis aux dispositions du Code des obligations [...] ». Le statut de la fonction publique, « qui, pour être en général globalement plus favorable », peut ainsi comporter « par rapport au Code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points »¹⁵⁵¹. Il n'y a notamment pas de lacune à combler lorsque le statut du personnel contient déjà une disposition protégeant l'employé¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁹ TF 8C_774/2011 du 28 novembre 2012.

¹⁵⁵⁰ TF 8C_509/2011 du 26 juin 2012.

¹⁵⁵¹ ATF 139 I 57, c. 5.1.

¹⁵⁵² Voir, par exemple, TF 8C_643/2014 du 12 décembre 2014, c. 6. Cet arrêt est résumé sur le site internet « <http://droitdutravail.ch/> » (04.07.2016).

C. Comparaison

Différence – En matière de résiliation des rapports de travail en temps inopportun, nous avons vu que des différences peuvent exister entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique. En effet, bien qu'un statut du personnel de la fonction publique soit généralement plus favorable dans sa globalité, la jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît qu'il peut très bien comporter des contraintes plus sévères que le droit privé sur certains points, y compris la protection contre les congés en temps inopportun¹⁵⁵³. Cependant, après la période probatoire de l'employé, le droit de la fonction publique offre une protection supérieure à celle du droit privé, étant donné que l'employeur public doit se prévaloir d'un motif fondé de résiliation. L'absence au travail de l'employé, par exemple pour cause de maladie ou d'accident, ne semble pas être un motif de licenciement admis en droit public, du moins pas pendant qu'existe un droit au salaire en cas d'empêchement de travailler. Il en résulte, une protection contre ces congés durant de longues, voire de très longues périodes, car le droit au salaire dans la fonction publique est souvent plus généreux que celui garanti par le droit privé, ce qui change la donne.

616

Evolution – Malgré cette protection plus favorable pour un employé du secteur public que celle d'un travailleur du secteur privé, nous avons montré que la Confédération et certains cantons ont récemment adopté des dispositions relatives aux congés en temps inopportun. Toutefois, ce n'est pas parce que ces collectivités publiques ont introduit un renvoi à l'article 336c CO ou qu'elles ont paraphrasé le contenu de cette disposition, que la protection contre le licenciement en temps inopportun est la même qu'en droit privé. En effet, nous avons pu vérifier que toutes ces collectivités connaissent déjà, en dehors de celle de l'article 336c CO, une protection plus forte – sensiblement plus forte même – que celle du Code des obligations. Le renvoi au Code des obligations n'a donc pas le même sens qu'en droit privé, ce dernier pouvant autoriser la résiliation pour cause d'incapacité de travail (sauf pendant les périodes mentionnées à l'art. 336c CO), ce qui n'est pas le cas du droit de la fonction publique.

617

L'influence du droit privé – Comme c'est le cas pour les « congés abusifs », nous sommes d'avis que le droit privé du travail a influencé les statuts de la fonction publique, qui intègrent de différentes manières la protection contre les congés en temps inopportun. Les influences du droit privé sur le droit de la fonction publique sont donc diverses.

618

¹⁵⁵³ ATF 139 I 57, c. 5.1.

L'influence s'est par exemple exercée au moyen de renvois, au sein des statuts de la fonction publique, à l'article 336c CO. Sur le plan fédéral, c'est le cas de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) qui interdit tout congé prononcé pendant une période visée à l'article 336c alinéa 1 CO (cf. art. 34c al. 1 let. c LPers) ; sur le plan cantonal, nous avons relevé que ce renvoi n'a pas le même sens dans les divers statuts de la fonction publique, ces statuts pouvant accorder une protection variable, selon que la protection se déploie avant ou après la période probatoire et en fonction de la durée de cette période. L'influence du droit privé s'est aussi produite par des paraphrases de l'article 336c CO, car un copier-coller de l'article 336c CO (contenu strictement identique) n'est selon nous pas adéquat à cause de la terminologie propre au droit privé. Par ailleurs, l'influence du droit privé sur le droit de la fonction publique s'exerce également dans la mesure où la jurisprudence de droit privé et la doctrine ont développé d'importants principes en matière de congés en temps inopportun (règles de cumul, chevauchements, calculs de délais, etc.) qui pourraient, à notre avis, trouver application dans le droit de la fonction publique¹⁵⁵⁴.

- 619 **Utilité de prohiber les congés en temps inopportun dans la fonction publique ?** – Au vu de l'importante influence qu'exerce le droit privé sur les rapports de travail de droit public, on peut se demander quelle est la véritable utilité de la prohibition des congés en temps inopportun au sein des collectivités publiques, puisque le droit de la fonction publique, en exigeant des motifs fondés de résiliation, et en accordant une sécurité étendue (notamment un droit au salaire) en cas d'empêchement de travailler, protège déjà les employés. A notre sens, interdire les congés en temps inopportun, au sens de l'article 336c CO, dans les statuts de la fonction publique est toutefois une mesure utile, car ces règles permettent de renforcer (même si cela est le cas le plus souvent après la période probatoire) la protection contre le licenciement – déjà existante en cas de maladie ou d'accident – lorsque l'employeur invoque des motifs fondés de résiliation durant l'incapacité de travail de l'employé. En outre, ces règles pourraient également permettre, en droit de la fonction publique, de protéger d'autres employés qui en seraient démunis. Les législateurs pourraient notamment améliorer la situation du personnel soumis à une longue période probatoire, et durant laquelle la protection contre les congés en temps inopportun n'est pas applicable, en prévoyant une protection qui débute déjà, par exemple, après trois mois d'engagement.

¹⁵⁵⁴ Cela, dès l'instant où le droit de la fonction publique renvoie à l'article 336c CO ou adopte une disposition comparable.

§ 4 Les conséquences d'un congé infondé

« L'une des différences fondamentales existant entre le droit privé et le droit public du travail est celle des conséquences d'un licenciement non conforme à la loi »¹⁵⁵⁵. Examinons donc en droit privé du travail (A) et en droit de la fonction publique (B) les conséquences d'un congé infondé (c'est-à-dire injustifié ou abusif), afin de les comparer (C).

620

A. En droit privé du travail

Principe – En droit privé du travail, la sanction d'un congé quant aux motifs se concrétise par une indemnité à verser à l'employé¹⁵⁵⁶. En effet, qu'il s'agisse des conséquences d'un licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337c al. 1 et 337d al. 1 CO) ou d'un congé abusif (cf. art. 336a al. 1 CO), la solution du droit privé consiste en l'indemnisation de l'employé¹⁵⁵⁷.

621

Réintégration du travailleur ? – Autrement dit, le droit privé du travail ne permet pas la réintégration d'un travailleur injustement licencié au sein de son précédent emploi, sauf en cas de réclamation fondée sur une discrimination liée au sexe, à la suite d'un congé-représailles, sur la base de l'article 10 de la loi sur l'égalité (LEg)¹⁵⁵⁸. L'article 10 LEg constitue ainsi une spécificité qui a des incidences particulières sur le droit suisse du travail, puisque les règles ordinaires du Code des obligations « ne permettent pas de faire annuler un congé, même si celui-ci est abusif. La seule sanction d'un licenciement abusif ou discriminatoire réside dans la possibilité d'obtenir de l'employeur le versement d'une indemnité »¹⁵⁵⁹. Par conséquent, sous réserve de l'exception prévue par la LEg, c'est la règle de l'indemnisation, figurant dans le Code des obligations, qui s'applique en cas de congé abusif ou injustifié¹⁵⁶⁰.

622

¹⁵⁵⁵ SUBILIA-ROUGE, p. 313.

¹⁵⁵⁶ *Idem*, p. 314.

¹⁵⁵⁷ Cf. *supra* N 481 et 569.

¹⁵⁵⁸ L'art. 10 LEg fait partie de la section de la loi qui concerne exclusivement les rapports de travail de droit privé. Cela signifie que seuls les employés au bénéfice d'un contrat de travail au sens du Code des obligations peuvent se prévaloir de cette disposition. Cf. BARONE, N 1 ad art. 10 LEg, p. 227. Parmi d'autres, cf. AUBERT, Commentaire LEg, ad art. 10 LEg ; RIEMER-KAFKA, ad art. 10 LEg ; KLETT, p. 177.

¹⁵⁵⁹ BARONE, N 2 ad art. 10 LEg, p. 227.

¹⁵⁶⁰ Voir MAHON/ROSELLO, p. 37.

B. En droit de la fonction publique

623 Quelques généralités (I) permettront de montrer qu'en droit de la fonction publique, la sanction d'un congé infondé est en principe la réintégration de l'employé. Cependant, les conséquences de ce congé peuvent varier sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération (II) et celui des statuts cantonaux de la Suisse romande (III), même si, pour toutes ces collectivités publiques, une thématique liée à la réintégration persiste comme le montre la jurisprudence (IV).

I. Généralités

624 **Principe** – Dans le secteur public, il existe le principe selon lequel les collectivités publiques doivent, dans la mesure du possible, continuer à employer le fonctionnaire dont le congé est infondé¹⁵⁶¹. En effet, dans un arrêt publié datant de 1985, le Tribunal fédéral a précisé que le fonctionnaire devait être réintégré dans sa fonction, en raison de la nullité de la résiliation¹⁵⁶². Depuis, dans la fonction publique, « la constatation d'un licenciement injustifié implique l'annulation de la décision de licenciement et la réintégration de l'agent public »¹⁵⁶³. Ce postulat résulte des spécificités de la procédure administrative qui permet – dans la logique de l'institution de la réintégration – qu'un (premier) jugement invalide tout d'abord le licenciement notifié par l'employeur public (constatant sa nullité ou en l'annulant), puis ordonne (comme conséquence de cette nullité ou annulation) la réintégration du collaborateur¹⁵⁶⁴. En d'autres termes, les décisions portant sur le licenciement d'un agent de l'Etat, étant susceptibles de faire l'objet d'un recours en droit public, peuvent être annulées si elles sont infondées¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶¹ Voir TANQUEREL, 2015, pp. 313-314.

¹⁵⁶² Voir MAHON, 1994, p. 45 (note 98), p. 58 (note 197) et p. 59 (note 211), et la réf. à l'ATF 111 Ib 76, pp. 77-78. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que si la résiliation des rapports de service du fonctionnaire était injustifiée, il pouvait non seulement fixer une indemnité, mais aussi décider de la réintégration du fonctionnaire licencié. Cela contre l'opinion de KNAPP qui a conclu que « le Tribunal fédéral n'a pas le pouvoir, en tant qu'autorité de recours indépendante de l'administration, d'imposer la réintégration. Tout ce qu'il peut faire, c'est annuler la décision illicite dont il est saisi ». KNAPP, 1984, p. 515.

¹⁵⁶³ BELLANGER/ROY, p. 477.

¹⁵⁶⁴ Cf., à cet égard, MAHON/ROSELLO, p. 40.

¹⁵⁶⁵ Parmi d'autres, cf. BARONE, N 1 ad. art. 10 LEg, p. 227.

II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération

Principe – Avant la grande révision de la loi sur le personnel de la Confédération du 14 décembre 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013, la LPers prévoyait le principe selon lequel la conséquence d'un congé juridiquement infondé devait être la réintégration de l'employé ou son reclassement¹⁵⁶⁶. En d'autres termes, selon le modèle fédéral, l'agent public devait être réintégré¹⁵⁶⁷. Cependant, quand la réintégration était impossible, les rapports de travail prenaient fin et l'agent avait droit à une indemnisation¹⁵⁶⁸. Dans le cadre de la LPers, le versement d'une indemnité restera toutefois un procédé nouveau et rare en droit public¹⁵⁶⁹. D'après le Message du Conseil fédéral, il découlait effectivement de la LPers que « la continuation de l'emploi pass[ait] avant l'indemnisation »¹⁵⁷⁰.

625

Evolution – Aujourd'hui, à la suite de la grande révision de la LPers, « l'employé ne dispose désormais d'un droit à la réintégration que si la résiliation des rapports de travail est entachée d'un vice qualifié au sens de l'art. 34c al. 1 let. a à d LPers¹⁵⁷¹. Dans le cas où l'instance de recours considère que la résiliation a été prononcée à tort, mais qu'elle n'enfreint pas le droit en vigueur et sans que cela ait des conséquences sur la validité de la décision de résiliation des rapports de travail, elle alloue au recourant une indemnité (art. 34b al. 1 let. a LPers).

626

¹⁵⁶⁶ Pour le mécanisme légal qui a précédé la révision du 14 décembre 2012, voir le Commentaire LPers, articles 14 et 19 LPers, pp. 215-238 et pp. 340-350. Cf. ég. l'analyse de ces dispositions par PORTMANN, 2002.

¹⁵⁶⁷ Cf. parmi d'autres : SUBILIA-ROUGE, pp. 206-312 ; MAHON/ROSELLO, pp. 20-21 ; NGUYEN, 2012, pp. 200-201 ; NÖTZLI, Commentaire LPers, ad art. 14 et 19 LPers. Voir également l'arrêt du TAF 2009/58 du 24 août 2009.

¹⁵⁶⁸ Voir, à cet égard, BELLANGER/ROY, p. 477. L'indemnité était donc une figure subsidiaire : cf. NGUYEN, 2012, p. 200.

¹⁵⁶⁹ SUBILIA-ROUGE, pp. 312.

¹⁵⁷⁰ Cf. Message 1999, p. 1439. Cela, contrairement à une proposition émanant d'une minorité du Parlement, qui souhaitait laisser le choix à l'employé entre indemnité ou réintégration. Celle-ci a toutefois été refusée. Cf. BOCN, 1999, p. 2093 ss. Voir ég. SUBILIA-ROUGE, pp. 314.

¹⁵⁷¹ Un vice est donc « qualifié » dans les hypothèses prévues à l'art. 34c al. 1 let. a à d LPers, c'est-à-dire en cas de dénonciation, de signalement ou de témoignage de l'employé (en vertu de l'art. 22 al. 1 et 4 LPers), de résiliation abusive (au sens de l'art. 336 CO), de congé en temps inopportun (selon l'art. 336c al. 1 CO), et de congé discriminatoire (en vertu des art. 3 ou 4 LEg).

Cette indemnité doit être fixée en tenant compte des circonstances et son montant correspond en règle générale à six mois de salaire au moins et à un salaire annuel au plus (art. 34b al. 2 LPers) »¹⁵⁷².

627 **Exception** – L'indemnisation de l'employé (qui faisait auparavant figure d'exception au principe de la réintégration) est donc devenue la règle qui sanctionne un congé juridiquement infondé, lorsqu'il n'est pas entaché d'un vice qualifié. Toutefois, notre Haute Cour a précisé, dans un arrêt du 25 mai 2011, qu'il n'existe pas « de droit absolu à la réintégration et que celle-ci peut être remplacée par une indemnité lorsqu'elle s'avère impossible »¹⁵⁷³. En effet, pour diverses raisons, il n'est pas toujours envisageable que le collaborateur licencié puisse retrouver une place au sein de la même administration (ou en dehors de celle-ci), ou encore, que l'employeur puisse lui proposer un poste équivalent et un travail réputé raisonnablement exigible. Les circonstances permettant de retenir qu'il y a une impossibilité de réintégrer l'employé ne figurent pas dans la LPers¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁷² ATAF A-2394/2014 du 2 octobre 2014, c. 8.1.

¹⁵⁷³ Cf. MAHON/ROSELLO, p. 38 et l'arrêt TF 8C_722/2010 du 25 mai 2011, c. 7.

¹⁵⁷⁴ Voir ATAF A-3357/2014 du 16 décembre 2014, c. 5.1.2.

III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande

Généralités – Les conséquences d'un congé infondé peuvent être différentes d'une collectivité publique à l'autre. Cependant, l'application des principes de la procédure administrative implique en règle générale la réintégration de l'employé dans sa fonction ou à un poste équivalent au sein de l'administration lorsque le congé est infondé¹⁵⁷⁵. Partant, bien que la plupart des statuts de la fonction publique prévoient, nous le verrons, le principe de la réintégration, ils aménagent aussi des exceptions permettant d'indemniser les employés. Parfois, le choix entre réintégration et indemnisation de l'agent public dépend du bon vouloir de l'employeur. D'autres fois, le statut du personnel n'autorise que la solution du droit privé, à savoir l'indemnisation pécuniaire. Relevons enfin qu'il peut aussi exister des collectivités publiques qui n'ont pas réglementé les conséquences d'un licenciement infondé¹⁵⁷⁶. 628

L'état du droit en Suisse – Selon une étude récente, on retrouve en Suisse, au niveau cantonal, une grande diversité de solutions quant au choix des conséquences d'une résiliation infondée¹⁵⁷⁷. Tout d'abord, on peut classer dans une première catégorie les cantons qui ont opté pour le principe de la réintégration, faisant de l'indemnisation de l'agent une exception¹⁵⁷⁸. Dans une deuxième catégorie, se rangent les cantons pour lesquels la réintégration et l'indemnisation dépendent du choix de l'employeur public¹⁵⁷⁹. La troisième catégorie englobe les cantons qui ont adopté la même solution qu'en droit privé du travail, c'est-à-dire l'indemnisation de l'employé¹⁵⁸⁰. 629

¹⁵⁷⁵ *Supra* N 624. Cette situation se distingue ainsi du droit privé du travail.

¹⁵⁷⁶ Dans le paragraphe suivant, nous présenterons l'état du droit cantonal de la fonction publique en Suisse et non pas seulement des statuts cantonaux de la Suisse romande, car ces derniers n'illustrent pas toutes les possibilités que nous avons évoquées.

¹⁵⁷⁷ Voir BELLANGER/ROY, p. 477.

¹⁵⁷⁸ Il s'agit des cantons de Berne (art. 29 LPers/BE), du Jura (art. 87 LPers/JU), de Fribourg (art. 41 LPers/FR), de Glaris (art. 46 PersG/GL), de Soleure (art. 33 StPG/SO) et du Valais (art. 66 LPers/VS).

¹⁵⁷⁹ Ce sont les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 30 PG/AR), Genève (art. 31 LPAC/GE), Lucerne (art. 72 PG/LU), Nidwald (art. 64 PersG/NW), Obwald (art. 53 SG/OW), Schaffhouse (art. 15 PG/SH), Schwytz (art. 21f PG/SZ), du Tessin (art. 69 de la loi sur la procédure administrative de 1966), d'Uri (art. 16 PV/UR), de Vaud (art. 60 LPers/VD) et de Zurich (art. 14 PersG/ZH).

