CERT

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éd.)

Marie-Gisèle Danthe | Valérie Défago Gaudin
Régine Delley | Jean-Philippe Dunand
Anne-Sylvie Dupont | Hélène Ecoutin
Nicole Golay | Karine Lempen | Franciska Krings
Rebekka Steiner | Norma Streit-Luzio
Sandrine Tornare | Luc Wenger

Conflits au travail

Prévention, gestion, sanctions

CERT
Centre d'étude
des relations de travail

unine
UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éd.)

Marie-Gisèle Danthe | Valérie Défago Gaudin
Régine Delley | Jean-Philippe Dunand
Anne-Sylvie Dupont | Hélène Ecoutin
Nicole Golay | Karine Lempen | Franciska Krings
Rebekka Steiner | Norma Streit-Luzio
Sandrine Tornare | Luc Wenger

Conflits au travail

Prévention, gestion, sanctions

CERT
Centre d'étude
des relations de travail

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES
§ 2015

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015
ISBN 978-3-7255-8523-6

www.schulthess.com

Table des matières

Première partie - Cadre général et principes

A. Notion de conflit en psychologie du travail

Les conflits au travail : toujours néfastes **1**

Rebekka Steiner

Doctorante en comportement organisationnel à l'Université de Lausanne

Franciska Krings

Docteure en psychologie, professeure en comportement organisationnel à l'Université de Lausanne

B. Prévention des conflits

L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité) **29**

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

Sandrine Tornare

Avocate, médiatrice, chargée d'enseignement suppléante à l'Université de Genève

C. Gestion des conflits

Gestion des conflits : défis, réflexions, outils **73**

Luc Wenger

Médiateur, spécialiste en gestion des conflits au travail

D. Sanctions

Conflits au travail - Sanctions **109**

Marie-Gisèle Danthe

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

Deuxième partie – Domaines spécifiques

A. Fonction publique

Conflits et fonction publique : instruments **145**

Valérie Défago Gaudin

Docteure en droit, avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

B. Assurances privées et sociales

L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances ... **179**

Anne-Sylvie Dupont

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

C. Droit français

Le traitement des conflits relationnels au travail en droit français **205**

Hélène Ecoutin

Avocate, Master professionnel en droit du travail à l'Université d'Auvergne

Troisième partie – Dispositifs de prévention et gestion des conflits

A. Secteur privé

Le service de prévention et gestion des conflits internes des Chambres de commerce et de l'industrie suisses **231**

Régine Delley

Avocate, CNCI, responsable du conseil juridique aux entreprises i-lex

Norma Streit-Luzio

Juriste, sous-directrice CVCI, responsable arbitrage et médiation

B. Secteur public

Le groupe Impact : 15 ans de gestion des conflits et de traitement des situations de harcèlement dans une administration publique **247**

Nicole Golay

Directrice du groupe Impact de l'administration publique vaudoise

C. Harcèlement sexuel

Les procédures relatives au harcèlement sexuel dans le secteur privé ou public **265**

Karine Lempen

Docteure en droit, collaboratrice scientifique auprès du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN*

Conflits et fonction publique : instruments

Sommaire Page

I. Introduction 145

II. Le droit et les principes applicables à la fonction publique 147
- A. Droit applicable 147
- B. Principe de la légalité et autres principes constitutionnels 148
- C. Garanties constitutionnelles et conventionnelles de procédure 150
- D. Pouvoir hiérarchique 153
- E. L'obligation de protection de la personnalité des agents publics 155

III. Les instruments généraux de gestion du personnel au service de la gestion des conflits 157
- A. Entretien, médecin-conseil et autres mesures 157
- B. Changement de poste 159
- C. Fin des rapports de service, licenciement 161
- D. Sanctions disciplinaires 164

IV. Les instruments dédiés de gestion des conflits 165
- A. Présentation 165
  - 1. Genève : le Groupe de confiance 165
  - 2. Neuchâtel : le Groupe de confiance 167
  - 3. Vaud : le Groupe Impact 168
  - 4. Confédération : le Service de médiation 169
- B. Les points de contact avec la procédure ordinaire 171

V. Conclusion 173

VI. Bibliographie et sources 174

I. Introduction

Les collectivités publiques, Confédération et cantons mais aussi les communes ainsi que certaines entités décentralisées de droit public, font partie des grands employeurs à

* Je remercie URSULA MARTI, Docteure en droit, *Fürsprecherin*, juriste auprès de l'Office du personnel de l'Etat du canton de Genève, pour son précieux apport à cette contribution.

l'échelle du marché du travail de notre pays. Comme tout employeur, ces employeurs publics sont, à un moment ou un autre, confrontés à des situations relationnelles difficiles au sein de leur personnel. Ces situations relationnelles difficiles naissent de la combinaison de facteurs multiples, mêlant des problèmes de personnalité, par exemple des incompatibilités de caractère, des événements touchant à la vie professionnelle, par exemple des conflits de valeurs, des contextes de changements, par exemple dans l'organisation d'un service ou de supérieur hiérarchique, ou des événements relevant de la vie privée, par exemple une maladie, un divorce ou un décès[1]. Ces situations relationnelles difficiles peuvent alors s'exprimer entre des personnes ou entre une personne et de manière plus générale son environnement de travail, révélant des situations de conflit[2].

La définition de la notion de conflit ainsi que la présentation de ses contours sont justement l'objet du colloque du 12 février 2015 et du présent ouvrage[3]. On peut néamoins retenir, comme hypothèse de travail, la définition générale du conflit donnée par le Groupe Impact de l'Etat de Vaud comme « *un désaccord persistant entre personnes ou entités* »[4].

La présente contribution a pour objet la présentation des différents instruments du droit de la fonction publique utilisés par la collectivité publique lorsque des situations de conflit se présentent et d'en relever les spécificités, notamment par rapport aux instruments du droit privé.

La contribution débute par une présentation du droit et des principes généraux applicables à la fonction publique et à la gestion des relations de travail par les collectivités publiques (I.). La deuxième partie est consacrée à la présentation d'instruments généraux de gestion du personnel pouvant, voire devant être utilisés en cas de situation conflictuelle (II.). La troisième partie présente les instruments dédiés de gestion des conflits mis en place dans les cantons de Genève, de Neuchâtel et de Vaud ainsi que par la Confédération (IV.).

En revanche, il ne sera pas traité ici des questions de droit collectif du travail comme les relations avec les syndicats en cas de conflit à grande échelle ou de négociation de nouvelles conditions de travail, par exemple, ni de l'intervention des commissions du personnel. Les instruments prévus par la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg)[5] ne seront pas non plus abordés, ni la problématique du

---

1 GROUPE DE CONFIANCE, Rétrospective, p. 39 ; cf. également CONSEIL FEDERAL, Réponse (2011).
2 GROUPE DE CONFIANCE, Rétrospective, p. 33.
3 Cf. en particulier la contribution de STEINER/KRINGS, p. 1.
4 GROUPE IMPACT, Rapport, p. 3.
5 RS 151.1. A ce propos, voir la contribution de LEMPEN, p. 265, dans le présent ouvrage.

whistleblowing (lanceur d'alerte). La contribution se concentrera sur la présentation générale des régimes des cantons de Genève, Neuchâtel et Vaud, ainsi que sur le droit fédéral de la fonction publique, quatre statuts présentant une diversité et des caractéristiques propres. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'en Suisse il y a autant de statuts de la fonction publique que de cantons, communes ou entités publiques décentralisées, de sorte qu'il y a autant d'instruments de gestion des conflits.

II. Le droit et les principes applicables à la fonction publique

A. Droit applicable

Le droit de la fonction publique s'est profondément modifié durant ces vingt dernières années. La Confédération et la plupart des cantons ont réformé leur statut du personnel et, d'une manière générale, ces réformes se sont orientées et continuent de tendre à un rapprochement du droit de la fonction publique vers le droit privé du travail[6]. Les réformes se sont traduites, notamment, par le passage d'un modèle traditionnel de création des rapports de service par nomination à une création des rapports de service par un contrat de droit public, par la suppression de la période administrative remplacée par un système d'engagement de durée indéterminée avec une période probatoire, par le passage d'un modèle de rémunération selon une grille salariale arrêtée en fonction de critères uniquement objectifs (fonction, expérience, ancienneté) à une rémunération liée aux prestations, ou encore par le passage d'un système de résiliation des rapports de service limité aux cas des seuls motifs prévus limitativement à un licenciement pouvant être prononcé sur la base de motifs exemplatifs[7]. Le rapprochement vers le droit privé s'exprime également par le renvoi, dans les statuts de la fonction publique, aux règles du Code des obligations (CO)[8] appliquées à titre supplétif[9]. Il apparaît en outre de plus en plus clairement avec l'utilisation, en jurisprudence, de définitions transversales de certaines notions matérielles, comme, par exemple, celle d'obligation de protection de la personnalité ou de harcèlement[10].

---

6 BELLANGER/ROY, p. 461 ; EMERY, p. 486 ; MAHON/ROSELLO, pp. 13-14.

7 BELLANGER/ROY, pp. 461 s. ; MAHON/ROSELLO, pp. 28-30 ; TANQUEREL, p. 63 s.

8 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

9 MAHON/JEANNERAT, *ad* art. 342 N 13.

10 Cf. *infra* E. Même si cela n'est pas l'objet de la présente contribution, on peut d'ailleurs aussi se demander si le droit de la fonction publique n'exerce pas une certaine influence sur le droit privé du

Malgré cette attraction vers le droit privé, le droit des agents de l'Etat demeure en principe – et en l'état[11] – soumis au droit public.

Mise au bénéfice de la réserve de l'art. 342 al. 1 let. a CO, qui prévoit que les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public sont réservées, sauf en ce qui concerne les art. 331 al. 5 et 331a à 331*e* CO, la collectivité publique[12] peut librement adopter son propre statut du personnel et soumettre la relation de service à des règles qui lui sont propres. Ces règles peuvent ne pas correspondre matériellement aux règles régissant la relation de travail du droit privé[13].

Par ailleurs, la nature de droit public de la relation entre la collectivité publique et ses agents entraîne l'application des principes constitutionnels et des garanties de procédure régissant l'activité de l'administration, qui ont une influence importante sur la gestion de la relation[14].

A noter que l'Etat employeur peut aussi, à certaines conditions, soumettre une partie de son personnel à un rapport de travail de droit privé, notamment pour des emplois de brève durée ou pour l'accomplissement de tâches spéciales. Toutefois, même lorsqu'il agit au moyen du droit privé, il doit respecter les exigences constitutionnelles[15].

B. Principe de la légalité et autres principes constitutionnels

Les organes de l'Etat doivent respecter les principes constitutionnels guidant l'activité administrative, à savoir les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement, de la bonne foi et de l'interdiction de

---

travail dans la problématique de la liberté de résilier le contrat. La jurisprudence estime en effet que l'employeur soumis au droit privé a également un devoir d'assistance (« *Fürsorgepflicht* ») à l'égard de son collaborateur, ce qui n'est pas sans rappeler la notion similaire largement développée en droit public ; ATF 132 III 115, consid. 5 ; pour une présentation de l'évolution de la liberté de licenciement en droit privé du travail : DUNAND.

11 A l'occasion de la révision de la Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1) de 2012, il avait été envisagé de remplacer purement et simplement la LPers par le CO : Message LPers (2011), p. 6175. Sur cette question : TANQUEREL, Droit public et droit privé, p. 56.

12 La réserve de l'art. 342 al. 1 let. a CO vaut pour l'administration centrale comme pour les entités décentralisées mais ne vaut pas pour les entités privées chargées de l'exécution d'une tâche publique : TANQUEREL, Droit public et droit privé, p. 52.

13 Pour une illustration, cf. l'ATF 139 I 57.

14 *Infra* B.

15 MAHON/JEANNERAT, *ad* art. 342 N 12 ; TANQUEREL, Droit public et droit privé, p. 59.

l'arbitraire (art. 5, 8 et 9 Cst.[16]). Cette obligation générale s'applique aussi à l'Etat employeur[17].

La soumission aux principes constitutionnels a des conséquences directes sur la gestion du personnel de la fonction publique, respectivement des situations de conflit.

Tout d'abord, sous réserve de la marge de manœuvre laissée à la collectivité dans l'organisation des relations de travail et de la mise en œuvre de son pouvoir hiérarchique[18], la collectivité publique est tenue aux mesures prévues par la loi en vertu du principe de la légalité. En particulier, lorsqu'il s'agit de prononcer des sanctions, pour autant qu'un régime disciplinaire existe encore dans le statut[19], seules les sanctions prévues dans le catalogue des sanctions figurant dans le statut peuvent être envisagées, à l'exclusion d'autres mesures qui ne sont pas prévues par la loi.

Par ailleurs, conséquence directe de l'obligation de respecter les principes constitutionnels, en droit de la fonction publique, il n'est pas possible de résilier librement et sans motif les rapports de travail[20]. En effet, un licenciement sans motif serait arbitraire car non justifié par la poursuite d'un intérêt public, non proportionné et ne respectant pas les principes de l'égalité de traitement et de la bonne foi. Il serait purement et simplement arbitraire[21].

La proportionnalité a en particulier un rôle important en présence d'une situation de conflit. En effet, l'employeur public ne peut pas librement résilier les rapports de travail pour résoudre un conflit. De plus, le conflit est souvent une situation qualitativement moins grave que du harcèlement ou du *mobbing*[22], pour laquelle le principe de proportionnalité impose d'opter pour une mesure moins incisive que le licenciement. Partant, avant de prononcer un licenciement, la collectivité doit tenter de résoudre le conflit à l'aide d'autres moyens moins incisifs.

Outre leur portée matérielle, les principes constitutionnels ont des conséquences procédurales d'autant plus importantes qu'eux seuls permettent l'accès au recours en matière de droit public, voire au recours constitutionnel subsidiaire devant le Tribunal

---

16 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

17 Cf. p. ex. ATF 139 I 161.

18 Cf. *infra* D.

19 La Confédération, Genève et Neuchâtel connaissent un régime de sanctions, Vaud l'a supprimé.

20 Message LPers (2011), p. 6182 ; NGUYEN, p. 176 s.

21 Dans ce sens, cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-531/2014 du 17 septembre 2014, consid. 4.4.

22 Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2009 du 8 mars 2010, consid. 5.1, étant précisé que la définition du *mobbing* vaut pour les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public : arrêt du Tribunal fédéral 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, consid. 2.1. Cf. POLEDNA.

fédéral lorsque les contestations relèvent de la mise en œuvre de statuts cantonaux ou communaux de la fonction publique. En effet, le grief selon lequel le droit cantonal ou communal de la fonction publique serait mal appliqué ne permet pas à lui seul de fonder un recours auprès du Tribunal fédéral (art. 95 let. a LTF[23]). La jurisprudence a toutefois précisé que, de même que lorsque la violation du principe de la légalité est invoquée, le Tribunal fédéral n'intervient en cas de violation du principe de proportionnalité que si la mesure de droit cantonal est manifestement disproportionnée et qu'elle viole simultanément l'interdiction de l'arbitraire[24]. Pour ce motif, le grief de l'arbitraire est fréquemment invoqué dans le contentieux de la fonction publique puisque les statuts, à l'exception de la LPers, ne sont pas du droit fédéral. Dans le même temps, en leur qualité d'employeur, les collectivités publiques jouissent par définition d'une très grande liberté dans la gestion de leur personnel, de sorte que rares sont les cas dans lesquels un plaideur obtient gain de cause devant le Tribunal fédéral en invoquant l'application arbitraire du droit cantonal[25].

C. Garanties constitutionnelles et conventionnelles de procédure

Les garanties générales de procédure (art. 29 Cst.), la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.) et les garanties de procédure judiciaire (art. 30 Cst.) doivent également être respectées.