¹⁵⁸⁰ Il s'agit des cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 2 PeV/ARdT), d'Argovie (art. 12 PersG/AG), des Grisons (art. 12 PG/GR), de Thurgovie VRS/TG) et de Zoug (art. 14 PersG/ZG).

Mentionnons une quatrième catégorie, qui regroupe les cantons qui ont érigé le principe de la réintégration comme un droit dont peut se prévaloir le justiciable, lorsque le licenciement est juridiquement infondé¹⁵⁸¹. Enfin, une dernière catégorie comprend les quelques cantons qui n'ont pas édicté de disposition en matière de résiliation injustifiée et qui, n'ayant adopté aucun renvoi au Code des obligations¹⁵⁸², sont exposés au principe de la réintégration¹⁵⁸³.

630 **Cantons de la Suisse romande** – Globalement, la plupart des cantons ont adopté le principe de la réintégration avec l'indemnisation comme exception, ce qui est également le cas de nombreux cantons de la Suisse romande. Cependant, en ce qui concerne ces derniers, les conséquences d'une résiliation injustifiée et les exigences procédurales peuvent être réglementées de manière différente d'un statut du personnel à l'autre. En effet, les cantons de Berne, de Fribourg, du Jura et du Valais ont opté pour le principe de réintégration, alors que les cantons de Genève et de Vaud prévoient la réintégration ou l'indemnisation de l'employé selon le choix de l'employeur. Le canton de Neuchâtel n'a édicté aucune disposition en la matière. Toutefois, quelle que soit la solution choisie par les cantons de la Suisse romande, aucun d'entre eux n'a encore osé franchir le pas et adopter la solution offerte par le droit privé du travail, c'est-à-dire la pure et simple indemnisation de l'employé¹⁵⁸⁴.

631 **Le principe d'une réintégration (BE, FR, JU, VS)** – Les statuts du personnel des cantons de Berne, de Fribourg, du Jura et du Valais prévoient le principe de la réintégration de l'employé et son indemnisation comme exception. En effet, selon la législation bernoise, tout d'abord, « [s]i les rapports de travail sont résiliés par voie de décision sans motifs pertinents au sens de l'article 25, alinéa 2, ou sans justes motifs au sens de l'article 26, la personne concernée continue d'être employée » (art. 29 al. 2 LPers/BE). En principe, l'employé est donc réintégré dans sa fonction, mais une indemnité de départ est toutefois envisageable si la réintégration se révèle impossible (cf. art. 29 al. 2 et le renvoi à l'art. 32 LPers/BE)¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸¹ Cette catégorie est formée des cantons de Bâle-Campagne (art. 20 al. 3 PersG/BL) et de Bâle-Ville (art. 39 PersG/BS).

¹⁵⁸² Il s'agit des cantons de Neuchâtel et de Saint-Gall.

¹⁵⁸³ Cf., pour un aperçu étoffé, BELLANGER/ROY, p. 477.

¹⁵⁸⁴ Cela, contrairement à certains cantons suisses allemands. Cf. *supra* N 629.

¹⁵⁸⁵ Quant à l'article 29 LPers/BE, il prévoit à son alinéa 2 que si « l'autorité d'engagement [...] constate qu'il est impossible de continuer d'employer la personne concernée pour des raisons dont celle-ci n'est pas responsable, celle-ci bénéficie d'un droit [indemnité de départ ou droit à des rentes particulières] au sens de l'article 32 ou 33 ».

A Fribourg, l'article 41 lettre e LPers/FR dispose que « [l]orsque les motifs de licenciement se révèlent injustifiés, le collaborateur ou la collaboratrice est maintenu-e dans sa fonction [...] », même si cette disposition contient également des modalités d'indemnisation ; « s'il y a eu cessation de fait des rapports de service et qu'une réintégration du collaborateur ou de la collaboratrice ne soit plus possible, celui-ci ou celle-ci a droit à une indemnité dont le montant maximal est égal à une année de traitement ».

Dans le canton du Jura, lorsqu'un licenciement est déclaré dépourvu de motifs objectivement fondés par l'autorité de recours, l'employé est en principe maintenu dans son poste. Toutefois, s'il y a eu cessation de fait des rapports de service et qu'une réintégration de l'employé présenterait des difficultés importantes, l'employé peut prétendre au versement d'une indemnité de six à douze mois de salaire, en lieu et place d'une réintégration¹⁵⁸⁶.

Quant au canton du Valais, l'article 66 LPers/VS prévoit comme conséquence d'une résiliation non fondée juridiquement que « l'employé est réintégré dans sa fonction, si lui-même et l'autorité d'engagement acceptent cette réintégration », mais aussi qu'« [a]u cas où l'une des parties refuse la réintégration, l'employé a droit à une indemnité calculée en fonction de l'âge et du nombre d'années de service et dont le montant maximal est égal à une année de traitement si l'employeur refuse la réintégration et à six mois de traitement si l'employé refuse sa réintégration » (cf. art. 66 al. 2 LPers/VS).

¹⁵⁸⁶ En outre, aux mêmes conditions, l'autorité peut d'office prononcer la non-réintégration et allouer une indemnité de six à douze mois de salaire (cf. art. 87 al. 8 LPers/JU).

632 **Le choix de l'employeur (GE et VD)** – A Genève, le système est un peu particulier, car l'autorité judiciaire soumet le choix entre la réintégration et l'indemnisation à l'autorité d'engagement¹⁵⁸⁷. En effet, lorsque la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : CACJ) arrive à la conclusion que la résiliation des rapports de travail est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration de la personne concernée (cf. art. 31 al. 2 LPAC), mais cette dernière peut refuser le principe d'une réintégration et la CACJ doit alors fixer une indemnité¹⁵⁸⁸ (cf. art. 31 al. 3 LPAC)¹⁵⁸⁹. S'il s'agit d'une décision de révocation injustifiée, il convient de « distinguer selon que la décision viole le droit quant à la forme ou quant au fond » pour identifier les conséquences¹⁵⁹⁰. Lorsqu'elle viole la forme, la décision de révocation est nulle. Si elle viole le fond (par exemple au vu de l'absence de violation des devoirs de service par le collaborateur), la CACJ réforme la décision ou l'annule (cf. art. 30 al. 3 LPAC et 69 al. 3 LPA)¹⁵⁹¹. En matière de résiliation des rapports de service, en raison de la mesure disciplinaire de révocation, l'article 30 alinéa 3 LPAC renvoie à l'article 31 LPAC pour autant que la CACJ ait admis la violation des devoirs de service par l'intéressé¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁷ S'agissant de l'évolution récente de la jurisprudence relative à l'indemnisation pour licenciement contraire au droit dans le cadre de la fonction publique genevoise, consulter BINDSCHEDLER TORNARE.

¹⁵⁸⁸ Le montant de l'indemnité « ne peut être inférieur à 1 mois et supérieur à 24 mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération ; concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à 6 mois » (art. 31 al. 3 LPAC). En ce qui concerne la question du respect de l'égalité de traitement entre le statut de « fonctionnaire » et celui d'« employé », voir la critique de BINDSCHEDLER TORNARE, pp. 324-325 et 330-331. Cf. ég. l'arrêt du TF 2P.181/2006 du 28 novembre 2006.

¹⁵⁸⁹ « En pratique, la première étape est souvent court-circuitée par une déclaration de l'autorité selon laquelle elle n'entend pas réintégrer le collaborateur dont les rapports de service ont été résiliés quelle que soit l'issue de la procédure dès lors que les liens nécessaires de confiance sont rompus. Dans ce cas, la chambre administrative n'estime plus nécessaire d'interroger l'autorité sur une éventuelle réintégration dès lors que l'autorité l'a par avance refusée. Elle passe donc directement à l'examen de la question de l'indemnité ». BELLANGER, 2012, pp. 222 s. S'agissant d'une éventuelle violation du droit d'être entendu, voir l'arrêt du TF 8C_12/2015 du 14 janvier 2015, c. 6.2.

¹⁵⁹⁰ ROUSSELLE-RUFFIEUX, p. 537.

¹⁵⁹¹ Cf. ég. ROUSSELLE-RUFFIEUX, p. 538.

¹⁵⁹² En d'autres termes, « cette norme vise exclusivement le cas d'absence de toute violation des devoirs de service [...] » et aura pour conséquence que la réintégration sera imposée ; dans le cas contraire, la révocation est annulée (en raison de la violation du

Dans le canton de Vaud, les conséquences d'une résiliation infondée sont aussi particulières, car la législation fait une différence entre les conséquences d'une résiliation immédiate sans justes motifs, d'un licenciement abusif, et d'un licenciement abusif au sens de l'article 336 alinéa 2 lettre a CO¹⁵⁹³. En effet, s'il s'agit d'une résiliation immédiate sans justes motifs, l'article 61 al. 2 LPers/VD renvoie aux articles 337b et 337c CO et le collaborateur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé¹⁵⁹⁴. S'il s'agit d'un licenciement abusif, l'indemnisation est aussi prévue (cf. art. 60 al. 1 LPers/VD). Cependant, si le licenciement est abusif au sens de l'article 336 alinéa 2 lettre a CO, l'employé dispose du choix entre une réintégration au sein de l'Etat, à un poste équivalent, ou au paiement d'une indemnité (cf. art. 60 al. 4 LPers/VD). En cas de résiliation reconnue comme abusive ou non fondée pour un des motifs prévus par le statut, l'article 60 alinéa 3 LPers/VD permet ainsi de proposer « au collaborateur un poste équivalent au sein de l'Administration » pour autant qu'un tel poste soit disponible.

Absence de dispositions (NE) – Parmi les cantons de la Suisse romande, le statut de la fonction publique neuchâtelois (LSt) est le seul à ne comporter aucune disposition pour réglementer les conséquences d'une résiliation injustifiée ou abusive. Dans la mesure où aucun renvoi au Code des obligations n'a été prévu, les principes relatifs au droit public du travail sont alors applicables. En d'autres termes, c'est le principe de la réintégration du collaborateur qui est la règle¹⁵⁹⁵, même si, en pratique, des indemnités sont fréquemment négociées avec les employés.

Constat – Il faut retenir de cet état du droit que la plupart des statuts du personnel prévoient aujourd'hui des règles permettant d'indemniser l'employé et donc de contourner le principe de sa réintégration. A l'image du droit privé du travail, l'indemnisation des employés dans la fonction publique, en cas de congé infondé, est souvent préférée à la réintégration, qui suscite, comme le montre la jurisprudence exposée ci-après, de nombreux problèmes.

principe de proportionnalité) sans que la réintégration ne puisse être exigée. BELLANGER, 2012, p. 226.

¹⁵⁹³ Voir NOVIER/CARREIRA, p. 33.

¹⁵⁹⁴ Cf., pour plus de détails, NOVIER/CARREIRA CAMARDA, pp. 37 ss ; NOVIER, pp. 49 ss.

¹⁵⁹⁵ Voir TANQUEREL, 2015, p. 113.

IV. Jurisprudence

- 635 **Thématiques diverses** – Plusieurs thématiques ont pu être rattachées aux conséquences d'un congé infondé. Celles-ci soulèvent en pratique des questions particulièrement complexes et délicates. Par exemple, se pose la question de « l'intensité des efforts de réintégration ou de reclassement qui peuvent et doivent être exigés de l'employeur, ainsi que la question du caractère absolu ou non de l'obligation de réintégrer »¹⁵⁹⁶. En effet, pour diverses raisons, il n'est pas toujours envisageable pour l'employeur public de réintégrer le collaborateur licencié à son précédent poste (réintégration) ou de lui offrir un nouvel emploi de « nature équivalente » au sein ou en dehors de l'administration (reclassement) et qui puisse être considéré comme « raisonnablement exigible ».
- 636 **Un travail « raisonnablement exigible »** – Un travail est réputé raisonnablement exigible, au sein ou à l'extérieur de l'administration fédérale, notamment lorsque pour le poste de substitution, la nouvelle classe de salaire qui sera attribuée à l'employé ne diffère pas foncièrement de la précédente et que la durée du trajet journalier pour se rendre sur le nouveau lieu de travail n'excède pas deux heures à l'aller et deux heures au retour (porte à porte), lors d'un déplacement en transports publics¹⁵⁹⁷.
- 637 **L'obligation de prise de contact** – Par ailleurs, outre les tentatives de réintégration ou de reclassement d'employés au sein de la Confédération, le Tribunal administratif fédéral précise que celle-ci a également une véritable obligation de prise de contact avec d'autres employeurs potentiels afin de proposer l'engagement de l'employé licencié¹⁵⁹⁸. Dans une affaire portant sur la résiliation des rapports de travail d'un employé pour cause d'impératifs économiques ou d'exploitation majeurs (cf. art. 10 al. 3 let. e LPers), dans laquelle l'autorité inférieure s'était limitée à une simple transmission du curriculum vitae du collaborateur, sans une véritable prise de contact, le Tribunal administratif fédéral a notamment admis qu'une simple « mise à disposition de dossiers » par l'employeur « ne saurait [...] constituer une prise de contact au sens où la jurisprudence l'exige »¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁶ MAHON/ROSELLO, p. 38.

¹⁵⁹⁷ Voir l'art. 104a al. 1 OPers et l'ATAF A-2394/2014 du 2 octobre 2014, faits, c. D.a.

¹⁵⁹⁸ Sur le plan cantonal, les collectivités publiques ont des devoirs similaires. Par exemple, cf. TC/NE : CDP.2008.171 (cf. spéc. c. 2c).

¹⁵⁹⁹ ATAF A-2394/2014 du 2 octobre 2014, c. 7.2.2.2.1.

En cas de licenciement en raison d'impératifs économiques et/ou d'exploitation majeurs (cf. art. 10 al. 3 let. e LPers), l'employeur doit manifestement prendre toutes les mesures qui peuvent raisonnablement être exigées de lui pour offrir à l'employé un autre travail convenable¹⁶⁰⁰. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé le point de vue du Tribunal administratif fédéral mentionné plus haut, car l'employeur « n'avait pas fait son possible pour trouver un nouveau travail à l'intimé » (c. 4.4)¹⁶⁰¹. En effet, « le recourant ne pouvait ignorer la faible attractivité de l'intimé sur le marché de l'emploi et qu'il risquait d'éprouver des difficultés à retrouver un travail. Ainsi, [il] aurait dû faire preuve de plus d'attention envers son employé en adoptant un comportement plus engagé » (c. 5.3). On aurait pu s'attendre à ce que celui-ci assure le suivi des demandes qu'il avait effectuées auprès de potentiels employeurs, notamment en les relançant, au lieu de s'être contenté de diffuser le curriculum vitae de l'employé (c. 4.3). Au vu de ce qui précède, la résiliation des rapports de travail de l'employé n'était donc pas fondée sur des motifs objectivement suffisants (au sens de l'art. 10 al. 3 LPers) et la condamnation de l'employeur à verser une indemnité pour résiliation injustifiée équivalente à un salaire annuel était ainsi admissible.

Intensité des efforts de réintégration (ou de reclassement) – Dans ce contexte, se pose la question préalable de l'intensité des efforts de réintégration (ou de reclassement) que l'on est en droit d'exiger de l'employeur¹⁶⁰². Dans un arrêt du 28 juin 2011, le Tribunal fédéral a admis « que le fait que l'intéressé ait trouvé une nouvelle place (dans le privé) ne permet [pourtant] pas de réduire (en la limitant dans le temps) l'obligation de l'employeur public de réintégrer et de fournir une autre place de travail raisonnablement exigible »¹⁶⁰³. Au reste, plusieurs arrêts du Tribunal administratif fédéral traitent, eux aussi, de la question de la « preuve des efforts de reclassement et du caractère raisonnablement exigible ("*Zumutbarkeit*") du poste offert à l'intéressé »¹⁶⁰⁴.

638

¹⁶⁰⁰ Pour un exemple de résiliation abusive, cf. ATAF A-5665/2014 du 29 septembre 2015.

¹⁶⁰¹ TF 8C_810/2014 du 1^{er} avril 2015. Dans cet arrêt, il s'agit du recours contre le jugement du Tribunal administratif fédéral ATAF A-2394/2014 du 2 octobre 2014.

¹⁶⁰² MAHON/ROSELLO, p. 37. Voir également TF 8C_703/2011 du 1^{er} mai 2012, c. 7.2, dans lequel l'employeur n'a pas fourni la preuve d'avoir cherché un autre travail convenable à son employé à la suite de la réorganisation opérée.

¹⁶⁰³ TF 8C_808/2010 du 28 juin 2013, c. 5. Voir MAHON/ROSELLO, p. 38.

¹⁶⁰⁴ MAHON/ROSELLO, p. 38. Cf. ég. TF 8C_229/2011 du 10 août 2011 relatif à la Poste suisse ; Arrêt du TAF A-2907/2011 concernant les CFF du 1^{er} décembre 2011. Voir aussi ATAF A-734/2011 du 11 juillet 2011.

- 639 **La pratique actuelle** – La pratique actuelle montre souvent que l’exception, c’est-à-dire l’indemnisation en lieu et place de la réintégration, est devenue la règle au sein de la fonction publique. En effet, un grand nombre d’employeurs publics préfèrent payer une indemnité plutôt que de devoir prendre des mesures visant à la réintégration des collaborateurs licenciés. Parfois, les employés préfèrent, eux aussi, une indemnité financière à la réintégration. Sur un plan psychologique et humain, il est souvent difficile pour l’employé de devoir retourner à son poste, alors qu’il en a été écarté de manière infondée, ou encore d’entrer dans un nouvel emploi, qui ne correspond pas forcément à ses aspirations ou à sa fonction antérieure¹⁶⁰⁵.
- 640 **Opportunité de la réintégration ?** – Pour ces différentes raisons, la solution du droit privé du travail prend souvent le dessus, car elle permet d’éviter d’éventuelles complications relatives à la réintégration d’un employé non désiré ou désirable au sein d’une collectivité publique¹⁶⁰⁶. En ce sens, DUNAND¹⁶⁰⁷, qui a examiné l’opportunité de réintégrer un employé dans le secteur privé, n’est pas favorable à la réintégration d’un employé « dans un milieu où les rapports de confiance ont été rompus »¹⁶⁰⁸. Selon lui, les litiges devant les tribunaux peuvent durer plusieurs années et il semble peu opportun de réintégrer un travailleur dont le licenciement intervient longtemps après la rupture effective de ses rapports de travail. En outre, à son avis, la voie du réengagement provisoire en cours de procédure peut être juridiquement discutable¹⁶⁰⁹.
- 641 **Impossibilité de la réintégration ?** – Sur la thématique de l’impossibilité de la réintégration, le Tribunal administratif fédéral a précisé à diverses occasions que l’« on ne saurait admettre à la légère une impossibilité de réintégration. En particulier, la réponse à la question de savoir si une réintégration est possible ou non dans un cas concret ne dépend pas de la bonne disposition de l’employeur, puisque ce dernier n’a pas de choix à cet égard.