S'agissant des garanties de procédure administrative, la prétention déduite du droit d'être entendu (art. 29 Cst.) vaut pleinement et sans restriction dans le droit de la fonction publique. Les droits procéduraux des collaborateurs de la fonction publique, notamment le droit d'être entendu dans toutes ses composantes (accès au dossier, droit de s'exprimer, droit à une décision motivée), doivent trouver application lorsque les droits et obligations de ceux-ci sont potentiellement touchés[26]. L'agent public a le droit de se voir communiquer les faits qui vont fonder la décision à prendre par la collectivité publique et de se prononcer à leur propos avant que la décison ne soit rendue, ce que

23 Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110.

24 ATF 134 I 153, consid. 4.

25 Pour une énumération des cas récents dans lesquels le Tribunal fédéral a admis des recours sous l'angle de l'arbitraire, URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, p. 310 s.

26 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014, consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2117/2013 du 6 mars 2014, consid. 2 ; HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, p. 139.

certains statuts prévoient expressément (art. 47 LSt-NE[27]). Le respect de cette garantie constitutionnelle est essentiel et justifie la mise en place de procédures différant du droit privé. Tel est par exemple le cas lorsqu'un licenciement avec effet immédiat est envisagé : le respect du droit d'être entendu – de même que la nécessité d'établir soigneusement les faits – justifie que l'on accorde à l'employeur public un temps plus important pour décider une résiliation avec effet immédiat qu'à un employeur privé[28].

De même, l'employeur de droit public doit motiver toute décision par laquelle il impose des obligations à un agent ou restreint ses droits[29].

S'agissant de l'accès au juge, l'art. 29a Cst. donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Cette norme étend le contrôle judiciaire à toutes les matières, y compris aux actes de l'administration, en établissant une garantie générale de l'accès au juge[30].

Rappelons aussi que depuis un arrêt de principe *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* du 19 avril 2007 rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence a étendu le champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH[31] en ce qui concerne les employés publics. Rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de cette disposition des conflits ordinaires du travail comme cela était le cas auparavant. Il y a une présomption que l'art. 6 § 1 CEDH s'applique dans les contestations relatives aux employés publics. Pour que ces litiges soient soustraits à la protection offerte par cette norme, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Il faut encore que l'objet du litige soit lié à l'exercice de l'autorité étatique, de sorte que les conflits ordinaires du travail - tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type - ne sont en principe pas soustraits aux garanties de cette disposition[32]. Cela dit, l'accès au juge de

---

27 Cette disposition n'accorde pas une garantie du droit d'être entendu allant au-delà de celle de l'art. 29 al. 2 Cst. ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014, consid. 4.4.

28 ATF 138 I 113, consid. 6.5 ; RDAF 2013 I 580.

29 Message LPers (2011), p. 6182.

30 ATF 136 I 323, consid. 4.2.

31 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101 .

32 Arrêt de la CEDH *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, (GC), du 19 avril 2007, no 63235/00. Cet arrêt a été confirmé notamment par l'arrêt de la CEDH *Cudak c. Lituanie*, (GC), du 23 mars 2010, no 15869/02, l'arrêt de la CEDH *Sikic c. Croatie*, du 15 juillet 2010, no 9143/08, l'arrêt de la CEDH

l'art. 29*a* Cst. combiné avec les garanties de procédure judiciaire de l'art. 30 Cst. confèrent, dans la majorité des cas, une protection analogue à celle déduite de l'art. 6 § 1 CEDH qui n'a, partant, guère de portée propre pour le contentieux de la fonction publique.

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. S'agissant du droit d'accès au juge de l'art. 29*a* Cst., la jurisprudence a précisé que cette garantie s'étend également à certains actes matériels de l'administration[33], ce qui a permis le contrôle judiciaire de mesures de gestion du personnel traditionnellement qualifiées d'actes internes de l'administration n'ouvrant pas la voie du recours. Cette thématique sera évoquée *infra* III. B. en relation avec le déplacement des agents publics.

L'importance pratique de ces garanties, notamment des garanties procédurales, est capitale. D'une part, elle impose à l'autorité de mettre en place des procédures formalisées. D'autre part, en raison de leur caractère formel, les règles procédurales sont très fréquemment invoquées dans le cadre de recours contre une décision en matière de fonction publique. En effet, les griefs de fond, à l'exception peut-être de la proportionnalité, ont poids relatif dans le cadre d'un recours, compte tenu de la grande marge d'appréciation laissée à l'autorité dans la gestion du personnel et de la retenue dont font preuve les tribunaux en la matière[34]. Rappelons que les juridictions administratives cantonales n'ont pas le pouvoir de revoir l'opportunité des décisions. Le Tribunal administratif fédéral chargé du contentieux de la LPers peut revoir l'opportunité des décisions soumises à son contrôle (art. 49 PA[35]) mais fait preuve de retenue lorsqu'il s'agit d'apprécier des décisions qui, par exemple, concernent l'organisation, la rémunération ou les prestations du personnel[36].

Vasilchenko c. Russie, du 23 septembre 2010, no 34784/02, l'arrêt de la CEDH *Fazliyski c. Bulgarie*, du 16 avril 2013, no 40908/05, l'arrêt de la CEDH *Baka c. Hongrie*, du 27 mai 2014, no 20261/12.

33 ATF 136 I 323, consid. 4.3.

34 HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, p. 104 s.

35 Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

36 ATAF 2013/31, consid. 4.7.6.

D. Pouvoir hiérarchique

L'administration est caractérisée par l'existence du pouvoir hiérarchique. Le pouvoir hiérarchique comprend le droit de diriger et de donner des instructions aux autorités de rang inférieur. Cette faculté concerne aussi bien les objectifs à poursuivre que les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Elle découle de la relation de subordination hiérarchique entre l'autorité exécutive supérieure et les services qui en dépendent[37].

Au niveau fédéral, le Conseil fédéral est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération et l'administration fédérale lui est subordonnée (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 LOGA[38]). Ce même pouvoir hiérarchique se retrouve à chaque niveau de la hiérarchie. Ainsi, l'art. 38 *1ère phrase* LOGA prévoit qu'au sein du département, le chef de département a toujours qualité pour donner des instructions, procéder à des contrôles et intervenir personnellement dans une affaire. Ce pouvoir donne au gouvernement, qui est chargé de la direction de l'administration et doit assumer la responsabilité politique de son fonctionnement ou de ses dysfonctionnements, la possibilité d'exercer une surveillance constante et systématique de l'administration fédérale, comme l'y invite l'art. 8 al. 3 LOGA[39]. Le système de concentration du pouvoir hiérarchique dans les mains du pouvoir exécutif et sa diffusion verticale dans les départements puis services est identique au niveau cantonal[40].

On assiste depuis une vingtaine d'années à un phénomène d'éclatement du pouvoir hiérarchique. En effet, les réformes successives en matière d'organisation de l'Etat tendent à un renforcement des responsabilités en matière de conduite dans la perspective d'une orientation plus marquée vers les objectifs et les résultats. A titre d'illustration, depuis 1997, la LOGA prescrit la gestion au moyen d'objectifs et de priorités à tous les niveaux de l'administration, les prestations et résultats devant faire l'objet d'une appréciation périodique. En 2002 puis 2007, le frein à l'endettement et le nouveau modèle comptable ont entièrement remodelé la gestion du budget. Le premier oblige le Conseil fédéral et le Parlement à définir des priorités de manière à ce que les ressources, limitées, soient affectées là où elles ont une utilité maximale. Le second place les processus budgétaires dans une double perspective : celle du financement, qui permet aux acteurs politiques d'exercer un pilotage stratégique du budget, et celle des résultats, posés en postulat d'une gestion administrative et opérationnelle efficace. Concrètement,

---

37 BELLANGER, p. 11 ; cf. également TANQUEREL, Manuel de droit administratif, p. 38 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 48.

38 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010.

39 BELLANGER, p. 11.

40 BAUER, p. 161 ; DEPRAZ, p. 244 ; HOFMANN, Le Conseil d'Etat dans la Constitution genevoise, p. 134.

le Conseil fédéral et les directions des départements définissent les objectifs de l'administration fédérale et fixent des priorités et, en conséquence, l'administration doit axer son activité sur l'atteinte des objectifs fixés par le Conseil fédéral et les départements. Lorsque le Conseil fédéral et les chefs de département délèguent l'exécution directe de tâches à des unités de l'administration fédérale, ils leur donnent les compétences et les moyens nécessaires et procèdent à une appréciation des prestations de l'administration fédérale et réexaminent périodiquement les objectifs qu'ils leur ont fixés (art. 36 LOGA), en particulier dans l'optique d'une mise en oeuvre efficace et efficiente. Le pilotage des ressources – y compris les ressources humaines – obéit aux mêmes principes : il fait partie intégrante des processus annuels de budgétisation et de définition des objectifs[41]. On distingue la budgétisation des ressources en matière de personnel, qui incombe aux départements, aux unités administratives et à l'Office fédéral du personnel, de la gestion des ressources et la gestion du temps de travail. Ces tâches de conduite relèvent de la compétence des supérieurs hiérarchiques[42].

Parallèlement au phénomène d'éclatement du pouvoir hiérarchique se réalise un partage de la gestion des ressources humaines. Les fonctions de ressources humaines sont réparties entre les tâches stratégiques, d'une part, confiées aux services spécialisés, et les tâches opérationnelles, confiées aux supérieurs hiérarchiques[43]. La gestion collective des thématiques de ressources humaines ainsi que le contrôle de l'application des lois, règlements et directives pour garantir ainsi l'égalité de traitement entre les départements et unités échoient au service spécialisé. Quant à la gestion individuelle, elle s'opère au niveau des départements ; la hiérarchie a la responsabilité d'engager et de former à la place de travail, de fixer des objectifs et d'apprécier les performances, de motiver son personnel. Les départements ont souvent mis en place des responsables ressources humaines afin de conseiller et de soutenir les responsables hiérarchiques dans ces tâches de gestion du personnel[44].

Cela illustre le phénomène général que les politologues ont désigné comme la décentralisation de la fonction de gestion des ressources humaines : initialement inexistante en tant que politique publique, la gestion des ressources humaines s'est tout d'abord développée à la faveur de la création de services spécialisés centralisés pour l'ensemble d'une même collectivité publique pour se déplacer ensuite vers une responsabilisation de la hiérarchie dans la gestion du personnel. Désormais, la

41 OFPER (2014), p. 2.
42 OFPER (2014), p. 5.
43 OPFER (2013), p. 3.
44 Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la motion M 1658-A pour une véritable politique des ressources humaines au sein de l'Etat, déposé le 6 septembre 2006, disponible à l'adresse www.ge.ch/grandconseil (consulté le 9.12.2014).

responsabilité principale en matière de gestion des ressources humaines repose sur les épaules des responsables hiérarchiques, comme cela prévalait avant l'apparition des services du personnel[45]. Aussi, c'est donc au niveau hiérarchique que devraient être gérés les conflits et les problèmes de collaboration[46].

Le pouvoir hiérarchique en main de l'exécutif comprend le devoir de formuler la politique du personnel et d'en assurer la mise en oeuvre (art. 4 LPers, art. 2A de la Loi [genevoise] générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC-GE)[47], art. 2 de la Loi [neuchâteloise] sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 (LSt-NE)[48], art. 5 de la Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (LPers-VD[49]). Ensuite, les dispositions d'application indiquent quelle est l'autorité compétente ou déléguée pour formellement rendre les décisions en matière de gestion du personnel (art. 3 LPers, art. 10 et 11 LPAC-GE, art. 9 LSt-NE, art. 18 LPers-VD). Il convient d'apporter beaucoup de soin à la détermination de l'autorité compétente de cas en cas sachant qu'une décision rendue par une autorité incompétente est en principe nulle[50] même s'il est vrai que la sanction de la nullité n'est pas toujours constatée en cas d'incompétence au sein d'une même collectivité[51]. Dans les statuts contractuels comme la Confédération ou le canton de Vaud, il est souvent fait recours au parallélisme des formes : l'autorité d'engagement est aussi celle compétente pour prendre toutes les décisions en matière de gestion voire de fin des rapports de travail. Dans d'autres cas, les autorités désignées par la loi peuvent varier en fonction de la décision à prendre, notamment pour le régime des sanctions (art. 16 LPAC-GE, art. 80 LSt-NE).

E. L'obligation de protection de la personnalité des agents publics

L'employeur a le devoir de protéger la personnalité des travailleurs. Cette obligation vaut évidemment aussi en droit de la fonction publique. Les sources de l'obligation de protéger la santé des agents publics sont multiples.

---

45 EMERY, p. 482.

46 Pour une illustration, cf. Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2009 du 8 mars 2010, consid. 4.2.1 .

47 RS/GE B 5 05.

48 RSN 152.510.

49 RSV 172.31.

50 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_156/2007 du 30 août 2007, consid. 2 ; ATF 122 I 97 consid. 3a/aa. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, p. 311 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 301.

51 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 301.

L'obligation de protection de la personnalité figure avant tout dans les lois régissant le personnel (art. 4 al. 2 let. g LPers et 9 OPers[52], art. 2B LPAC-GE, art. 3 al. 3 LPers-VD). En l'absence de disposition expresse, les art. 28 et suivants CC[53] et 328 CO, qui protègent la santé et la personnalité en droit privé, trouvent application par analogie[54]. Tel est ainsi le cas pour le personnel soumis au régime de la LSt-NE. On peut ajouter à ces sources l'obligation de protection découlant de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr)[55], dont ce volet s'applique aux collectivités publiques par le renvoi de son art. 3a[56,57].

La définition de la notion de protection de la personnalité du travailleur ou d'atteinte à celle-ci est rarement définie dans les statuts de droit public. Selon l'art. 3 al. 1 RPPers-GE[58], « *est constitutive d'une atteinte à la personnalité toute violation illicite d'un droit de la personnalité, telles notamment la santé physique et psychique, l'intégrité morale, la considération sociale, la jouissance des libertés individuelles ou de la sphère privée* »[59]. A défaut de définition dans les statuts, les juridictions renvoient aux art. 28 CC et 328 CO pour déterminer et illustrer la portée de l'obligation de protection de la personnalité[60]. Partant, la notion de protection de la personnalité de l'agent public et l'obligation qui en découle pour l'employeur est typiquement un de ces concepts dont la portée et la valeur matérielle sont identiques en droit public et en droit privé.

L'obligation de protéger la personnalité du travailleur entraîne, notamment, l'obligation de désamorcer les conflits. L'employeur a le devoir d'agir dans certains cas pour calmer

---

52 Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 2 juillet 2001, RS 172.220.111.3.

53 Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210 ; (CC).

54 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.770/2006 du 26 avril 2007, consid. 3.2. A propos de la portée de ces normes et de leurs conséquences en termes de responsabilité, cf. dans le présent ouvrage la contribution de DUNAND/TORNARE, p. 29.

55 RS 822.11.

56 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2002 du 20 juin 2003, consid. 1.1.2 ; STEIGER-STACKMANN, p. 32.

57 On peut ajouter à cette liste la protection conférée par les législations fédérale et cantonales sur la protection des données et sur la protection contre le tabagisme passif.

58 Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève du 12 décembre 2012, RS/GE B 5 05.10.

59 Le RPPers et le Règlement [vaudois] relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002 (RSV 172.31.7 ; (RCTH-VD) définissent expressément les notions de harcèlement psychologique (*mobbing*) et de harcèlement sexuel (art. 3 al. 2 et 3 RPPers, art. 3 al. 1 et 2 RCTH-VD).

60 ATF 137 I 58, consid. 4.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_245/2008 du 2 mars 2009, consid. 4.2 ; 1C_318/2007 du 18 décembre 2007 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-621/2009 du 20 août 2009, consid. 3.5.2 ; HELBLING, *ad* art. 4 N 45, tire toutefois des deux premiers arrêts cités que l'obligation découlant de l'article 4 LPers est fixée à un seuil plus élevé et impose à la collectivité publique de ne pas se contenter de mesures de protection et de prendre d'autres mesures.

la situation conflictuelle et de ne pas rester inactif[61]. S'il ne prend pas de mesures dans ce sens, l'employeur ne peut généralement pas se prévaloir ensuite de la dégradation des situations de travail pour justifier un licenciement[62].