¹⁶⁰⁵ Cf. MAHON/ROSELLO, p. 39.

¹⁶⁰⁶ De ce fait, la solution récemment adoptée lors de la révision de la LPers rapproche le système de celui du CO ; cela était également le cas dès son entrée en vigueur. Cf., à cet égard, SUBILIA-ROUGE, p. 315.

¹⁶⁰⁷ DUNAND, 2010, p. 34. Pour les difficultés que peut soulever la réintégration, voir ég. KNAPP, 1984, p. 515.

¹⁶⁰⁸ DUNAND, 2010, p. 35. En revanche, RICHLI considère que l’indemnité n’est pas une solution adéquate en droit public, puisque l’argent provient des caisses de l’Etat (et donc du contribuable) ; la réintégration est donc une sanction plus importante et plus dissuasive pour l’employeur. Cf. RICHLI, 1996, p. 102.

¹⁶⁰⁹ DUNAND, 2010, p. 35.

D'un autre côté, l'employeur ne devrait pas avoir à réintégrer un employé dans toutes les circonstances, suivant l'ampleur des difficultés auxquelles il est confronté. Ainsi, les conditions-cadre juridiques ou les difficultés d'organisation peuvent rendre impossible une réintégration. En outre, des divergences personnelles entre un employé – licencié à tort – et son supérieur peuvent être d'une telle gravité, que le rapport de confiance entre ces personnes est définitivement anéanti et qu'une réintégration n'est, dans les faits, plus possible »¹⁶¹⁰.

Impossibilité et procédure – L'impossibilité de la réintégration de l'employé soulève aussi d'autres problèmes, notamment procéduraux¹⁶¹¹. En effet, pour déterminer l'objet exact de la procédure contentieuse, il faut distinguer les législations qui prévoient la réintégration comme un principe de celles qui l'excluent, car l'objet de la procédure sera plus large lorsque le litige englobe l'examen de la réintégration et de l'indemnisation¹⁶¹². Si l'objet du litige ne concerne que l'indemnisation, l'employé licencié ne peut concrètement prétendre qu'au versement d'une indemnité¹⁶¹³. En revanche, lorsque le statut du personnel de la fonction publique prévoit le principe de réintégration, cette question doit être tranchée préalablement à toute discussion sur le versement d'une indemnité¹⁶¹⁴. Si la réintégration est impossible, la question se pose de savoir s'il y a obligation pour l'employeur public de notifier à nouveau un congé¹⁶¹⁵. En effet, lorsqu'un congé a été juridiquement reconnu comme infondé, la collectivité publique doit en pratique se déterminer quant à l'obligation de réintégration et/ou de reclassement. Si ces derniers sont impossibles, l'employeur public devrait dès lors rendre une nouvelle décision motivée par cette impossibilité¹⁶¹⁶. Cependant, telle n'est pas l'opinion du Tribunal administratif fédéral qui s'est posé la délicate question juridique de savoir comment qualifier cette décision.

642

¹⁶¹⁰ Voir l'ATAF A-3357/2014 du 16 décembre 2014, c. 5.1.2 (et les réf. citées).

¹⁶¹¹ Cf. MAHON/ROSELLO, p. 39.

¹⁶¹² Cf., à cet égard, PFAMMATTER, p. 235.

¹⁶¹³ *Idem*, p. 233.

¹⁶¹⁴ *Idem*, pp. 233 et 235. PFAMMATTER précise toutefois que lorsque la possibilité de réintégrer un employé dépend de la liberté d'appréciation de l'autorité, la réintégration ne peut être imposée par le juge.

¹⁶¹⁵ Cf. MAHON/ROSELLO, p. 39.

¹⁶¹⁶ Du même avis, MAHON/ROSELLO, p. 40.

- 643 **Un nouveau congé ?** – Dans un arrêt du 23 novembre 2010¹⁶¹⁷, le Tribunal administratif fédéral s’est prononcé sur un cas d’impossibilité de réintégration et de reclassement. Il a dû déterminer si cette impossibilité constituait un nouveau motif de résiliation ou s’il s’agissait d’une cause de fin « naturelle » du rapport de travail. Cette affaire avait trait au licenciement immédiat, pour violation du devoir de fidélité, d’un employé du Département fédéral de l’économie qui avait malencontreusement divulgué à un tiers les lacunes du secteur d’activité qu’il occupait. « Le Tribunal administratif fédéral a choisi la seconde voie, estimant que, dans un tel cas, l’employeur peut mettre définitivement fin aux rapports de travail par une simple lettre, constatant que les rapports de travail prennent fin, sans pour autant prononcer une nouvelle décision de résiliation »¹⁶¹⁸.
- 644 **Absence de réglementation** – En outre, on peut aussi s’interroger sur les suites à donner à un litige dont la procédure, en cas de licenciement illicite, ne serait pas réglementée dans le statut du personnel. Selon PFAMMATTER, « [i]l ne fait aucun doute que, dans ces cas, l’application ordinaire des règles de la procédure administrative autorise la réintégration de l’agent par le biais de l’annulation de la décision de résiliation viciée. S’il s’avère impossible de reprendre les rapports de service, l’agent licencié à tort et qui subit un dommage à ce titre peut agir en responsabilité contre la collectivité publique par le biais d’une action. Même si, d’un point de vue procédural, cette solution s’avère plus lourde que les précédentes, son résultat reste néanmoins comparable aux autres »¹⁶¹⁹. Toujours selon cet auteur, la voie de l’action de droit administratif reste un moyen utile à l’obtention de toute réparation du dommage qui pourrait subsister, même si celui-ci ne résulte pas du congé infondé ; dans ce cas, l’intéressé doit recourir « aux règles ordinaires sur la responsabilité des collectivités publiques »¹⁶²⁰.
- 645 **Montant de l’indemnité** – En ce qui concerne maintenant le montant de l’indemnité maximale en cas de licenciement abusif dans la fonction publique, nous sommes d’avis que pour qu’elle puisse être dissuasive, le juge devrait pouvoir imposer une indemnité se montant au moins jusqu’à douze mois du dernier traitement de l’employé¹⁶²¹.

¹⁶¹⁷ Arrêt du TAF A-4006/2010, commenté par MAHON/ROSELLO, pp. 39-40.

¹⁶¹⁸ MAHON/ROSELLO, p. 40. Cf., pour une approche critique, pp. 40-41.

¹⁶¹⁹ PFAMMATTER, pp. 235-236.

¹⁶²⁰ *Idem*, p. 236.

¹⁶²¹ Est du même avis DUNAND, qui estime, pour le droit privé du travail, qu’une indemnité de six mois de salaire en cas de congé abusif (cf. art. 336a al. 2 CO) est « clairement insuffisante dans certains cas ». Cf. DUNAND, 2010, p. 35.

En effet, puisque cette indemnité se substitue à la poursuite des rapports de service, compte tenu du fait que la réintégration est impossible malgré le caractère abusif du congé et sans qu'il y ait eu faute de l'employé¹⁶²², l'autorité judiciaire doit être en mesure de fixer un montant opportun, compte tenu des circonstances¹⁶²³.

Nature de l'indemnité – Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine¹⁶²⁴ semblent « aussi rapprocher l'indemnité versée par certains cantons en vertu du droit de la fonction publique aux employés licenciés de manière injustifiée qui ne peuvent être réintégrés de l'indemnité versée pour licenciement abusif en vertu de l'art. 336a CO » ou pour une résiliation injustifiée (au sens de l'article 337c al. 3 CO)¹⁶²⁵. En effet, nous rappellerons que ces deux indemnités ont une double et même finalité, punitive et réparatrice. Cependant, quand bien même elles peuvent être calculées en fonction du salaire, les indemnités pour compenser la non-réintégration de l'employé ne constituent pas un droit au salaire ou une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail¹⁶²⁶.

646

¹⁶²² S'agissant d'un congé injustifié, mais non abusif, le montant de l'indemnité devrait également pouvoir être ajusté selon les circonstances, notamment si le congé a été invalidé en raison du fond ou de la procédure. Lorsque le congé est injustifié sur le fond, nous sommes d'avis que le montant de l'indemnité pourra être plus élevé. Voir les arrêts du TF 8C_413/2014 (c. 5.2) et TF 8C_421/2014 (c. 4.2) du 17 août 2015. Dans ces arrêts, une indemnité de 12 mois, respectivement de 15 mois, du dernier traitement brut de l'employé, fixée par la juridiction cantonale, est apparue comme allant au-delà des limites admissibles sous l'angle de l'arbitraire et a été réduite à 6 mois de salaire, motif pris que le congé avait été invalidé à cause de la violation d'une garantie de procédure (droit d'être entendu) et qu'il n'avait pas été constaté comme injustifié sur le fond.

¹⁶²³ Le montant de l'indemnité sera notamment plus élevé s'il apparaît probable que l'employé éprouvera des difficultés pour retrouver un nouveau travail. Cf. Arrêt du TAF A-3357/2014 du 16 décembre 2014, c. 6.1.2.

¹⁶²⁴ Voir, l'arrêt du Tribunal fédéral, TF 2P.181/2006 du 28 novembre 2006, c. 2.3 et 2.5, qui suggère de s'inspirer de la réglementation de l'article 336a CO pour régler la situation des agents licenciés de manière injustifiée et non réintégrés par l'employeur public. Cf., à cet égard, POLEDNA, 1999, pp. 230-231 ; BINDSCHEDLER TORNARE, p. 327.

¹⁶²⁵ Voir l'arrêt de la Cour de Justice de Genève ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014, c. 12b. Dans cette affaire, il a été reconnu que l'indemnité compensatoire prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC (en cas de licenciement déclaré injustifié et de non-réintégration du fonctionnaire dans son activité) avait le même but que les indemnités octroyées en vertu de l'article 336a CO (indemnité pour licenciement abusif) ou de l'art. 337c al. 3 CO (indemnité en cas de résiliation injustifiée).

¹⁶²⁶ Voir l'arrêt précité, c. 11b.

647 **Indemnité négociée et interprétation du mot « réintégration »** – Dans l’optique d’une résiliation conventionnelle des rapports de travail, une indemnité de départ peut parfois être négociée entre les parties, même s’il ne s’agit pas d’un cas de licenciement injustifié. Par exemple, dans une affaire du 20 mai 2010¹⁶²⁷, le contrat de travail liant un employé aux Chemins de fer fédéraux suisses (ci-après : CFF) a pris fin par accord entre les parties. Les CFF s’étaient engagés à verser une indemnité de départ de neuf mois de salaire, mais sous la condition qu’elle soit remboursée en cas de réintégration au sein des CFF dans un délai de vingt-quatre mois. L’employé, après avoir travaillé pour divers employeurs et connu une période de chômage, a été réengagé par les CFF dans les vingt-quatre mois. Les CFF lui ont alors demandé le remboursement d’une partie de l’indemnité. L’employé s’y est refusé, motif pris que son nouvel engagement l’avait affecté à un autre poste que celui qu’il occupait précédemment et qu’il ne constituait pas, dès lors, « une réintégration ». Selon le Tribunal fédéral « le "mot" réintégration n’est pas univoque, même dans le domaine de la gestion des rapports de travail. Certes, utilisé seul, il vise le plus souvent un retour de l’employé à son ancien poste de travail, sans pour autant que l’on puisse parler d’une expression consacrée ou usuelle. Le plus souvent il est suivi d’une adjonction destinée à préciser si l’employé est réintégré dans ses fonctions antérieures ou à un autre poste de travail » (c. 3.2). En l’espèce, la clause contractuelle litigieuse prévoyait le remboursement de l’indemnité de départ en cas de « réintégration au sein des CFF », c’est pourquoi son engagement à un autre poste, voire dans une autre division, justifiait le remboursement de l’indemnité de départ (c. 2.2).

¹⁶²⁷ TF 8C_283/2010 du 20 mai 2010.

C. Comparaison

Différence – Tandis que la solution du droit privé du travail se rapportant aux conséquences d'un congé injustifié ou abusif consiste généralement en une indemnisation financière du travailleur, on applique, en revanche, le principe de réintégration de l'employé dans le modèle traditionnel de la fonction publique¹⁶²⁸. En Suisse, la réintégration d'un employé – en cas de licenciement infondé – constitue effectivement une spécificité du droit de la fonction publique qui le distingue ainsi du droit privé du travail¹⁶²⁹. « [A]lors qu'en droit public, une résiliation irrégulière est nulle, et le fonctionnaire en conséquence réintégré, cela n'est le cas en droit privé (suisse) que dans des circonstances exceptionnelles ; le reste du temps, un licenciement irrégulier reste valable et ne donne droit qu'à une indemnisation »¹⁶³⁰.

648

Evolution – Toutefois, le droit de la fonction publique a évolué¹⁶³¹. L'état du droit actuel montre de manière évidente que la réintégration n'est pas foncièrement inhérente aux rapports de travail de droit public. En effet, la réintégration de l'agent public peut être écartée par le législateur. Comme en droit privé, l'indemnisation, en droit de la fonction publique, semble aujourd'hui être préférée à la réintégration, qui suscite de nombreuses réticences. En effet, on peut parfois mettre en doute la compatibilité entre la relation de subordination de l'employé et une réintégration imposée à l'employeur, puisqu'en matière de rapports de travail « un choc frontal entre le pouvoir patronal et la décision de justice s'opère. Contraindre un employeur à reprendre à son service et sous son autorité un indésirable, c'est lui dénier son pouvoir de direction. La jurisprudence ne veut pas forcer à ce point l'employeur. Plutôt payer que réintégrer »¹⁶³².

649

¹⁶²⁸ Voir NGUYEN, 1999, p. 449. Voir ég. HÄNNI, 1995, p. 431.

¹⁶²⁹ Cela n'est pas le cas dans d'autres ordres juridiques qui nous entourent, par exemple, celui de la France. En droit français, il existe plusieurs cas de réintégration qui concernent les travailleurs du secteur privé.

¹⁶³⁰ MAHON, 1994, p. 45.

¹⁶³¹ Par exemple, juste « avant l'entrée en vigueur de la LPers, lorsque l'employeur "fédéral" prononçait un licenciement qui était annulé, il devait réintégrer l'employé concerné ; la réintégration ne pouvait être remplacée par une indemnité versée ». SUBILIA-ROUGE, p. 314.

¹⁶³² SINAY, p. 417. Cette auteure examine ces réticences en France, mais celles-ci sont, à notre sens, les mêmes qu'en Suisse.

650 **L'influence du droit privé** – Dans le secteur privé, le principe de la liberté contractuelle s'oppose clairement à la réintégration des travailleurs¹⁶³³. C'est à ce même principe que semblent implicitement se référer les employeurs du secteur public, sous l'influence du *New public management*, en refusant de plus en plus d'accepter, à titre de sanction logique d'un licenciement infondé en droit public, la réintégration de l'employé¹⁶³⁴. Selon nous, le droit privé du travail a dès lors influencé le droit de la fonction publique, en ce qui concerne les conséquences d'un congé infondé. En effet, de nombreux législateurs se sont inspirés des règles du droit privé du travail s'agissant, par exemple, de l'indemnité en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO), voire même des conséquences prévues en cas de résiliation immédiate injustifiée (cf. art. 337c al. 3 CO). En outre, nous avons montré qu'il existe de la jurisprudence qui propose de s'inspirer de la réglementation de l'article 336a CO pour dédommager les agents publics licenciés de manière infondée et non réintégrés par l'employeur public. Partant, il existe une tendance à vouloir « rapprocher l'indemnité versée par certains cantons en vertu du droit de la fonction publique aux employés licenciés de manière injustifiée qui ne peuvent être réintégrés de l'indemnité versée pour licenciement abusif en vertu de l'art. 336a CO »¹⁶³⁵. Ces indemnités, d'une même et double finalité, punitive et réparatrice, sont donc comparables en droit de la fonction publique et en droit privé du travail. Sur ce point, incontestablement, le droit de la fonction publique s'est rapproché du droit privé du travail.

¹⁶³³ D'ailleurs, à cause de la liberté contractuelle, « [I]es juges craignent de s'immiscer dans une sphère interdite : le Pouvoir souverain de l'employeur. Forcer le chef d'entreprise à reprendre à son service un subordonné dont il a, par hypothèse, rompu le contrat par résiliation unilatérale, c'est lui récuser sa qualité de chef, c'est substituer le pouvoir judiciaire au pouvoir patronal ». SINAY, p. 428.

¹⁶³⁴ Cf., à cet égard, SINAY, p. 428. Pour combattre la disparition de la réintégration au sein des rapports de travail de droit public et afin d'offrir toutefois une bonne protection aux employés de l'Etat, une solution pourrait être de distinguer les licenciements « abusifs » des licenciements « injustifiés », dans le but de leur attribuer des conséquences différentes. Les congés abusifs pourraient alors être sanctionnés par la réintégration (principe) de l'employé (en raison du comportement abusif de l'employeur ou comme dans la LPers d'« un vice qualifié ») et les congés injustifiés par une indemnisation de l'employé (avec toutefois des montants dissuasifs pour l'employeur). Cf. *supra* N 588.

¹⁶³⁵ Voir l'arrêt de la Cour de Justice de Genève ATAS/1122/2014 du 30 octobre 2014, c. 12b.