Parmi les mesures servant à désamorcer les conflits, on trouve des instruments qui relèvent des instruments généraux de gestion du personnel (*infra* III.) et des instruments dédiés de gestion des conflits (*infra* IV.).

III. Les instruments généraux de gestion du personnel au service de la gestion des conflits

L'Etat employeur dispose d'instruments généraux de conduite du personnel, lesquels sont mis en oeuvre en cas de situations de conflit.

Il sied d'emblée de relever que les instruments généraux sont avant tout conçus pour gérer une relation individuelle de travail. Très vite, la gestion du conflit devra, pour la mise en oeuvre de ces instruments, nécessiter de qualifier les actes d'une personne déterminée et donc personnaliser ses actions, en posant un jugement de valeur sur des comportements. L'autorité ne peut donc pas simplement s'en tenir à la définition du conflit donnée en introduction de ce texte. Elle doit au contraire apprécier l'attitude des agents publics au regard de leurs devoirs de fonction, de leur comportement et de leur aptitude à occuper leur poste.

Rappelons aussi que l'autorité a une très grande liberté d'appréciation dans le choix des mesures de résolution des conflits[63].

A. Entretien, médecin-conseil et autres mesures

Confrontés à un conflit, les protagonistes doivent – ou devraient – tout d'abord essayer de communiquer, ce qui est fait lors d'entretiens. Les statuts prévoient différents types d'entretien, qu'il convient de distinguer.

Les statuts prévoient généralement des entretiens dont l'objet est d'apprécier les prestations des agents publics au regard des objectifs qui sont les leurs (art. 36 LPers-

61 ATF 137 I 58, consid. 4.2.3; 125 III 70, consid. 2c.

62 ATF 137 I 58, consid. 4.2.3; 125 III 70 consid. 2c ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_594/2010 du 25 août 2011, consid. 5.1. Cf. *infra* III.C.

63 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_677/2013, consid. 5.3 ; ATF 137 I 58, consid. 4.2.3.

VD). Lorsque le salaire est lié aux prestations, l'évaluation sert de base à l'évolution des salaires (art. 15 OPers). Même si à cette occasion le supérieur hiérarchique peut s'assurer que le collaborateur est en phase avec le fonctionnement général du service et qu'il entretient des relations cordiales avec ses collègues ou ses supérieurs, il n'est guère opportun de saisir l'occasion de cet entretien d'évaluation pour gérer un conflit.

L'entretien d'évaluation avec le supérieur hiérarchique ne doit pas être confondu avec l'entretien de service formalisé, initié par l'employeur, pour confronter un collaborateur à des manquements ou violations de ses devoirs de service (art. 44 RPAC-GE[64], art. 46 LSt-NE). L'entretien de service intervient lorsque des mesures incisives sont envisagées en vue du règlement d'un conflit. Il est possible qu'à cette occasion le collaborateur soit accompagné d'un représentant syndical[65].

Cela étant, un entretien avec le supérieur hiérarchique doit pouvoir être réalisé en tout temps, même si cela n'est pas prévu par la loi[66]. C'est ce dernier type d'entretien qui est utilisé en cas de conflit, respectivement qui doit être à la disposition du collaborateur pour qu'il fasse part de ses doléances à sa hiérarchie quant aux conflits qu'il rencontrerait.

Pour apaiser le conflit, le supérieur hiérarchique peut proposer des mesures individuelles comme par exemple des entretiens hebdomadaires entre le collaborateur et sa hiérarchie[67], une répartition des tâches du collaborateur différente[68], une formation ou un *coaching* du collaborateur ou d'autres membres du service[69], un changement de bureau[70], ou une visite chez le médecin-conseil (art. 11 OPers) ou auprès d'autres services comme la Consultation sociale du personnel (art. 27d LPers).

Il peut également solliciter l'intervention de l'institution dédiée de gestion des conflits (art. 12 let. b. RPPers-GE, art. 8 al. 2 RCTH-VD) en vue d'une médiation avec l'accord du collaborateur (art. 14 RPPers-GE, art. 11 RCTH-VD) ou d'une procédure d'investigation (art. 20 al. 1 RPPers-GE, art. 15 al. 1 let. b RCTH-VD).

---

64 Règlement genevois 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, RS/GE B 5 05 .

65 Pour illustration, cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014.

66 L'entretien avec le supérieur en tout temps est prévu en droit vaudois : art. 43 LPers-VD et art. 92 du Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud (RLPers-VD), RSV 172.31.1.

67 ATA/82/2010 du 12 février 2014.

68 ATA/82/2010 du 12 février 2014.

69 ATF 137 I 58 ; ATA/82/2010 du 12 février 2014.

70 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_461/2013 du 7 mai 2014, consid. 6.

L'employeur peut aussi ordonner, comme mesure de type collectif lorsqu'un conflit est généralisé au sein d'un service, un audit interne[71] pour mettre en lumière les mécanismes du service et la dynamique du groupe dans lequel s'expriment les tensions.

B. Changement de poste

Un moyen de régler un conflit de personnes au sein d'un service est de déplacer un agent public dans un autre service. La personne en prise à une situation conflictuelle pourra être déplacée dans un autre service de l'administration afin d'apaiser les tensions au sein du service, respectivement de l'en épargner. Le changement de poste, appelé aussi changement d'affectation, déplacement ou transfert, est régi par les différents statuts (art. 21 al. 1 let. c*bis* LPers, art. 12 al. 2 et 3 LPAC-GE, art. 48 al. 4 LSt-NE, art. 21 LPers-VD). En droit neuchâtelois, la notion de déplacement figure uniquement dans le catalogue des sanctions disciplinaires. En droit fédéral, bien que la formulation de l'art. 25 al. 2 LPers ne le laisse pas apparaître, le transfert fait aussi partie du catalogue des sanctions[72].

La problématique liée au changement de poste est double. D'une part, la qualification juridique du changement de poste, décision ou acte interne, ne va pas de soi. D'autre part, le changement de poste peut être considéré comme une sanction déguisée.

Selon la jurisprudence consacrée, la décision comme acte juridique a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de la personne étatique ou, en d'autres termes, extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration ; l'acte interne peut avoir des effets juridiques, mais ce n'en est pas l'objet, et c'est pourquoi il n'est en règle générale pas susceptible de recours. Deux critères permettent généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, 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

---

71 Pour un exemple d'audit interne recommandé par le Groupe de confiance, cf. ATA/82/2010 du 12 février 2014.

72 Message LPers (2011), p. 6187.

cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique[73].

En 2010, le Tribunal fédéral a considéré que la mutation d'un chef de brigade de la police judiciaire genevoise au commissariat de police avec un nouveau cahier des charges, sans modification de salaire mais désormais sans charge de commandement, donne lieu à une contestation juridique qui bénéficie de l'accès au juge de l'article 29*a* Cst. Dans cette affaire, le fait que la nouvelle fonction ne correspondait ni aux aptitudes de l'agent, ni à son expérience, alors que la loi applicable prévoit que les affectations sont décidées selon les aptitudes des agents et les besoins du corps de police, a été considéré comme déterminant[74]. Par ailleurs, selon une jurisprudence plus ancienne fondée sur l'ancienne loi sur le statut des fonctionnaires, laquelle posait également les conditions auxquelles un déplacement de poste pouvait être ordonné, le déplacement d'un fonctionnaire a également été considéré comme constituant une décision lorsqu'il est de nature à porter atteinte à la considération à laquelle l'agent public pourrait prétendre car ne répondant pas à ses aptitudes[75].

S'il représente une sanction déguisée, le changement d'affectation constitue un acte attaquable[76]. A Genève, où cette question s'est particulièrement posée, la jurisprudence considère que seuls une modification de traitement ou un nouveau poste affectant les sphères de compétences du fonctionnaire sont des indices permettant de conclure à une sanction déguisée[77].