§ 5 Synthèse

La résiliation des rapports de travail – Notre examen sur la cessation des rapports de travail a globalement montré que la résiliation des rapports de service en droit de la fonction publique a fortement subi l'influence du droit privé du travail et s'est progressivement rapprochée des règles du Code des obligations. Il existe toutefois des différences importantes, il convient ici de le rappeler, entre ces deux domaines du droit. 651

Motifs de résiliation et « justes motifs » – La différence la plus importante entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail réside dans le fait que les employeurs publics doivent toujours pouvoir invoquer des motifs fondés pour congédier leurs employés, lorsque ces derniers se trouvent en dehors de leur période probatoire, ce qui n'est pas le cas des employeurs privés. Ces motifs, en droit public, se distinguent des « justes motifs » (eux aussi fondés) invoqués en cas de résiliation immédiate des rapports de travail et qui sont équivalents, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à ceux de l'article 337 alinéa 2 CO. Partant, la notion de « justes motifs » et les exigences jurisprudentielles issues du droit privé – par exemple relatives au nombre et au contenu des avertissements qui doivent précéder un licenciement immédiat, lorsque le manquement de l'employé n'est pas assez grave – sont en principe applicables par analogie à la fonction publique. 652

Immédiateté de la réaction – En revanche, le Tribunal fédéral a reconnu dans plusieurs arrêts que la jurisprudence du droit privé relative à l'immédiateté de la réaction n'était pas transposable en matière de rapports de droit public. En effet, les contingences du droit de la fonction publique permettent d'accorder à un employeur public un délai de réaction plus long qu'en droit privé du travail, où il est généralement de deux à trois jours. Dans la fonction publique, le Tribunal fédéral a, par exemple, reconnu comme valable un délai de réflexion de trois semaines avant un licenciement immédiat. 653

Transformation d'un congé – Toujours en lien avec la résiliation immédiate des rapports de travail, il existe encore une différence entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail, car le droit public permet de transformer une résiliation immédiate en congé ordinaire, ce qui n'est pas le cas dans le droit privé¹⁶³⁶. 654

¹⁶³⁶ En effet, en droit privé du travail, le juge ne peut pas suppléer à un acte formateur, tandis que la décision d'une collectivité publique peut être modifiée par une autre décision, plus particulièrement par une décision émanant d'une autorité statuant sur un moyen juridictionnel.

- 655 **Révocation** – Par ailleurs, la révocation disciplinaire, qui subsiste dans quelques statuts du personnel, constitue elle aussi une différence entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail, bien qu'elle ait tendance à s'effacer. L'évolution des statuts du personnel indique effectivement une disparition de cette mesure disciplinaire, ce qui illustre le fait que le droit de la fonction publique s'est rapproché du droit privé du travail, ce dernier ne connaissant pas cette sanction. Toutefois, pour les quelques statuts qui la conservent encore, l'autorité a le choix d'emprunter la voie disciplinaire ou la voie administrative, de sorte que la révocation des rapports de travail est en fin de compte rarement prononcée.
- 656 **Démission** – En outre, en ce qui concerne la démission de l'employé, une différence subsiste entre le secteur public et le secteur privé. Elle réside dans le fait que la démission, en droit privé, est un acte unilatéral formateur de volonté, alors qu'en droit de la fonction publique, elle doit, pour déployer ses effets, être acceptée par l'autorité d'engagement. Cette conception, qui s'est développée dans le modèle traditionnel, dans lequel l'engagement de l'agent public a en principe lieu par un mode décisionnel et unilatéral, n'est cependant pas toujours compatible avec la logique d'une relation contractuelle, bien qu'elle soit établie avec un employeur public, où l'emporte le principe que chacune des parties devrait pouvoir manifester unilatéralement et librement sa volonté de résilier le contrat.
- 657 **Modes d'extinction** – S'agissant du mode d'extinction d'un rapport de travail de droit public, nous avons vu que, même si une collectivité publique a la possibilité de créer des rapports de travail par une décision, un contrat de droit public ou un contrat de droit privé, le parallélisme des formes n'est pas applicable pour la résiliation, qui pourrait toujours avoir lieu par la voie de la décision. Les législateurs peuvent bel et bien prévoir que la résiliation des rapports de travail s'effectue, dans toutes les circonstances, par une décision administrative de l'employeur public, même lorsque les rapports de service ont été établis par un contrat (de droit public ou de droit privé). Les modalités de résiliation sont toutefois différentes selon que l'employé est ou non soumis à l'application des principes constitutionnels ou à d'autres garanties de procédure administrative lors de la résiliation.

L'application des principes constitutionnels – Les modalités de résiliation sont encore différentes dans la fonction publique et en droit privé du travail, car le rapport de travail de droit public est soumis au respect des principes constitutionnels et généralement aux garanties de procédure administrative¹⁶³⁷. Pour la fin des rapports de travail, l'application des principes constitutionnels est toujours de rigueur lorsque le rapport juridique est soumis au droit public. S'agissant d'un contrat de droit privé, la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral considèrent que les principes constitutionnels devraient aussi s'appliquer à ce dernier, lorsque l'Etat est employeur et recourt à ce moyen pour engager ses collaborateurs. Ces considérations paraissent néanmoins étonnantes dans un système où les employeurs publics cherchent de plus en plus à se rapprocher des mécanismes de résiliation du droit privé du travail, afin de gagner en flexibilité. La pratique montre également que de nombreux employeurs publics recourent à des contrats de droit privé pour engager du personnel, quand bien même on réserve ces engagements à des cas exceptionnels.

Congé abusif – En ce qui concerne maintenant les congés abusifs, nous ferons remarquer que le droit de la fonction publique a là aussi évolué, en se laissant influencer par le droit privé du travail. En effet, les statuts les plus modernes du personnel des collectivités publiques contiennent aujourd'hui une disposition similaire à l'article 336 CO ou y renvoient¹⁶³⁸. L'influence du droit privé sur le droit de la fonction publique s'opère également par la jurisprudence qui se rapporte au droit privé, car elle permet parfois de circonscrire le caractère abusif du congé, notamment en matière de protection de la personnalité. Toutefois, en droit de la fonction publique, un congé abusif doit être distingué d'un congé non fondé, car tout congé abusif est infondé, mais l'inverse n'est pas vrai. Ce raisonnement en droit public est semblable à celui relatif à un congé immédiat, aussi en droit privé du travail, qui serait par hypothèse injustifié, sans pour autant être abusif. Selon nous, intégrer la notion de congé abusif dans la fonction publique n'est pas dénué d'intérêt, car cela permettrait de distinguer un congé injustifié d'un congé abusif. Et, partant, de prévoir, par exemple, des pénalités plus sévères (réintégration de l'employé ou indemnisation plus élevée) en cas de licenciement abusif de la part de l'employeur.

¹⁶³⁷ Cette soumission a cependant des conséquences dans la manière dont les agents publics seront traités, en comparaison avec les travailleurs du secteur privé.

¹⁶³⁸ Autrement dit, le droit de la fonction publique fait parfois référence à l'article 336 CO, que ce soit par la reprise de l'essence même du contenu de cette disposition ou encore par un renvoi au Code des obligations.

660 **Congé en temps inopportun** – L'influence du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique a également pu être observée s'agissant de la protection contre les congés en temps inopportun. En effet, les statuts les plus modernes du personnel des collectivités publiques contiennent aujourd'hui une disposition similaire à l'article 336c CO ou y renvoient. Par exemple, le droit fédéral renvoie aujourd'hui expressément à l'article 336c alinéa 1 du Code des obligations (cf. art. 34c al. 1 let. c LPers), et nombreux sont les statuts qui prévoient, de manière similaire au droit privé du travail, une disposition contre le licenciement en temps inopportun. A défaut d'une telle disposition, le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que l'article 336c CO ne s'applique pas comme un standard minimum en la matière, et que par conséquent, des différences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique sont admissibles : le fait qu'un statut de la fonction publique ne contienne pas de protection contre la résiliation en temps inopportun durant la période probatoire (même si celle-ci dure deux ans) ne constitue donc pas une lacune qu'il appartiendrait au juge de combler. Cette affirmation peut toutefois être nuancée pour deux raisons. La première consiste en ce que les collectivités publiques ont encore besoin de motifs fondés pour licencier leurs collaborateurs, ce qui n'est pas le cas des employeurs du secteur privé. Partant, la maladie ou l'accident ne peuvent pas, par exemple, être un motif admissible de résiliation en droit de la fonction publique. Indirectement, un agent public est donc protégé en cas d'incapacité de travail après sa période probatoire. La deuxième raison réside dans le fait que les collectivités publiques offrent souvent un droit au salaire plus généreux, c'est-à-dire sensiblement plus long, que les employeurs privés en cas d'empêchement de travailler¹⁶³⁹. Il en résulte qu'une protection contre les congés en temps inopportun n'est pas toujours considérée comme nécessaire par les législateurs et que celle-ci a une portée différente qu'en droit privé du travail¹⁶⁴⁰. Néanmoins, accorder une protection au moins équivalente à celle du droit privé contre les congés en temps inopportun, à des employés qui en seraient démunis (par exemple, lorsque la période probatoire se prolonge au-delà de trois mois) serait une mesure bienvenue.

¹⁶³⁹ En général, une résiliation ordinaire des rapports de travail pendant ce laps de temps n'est pas admissible.

¹⁶⁴⁰ En effet, le renvoi au Code des obligations n'a donc pas le même sens qu'en droit privé, ce dernier autorisant la résiliation pour cause d'empêchement de travailler (sauf pendant les périodes mentionnées à l'art. 336c CO), ce qui n'est pas le cas du droit de la fonction publique.

Conséquence d'un congé infondé – Les conséquences d'un congé infondé sont en principe différentes en droit privé du travail et dans la fonction publique, car le droit privé n'impose pas la réintégration d'un employé sur son lieu de travail (sous réserve du cas particulier prévu par la LEG, à savoir le congé-représailles lié à une discrimination fondée sur le sexe), contrairement au droit public. Nonobstant, nous avons vu que la réintégration a été peu à peu supplantée par l'indemnisation de l'employé, de sorte que l'exception est quasiment devenue la règle. D'ailleurs, la pratique confirme le fait que les collectivités publiques ont une grande liberté d'appréciation dans le choix de la mesure la plus appropriée et leurs décisions sont difficilement contestables devant une autorité de recours¹⁶⁴¹. Sous l'influence du *New public management*, les employeurs du secteur public refusent de plus en plus d'accepter, à titre de sanction logique d'un licenciement infondé en droit public, la réintégration de l'employé¹⁶⁴² ; ils préfèrent recourir à l'indemnisation, telle qu'elle est pratiquée dans le secteur privé. Une importante influence du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique a donc également pu être observée s'agissant des conséquences d'un congé infondé.

661

Conclusion – Les mécanismes de résiliation du droit de la fonction publique sont similaires à ceux du droit privé, même si l'étude approfondie de la jurisprudence montre qu'il existe encore des différences importantes entre les rapports de travail de droit public et ceux soumis au droit privé. Ces différences tiennent par exemple aux motifs nécessaires de résiliation en droit public (alors qu'aucune raison n'est exigée en droit privé, en vertu de la liberté contractuelle de l'employeur et sous réserve des articles 336 ss CO) ; elles tiennent aussi aux conséquences du congé (la réintégration est possible dans la fonction publique, alors que seule l'indemnisation est en principe autorisée en droit privé) ; elles tiennent enfin à l'application des principes constitutionnels et à certaines garanties de procédure lors de la résiliation. Partant, même si la fin des rapports de travail dans le secteur public est fortement influencée par le droit privé du travail et tend à se calquer sur celle du secteur privé, les dissemblances qui subsistent entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail constituent un frein à une totale assimilation du premier au second.

662

¹⁶⁴¹ La liberté de résiliation de l'employeur privé est cependant plus grande que celle de l'employeur public, ce dernier restant lié par l'obligation d'invoquer des motifs de résiliation et de respecter les principes constitutionnels.

¹⁶⁴² Cf. SINAY, p. 428.

Conclusion

Parvenus au terme de notre recherche, notre conclusion comportera deux étapes : dans la première, nous résumerons les principaux enseignements qui se sont dégagés de notre étude (§ 1)¹⁶⁴³ ; dans la seconde, nous formulerons quelques réflexions concernant les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique (§ 2).

663

§ 1 Les principaux enseignements de la thèse

A. Première partie : les fondements de la relation de travail

Dans la première partie de notre recherche, qui a porté sur les fondements de la relation de travail en Suisse, nous avons présenté, dans un **premier chapitre**, les *sources* législatives de cette relation. Nous avons également précisé qu'aujourd'hui encore, les relations de travail sont soumises au droit privé et donc principalement régies par les dispositions du Code des obligations qui concernent le contrat de travail (art. 319 ss CO). Pour le secteur public, en revanche, nous avons mis en lumière la multitude de législations existantes : un statut fédéral, vingt-six statuts cantonaux et plusieurs milliers de statuts communaux ou d'organisations de droit public. En effet, l'article 342 alinéa 1 lettre a CO contient une réserve exclusive en faveur des relations de travail de droit public, qui permet aux collectivités ou à des entités publiques d'adopter leur propre réglementation en matière de rapports de travail¹⁶⁴⁴.

664

¹⁶⁴³ En complément d'information, des synthèses à la fin de chaque chapitre exposent ces divers enseignements de manière plus approfondie que dans cette conclusion finale.

¹⁶⁴⁴ Cf., par exemple, MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013, N 7 ad art. 342 CO, p. 884.

665 Dans un **deuxième chapitre**, nous avons notamment exposé les *origines* du droit privé et du droit public du travail : alors que le droit romain a consacré les éléments essentiels du contrat de travail de droit privé, il faudra attendre la révolution industrielle pour que le droit public du travail, en tant que droit de protection des travailleurs, fasse son apparition¹⁶⁴⁵. En effet, entre la chute de l'ancienne Confédération et l'avènement de l'Etat fédéral actuel (1798-1848) a lieu une période transitoire pleine de bouleversements (puisqu'il y a eu l'apparition, entre autres, de nombreuses fabriques et l'exploitation ouvrière ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie) qui exerceront une influence importante sur le droit du travail¹⁶⁴⁶. Par ailleurs, l'étude de la naissance de l'Etat fédéral et de son administration a permis de contextualiser les origines du droit de la fonction publique, marqué par l'entrée en vigueur du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927. Rappelons que le StF est la première œuvre de codification, par le législateur suisse, des rapports de service des fonctionnaires au sein de la Confédération¹⁶⁴⁷ et qu'il représente le modèle traditionnel de la fonction publique. Ce modèle, répandu dans toutes les collectivités publiques¹⁶⁴⁸, se caractérise par la nomination du fonctionnaire pendant une période administrative, des échelles de traitement, un régime disciplinaire et une certaine garantie de l'emploi.

666 Dans un **troisième chapitre**, nous avons identifié les *caractéristiques essentielles* des rapports de travail. Pour les rapports de droit privé, il s'agit du principe de la liberté contractuelle. Du reste, le régime instauré en 1881 par le Code des obligations repose effectivement sur la liberté des contrats¹⁶⁴⁹. Quant au droit de la fonction publique, il se caractérise par la soumission des rapports de travail aux principes généraux régissant l'activité administrative (art. 5 Cst.), c'est-à-dire aux principes de la légalité, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité, de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de l'intérêt public ; mais également, par d'autres garanties de procédure, tel que le droit d'être entendu, applicables lorsque le rapport de travail relève du droit public.

¹⁶⁴⁵ PERRENOUD, 2016a, p. 74.

¹⁶⁴⁶ Voir EICHHOLZER, p. 200.

¹⁶⁴⁷ En effet, avant que ce statut n'existe, il n'y avait aucune loi helvétique traitant à proprement parler de leurs rapports de service, à savoir des droits et obligations qui leur étaient communs.

¹⁶⁴⁸ Le StF a effectivement influencé le droit du personnel des autres collectivités publiques. Cf. HELBLING, 2004a, p. 242.

¹⁶⁴⁹ Message 1967, pp. 249 s.

B. Deuxième partie : l'évolution du droit de la fonction publique

Le cours de notre recherche nous a amenée ensuite à examiner, dans une deuxième partie, l'évolution du droit de la fonction publique. Un **quatrième chapitre** a permis de retracer l'*évolution de la législation* du personnel des collectivités publiques. Cette évolution, perceptible tant à l'échelon national que cantonal (ou communal), est surtout notoire depuis le remplacement, en l'an 2000, sur le plan fédéral, du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) par la nouvelle loi fédérale sur le personnel de la Confédération (LPers)¹⁶⁵⁰. L'adoption de celle-ci résulte notamment des nombreuses critiques adressées à la « rigidité » du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) de 1927 et de l'influence des théories de la nouvelle gestion publique, qui prônent sa « flexibilisation » au moyen des outils du secteur privé. Que ce soit sur le plan fédéral ou cantonal, la vague de révisions des statuts traditionnels de la fonction publique a rapproché le droit de la fonction publique du régime du contrat individuel de travail régi par le Code des obligations, raison pour laquelle nous pouvons affirmer que le droit privé a joué un rôle manifeste dans l'évolution de la législation de la fonction publique.

667

Dans un **cinquième chapitre**, le même constat s'est imposé concernant l'*évolution du modèle traditionnel* de la fonction publique. Nous avons effectivement montré que l'évolution intervenue dans notre ordre juridique a permis de gommer, au moins partiellement, les différences entre les régimes traditionnels de la fonction publique et le droit privé du travail : le mode d'engagement unilatéral a généralement cédé la place aux engagements contractuels ; les licenciements ont été facilités par des mécanismes de résiliation proches du droit privé ; le salaire au mérite est monté en puissance dans le secteur public ; et, une tendance s'est dessinée vers la diminution, voire la suppression, des sanctions disciplinaires au sein des statuts du personnel. Partant, l'évolution du modèle traditionnel illustre, selon nous, de façon évidente, sinon exclusive, le rapprochement du droit de la fonction publique du droit privé du travail. En outre, l'influence de ce dernier sur le droit de la fonction publique a également engendré la modification de certains droits et devoirs de l'agent public et, avec celle-ci, l'évolution des droits fondamentaux du fonctionnaire, telles que sa liberté d'établissement, son droit de grève, sa liberté syndicale et sa liberté d'opinion et d'information.

668

¹⁶⁵⁰ Ce chapitre nous a ainsi permis de comparer le statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927 à la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000.