La tendance est donc clairement à l'augmentation du contrôle judiciaire des actes en matière de gestion du personnel[78], parmi lesquels le changement de poste. A noter toutefois que le fondement théorique du contrôle n'est pas encore clairement arrêté. Dans l'ATF 136 I 323, le Tribunal fédéral a considéré que le recours devait être ouvert en raison de l'exigence d'un contrôle judiciaire prévu par la Constitution, en rappelant que ce contrôle est possible également pour les actes matériels. Mais il a souligné que c'était à tort que « *les premiers juges ont déclaré son recours irrecevable au motif que le transfert ne constituait pas une sanction disciplinaire déguisée et qu'il représentait pour le reste une mesure d'organisation interne* », qualifiant ainsi, *de facto*, le changement d'affectation de décision[79]. A noter aussi que le fondement juridique de l'ouverture du recours dans ce type de situations est certainement appelé à s'affiner au vu de la

73 ATF 136 I 323, consid. 4.4.
74 ATF 136 I 323, consid. 4.5.
75 ATF 108 Ib 419, consid. 2a.
76 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.93/2004 du 15 octobre 2004, consid. 3.1.
77 ATA/575/2014, consid. 10 ; ATA/475/2009, consid. 6.
78 HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, p. 131.
79 Dans le même sens, URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, p. 306.

jurisprudence récente relative aux contrôles des actes matériels, qui ouvre l'accès au contrôle sur la base d'un intérêt digne de protection, à l'exclusion des cas bagatelle ou relevant de l'action populaire[80]. A noter enfin que la LPers prévoit expressément que les décisions de transfert ne sont pas susceptibles de recours (art. 34 al. 1*bis* LPers), alors que le droit vaudois prévoit que le transfert fait l'objet d'une décision (art. 22 al. 2 LPers-VD).

Cela étant, quel que soit le fondement de la protection juridique, il nous semble que le point déterminant pour distinguer entre changement d'affectation ouvrant ou n'ouvrant pas la voie du recours est celui de l'adéquation du nouveau poste au profil de l'agent public, afin d'apprécier par là une éventuelle atteinte à la considération à laquelle il pourrait prétendre et qui fonderait son droit à une protection juridique. A notre avis, tout changement d'affectation n'ouvre pas systématiquement la voie au recours.

C. Fin des rapports de service, licenciement

Un conflit peut, selon les circonstances, motiver la fin des rapports de service[81].

Les modalités de fin des rapports de service diffèrent d'un statut de la fonction publique à l'autre selon notamment que le régime est un régime contractuel ou statutaire. Avec l'avènement des statuts révisés de la fonction publique, le régime de résiliation des rapports de travail a été assoupli. Le canton de Vaud a dressé une liste exhaustive des motifs de licenciement (art. 62 LPers-VD). Genève, Neuchâtel et la Confédération ont une liste exemplative et, selon ces statuts, la fin des rapports de service peut être prononcée pour raisons graves (art. 44 ss LSt-NE), motifs fondés (art. 21 ss LPAC-GE) ou motifs objectivement suffisants (art. 10 al. 3 LPers).

Il dépasse le cadre de la présente contribution de faire un panorama complet du système de licenciement dans la fonction publique. Nous renvoyons aux contributions récentes sur cette question[82]. Voici néanmoins quelques remarques.

En présence d'une situation de conflit, ce sont avant tout des motifs d'inaptitude et des manquements dans le comportement qui justifient la fin des rapports de travail. Des

---

80 ATF 140 II 315, consid. 4.

81 Cf., p. ex., pour la Confédération : arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2009 du 8 mars 2010 ; pour Genève : arrêt du Tribunal fédéral 8C_677/2013 du 22 septembre 2014 (statut communal) ; pour Neuchâtel : arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2014 du 29 octobre 2014, 1C_404/2008 du 5 décembre 2008 ; pour Vaud : arrêt du Tribunal fédéral 8C_422/2013 du 9 avril 2014, 8C_910/2011 du 27 juillet 2012, ATF 137 I 58.

82 CHABLAIS, p. 109 ss ; HÄNNI, Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, p. 198 ss ; HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, p. 525 ss ; cf. NGUYEN et NÖTZLI.

motifs de ce type trouvent ancrage dans les différents statuts, sous la notion d'inaptitude ou de violation des devoirs, même s'il peut parfois être difficile de faire la distinction entre manquements dans le comportement et violation des devoirs[83]. Quoi qu'il en soit, c'est en premier lieu aux supérieurs hiérarchiques ainsi qu'à l'autorité à qui incombe la gestion de la relation de travail de qualifier les prestations de l'agent public, dès lors qu'ils peuvent le mieux évaluer le travail quotidien et apprécier le comportement de l'intéressé[84].

S'agissant de la qualification d'un comportement d'inadéquat, la jurisprudence tend à objectiviser cette notion[85]. Des manquements dans le comportement de l'employé ne peuvent constituer un motif de licenciement que lorsqu'ils sont reconnaissables également pour des tiers ; le seul souhait de l'employeur de se séparer d'un employé difficile ne suffit pas[86]. L'objectivisation de l'examen des manquements dans le comportement est nécessaire car les principes de la bonne foi et de la proportionnalité commandent d'analyser plus en détail l'origine des tensions lorsqu'un licenciement est prononcé en raison de conflits entre un subordonné et son supérieur. Il faut donc que le comportement de l'employé perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise ou qu'il soit propre à ébranler le rapport de confiance avec le supérieur[87]. A notre sens, cette exigence, développée en application de la LPers, constitue, en raison des motifs qui la justifient, un principe que les collectivités publiques doivent respecter dans l'application de leurs statuts respectifs.

Pour ce qui est de la violation des devoirs de l'agent public, celle-ci doit revêtir une certaine gravité. Un catalogue exemplatif de motifs de licenciement ne signifie pas que toute violation des devoirs de fonction permette un licenciement[88]. Il s'agit, dans ce cas également, de respecter le principe de la proportionnalité et d'exiger que la violation des devoirs de l'agent public soit grave pour le prononcé d'un licenciement.

Le licenciement doit en règle générale être précédé d'un avertissement (art. 46 LSt-NE, art. 59 al. 3 LPers-VD). L'avertissement précédant le licenciement doit être distingué de

---

83 Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-621/2009 du 20 août 2009, consid. 3.5.

84 ATF 118 Ib 164, consid. 4b.

85 NGUYEN, p. 187.

86 Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-897/2012 du 13 août 2012, consid. 6.3.2.

87 Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-897/2012 du 13 août 2012, consid. 6.3.2 ; A-621/2009 du 20 août 2009, consid. 3.5.2 ; NGUYEN, p. 187.

88 Arrêt du Tribunal administratif fédérale A-531/2014 du 17 septembre 2014, consid. 4.4, qui précise que le passage, en droit fédéral, d'une liste exhaustive à une liste exemplative de motifs de licenciement permet quantitativement plus de cas de licenciement ; en revanche, sur le plan qualitatif, c'est toujours une violation grave des devoirs qui est exigée.

l'avertissement prononcé à titre de sanction[89]. Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral a précisé que le principe de la proportionnalité exige qu'un avertissement soit prononcé avant un licenciement même s'il n'est pas expressément prévu par la loi, car il convient de tout mettre en œuvre afin de permettre la poursuite de la collaboration ; il faut, partant, donner à l'employé concerné la possibilité de s'améliorer[90]. Dans le même ordre d'idées, la législation genevoise prévoit que le licenciement doit être précédé d'une proposition de mesures de développement et de réinsertion professionnels, l'autorité devant le cas échéant rechercher, par la voie du reclassement, si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de l'intéressé (art. 21 al. 3 LPAC-GE).