669 Dans un **sixième chapitre**, nous avons observé l'*évolution du fondement de la relation de travail* à travers différents processus. Par exemple, par le passage, dans de nombreuses collectivités publiques, de la décision unilatérale d'engagement (nomination) à la figure emblématique du contrat de droit public (mode bilatéral)¹⁶⁵¹; l'apparition des conventions collectives de travail (instrument caractéristique du droit privé) dans le secteur public ; enfin, l'incorporation de règles de droit privé du travail au droit de la fonction publique (par des renvois, des comblements de lacunes, une application par analogie ou des dispositions d'exécution)¹⁶⁵². Malgré ces influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, l'impact du droit privé est encore timide, car le passage de la décision de nomination au contrat de droit public n'a pas vraiment laissé la place à d'importantes négociations entre les parties ; les conventions collectives de travail sont encore un instrument rare au sein des administrations ; enfin, quelle que soit la méthode de renvoi au droit privé, celui-ci est généralement appliqué à titre de droit supplétif (et reste donc soumis aux principes de droit public). L'évolution observée jette néanmoins les fondements nécessaires à des échanges encore plus nombreux entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail.

C. Troisième partie : les statuts actuels de la fonction publique

670 La troisième partie de notre recherche a porté sur les statuts actuels de la fonction publique. Elle nous a donné l'occasion d'examiner la création et la cessation des rapports de travail, ce qui nous a permis de faire quelques constatations, que nous résumerons succinctement.

671 Dans le **septième chapitre**, qui concerne la *création des rapports de travail*, nous avons relevé que les emplois, tant dans le secteur privé que dans le secteur public sont généralement perméables et que toute personne peut en principe postuler au sein d'une administration.

¹⁶⁵¹ Selon nous, cette contractualisation a permis, par exemple sur le plan fédéral, un rapprochement flagrant des dispositions de la LPers avec celles du droit privé du travail, non seulement par l'incorporation de règles issues du CO, mais aussi par le renvoi de l'article 6 alinéa 2 LPers qui permet une application du CO par analogie et à titre de droit supplétif, ainsi que par la jurisprudence rendue en la matière.

¹⁶⁵² Nous avons ainsi démontré la volonté des employeurs du secteur public de se rapprocher du droit privé du travail, non pas par l'utilisation « pure et dure » de contrats de droit privé, mais plutôt par la contractualisation des rapports de travail (contrats de droit public), l'adoption de règles proches du Code des obligations, ou encore par l'application de celui-ci à titre de droit supplétif ; à quoi s'ajoute la tendance croissante à l'introduction de conventions collectives de travail de droit public.

Cependant, bien que le processus de recrutement soit similaire dans les deux secteurs, le secteur public se distingue de par la publication des postes vacants (afin d'assurer une égalité des chances d'accéder à une fonction publique) et la tendance à considérer le refus d'embauche comme une décision sujette à recours. Il en résulte que l'Etat, soumis aux principes de droit public, est tributaire de devoirs plus astreignants qu'un employeur du secteur privé lors du recrutement du personnel, sans oublier qu'il doit également respecter la personnalité des postulants. Par ailleurs, en comparaison avec un employeur du secteur privé qui ne dispose que du contrat individuel de travail (au sens des articles 319 ss du Code des obligations CO), nous avons montré que le droit de la fonction publique peut offrir à l'employeur plusieurs possibilités pour l'engagement de son personnel. En effet, les employeurs publics disposent parfois de la décision (nomination), du contrat de droit administratif (ou contrat de droit public), ou encore du contrat de droit privé.

Enfin, dans le **huitième chapitre**, portant sur la *cessation des rapports de travail*, nous avons démontré les nombreuses influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique. A n'en pas douter, les mécanismes de résiliation du droit de la fonction publique sont aujourd'hui similaires à ceux du droit privé. Les renvois à des dispositions du Code des obligations sont toujours plus fréquents (p. ex. concernant les « licenciements abusifs » ou les « congés en temps inopportun »)¹⁶⁵³ et l'étude approfondie de la jurisprudence en la matière a mis en évidence une grande ressemblance entre les deux ordres juridiques (p. ex. en ce qui concerne la notion de « justes » motifs), bien qu'il existe encore quelques différences entre eux. En effet, le Tribunal fédéral accorde, par exemple, un délai de réflexion plus long aux employeurs publics qu'à ceux du secteur privé, en ce qui concerne l'immédiateté de la réaction en réponse à une rupture extraordinaire des rapports de travail. En outre, le droit public permet de transformer une résiliation extraordinaire des rapports de travail en congé ordinaire, ce qui n'est pas le cas du droit privé. Mentionnons aussi le fait que les employeurs publics ont parfois le choix entre la révocation disciplinaire d'un employé ou son licenciement administratif, ou encore l'embarras du choix entre sa réintégration ou son indemnisation en cas de congé injustifié, ce qui n'est pas le cas des employeurs du secteur privé. En outre, la résiliation des rapports de travail d'un agent public doit toujours être fondée sur des motifs plausibles et notamment respecter le principe de la proportionnalité, l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, le droit d'être entendu du collaborateur, ainsi que d'autres garanties procédurales ou constitutionnelles que le juge peut contrôler.

672

¹⁶⁵³ Même si ceux-ci n'ont pas la même portée en droit public ou en droit privé du travail.

§ 2 Réflexions sur les résultats obtenus par la recherche

- 673 Ces divers enseignements nous amènent à la deuxième étape de notre conclusion, qui consiste à formuler quelques réflexions sur les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique.
- 674 Les résultats de notre recherche montrent de manière manifeste qu'il existe aujourd'hui de nombreuses influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique. Ces influences ne sont cependant pas nouvelles, car le droit privé a toujours permis, même depuis les origines de la fonction publique, de combler les lacunes de la législation des collectivités publiques en matière de relations de travail ou d'offrir un cadre juridique aux personnes qui en étaient démunies. Par exemple, la loi fédérale sur le travail dans les fabriques, adoptée le 23 mars 1877, et les premières règles du Code des obligations de 1881, servaient déjà à remédier à cette nécessité¹⁶⁵⁴.
- 675 En outre, nous ferons remarquer que les rapports contractuels de droit privé ont précédé les rapports de travail de droit public, puisque, jusqu'à la fin du 18^{ème} siècle, l'engagement des fonctionnaires relevait d'un rapport contractuel de droit civil auquel s'appliquaient les règles du droit privé romain¹⁶⁵⁵. Puis, au 19^{ème} siècle, une fois codifiées dans les codes cantonaux, les normes de droit privé servirent également à régir les rapports de travail des fonctionnaires, à défaut de règles spécifiques adoptées par les collectivités publiques¹⁶⁵⁶. De ce fait, le rapprochement observé dans notre étude entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail peut être considéré, en quelque sorte, comme un retour aux sources.
- 676 Par ailleurs, la délimitation entre les fonctions relevant du secteur privé et celles spécifiques au service public était, dès la naissance des administrations publiques, complètement floue. Selon nous, l'adoption du statut fédéral des fonctionnaires du 30 juin 1927 ne permit malheureusement pas de rendre plus limpide la frontière entre les fonctions qui devaient être assujetties à un statut de droit public et celles qui ressortissaient au droit privé du travail. Les difficultés liées à la qualification juridique des rapports de travail perdureront jusqu'à nos jours. C'est à vrai dire ce que montre l'examen de la jurisprudence en matière de qualification des rapports de travail des agents de l'Etat. Tant sur le plan fédéral que cantonal, on peine effectivement à trouver une ligne directrice et des critères uniformes permettant de déterminer clairement si un rapport de travail peut être ou non soumis au droit privé.

¹⁶⁵⁴ OTT, p. 25.

¹⁶⁵⁵ Cf. MICHEL, 1998, p. 223.

¹⁶⁵⁶ HELBLING, 2004a, p. 242.

Dans ce sens, les autorités judiciaires reconnaissent parfois la validité d'un engagement de droit privé, d'autres fois la rejettent, sans que l'on puisse dégager une règle objective fondant la nécessité de requalifier l'engagement d'un employé.

Pour résoudre ces problèmes de qualification, on peut légitimement se demander pourquoi ne pas réinterroger, en droit suisse du travail, les deux catégories fondamentales de l'ordre juridique que sont le droit privé et le droit public, cela dans le but de créer un droit uniforme¹⁶⁵⁷. Du reste, CERUTTI propose dans cette optique de « décloisonner » la dichotomie entre droit privé et droit public afin de permettre une meilleure compénétration de ces deux secteurs, car il ne faut pas les envisager de manière totalement distincte, mais considérer qu'ils sont intrinsèquement liés¹⁶⁵⁸. Pour MOOR, ce phénomène de décloisonnement n'implique « ni la disparition de l'opposition, ni le rapprochement entre droit public et droit privé »¹⁶⁵⁹. Selon lui, les principes généraux en eux-mêmes « ne sont ni ne peuvent être classés : ils sont, au même titre que l'opposition, systématiques, et ne peuvent donc l'affecter. Si, par exemple, la prescription est appliquée en droit public, ce n'est pas parce qu'elle est déjà connue en droit privé – il y aurait alors rapprochement – mais qu'elle est fondamentale dans le système juridique ; elle découle de son unité »¹⁶⁶⁰.

Selon nous, bien que la réponse à la question de savoir s'il y a eu ou non rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique soit encore sujette à caution¹⁶⁶¹, les nombreuses influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique auxquelles on assiste ne peuvent pas être niées. En effet, notre recherche a illustré, sur plusieurs points, l'important degré d'intégration, dans les régimes ordinaires de travail de droit public, des

¹⁶⁵⁷ Même si le fait d'instaurer un régime unique, tout d'abord en droit de la fonction publique et qui plus est, de la relation de travail en Suisse, paraît politiquement difficile. Voir le débat in : *Plaidoyer* 6/2015, p. 7.

¹⁶⁵⁸ CERUTTI, pp. 4-5.

¹⁶⁵⁹ MOOR, 1977, p. 154.

¹⁶⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁶¹ En effet, on pourrait répondre à MOOR que tous les emprunts au droit privé du travail ne sont pas fondamentaux dans le système juridique qui régit la fonction publique, de telle sorte qu'il y a bel et bien rapprochement ! Par exemple, nous avons vu que le mode contractuel n'est pas essentiel au droit de la fonction publique, dans lequel les engagements peuvent très bien résulter d'un mode statutaire et unilatéral (nomination). Les conventions collectives de travail ne sont pas non plus un instrument inhérent et indispensable au droit public. Enfin, les renvois au droit privé du travail ne sont pas non plus nécessaires, puisque les collectivités publiques peuvent elles-mêmes aménager leurs propres règles et instaurer une réglementation en matière de personnel.

règles et des techniques caractéristiques d'un régime de droit privé. Cependant, notre analyse a aussi montré qu'on ne saurait ignorer qu'il existe encore de nombreuses particularités propres au droit de la fonction publique et que les différences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique constituent des résistances à l'identification du second au premier. Parmi ces résistances, nous en désignerons une, qui nous semble constituer l'entrave la plus marquante à cette identification. Il s'agit de l'application des principes constitutionnels aux rapports de travail, lorsque l'Etat est employeur (cf. art. 5 Cst.). En effet, les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la bonne foi lient non seulement le législateur et le juge, mais aussi les autorités exécutives, c'est-à-dire l'administration dans son activité¹⁶⁶². D'ailleurs, ces principes sont d'une telle importance qu'on propose même leur application aux engagements de droit privé lorsque l'Etat est employeur. Dans ce contexte, le refus, par la doctrine et la jurisprudence, d'admettre que les employeurs publics puissent recourir aux contrats de droit privé vise principalement à empêcher les collectivités publiques d'éluider l'application des principes constitutionnels aux rapports de travail. Qui plus est, d'autres garanties constitutionnelles (ou conventionnelles) de procédure, par exemple le droit d'être entendu, applicables tant à la procédure non contentieuse qu'aux litiges devant les autorités judiciaires, ne doivent pas non plus pouvoir être contournées par l'utilisation de contrats de droit privé par les employeurs du secteur public.

679 Autrement dit, l'« Etat employeur doit rester soumis aux principes constitutionnels »¹⁶⁶³. Et cela, à cause du rôle et de la « finalité essentielle » de l'Etat qui « doit garantir le déroulement libre et régulier de la vie sociale »¹⁶⁶⁴. Celui-ci assure des prérogatives de droit public, contrairement à un employeur du secteur privé. Il existe ainsi de véritables enjeux qui poussent à maintenir un droit de la fonction publique distinct et en principe plus protecteur que le droit privé du travail : il s'agit de garantir l'indépendance des services publics, d'éviter la corruption de nos agents et de préserver la démocratie en Suisse.

680 En raison de ces besoins fondamentaux pour l'équilibre de notre pays, on peut donc mettre en doute la possibilité d'une identification complète du régime de droit public à celui de droit privé en matière de droit du travail, à moins que les relations de travail de droit privé soient un jour aussi irriguées par les principes constitutionnels, si essentiels à l'activité administrative.

¹⁶⁶² Cf. KNAPP, 1991, N 444, p. 95.

¹⁶⁶³ Débat in : Plaidoyer 6/2015, p. 6.

¹⁶⁶⁴ Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 94. Ces auteurs précisent toutefois que la finalité étatique a quelque peu changé, dans la mesure où elle s'est de plus en plus diversifiée.

Malgré les interrogations persistantes de la doctrine concernant la justification de l'existence même d'une dichotomie entre droit privé et droit public, au vu de l'effacement progressif de leurs différences¹⁶⁶⁵, nous soutenons, comme MOOR, que si le droit privé devient en quelque sorte un instrument de droit public, « cela ne signifie nullement que l'opposition s'efface ; bien plutôt, son besoin se renforce. Car l'évolution se marque particulièrement par une conséquence inattendue, mais de plus en plus évidente : l'exercice des compétences étatiques se soustrait ainsi aux conditions matérielles et aux procédures que le droit public a instituées pour en garantir la régularité, sans que le droit privé ne puisse en fournir l'équivalence. Mais il est clair aussi que cette "soustraction" n'est possible que grâce à l'idée moniste qu'une institution de droit privé reste toujours du droit privé, et qu'elle ne peut par conséquent jamais être traitée en tant que droit public »¹⁶⁶⁶. D'ailleurs, les différences qui subsistent entre le droit actuel de la fonction publique et le droit privé du travail l'ont très bien montré : le recours par les collectivités publiques au droit privé du travail doit se faire avec précaution, car ce dernier n'apporte pas toujours des solutions satisfaisantes aux problèmes de droit public et à la complexité des rapports juridiques qu'il engendre.

¹⁶⁶⁵ Pour certains, nous avons vu que la distinction (ou « opposition ») entre ces deux domaines du droit tend à disparaître par une « osmose » progressive, cf. *supra* N 5.

¹⁶⁶⁶ MOOR, 1977, p. 154.

Annexes

Liste des statuts cantonaux du personnel et leurs dispositions d'exécution

Canton	Statut du personnel	Règlement/ordonnance d'application
Appenzell Rhodes-Extérieures (AR)	Personalgesetz (PG), du 24 octobre 2005 ¹⁶⁶⁷	Personalverordnung (PGV), du 20 novembre 2007 ¹⁶⁶⁸
Appenzell Rhodes-Intérieures (AI)	Personalverordnung (PeV), du 30 novembre 1998 ¹⁶⁶⁹	
Argovie (AG)	Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts (Personalgesetz, PersG), du 16 mai 2000 ¹⁶⁷⁰	Personal- und Lohnverordnung (PLV), du 25 septembre 2000 ¹⁶⁷¹
Bâle-Campagne (BL)	Gesetz über die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons (Personalgesetz), du 25 septembre 1997 ¹⁶⁷²	Verordnung zum Personalgesetz, du 19 décembre 2000 ¹⁶⁷³
Bâle-Ville (BS)	Personalgesetz, du 17 novembre 1999 ¹⁶⁷⁴	Verordnung zum Personalgesetz, du 27 juin 2000 ¹⁶⁷⁵

¹⁶⁶⁷ RS/AR 142.21.

¹⁶⁶⁸ RS/AR 142.212.

¹⁶⁶⁹ RS/AI 172.310.

¹⁶⁷⁰ RS/AG 165.100.

¹⁶⁷¹ RS/AG 165.111.

¹⁶⁷² RS/BL 150.

¹⁶⁷³ RS/BS 150.11.

Berne (BE)	Loi sur le personnel (LPers), du 16 septembre 2004 ¹⁶⁷⁶	Ordonnance sur le personnel (OPers), du 18 mai 2005 ¹⁶⁷⁷
Fribourg (FR)	Loi sur le personnel de l'Etat (LPers), du 17 octobre 2001 ¹⁶⁷⁸	Règlement du personnel de l'Etat (RPers), du 17 décembre 2002 ¹⁶⁷⁹
Genève (GE)	Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC), du 4 décembre 1997 ¹⁶⁸⁰	Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'Etat de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (RPAC), du 24 février 1999 ¹⁶⁸¹
Glaris (GL)	Gesetz über das Personalwesen (Personalgesetz), du 5 mai 2002 ¹⁶⁸²	Personalverordnung, du 12 décembre 2006 ¹⁶⁸³
Grisons (GR)	Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden (Personalgesetz, PG), du 14 juin 2006 ¹⁶⁸⁴	Personalverordnung, du 12 décembre 2006 ¹⁶⁸⁵

¹⁶⁷⁴ RS/BS 162.100.¹⁶⁷⁵ RS/BS 162.110.¹⁶⁷⁶ RS/BE 153.01.¹⁶⁷⁷ RS/BE 153.011.1.¹⁶⁷⁸ RS/FR 122.70.1.¹⁶⁷⁹ RS/FR 122.70.11.¹⁶⁸⁰ RS/GE B 5 O5.¹⁶⁸¹ RS/GE B 5 05.01.¹⁶⁸² RS/GL II A/6/1.¹⁶⁸³ RS/GL II A/6/2.¹⁶⁸⁴ RS/GR 170.400.¹⁶⁸⁵ RS/GR 170.410.