Une situation aiguë de conflit peut, dans certaines circonstances, conduire à un licenciement immédiat (art. 10 al. 4 LPers, art. 20 al. 5 LPAC-GE, art. 61 LPers-VD). Les principes dégagés par le Tribunal fédéral en matière de résiliation immédiate dans le contrat de travail s'appliquent généralement par analogie aux licenciements en droit de la fonction publique[91]. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Selon la jurisprudence, « *les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du rapport de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate.* »[92]. Par exemple, un comportement avéré de harcèlement psychologique, en raison de sa gravité, de sa fréquence et de sa durée, est susceptible de justifier un licenciement immédiat[93]. Le rapprochement avec le licenciement immédiat du droit privé trouve toutefois ses limites dans les règles procédurales que l'autorité doit respecter dans la gestion de la relation de travail de droit public. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 337 CO, la notion de justes motifs implique que l'employeur ne laisse pas s'écouler un laps de temps indûment prolongé avant de prononcer la résiliation immédiate des rapports de travail ; en présence d'un juste motif, le congé doit être signifié immédiatement. Dans les rapports de travail de droit public, les règles en matière d'établissement des faits, de droit d'être entendu, de

89 Cf. *infra* D.

90 Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-692/2014 du 17 juin 2014, consid. 3.2.2, qui précise qu'en cela la modification de la LPers n'a pas supprimé cette obligation.

91 ATF 138 I 113, consid. 6.

92 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_318/2007 du 18 décembre 2007, consid. 3.2.

93 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_318/2007 du 18 décembre 2007, consid. 3.4.

motivation des décisions, le cas échéant de tenue d'une enquête administrative, justifient que l'employeur de droit public bénéficie d'un temps de réaction plus long avant de prononcer un licenciement immédiat, de sorte que la règle des quelques jours ouvrables valant en droit privé ne peut pas être reprise telle quelle dans la résiliation immédiate des rapports de service du droit public[94].

La fin des rapports de service pour motifs d'inaptitude, de comportement inadéquat ou de violation des obligations de service doit soigneusement être distinguée de la révocation ou du licenciement disciplinaires prononcés à titre de sanction dans les statuts qui connaissent ce type de sanctions[95]. Il appartient à l'autorité qui prononce la fin des rapports de service d'indiquer le fondement de sa décision et soit d'utiliser la procédure spécifique imposée par le droit disciplinaire, soit de faire précéder sa décision des mesures exigées par le statut comme l'avertissement ou une proposition de reclassement.

D. Sanctions disciplinaires

En cas de violation des devoirs de fonction, certains employeurs de droit public disposent, en outre, du pouvoir de sanctionner l'agent public fautif. Selon les circonstances, les comportements d'agent public en situation de conflit peuvent justifier la prise de sanctions.

Les sanctions disciplinaires peuvent consister, selon les statuts, en l'avertissement (art. 25 al. 2 let. b LPers, art. 99 al. 2 let. a OPers[96]), le blâme (art. 16 al. 1 let. a ch. 1 LPAC-GE), le changement du temps de travail (art. 99 al. 3 let. c OPers), le changement du lieu de travail (art. 99 al. 3 let. d OPers), le changement d'activité (art. 25 al. 2 let. c LPers, art. 99 al. 2 let. c OPers), la réduction du salaire (art. 99 al. 3 OPers), la suspension d'augmentation du traitement pendant une durée indéterminée (art. 16 al. 1 let. b ch. 2 LPAC-GE), la réduction de traitement à l'intérieur de la classe (art. 16 al. 1 ch. 2 LPAC-GE), l'amende (art. 99 al. 3 let. b OPers), le déplacement dans un autre poste ou dans une autre fonction (art. 48 al. 4 LSt-NE), le retour au statut d'employé en période probatoire (art. 16 al. 1 let. c. ch. 4 LPAC-GE) ou en la révocation (art. 16 al. 1 let. c ch. 5 LPAC-GE).

---

94 ATF 138 I 113, consid. 6.

95 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_203/2010 du 8 mars 2011. Pour une appréciation critique de cet arrêt : MARTI, pp. 68-72.

96 A propos de la distinction entre l'avertissement disciplinaire et l'avertissement précédant un licenciement dans la LPers : arrêt du Tribunal administratif fédéral A-692/2014 du 17 juin 2014, consid. 3.2. Cf. également *supra* C.

Selon la jurisprudence, dans le domaine des mesures disciplinaires, la révocation est la sanction la plus lourde. Il s'agit de l'*ultima ratio*. Elle 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. Toute violation des devoirs de service ne saurait cependant être sanctionnée par la voie de la révocation disciplinaire. Cette mesure revêt, en effet, l'aspect d'une peine et présente 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[97]. La révocation étant l'ultime sanction, le principe de la proportionnalité commande d'envisager une mesure moins incisive du catalogue des sanctions applicables.

Les mesures disciplinaires les plus incisives doivent avoir été précédées d'une enquête disciplinaire ou administrative (art. 98 OPers, art. 27 LPAC-GE) ou à tout le moins d'une communication formelle des faits et omissions reprochés avec l'indication des moyens de défense à disposition (art. 47 LSt-NE).

IV. Les instruments dédiés de gestion des conflits

Depuis le début des années 2000, les collectivités publiques ont ressenti le besoin de mettre en place des instruments dédiés de gestion des conflits. Ces instruments varient d'une collectivité à l'autre. Les entités instituées ont des degrés divers d'implication dans les procédures de gestion du personnel, allant d'une imperméabilité quasi totale à une fonction de support de l'établissement des faits dans le cadre d'une procédure administrative subséquente. A noter que ces instruments dédiés s'appliquent au personnel de l'administration, que la relation relève du droit public ou du droit privé.

A. Présentation

1. Genève : le Groupe de confiance

Genève dispose depuis 2001 d'une base légale spécifique destinée à la protection de la personnalité des membres de la fonction publique (art. 2B LPAC-GE), concrétisée par le RPPers-GE dont la dernière mouture date du 12 décembre 2012.

97 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_47/2013 du 28 octobre 2013, consid. 5.4.

Constitué de cinq collaborateurs au minimum, le Groupe de confiance a pour mission de traiter les demandes des personnes qui font appel à lui et de contribuer à ce que la hiérarchie fasse cesser les atteintes à la personnalité (art. 4 al. 1 et 5 RPPers-GE). Il travaille en toute indépendance et est rattaché administrativement au département présidentiel (art. 6 RPPers-GE).

Le Groupe de confiance peut agir par des démarches informelles ou par la voie de l'investigation.

Au titre des démarches informelles, à la demande d'un collaborateur ou de l'autorité d'engagement ou des ressources humaines, le Groupe de confiance réalise des entretiens et propose des mesures à l'issue de ceux-ci, comme, par exemple, la proposition à la personne qui l'a saisi de s'adresser à sa hiérarchie, à son responsable des ressources humaines ou au service de santé du personnel (art. 13 RPPers-GE). Le Groupe de confiance peut aussi mettre en place une médiation avec l'accord des personnes intéressées ; la médiation est définie comme un processus par lequel les intéressés, par l'organisation d'échanges confidentiels, tentent de trouver des solutions avec la collaboration de membres du groupe de confiance, en vue, notamment, de poursuivre la relation de travail dans un esprit de respect durable et mutuel (art. 14 RPPers-GE). Le Groupe de confiance peut également procéder à un examen plus approfondi de la situation, appelé examen préalable, à l'issue duquel peuvent être initiés une investigation formelle ou la proposition à l'autorité d'engagement d'intervenir au sein du service concerné ou d'ouvrir une enquête administrative (art. 15 et 16 RPPers-GE). Dans ce cas, le Groupe de confiance a la position de dénonciateur dans la procédure ouverte par l'autorité[98].

Les démarches informelles menées par le Groupe de confiance sont couvertes par une totale confidentialité, ce afin de renforcer par des garanties appropriées la relation de confiance créée entre le Groupe et les personnes qui font appel à lui en vue de favoriser la résolution du litige[99]. Les documents et informations dont ont connaissance les membres du Groupe de confiance lors des démarches informelles sont totalement couverts par la confidentialité. Nul ne peut ultérieurement se prévaloir devant une autorité administrative ou judiciaire de ce qui a été déclaré durant cette phase (art. 8 RPPers-GE).