Jura (JU)	Loi sur le personnel de l'Etat, du 22 septembre 2010 ¹⁶⁸⁶	Ordonnance sur le personnel de l'Etat, du 29 novembre 2011 ¹⁶⁸⁷
Lucerne (LU)	Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz, PG), du 26 juin 2001 ¹⁶⁸⁸	Verordnung zum Personalgesetz (Personalverordnung, PVO), du 24 septembre 2002 ¹⁶⁸⁹
Neuchâtel (NE)	Loi sur le statut de la fonction publique (LSt), du 28 juin 1995 ¹⁶⁹⁰	Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique (RSt), du 9 mars 2005 ¹⁶⁹¹
Nidwald (NW)	Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz, PersG), du 3 juin 1998 ¹⁶⁹²	Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (Personalverordnung, PersV), du 1 ^{er} décembre 1998 ¹⁶⁹³
Obwald (OW)	Staatsverwaltungsgesetz, du 8 juin 1997 ¹⁶⁹⁴	Personalverordnung, du 29 janvier 1998 ¹⁶⁹⁵
Saint-Gall (SG)	Personalgesetz (PersG), du 25 janvier 2011 ¹⁶⁹⁶	Personalverordnung (PersV), du 13 décembre 2011 ¹⁶⁹⁷

¹⁶⁸⁶ RS/JU 173.11.

¹⁶⁸⁷ RS/JU 173.111.

¹⁶⁸⁸ RS/LU 51

¹⁶⁸⁹ RS/LU 52.

¹⁶⁹⁰ RS/NE 152.510.

¹⁶⁹¹ RS/NE 152.511.

¹⁶⁹² RS/NW 165.1.

¹⁶⁹³ RS/NW 165.111.

¹⁶⁹⁴ RS/OW 130.1.

¹⁶⁹⁵ RS/OW 141.11.

¹⁶⁹⁶ RS/SG 143.1.

¹⁶⁹⁷ RS/SG 143.11

Schaffhouse (SH)	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz), du 3 mai 2004 ¹⁶⁹⁸	Verordnung über die Arbeitsverhältnisse des Staatspersonals (Personalverordnung), du 14 décembre 2004 ¹⁶⁹⁹
Schwytz (SZ)	Personal- und Besoldungsgesetz (Personalgesetz, PG), du 26 juin 1991 ¹⁷⁰⁰	Personal- und Besoldungsverordnung (Personalverordnung, PV), du 4 décembre 2007 ¹⁷⁰¹
Soleure (SO)	Gesetz über das Staatspersonal, du 27 septembre 1992 ¹⁷⁰²	Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung, PRV), du 25 juin 2007 ¹⁷⁰³
Tessin (TI)	Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti (LORD), du 15 mars 1995 ¹⁷⁰⁴	Regolamento dei dipendenti dello Stato, du 2 juillet 2014 ¹⁷⁰⁵
Thurgovie (TG)	Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonal, du 9 décembre 2003 ¹⁷⁰⁶	
Uri (UR)	Personalverordnung (PV), du 15 décembre 1999 ¹⁷⁰⁷	Personalreglemente, du 24 octobre 2000 ¹⁷⁰⁸
Valais (VS)	Loi sur le personnel de l'Etat du Valais, du 19 novembre 2010 ¹⁷⁰⁹	Ordonnance sur le personnel de l'Etat du Valais, du 22 juin 2011 ¹⁷¹⁰

¹⁶⁹⁸ RS/SH 180.100.

¹⁶⁹⁹ RS/SH 180.11.

¹⁷⁰⁰ RS/SH 145.110.

¹⁷⁰¹ RS/SH 145.110.

¹⁷⁰² RS/SO 126.1.

¹⁷⁰³ RS/SO 126.31.

¹⁷⁰⁴ RS/TI 2.5.4.1.

¹⁷⁰⁵ RS/TI 2.5.4.1.1.

¹⁷⁰⁶ RS/TG 177.112.

¹⁷⁰⁷ RS/UR 2.4211.

¹⁷⁰⁸ RS/UR 2.4213.

Vaud (VD)	Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers), du 12 novembre 2001 ¹⁷¹¹	Règlement d'application de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (RLPers), du 9 décembre 2002 ¹⁷¹²
Zoug (ZG)	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz), du 1 ^{er} septembre 1994 ¹⁷¹³	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalverordnung), du 12 décembre 1994 ¹⁷¹⁴
Zurich (ZH)	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz), du 27 septembre 1998 ¹⁷¹⁵	Personalverordnung, du 16 décembre ¹⁷¹⁶

¹⁷⁰⁹ RS/VS 172.2.

¹⁷¹⁰ RS/VS 172.200.

¹⁷¹¹ RS/VD 172.31.

¹⁷¹² RS/VD 172.31.1.

¹⁷¹³ RS/ZG 154.21.

¹⁷¹⁴ RS/ZG 154.211.

¹⁷¹⁵ RS/ZH 177.10.

¹⁷¹⁶ RS/ZH 177.11.

Bibliographie

A

- ANDERMATT ARTHUR et al. Demokratische Rechte im Öffentlichen Dienst, Berne 1983 (cité : ANDERMATT).
- ANTONIEVITCH TIHOMIR La nature juridique de la fonction publique, thèse, Genève 1914 (cité : ANTONIEVITCH).
- ARIOLI KATHRIN Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben : unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, Zurich 1992 (cité : ARIOLI, 1992).
- ARIOLI KATHRIN et FURRER ISELI FELICITAS L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle/Genève/Munich 2000 (cité : ARIOLI/FURRER ISELI).
- VON ARX CHRISTINE Die einseitige Abänderbarkeit eines öffentlich-rechtlichen Anstellungs-vertrages unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des Privaten, Diss. Bâle 2002 (cité : VON ARX).
- AUBERT GABRIEL Le contentieux, in : Aubert/Bellanger/Tanquerel (édit.), Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 2000, pp. 63-68 (cité : AUBERT, 2000).

- AUBERT GABRIEL Convention collective et contrat-type de travail : survol d'un siècle, in : Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, pp. 3-15 (cité : AUBERT, 2004).
- AUBERT GABRIEL Commentaire des art. 319-362 CO, in : Thevenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : AUBERT, CR 2012).
- AUBERT GABRIEL Les rapports entre le droit privé et le droit public – Quelques étapes, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016 (cité : AUBERT, 2016).
- AUBERT GABRIEL,
BELLANGER FRANÇOIS et
TANQUEREL THIERRY Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 2000 (cité : AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL).
- AUBERT GABRIEL et
LEMPEN KARINE (édit.) Commentaire de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011 (cité : [AUTEUR], Commentaire LEg 2011).
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail, in : Regards croisés sur le droit du travail : « liber amicorum » pour Gabriel Aubert, Genève 2015, pp. 27-39 (cité : AUBRY GIRARDIN).
- AUBY JEAN-BERNARD Réflexions générales sur la nouvelle gestion publique et sur les perspectives de réforme en Europe continentale, in : Réforme de l'Etat et de l'administration en Europe, Zurich 2011, pp. 47-50 (cité : AUBY).

- AUER ANDREAS
Le statut de la fondation Pérène et de son personnel, RJJ 2001, pp. 187-213 (cité : AUER).
- AUER ANDREAS,
MALINVERNI GIORGIO et
HOTTELIER MICHEL
Droit constitutionnel suisse, L'Etat, vol. 1, 3^{ème} éd., Berne 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 1).
- AUER ANDREAS,
MALINVERNI GIORGIO et
HOTTELIER MICHEL
Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, vol. 2, 3^{ème} éd., Berne 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2).
- B**
- BAUR FRANÇOIS E. et
ROSSINELLI MICHEL
Droit du travail et de la fonction publique, in : Droit LGBT, Bâle 2015, pp. 513-553 (cité : BAUR/ROSSINELLI).
- BEGERT URSULA
New Public Management - Anmerkung zu Realisierung in der Praxis, in : New Public Management - eine Perspektive für den Sozialstaat ? - : Fachtagung vom 26 Juni 1998, Organisation : LAKO, Sozialforum Schweiz, Zurich 1998, p. 6 (cité : BEGERT).
- BELLANGER FRANÇOIS
La légalité lorsque l'Etat agit par des moyens de droit privé, in : La légalité, un principe à géométrie variable, Genève 1992, pp. 67-90 (cité : BELLANGER, 1992).

- BELLANGER FRANÇOIS L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration décentralisée, in : Aubert/Bellanger/Tanquerel (édit.), *Fonction publique : vers une privatisation ?*, Zurich 2000, pp. 43-61 (cité : BELLANGER, 2000).
- BELLANGER FRANÇOIS Le renouveau du contrat de droit administratif, in : *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, pp. 289-303 (cité : BELLANGER, 2004).
- BELLANGER FRANÇOIS Le contentieux des sanctions et des licenciements en droit genevois de la fonction publique, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2012, pp. 216-246 (cité : BELLANGER, 2012).
- BELLANGER FRANÇOIS et ROY CÉLINE Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique suisse, in : *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne 2013, pp. 461-479 (cité : BELLANGER/ROY).
- BELSER EVA MARIA Religiöse Symbole im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, in : *Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique*, Annuaire 2011 de l'Association suisse de droit public de l'organisation, Berne 2012, pp. 113-128 (cité : BELSER).
- BELLWALD PETER Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Beamten, Berne 1985 (cité : BELLWALD).
- BERCHER ANDRÉ La nature juridique de la fonction publique : essai de critique et de synthèse, Vevey 1935 (cité : BERCHER).

- BERENSTEIN ALEXANDRE Le congédiement des fonctionnaires « indignes de confiance », RSS, 42^{ème} année, n° 9, Berne 1950 (cité : BERENSTEIN, 1950).
- BERENSTEIN ALEXANDRE Etudes de droit social – 1936-1977 : hommage de la Faculté de droit, Genève 1979 (cité : BERENSTEIN, 1979).
- BERENSTEIN ALEXANDRE Le contrat de travail : un siècle d'évolution législative, in : Le centenaire du code des obligations, Fribourg 1982, pp. 227-255 (cité : BERENSTEIN, 1982).
- BERENSTEIN ALEXANDRE,
MAHON PASCAL et
DUNAND JEAN-PHILIPPE Labour Law in Switzerland, International Encyclopedia of Laws : Labour Law and Industrial Relations, Alphen aan den Rijn (NL), 2011 (cité : BERENSTEIN/MAHON/DUNAND).
- BERTSCHI MARTIN Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht : das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, ZBl 2004, pp. 617-643 (cité : BERTSCHI).
- BIGLER-EGGENBERGER
MARGRITH in : Bigler-Eggenberger Margrith et Kaufmann Claudia (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité [publié par l'Union syndicale suisse et le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes], Lausanne 2000 (cité : BIGLER-EGGENBERGER).

- BIGLER OLIVIER La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 : entre droit, politique et histoire, les enjeux de l'écriture constitutionnelle, thèse, Neuchâtel 2013 (cité : BIGLER).
- BINDSCHIEDLER TORNARE OLIVIER Droit administratif cantonal : l'indemnisation pour licenciement contraire au droit : évolution de la jurisprudence de 2005 à 2015 dans le cadre de la fonction publique genevoise, in : Regards de marathoniens sur le droit suisse : mélanges publiés à l'occasion du 20^{ème} "Marathon du droit", Genève 2015, pp. 323-331 (cité : BINDSCHIEDLER TORNARE).
- BIRKHÄUSER NOAH Die Kündigung im öffentlichen Personalrecht des Kantons Basel-Landschaft, BJM 2009, pp. 1-34 (cité : BIRKHÄUSER).
- BOIS PHILIPPE La cessation des rapports de service à l'initiative de l'employeur dans la fonction publique, in : RJN 1983, pp. 9-32, réédité in : Etudes de droit social, Le droit du travail en pratique, vol. 3, Zurich 1991, pp. 237-273 (cité : BOIS).
- BONARD ALINE in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : BONARD, Commentaire 2013).
- BOTINNELLI MARIETTE Le nouveau droit du personnel : un défi, in : Modernisation du statut de la fonction publique : opportunités et barrières pour une nouvelle gestion publique, Publication de l'Office fédéral du personnel, vol. 13, Berne 2000 (cité : BOTINNELLI).

- BOVAY BENOÎT,
avec la collab.
de BLANCHARD THIBAUT Procédure administrative, Berne 2000 (cité : BOVAY).
- BRUCHEZ CHRISTIAN Commentaire de l'art. 13 LEg, Voies de droit dans les rapports de travail de droit public, in : Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, pp. 277-298 (cité : BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011).
- BRÜHWILER JÜRIG Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst : Gedanken zum Verhandlungs- und Beitrittsanspruch der Personalverbände, DTA 2001, 4, pp. 171-178 (cité : BRÜHWILER, 2001).
- BRÜHWILER JÜRIG Einzelarbeitsvertrag : Kommentar zu den Art. 319-343, 3^{ème} éd., Berne (cité : BRÜHWILER, 2014).
- BRUNNER CHRISTIANE,
BÜHLER JEAN-MICHEL,
WAEBER JEAN-BERNARD et
BRUCHEZ CHRISTIAN Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., Lausanne 2004 (cité : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ).

C

- CANDRIAN JÉRÔME Validité d'une convention mettant fin aux rapports de travail ; analyse de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1711/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch février 2016 (cité : CANDRIAN).

- CEROTTINI ERIC et
SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE Débat : « L'Etat employeur doit rester soumis aux principes constitutionnels » entre CEROTTINI ERIC et SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, in : *Plaidoyer* 6/2015, pp. 6-9 (cité : débat in : *Plaidoyer* 6/2015).
- CERUTTI DAVIDE Le droit décloisonné et la norme décloisonnante : un pont sans rives ? : croisière sur le sens et la nature du décloisonnement, in : « Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genève et al. 2009, pp. 3-26 (cité : CERUTTI).
- CHAVANNE MICHEL Le contrôle judiciaire de la rémunération de la fonction publique : exemple vaudois, *JdT* 2015 III 60 ss (cité : CHAVANNE).
- COSSALI SAUVAIN MONIQUE Le fonctionnaire est-il un citoyen ordinaire ? Liberté d'expression et devoir de réserve des employés de l'Etat à la lumière de l'affaire « Ramadan », in : *L'atelier du droit, Mélanges Heinrich Koller*, Bâle 2006, pp. 23-33 (cité : COSSALI SAUVAIN).
- D**
- DIETSCHY PATRICIA Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse Neuchâtel, Bâle 2011 (cité : DIETSCHY).
- DIZERENS YANN-ERIC La gestion des ressources humaines salariées et bénévoles, Genève/Zurich/Bâle 2014 (cité : DIZERENS).

- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE Les collectivités publiques peuvent (continuer de) recourir au droit privé pour régir les relations de travail avec certains de leurs agents ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_227/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2015 (cité : DÉFAGO GAUDIN, analyse TF 8C_227/2014).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE Conflits et fonction publique : instruments, in : Conflits au travail – Prévention, gestion, sanctions, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cité : DÉFAGO GAUDIN, 2015).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE Les obstacles à la privatisation de la fonction, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016 (cité : DÉFAGO GAUDIN, 2016).
- DELLEY JEAN-DANIEL New Public Management and neue staatliche Handlungsformen, in : Umbruch in Politik und Verwaltung, Berne et al. 1995, pp. 439-451 (cité : DELLEY, 1995).
- DELLEY JEAN-DANIEL Fonction publique : le statut donne l'illusion de la sécurité, in : Domaine Public, 1^{er} octobre 1998, DP 1358 (cité : DELLEY, 1998).
- DELLEY JEAN-DANIEL Statut des fonctionnaires fédéraux : un bouclier factice, in : Domaine public, 19 mai 2000, DP 1430 (cité : DELLEY, 2000).
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL
DES FINANCES La loi sur le personnel de la Confédération, Documentation, Berne 2001 (cité : LPers, documentation).

- DHS Dictionnaire historique de la Suisse, édition électronique, disponible en ligne sur « <http://www.hls-dhs-dss.ch> » (cité : [AUTEUR, "titre de l'article"], in : DHS).
- DOGAN YENISEY KÜBRA La modification du contrat de travail, Etude de droit suisse et de droit français, Genève/Zurich/Bâle 2005 (cité : DOGAN YENISEY).
- DONATSCH MARCO Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst : berechtigtes Anliegen oder juristischer Irrweg, in : Jusletter, 3 mai 2010 (cité : DONATSCH).
- DORAND JEAN-PIERRE et al. Histoire de la Suisse, Fribourg 1987 (cité : DORAND et al.).
- DUBEY JACQUES et ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE Droit administratif général, Bâle 2014 (cité : DUBEY/ZUFFEREY).
- DUBS JAKOB Le droit public de la Confédération Suisse : exposé pour le peuple, vol. 1, Introduction générale et droit public cantonal, Neuchâtel/Genève 1878 (cité : DUBS, 1878a).
- DUBS JAKOB Le droit public de la Confédération Suisse : exposé pour le peuple, vol. 2, Droit public fédéral, Neuchâtel/Genève 1878 (cité : DUBS, 1878b).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE Une indemnité d'un an de salaire vaut-elle mieux que réintégrer l'employé licencié abusivement ?, in : Plaidoyer 2/2010, p. 34 (cité : DUNAND, 2010).

- DUNAND JEAN-PHILIPPE in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : DUNAND, Commentaire 2013).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE Internet au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in : DUNAND/MAHON (édit.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 33-72 (cité : DUNAND, 2014).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE Consécration de la notion de « délai social » en cas de licenciement immédiat : une (fausse) bonne idée ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_340/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2015 (cité : DUNAND, 2015a).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ? : exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), in : Regards croisés sur le droit du travail, Genève 2015, pp. 131-148 (cité : DUNAND, 2015b).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE La discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg), in : L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, pp. 35-71 (cité : DUNAND, 2016).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE et
CHANSON GEORGES Le droit du travail en évolution : nouveautés jurisprudentielles, législatives et doctrinales pour les années 2009-2010, La pratique de l'avocat, Berne 2011, pp. 505-586. Disponible uniquement sur support électronique (cité : DUNAND/CHANSON).

DUNAND JEAN-PHILIPPE et
MAHON PASCAL (édit.)

« Le droit décloisonné » : interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genève et al. 2009 (cité : DUNAND/MAHON, 2009).

DUNAND JEAN-PHILIPPE et
MAHON PASCAL (édit.)

Commentaire du contrat de travail (art. 319-362 CO), Berne 2013 (cité : [AUTEUR], Commentaire 2013).

DUNAND JEAN-PHILIPPE,
MAHON PASCAL,
BOUVERAT CATHERINE,
BRÜGGER NICOLAS,
HASSISSENE INÈS et
MADER MÉLANIE

Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, Etude établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice, Berne 2015 (cité : DUNAND/MAHON et al., 2015).

DUNAND JEAN-PHILIPPE,
MAHON PASCAL et
PERRENOUD STÉPHANIE (édit.)

Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016).

DUNAND JEAN-PHILIPPE,
SCHMIDLIN BRUNO et
WINIGER BÉNÉDICT

Droit privé romain II, Obligations, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER).

DUNAND JEAN-PHILIPPE et
TORNARE SANDRINE

L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité), in : DUNAND/MAHON (édit.), *Conflits au travail - Prévention, gestion, sanctions*, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 29-70 (cité : DUNAND/TORNARE).

DUNAND JEAN-PHILIPPE,
WYLER RÉMY, DUPONT ANNE-
SYLVIE et KAHIL-WOLFF
BETTINA

Droit social (vol. 1) - Droit du travail, recueil de textes, 4^{ème} éd., Bâle 2014 (cité : DUNAND/WYLER/DUPONT/KAHIL-WOLFF).

E

EICHHOLZER EDUARD

Aperçu sur l'historique du droit du travail en Suisse, Tiré à part de : RSS, 49^{ème} année, n° 7/8, Berne 1947 (cité : EICHHOLZER).

EMERY YVES

Salaire à la performance dans le secteur public, Berne 1994 (cité : EMERY, 1994).

EMERY YVES

Possibilités et limites de la gestion du personnel dans l'administration publique, dans une perspective post-Nouvelle Gestion Publique, in : *Réforme de l'Etat et de l'administration en Europe*, Zurich 2011, pp. 109-127 (cité : EMERY, 2011).

EMERY YVES

La rémunération en fonction des prestations, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2012, pp. 147-167 (cité : EMERY, 2012).

EMERY YVES,
GIAUQUE DAVID et
WYSER CAROLE

La GRH publique face aux paradoxes et dilemmes de l'après-fonctionnariat, in : Emery/Giauque (édit.), Dilemmes de la GRH publique, Lausanne 2007, pp. 1-35 (cité : EMERY/GIAUQUE/WYSER).

F

FAVRE ANNE-CHRISTINE,
MARTENET VINCENT et
POLTIER ÉTIENNE (édit.)

La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Bâle/Zurich 2016 (cité : FAVRE/MARTENET/POLTIER).

FAVRE CHRISTIAN,
MUNOZ CHARLES et
TOBLER ROLF A.

Le contrat de travail – Code annoté, 2^{ème} éd., Lausanne 2010 (cité : FAVRE/MUNOZ/TOBLER).

FINGER MATTHIAS

Une réflexion critique sur la Nouvelle Gestion Publique, in : Parlement, vol. 15, num. 2, pp. 8-10, Berne 2012 (cité : FINGER).

FLEINER FRITZ

Beamtenstaat und Volksstaat, Festgabe für Otto Mayer zum siebenzigsten Geburtstag 29. März 1916, reproduit in : Ausgewählte Schriften und Reden, Zurich 1941 (cité : FLEINER).

FLÜCKIGER ALEXANDRE

L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration ; un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand ?, Berne 1998 (cité : FLÜCKIGER).

G

- GABUS PIERRE La liberté d'établissement face à l'obligation de résidence des fonctionnaires, RDAF 42/1986, pp. 125-137 (cité : GABUS).
- GAGLIARDI BARBARA La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso, Naples 2012 (cité : GAGLIARDI).
- GEISER THOMAS Rechtliche Hindernisse zur Einführung einer vereinheitlichen Regelung der Arbeitsverhältniss, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016 (cité : GEISER).
- GEISER THOMAS et MÜLLER ROLAND Arbeitsrecht in der Schweiz, 2^{ème} éd., Berne 2012 (cité : GEISER/MÜLLER).
- GEISER THOMAS, VON KAENEL ADRIAN et WYLER RÉMY (édit.) Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005 (cité : GEISER/VON KAENEL/WYLER, Commentaire LTr).
- GERMANN RAIMUND Administration publique en Suisse : L'appareil étatique et le gouvernement, vol. 1, Berne/Stuttgart/Vienne 1996 (cité : GERMANN).
- GÉTAZ KUNZ VALENTINE La suspension du délai de congé selon l'article 336c alinéa 2 CO, in : Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 309-335 (cité : GÉTAZ KUNZ).

- GIAUQUE DAVID et
EMERY YVES Repenser la gestion publique : bilan et perspectives en Suisse, Lausanne 2008 (cité : GIAUQUE/EMERY).
- GIRARDET PATRICE Les rapports de service du personnel communal peuvent-ils être « privatisés » ? La fin des rapports de travail : l'exemple des communes vaudoises, RDAF 2008 I, pp. 48-72 (cité : GIRARDET).
- GLOOR WERNER in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : GLOOR, Commentaire 2013).
- GRANDJEAN VINCENT La liberté d'expression et le devoir de réserve dans la fonction publique : Le point de vue de la pratique, in : Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique, Annuaire 2011 de l'Association suisse du droit public de l'organisation, Berne 2012, pp. 151-154 (cité : GRANDJEAN).
- GREBSKI LUKASZ in : Commentaire LPers, Berne 2013 (cité : GREBSKI, Commentaire LPers).
- GREBSKI LUKASZ et
JASMIN MALLA in : Commentaire LPers, Berne 2013 (cité : GREBSKI/MALLA, Commentaire LPers).
- GRISEL ANDRÉ Traité de droit administratif, vol. 2, Neuchâtel 1984 (cité : GRISEL).

GUÉRARD STÉPHANE et
PAILOT PHILIPPE

Entre concours d'entrée et évaluation des compétences : recrutement renouvelé des agents publics, in : Emery/Giauque (édit.), Dilemmes de la GRH publique, Lausanne 2007, pp. 109-135 (cité : GUÉRARD/PAILOT).

GUIDE PRATIQUE

Guide pratique du droit du travail pour les entreprises, Le statut du fonctionnaire, Tome 6, Zurich 2006 (cité : GUIDE PRATIQUE).

H

HÄFELIN ULRICH,
MÜLLER GEORG et
UHLMANN FELIX

Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2010 (cité : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN).

HAFNER FELIX

Öffentlicher Dienst im Wandel, Stellung und Funktion des öffentlichen Dienstverhältnisses im demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen, ZBl 1992, pp. 481-503 (cité : HAFNER, 1992).

HAFNER FELIX

Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 181-208 (cité : HAFNER, 1999).

HAFNER FELIX

Das öffentliche Personalrecht im Visier des privatrechtlichen Arbeitsrecht, in : Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zurich/St-Gall 2014, pp. 297-316 (cité : HAFNER, 2014).

- HÄNER ISABELLE Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 395-418 (cité : HÄNER).
- HÄNER ISABELLE et al. Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 8^{ème} éd., Bâle 2014 (cité : HÄNER et al.).
- HANGARTNER YVO Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienstverhältnis, RDS 1979, pp. 389-407 (cité : HANGARTNER, 1979).
- HANGARTNER YVO Treupflicht und Vertrauenswürdigkeit Beamten, ZBl 1984, pp. 385-403 (cité : HANGARTNER, 1984).
- HANGARTNER YVO Geschlechtergleichheit und Frauenquoten in der öffentlichen Verwaltung, AJP 1/1992, pp. 835-838 (cité : HANGARTNER, 1992).
- HANGARTNER YVO Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal, ArbR 1993, pp. 27- 46 (cité : HANGARTNER, 1993).
- HÄNNI PETER Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht, Fribourg 1982 (cité : HÄNNI, 1982).
- HÄNNI PETER Rechte und Pflichten im öffentlichen Dienstrecht : eine Fallsammlung zur Gericht und Verwaltungspraxis in Bund und Kantonen, Fribourg 1993 (cité : HÄNNI, 1993).
- HÄNNI PETER
PFENNINGER HANSPETER La fin des rapports de service en droit public, RDAF 1995, pp. 407-440 (cité : HÄNNI, 1995).

- HÄNNI PETER
Beendigung öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse, in : Geiser/Münch (édit.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, pp. 169-209 (cité : HÄNNI, 1997).
- HÄNNI PETER
Droits et devoirs des collaborateurs : droits fondamentaux, loi sur l'égalité, RFJ 2004 II, pp. 151-167 (cité : HÄNNI, 2004a).
- HÄNNI PETER,
avec la collab. de
SCHNEIDER ADRIAN
Personalrecht des Bundes, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 2^{ème} éd., Bâle/Genève/Münich (cité : HÄNNI, 2004b).
- HÄNNI PETER,
avec la collab. de
STÖCKLI ANDREAS
Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz – dargestellt anhand der Gerichts- und Verwaltungspraxis in Bund und Kantonen : eine Fallsammlung, 2^{ème} éd., Zurich 2008 (cité : HÄNNI, 2008).
- HEINZER BORIS
La fin des rapports de service et le contentieux en droit fédéral de la fonction publique, in : Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 409-439 (cité : HEINZER).
- HELBLING PETER
Totalrevision des eidgenössischen Beamtengesetzes : eine rechtliche Auslegeordnung, PJA 1993, pp. 647-665 (cité : HELBLING, 1993).

- HELBLING PETER Rechtliche Aspekte der leistungsabhängigen Besoldung – Leistungslohn im Öffentlichen Dienst, in : Emery (édit.), Salaire à la performance dans le secteur public, Conférence annuelle de la SSSA le 16 juin 1991 à Fribourg, Berne 1994, pp. 99-163 (cité : HELBLING, 1994).
- HELBLING PETER Gesamtarbeitsverträge (GAV) für den Staatsdienst, PJA 1998, pp. 899-916 (cité : HELBLING, 1998a).
- HELBLING PETER Das Bundespersonalgesetz : Notwendigkeit und Impuls für eine lernende Verwaltung, in : Sind Verwaltungen lernfähig ? Berne 1998, pp. 139-144 (cité : HELBLING, 1998b).
- HELBLING PETER Entwicklung im Personalrecht des Bundes : Anmerkungen zum Bundespersonalgesetz (BPG), in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 1-34 (cité : HELBLING, 1999).
- HELBLING PETER Das Bundespersonalgesetz als Impuls für eine Revision des Verfahrens- und Prozessrechts ?, in : Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Berne 2000, pp. 119-130 (cité : HELBLING, 2000).
- HELBLING PETER Folgen im Personalrecht, in : Schaffhauer/Poledna (édit.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten : Rechtsformen und ihre Folgen : Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern, Sait-Gall 2002, pp. 75-112 (cité : HELBLING, 2002).

- HELBLING PETER Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, PJA 2004, pp. 242-252 (cité : HELBLING, 2004a).
- HELBLING PETER Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Bund : ein Vergleich zwischen OR und BPG, RFJ, Fribourg 2004, pp. 168-200 (cité : HELBLING, 2004b).
- HELBLING PETER Besprechung von BGE 134 I 204, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 5 Februar 2008 (1C_183/2007), DTA 2008, pp. 277-279 (cité : HELBLING, 2008).
- HELBLING PETER Die Abweisung der Bewerbung verlangt eine beschwerdefähige Verfügung – Besprechung des BVGE 2010/53 (A-2757/2009) vom 12. Oktober 2010, in : Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique, Annuaire 2011 de l'Association suisse du droit public de l'organisation, Berne 2012, pp. 155-163 (cité : HELBLING, 2012).
- HELBLING PETER in : Bundespersonalgesetz (BPG), Berne 2013 (cité : HELBLING, Commentaire LPers).
- HELBLING PETER et
POLEDNA TOMAS (édit.) Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999 (cité : HELBLING/POLEDNA).
- HINTERBERGER WALTER Disziplinarfehler und Disziplinar massnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes : unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen des Bundes und des Kantons St.-Gall, thèse, Saint-Gall 1986 (cité : HINTERBERGER).

HOFMANN DAVID L'engagement et la gestion du personnel, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité : HOFMANN).

HOFMEISTER ALBERT (édit.) Efficacité et droit de la fonction publique, un premier bilan critique : colloque de la SSSA du 7 novembre 1988, vol. 12, Berne 1990 (cité : HOFMEISTER).

I

IMBODEN MAX Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Bâle 1958 (cité : IMBODEN).

IM HOF ADOLF Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, RDS 1929, pp. 231-445 (cité : IM HOF).

J

JAAG TOBIAS Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich, ZBl 1994, pp. 433-473 (cité : JAAG, 1994).

JAAG TOBIAS Besonderheiten des Personalrechts im halbstaatlichen Bereich, in : Helbling/ Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 587-603 (cité : JAAG, 1999) .

JAAG TOBIAS Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in : Tobias Jaag (édit.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich, 2000, pp. 23-48 (cité : JAAG, 2000).

JUD ELMAR MARIO Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen : unter besonderer Berücksichtigung der Dienstrechte des Bundes, der Kantone Aargau, Basel, Bern, Graubünden, Solothurn, St. Gallen und Zürich sowie der Gemeinden St. Gallen und Zürich, Saint-Gall 1975 (cité : JUD).

K

KERN THEODOR Das Dienstrecht des Bundespersonals : insbesondere die Vermögensrechte infolge Beendigung und Umgestaltung des Dienstverhältnisses, thèse Berne, Zurich 1935 (cité : KERN).

KILCHENMANN MAX La révocation des fonctionnaires administratifs, thèse Lausanne, Vevey 1945 (cité : KILCHENMANN).

KIRCHHOFER JOHANN EMIL Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht, RDS 1933, pp. 1-48 (cité : KIRCHHOFER).

KNAPP BLAISE L'engagement et la promotion des agents publics en Suisse, RDAF 1982, pp. 245-261 (cité : KNAPP, 1982).

KNAPP BLAISE La violation du devoir de fidélité, cause de cessation de l'emploi des fonctionnaires fédéraux, RDS 1984 I, pp. 489-523 (cité : KNAPP, 1984).

- KNAPP BLAISE [La protection juridique des agents publics en Suisse], in : La protection juridique des agents publics, Bruxelles 1988, pp. 387-414 (cité : KNAPP, 1988).
- KNAPP BLAISE La modification des conditions de service et les droits acquis des agents publics, in : Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, pp. 317-339 (cité : KNAPP, 1989).
- KNAPP BLAISE Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991 (cité : KNAPP, 1991).
- KNAPP BLAISE Cours de droit administratif, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994 (cité : KNAPP, 1994).
- KNAPP BLAISE et BELLANGER FRANÇOIS Le fonctionnaire face aux libertés fondamentales, in : le fonctionnaire au service des droits de l'homme : XII^{ème} colloque de l'association internationale de la fonction publique, avignon, juillet 1989, Bruxelles 1990, pp. 341-362 (cité : KNAPP/BELLANGER).
- KNOEPFEL PETER Le New Public Management : attentes insatisfaites ou échecs préprogrammés - une critique à la lumière de l'analyse des politiques publiques, in : Nouvelle gestion publique : chances et limites d'une réforme de l'administration, Genève 1997, pp. 73-92 (cité : KNOEPFEL, 1997).

- KNOEPFEL PETER Sechs Thesen zum New Public Management (NPM) in der Sozialpolitik, in : New Public Management - eine Perspektive für den Sozialstaat ? - : Fachtagung vom 26 Juni 1998, Organisation : LAKO, Sozialforum Schweiz, Zurich 1998 (cité : KNOEPFEL, 1998).
- KOLLER CHRISTOPHE Administrations cantonales, in : Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 119-141 (cité : KOLLER, 2013a).
- KOLLER CHRISTOPHE Profil du personnel de la fonction publique, in : Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 501-521 (cité : KOLLER, 2013b).
- KOLLER THOMAS Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, in : Wolfgang Wiegand (édit.), Rechtliche Probleme des Privatisierung, Berne 1998, pp. 121-165 (cité : KOLLER T., 1998).
- KUSTER ZÜRCHER SUSANNE Aktuelle Probleme des provisorisches Rechtsschutzes bei Kündigungen nach Bundespersonalrecht, in : Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique, Annuaire 2007 de l'Association suisse du droit public de l'organisation, Berne 2008, pp. 151-162 (cité : KUSTER ZÜRCHER).

L

- LADNER ANDREAS Etat, Système politique et accomplissement des tâches, in : Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 7-29 (cité : LADNER).
- LEMPEN KARINE in : Commentaire de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Aubert/Lempen (édit.), Genève 2011 (cité : LEMPEN, Commentaire LEg 2011).
- LEMPEN KARINE L'effet de la loi fédérale sur l'égalité sur le droit de la fonction publique, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), les réformes de la fonction publique, Berne 2012 (cité : LEMPEN, 2012).
- LIENHARD ANDREAS Droit constitutionnel et administratif, in : Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 219-243 (cité : LIENHARD).
- LORÉTAN RODOLPHE Droit public et droit privé dans le service public, thèse, Lausanne 1937 (cité : LORÉTAN).

M

- MACHERET AUGUSTIN La proportionnalité des actes étatiques : une appréciation difficile, in : Le droit en mouvement, RFJ numéro spécial, Fribourg 2002, pp. 187-202 (cité : MACHERET).
- MAHON PASCAL Réglementation du travail, Lausanne 1984 (cité : MAHON, 1984).

- MAHON PASCAL La décentralisation administrative, Etude de droit public français, allemand et suisse, thèse Lausanne, Genève 1985 (cite : MAHON, 1985).
- MAHON PASCAL Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale, in : Le travail et le droit, Fribourg 1994, pp. 29-70 (cité : MAHON, 1994).
- MAHON PASCAL L'évolution du droit social (1874-1998) et ses perspectives, in : T. Geiser/H. Schmid/E. Walter-Busch (édit.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Bern/Stuttgart/Wien, 1998, pp. 293-356 (cité : MAHON, 1998).
- MAHON PASCAL L'évolution récente du droit du travail en Suisse : une appréciation critique, in : Aspects de la sécurité sociale, Carouge 2000, 3, pp. 9-26 (cité : MAHON, 2000).
- MAHON PASCAL et
JEANNERAT ELOI in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : MAHON/JEANNERAT, Commentaire 2013).
- MAHON PASCAL et
MATTHEY FANNY La liberté d'expression et la liberté syndicale des fonctionnaires, notamment de police, en particulier sous l'angle du droit à la critique, in : Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique, Annuaire 2008 de l'Association suisse du droit public de l'organisation, Berne 2009, pp. 205-240 (cité : MAHON/MATTHEY).

- MAHON PASCAL et
ROSELLO HÉLOÏSE Les réformes en cours du droit de la fonction publique : tendances et perspectives, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2012, pp. 9-47 (cité : MAHON/ROSELLO).
- MARCHAND SYLVAIN Clauses contractuelles : du bon usage de la liberté contractuelle, Bâle 2008 (cité : MARCHAND).
- MARTENET VINCENT L'égalité de rémunération dans la fonction publique, PJA 1997, pp. 825-840 (cité : MARTENET).
- MARTI MICHÈLE Arbeitskampffreiheit im öffentlichen Dienst, Bâle 2010 (cité : MARTI M.).
- MARTI URSULA Actualités en droit de la fonction publique, in : Hofmann/Waelti (édit.), Actualités juridiques de droit public 2011, Berne 2011, pp. 53-75 (cité : MARTI U.).
- MARTI URSULA La qualification des rapports de travail du personnel d'une entité de droit privé exerçant des tâches publiques ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_506/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch mai 2016 (cité : MARTI, analyse TF 8C_506/2015).
- MEIER KURT Der Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 239-254 (cité : MEIER K.).

- MEYER CHRISTOPH Leistungslohn im öffentlichen Dienstrecht, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 133-153 (cité : MEYER, 1999).
- MEYER CHRISTOPH New public management als neues Verwaltungsmodell : staatsrechtliche Schranken und Beurteilung neuer Steuerungsinstrumente, Bâle/Genève et al. 2000 (cité : MEYER, 2000).
- MEYER CHRISTOPH Public private partnership : Chancen und Risiken, in : Risiko und Recht : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Berne 2004, pp. 291-310 (cité : MEYER, 2004).
- MEYER CHRISTOPH et
MÜLLER-TSCHUMI
THOMAS Marktlöhne im öffentlichen Personalrecht : Überlegung zur Bedeutung des Legalitäts- und des Gleichheitsprinzips für Lohnregelung im öffentlichen Dienst am Beispiel des Bundesgerichtsentscheids von 21. März 2000 betreffend Basler Assistenz- und Oberärzte [...], ZBl 2001, pp. 249-264 (MEYER/MÜLLER-TSCHUMI).
- MICHEL MATTHIAS Beamtenstatus im Wandel : vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag, thèse, Zurich 1998 (cité : MICHEL, 1998).
- MICHEL MATTHIAS Amtsdauersystem, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 155-179 (cité : MICHEL, 1999).

- MICHEL MATTHIAS Überblick über die Modernisierung des Personalrechts in den Kantonen, in : Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Berne 2000, pp. 197-211 (cité : MICHEL, 2000).
- MOOR PIERRE Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, in : Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, pp. 145-164 (cité : MOOR, 1977).
- MOOR PIERRE Droit administratif – L’organisation des activités administratives, Les biens de l’Etat, vol. 3, Berne (cité : MOOR, 1992).
- MOOR PIERRE Réflexions de droit suisse au sujet du service public, in : Le service public, Paris 2014, pp. 57-71 (cité : MOOR, 2014).
- MOOR PIERRE,
FLÜCKIGER ALEXANDRE
et MARTENET VINCENT Droit administratif – Les fondements généraux, vol. 1, 3^{ème} éd., Berne 2012 (cité : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET).
- MOOR PIERRE et
POLTIER ÉTIENNE Droit administratif – Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 3^{ème} éd., Berne 2011 (cité : MOOR/POLTIER).
- MORARD MARTINE Les systèmes de rémunération applicables à la fonction publique : exemple du canton de Fribourg, RFJ 2004 II, pp. 201-224 (cité : MORARD).
- MOSIMANN HANS-JAKOB Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand ?, ZBl 1998, pp. 449-473 (cité : MOSIMANN).

- NGUYEN MINH SON Nature juridique de la résiliation du contrat d'engagement et contentieux en droit vaudois de la fonction publique, RDAF 1995, pp. 493-501 (cité : NGUYEN, 1995).
- NGUYEN MINH SON Le contrat de collaboration en droit administratif, thèse, Berne 1998 (cité : NGUYEN, 1998).
- NGUYEN MINH SON La fin des rapports de service, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 419-459 (cité : NGUYEN, 1999).
- NGUYEN MINH SON Droit fédéral de la fonction publique : de la décision au contrat, RFJ 2004, pp. 136-150 (cité : NGUYEN, 2004).
- NGUYEN MINH SON Sanctions et licenciements : conditions matérielles et exigences procédurales, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2012, pp. 169-216 (cité : NGUYEN, 2012).
- NÖTZLI HARRY Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht : unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitsverhältnisse bei der Bundesverwaltung, dem Bundesgericht und dem ETH-Bereich, Berne 2005 (cité : NÖTZLI).
- NÖTZLI HARRY in : Commentaire LPers, Berne 2013 (cité : NÖTZLI, Commentaire LPers).

NOVIER MERCEDES Le point sur la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud et son application, JdT 2015 III 44 ss (cité : NOVIER).

NOVIER MERCEDES et
CARREIRA SUSANA Le contentieux devant le Tribunal de Prud'hommes de l'administration cantonale, JdT 2007 III 29 ss (cité : NOVIER/CARREIRA).

NOVIER MERCEDES et
CARREIRA CAMARDA SUSANA Panorama de la jurisprudence récente du Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale (TRIPAC), JdT 2015 III 2 ss (cité : NOVIER/CARREIRA CAMARDA).

O

OTT HENRY Théorie juridique de la fonction publique fédérale : contribution à un projet de loi suisse sur le statut des fonctionnaires, thèse, Lausanne 1915 (cité : OTT).

OTTIWELL ADAMS La Confédération Suisse, Bâle/Genève/Lyon, 1890 (cité : OTTIWELL).

P

PÄRLI KURT « Publicisation » des Arbeitsrechts : Tour d'horizon durch jüngere Entwicklungen, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016 (cité : PÄRLI).

- PERRENOUD STÉPHANIE L'évolution historique du droit de la relation de travail, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016 (cité : PERRENOUD, 2016a).
- PERRENOUD STÉPHANIE En guise de synthèse – Quelques considérations au sujet de l'opportunité et des possibilités de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 2016 (cité : PERRENOUD, 2016b).
- PFAMMATTER CHRISTIAN Approche comparative des procédures suisses de la fonction publique, RFJ 2004 II, pp. 225-238 (cité : PFAMMATTER).
- PICHONNAZ PASCAL Le centenaire du code des obligations : un code toujours plus hors du code, RDS 2011 II, pp. 117-226 (cité : PICHONNAZ).
- POLEDNA TOMAS Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten – vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, ZBl 1995, pp. 49-65 (cité : POLEDNA, 1995).
- POLEDNA TOMAS Verfügung und verfügbungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, PJA 1998, pp. 917-925 (cité : POLEDNA, 1998).
- POLEDNA TOMAS Annäherungen ans Obligationenrecht, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 209-237 (cité : POLEDNA, 1999).

- POLEDNA TOMAS
Mobbing (harcèlement psychologique) im öffentlichen Personalrecht, in : Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique, Annuaire 2011 de l'Association suisse de droit public de l'organisation, Berne 2012, pp. 173-180 (cité : POLEDNA, 2012).
- POLEDNA TOMAS et
STOLL RAPHAEL
Leistungsbeurteilungen im öffentlichen Personalrecht am Beispiel von Bund und Kanton Zürich, in : Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique, Annuaire 2006 de l'Association suisse de droit public de l'organisation, Berne 2007, pp. 177-197 (cité : POLEDNA/STOLL).
- PORTMANN WOLFGANG
Zum Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes und der Bundespersonalverordnung, ARV 2001, pp. 110-115 (cité : PORTMANN, 2001).
- PORTMANN WOLFGANG
Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, LeGes, Gesetzgebung und Evaluation, 2002/2, pp. 55-72 (cité : PORTMANN, 2002).
- PORTMANN WOLFGANG et
STÖCKLI JEAN-FRITZ
Schweizerisches Arbeitsrecht, 3^{ème} éd., Zurich 2013 (cité : PORTMANN/STÖCKLI).
- PORTMANN WOLFGANG et
UHLMANN FELIX
in : Commentaire LPers, Berne 2013 (cité : PORTMANN/UHLMANN, Commentaire LPers).

R

- RAPPARD WILLIAM E. La révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse, Genève 2008 (cité : RAPPARD).
- REHBINDER MANFRED Droit Suisse du travail, adaptation française par Bernard Schneider, Titre de l'original en langue allemande : « Schweizerisches Arbeitsrecht », 5^{ème} éd., Berne 1979 (cité : REHBINDER, 1979).
- REHBINDER MANFRED Kommentar zu den Art. 331-355 OR, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2^{ème} éd., Berne 1992 (cité : REHBINDER, BK 1992).
- REHBINDER MANFRED
et STÖCKLI JEAN-FRITZ Einleitung und Kommentar zu den Art. - 330b OR, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 3^{ème} éd., Berne 2010 (cité : REHBINDER/STÖCKLI, BK 2010).
- RHINOW RENÉ Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung, in : Böckli/Einchenberger/Vischer (édit.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zurich 1983, pp. 429-443 (cité : RHINOW, 1983).
- RHINOW RENÉ Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in : Staats-und verwaltungsrechtliches Kolloquium 14.-16, April 1986 in Interlaken, Berne 1986, pp. 1-9 (cité : RHINOW, 1986).
- RHINOW RENÉ Grundfragen des öffentlichen Personalrechts, in : Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Berne 2000, pp. 19-40 (cité : RHINOW, 2000).

- RICHARD ALBERT Le contrat de travail en droit suisse, thèse, Genève 1913 (cité : RICHARD).
- RICHLI PAUL,
avec la collab. de
MÜLLER THOMAS Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Berne 1996 (cité : RICHLI, 1996).
- RICHLI PAUL Öffentliches Dienstrecht im Banne leerer Staatskassen, Sanierungsbeitrag durch privatrechtliche Anstellung des Personals ?, ArbR, Zurich 1998, pp. 27-58 (cité : RICHLI, 1998).
- RICHLI PAUL New Public management und Personalrecht, in : Helbling/Poledna (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, pp. 101-131 (cité : RICHLI, 1999).
- RICHLI PAUL La réforme du statut de la fonction publique fédérale, in : Aubert/Bellanger/Tanquerel (édit.), Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 2000, pp. 69- 97 (cité : RICHLI, 2000).
- RIEDI BARBARA Whistleblowing in der Bundesverwaltung, der Schweizer Treuhänder (ST 9/11), Zurich 2011, pp. 741-744 (cité : RIEDI).
- ROBAYE RENÉ Le droit romain, 4^{ème} éd., Louvain-la-Neuve 2014 (cité : ROBAYE).
- ROCHAT PAUCHARD ANNIE La nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers), R DAT 2001 II, pp. 549-577 (cité : ROCHAT PAUCHARD).

ROSELLO HÉLOÏSE L'attitude d'un employé peut rendre superflu un avertissement préalable au licenciement ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_176/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2016 (cité : ROSELLO, analyse TF 8C_176/2015).

ROUSSELLE-RUFFIEUX SARA Licenciement immédiat dans la fonction publique cantonale : comparaison entre Genève et Vaud, in : Panorama II en droit du travail, Berne 2012, pp. 525-552 (cité : ROUSSELLE-RUFFIEUX).

RUDOLPH ROGER Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, ARV 2011, pp. 77-91 (cité : RUDOLPH).

S

SAUSER-HALL GEORGES Manuel d'instruction civique et guide politique suisse, Lausanne/Genève 1921 (cité : SAUSER-HALL).

SCHIBLI BEATRIX Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals, Zurich/Bâle/Genève 2005 (cité : SCHIBLI).

SCHMUTZ THOMAS et al. Modernisierung des Personalmanagements in der Schweizerischen Bundesverwaltung, in : Reform von Staat und Verwaltung in Europa, Zurich 2011, pp. 441-451 (cité : SCHMUTZ et al.).

SCHÖNBÄCHLER PATRICK, Kündigungsschutz im öffentlichenrechtlichen Anstellungsverhältnis im Kanton Schwyz, RSJ 2003, pp. 497-499 (cité : SCHÖNBÄCHLER).

- SCHWEINGRUBER EDWIN Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, Berne 1975 (cité : SCHWEINGRUBER, 1975).
- SCHWEINGRUBER EDWIN Sozialgesetzgebung der Schweiz : ein Grundriss, Zurich 1977 (cité : SCHWEINGRUBER, 1977).
- SCHWEINGRUBER EDWIN et
BIGLER WALTER Commentaire de la convention collective de travail, 2^{ème} éd., Berne 1973 (cité : SCHWEINGRUBER/BIGLER).
- SINAY HÉLÈNE La réintégration dans l'entreprise, in : Les transformations du droit du travail, Paris 1989, pp. 415-430 (cité : SINAY).
- SONNENBERG CAROLE La protection de la personnalité du travailleur : sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, thèse, Lausanne 2010 (cité : SONNENBERG).
- STAEHELIN ADRIAN Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006 (cité : STAEHELIN, ZK 2006).
- STAEHELIN ADRIAN Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362 OR. Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4^{ème} éd., Zurich 2014 (cité : STAEHELIN, ZK 2014).
- STÄHELIN SUSANNA Anstellung und Kündigung im Öffentlichen Dienst, in : Häner/Waldmann (édit.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2008, pp. 127-135 (cité : STÄHELIN S.).

SUBILIA-ROUGE LILIANE La nouvelle LPers : quelques points de rencontre avec le droit privé du travail, RDAF 2003 I, pp. 289-317 (cité : SUBILIA-ROUGE).

T

TANQUEREL THIERRY L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale, in : Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 2000, pp. 7-42 (cité : TANQUEREL, 2000).

TANQUEREL THIERRY Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : TANQUEREL, 2011).

TANQUEREL THIERRY Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2012, pp. 49-82 (cité : TANQUEREL, 2012).

TANQUEREL THIERRY De quelques idées reçues en droit de la fonction publique, in : Regards croisés sur le droit du travail : « liber amicorum » pour Gabriel Aubert, Genève 2015, pp. 311-320 (cité : TANQUEREL, 2015).

TERCIER PIERRE et FAVRE PASCAL G. Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2009 (cité : TERCIER/FAVRE).

TROILLET ANNE Droit de la fonction publique (Neuchâtel), Résiliation en temps inopportun durant la grossesse, in : Commentaires de jurisprudence numérique, Push-Service des arrêts, publié le 9 avril 2013 (cité : TROILLET).

- TSCHANNEN PIERRE,
ZIMMERLI ULRICH et
MÜLLER MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^{ème} éd.,
Berne 2014 (cité : TSCHANNEN/ZIMMERLI/
MÜLLER).
- TSCHUDI HANS PETER Die Kodifikation des Arbeitsrecht, in : Bei-
träge zum Arbeits – und Sozialrecht, Berne
1983, pp. 283-305 (cité : TSCHUDI, 1983a).
- TSCHUDI HANS PETER Droit du travail : bilan et perspectives, in :
RSS 1983, pp. 192-198 (cité : TSCHUDI,
1983b).
- TSCHUDI HANS PETER Geschichte des schweizerischen Arbeits-
recht, Bâle 1987 (TSCHUDI, 1987a).
- TSCHUDI HANS PETER La protection des travailleurs en droit suisse,
Berne 1987 (cité : TSCHUDI, 1987b).
- TSCHUDI HANS PETER Das schweizerische Arbeitsrecht an der
Schwelle zum 21. Jahrhundert, ArbR 1998,
pp. 9-26 (cité : TSCHUDI, 1998).
- U**
- UHLMANN FELIX Entwicklung im Verwaltungsrecht/Le point
sur le droit administratif, RSJ 2011, pp. 414-
420 (cité : UHLMANN).
- V**
- VARONE FRÉDÉRIC Administration fédérale, in : Manuel
d'administration publique suisse, Lausanne
2013, pp. 103-117 (cité : VARONE).

VERNIORY JEAN-MARC et
WAELTI FABIEN

Le devoir de réserve des fonctionnaires : spécialement sous l'angle du droit genevois, PJA 2008, pp. 810-832 (cite : VERNIORY/WAELTI).

W

WAGNER ANTONIN

New Public Management und der kommunitarische Wohlfahrtsstaat, in : New Public Management - eine Perspektive für den Sozialstaat ? - : Fachtagung vom 26 Juni 1998, Organisation : LAKO, Sozialforum Schweiz, Zurich 1998 (cité : WAGNER).

WIEDERKEHR RENÉ et
RICHLI PAUL

Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, vol. 1, Berne 2012 (cité : WIEDERKEHR/RICHLI).

WISARD NICOLAS

Le statut de la fonction publique en mutation : contrat de droit public et individualisation des conditions de travail, in : Emery/Giauque (édit.), Dilemmes de la GRH publique, Lausanne 2007, pp. 37-64 (cité : WISARD).

WITZIG AURÉLIEN

La modification du rapport de travail, Genève 2014 (cité : WITZIG).

WURZBURGER ALAIN

in : Commentaire LTF (Loi sur le Tribunal fédéral), 2^{ème} éd., Berne 2014 (cité : WURZBURGER, Commentaire LTF).

WYLER RÉMY in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : WYLER, Commentaire 2013).

WYLER RÉMY,
avec la collab. de
MARTIN FRANÇOISE Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008 (cité : WYLER, 2008).

WYLER RÉMY et
HEINZER BORIS Droit du travail, 3^{ème} éd., Berne 2014 (cité : WYLER/HEINZER).

Z

ZOSS MARIE-GISÈLE La résiliation abusive du contrat de travail : étude des articles 336 à 336b CO, thèse, Lausanne 1997 (cité : ZOSS).

ZUFFEREY-WERRO JEAN-
BAPTISTE Le contrat contraire aux bonnes mœurs : étude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes mœurs en droit suisse des contrats, thèse, Fribourg 1988 (cité : ZUFFEREY-WERRO).

ZWAHLEN HENRI Le contrat de droit administratif, Rapport présenté par Henri Zwahlen, Bâle 1958, pp. 461-663 (cité : ZWAHLEN).