Le Groupe de confiance peut également mener une procédure d'investigation, laquelle a pour but d'établir les faits et de déterminer si les éléments constitutifs d'une atteinte à la personnalité sont réalisés ou non (art. 19 RPPers-GE). Il s'agit d'une procédure

98 ATA/285/2013 du 7 mai 2013, consid. 8.
99 WAELTI, p. 199.

formalisée mais qui se distingue des procédures d'enquête administrative dans la mesure où les parties sont entendues séparément (art. 24 al. 2 RPPers-GE), les témoins sont entendus hors la présence des parties (art. 26 al. 1 RPPers-GE). A l'issue de la procédure, le Groupe de confiance établit un rapport contenant l'exposé des faits, donne son appréciation sur l'existence ou non d'une atteinte à la personnalité et indique l'identité de l'auteur identifié (art. 29 al. 2 RPPers-GE), lequel est notifié aux parties et à l'autorité d'engagement (art. 29 al. 3 RPPers-GE). Il appartient alors à l'autorité d'engagement de notifier aux parties une décision motivée, par laquelle elle constate l'existence ou non d'une atteinte à la personnalité et son auteur (art. 30 al. 1 RPPers-GE), voire de prendre toute mesure disciplinaire vis-à-vis de l'auteur d'un harcèlement ou d'une atteinte à la personnalité (art. 30 al. 3 RPPers-GE). Les parties et les témoins ne doivent subir aucun préjudice du fait de leur démarche ou de leur déposition. Lorsque la situation l'exige, le Groupe de confiance veille à ce que leur protection soit assurée, en préconisant les mesures opportunes ; de même, il appartient à l'autorité d'engagement de prendre cas échéant toute mesure provisionnelle nécessaire (art. 11 RPPers-GE).

A noter enfin que le RPPers réserve expressément l'application de la Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LResp-GE)[100] et que la pratique montre que des demandes sont de plus en plus fréquemment formées par des collaborateurs ou ex-collaborateurs pour lesquelles une atteinte à la personnalité a été constatée, soit pendant les rapports de service, soit après leur terme, le Groupe de Confiance pouvant en effet être saisi d'une demande d'investigation jusqu'à 90 jours après la fin des rapports de service (art. 20 al. 2 let. b RPPers-GE).

2. Neuchâtel : le Groupe de confiance

A Neuchâtel, un Groupe de confiance est à disposition des collaboratrices et collaborateurs de l'Etat. La mission du Groupe de confiance est de répondre aux demandes provenant du personnel de tous niveaux hiérarchiques rencontrant dans le cadre de leur travail des difficultés relationnelles, se manifestant par des conflits ou qui pourraient constituer du harcèlement psychologique ou sexuel (art. 1 al. 2 de l'Arrêté concernant le groupe de confiance de l'Etat de Neuchâtel du 2 avril 2014[101]). Le Groupe de confiance était depuis 1999 chargé plus spécifiquement des problématiques de harcèlement.

Le Groupe de confiance travaille en toute indépendance. Fonctionnellement, il est rattaché au chef ou à la cheffe du Département de la justice, de la sécurité et de la

[100] RS/GE A 2 40.
[101] Ci-après : Arrêté, RSN 152.512.05

culture. Administrativement, il est rattaché au Service des ressources humaines (art. 3 Arrêté).

Les tâches du Groupe de confiance sont d'offrir écoute, aide et conseils aux personnes qui le contactent, de les informer des moyens à disposition pour gérer les difficultés relationnelles ou faire cesser le harcèlement psychologique ou sexuel, de mettre en relation les parties lorsque les circonstances s'y prêtent, notamment en tenant une conciliation, et de transmettre au besoin le dossier au chef ou à la cheffe du service des ressources humaines de l'Etat de Neuchâtel et/ou à l'autorité hiérarchique compétente (art. 2 al. 1 Arrêté). Le Groupe de confiance agit en toute confidentialité, en accord avec la ou les personne-s concernée-s, sous réserve des dispositions légales impératives (art. 2 al. 2 Arrêté).

3. Vaud : le Groupe Impact

Le canton de Vaud s'est doté d'un Règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002 (RCTH-VD)[102], qui instaure le Groupe Impact[103]. Le Groupe Impact travaille en toute indépendance et est rattaché administrativement à la Chancellerie d'Etat (art. 6 RCTH-VD).

Tout comme le Groupe de confiance genevois à qui il a servi de modèle, le Groupe Impact traite des demandes qui lui parviennent par la démarche informelle ou une procédure d'investigation (art. 5 RCTH-VD).

La démarche informelle peut être engagée par tout collaborateur qui, dans sa relation de travail avec d'autres collaborateurs, estime rencontrer d'importantes difficultés qui peuvent toucher sa personnalité ou être victime de harcèlement, ainsi que par l'autorité d'engagement, le chef de service ou d'office ou le directeur. La démarche informelle permet au Groupe Impact de proposer aux personnes en cause de s'adresser au médecin cantonal, au responsable des ressources humaines compétent, à l'autorité d'engagement ou à un autre organisme (art. 10 RCTH-VD). Le Groupe Impact peut aussi mener une médiation avec l'accord des personnes concernées (art. 11 al. 1 RCTH-VD). Les opérations menées par le Groupe Impact dans la démarche informelle sont couvertes par une totale confidentialité et les documents et informations dont ont connaissance les membres du Groupe Impact durant la phase informelle sont totalement couverts par le secret de fonction (art. 13 RCTH-VD).

---

102 RSV 172.31.7

103 Pour une présentation détaillée du Groupe Impact, voir dans le présent ouvrage la contribution de GOLAY, p. 247.

La procédure formelle d'investigation, qui peut être ouverte sur demande du collaborateur qui s'estime victime d'un harcèlement, par l'autorité d'engagement ou d'office par le Groupe Impact s'il soupçonne un harcèlement sur la base d'indices convergents, a pour but d'établir les faits et de déterminer si les éléments constitutifs du harcèlement sont réalisés (art. 14 et 15 RCTH-VD). L'investigation ouverte, le Groupe Impact convoque dans les plus brefs délais les parties, à savoir la ou les personnes plaignantes et la ou les personnes mises en cause. Il informe l'autorité d'engagement concernée de l'ouverture de l'investigation. La ou les personnes mises en cause ont l'obligation de répondre à la convocation du Groupe Impact (art. 20 al. 1 et 21 al. 2 RCTH-VD). L'instruction peut comporter l'audition de témoins. Les témoins ont aussi l'obligation de se présenter. Lorsque la situation l'exige, le Groupe Impact veille à assurer la protection des témoins, en prenant les mesures opportunes (art. 22 RCTH-VD). Les personnes plaignantes ainsi que les éventuels témoins ne doivent subir aucun préjudice du fait de leur démarche ou de leur déposition (art. 23 al. 1 RCTH-VD). Le rapport du Groupe Impact contient l'exposé des faits, donne son appréciation sur l'existence ou non du harcèlement et indique le ou les auteurs identifiés. Il est transmis aux parties, à l'autorité d'engagement ainsi qu'aux personnes victimes de harcèlement lorsqu'elles ne sont pas à l'origine de l'ouverture de l'investigation (art. 25 RCTH-VD). L'autorité d'engagement dispose d'un délai de dix jours pour indiquer par écrit aux parties si elle adhère ou non, totalement ou partiellement, aux conclusions du rapport. En cas de non adhésion ou d'adhésion partielle aux conclusions du rapport, l'autorité d'engagement est tenue de motiver sa décision, laquelle peut être contestée auprès du Tribunal de Prud'hommes de l'administration cantonale. L'autorité d'engagement peut aussi prendre des mesures vis-à-vis de l'auteur du harcèlement (art. 26 al. 1 à 3 RCTH-VD). L'action en responsabilité est ouverte au collaborateur pour le préjudice subi du fait du harcèlement (art. 26 al. 4 RCTH-VD).

4. Confédération : le Service de médiation

Selon l'art. 4 al. 2 let. g LPers, l'employeur met en oeuvre les mesures propres à assurer la protection de la personnalité et de la santé ainsi que la sécurité au travail de son personnel. Cette disposition, qui s'applique tant aux rapports de travail fondés sur la LPers que sur les relations soumises au CO, fonde l'obligation, pour le Conseil fédéral, de mettre en place une politique des ressources humaines[104].

Cette disposition est concrétisée à l'art. 9 OPers qui enjoint les départements à prendre les mesures propres à empêcher toute atteinte inadmissible à la personnalité de l'employé, de quelque personne qu'elle provienne. Cette disposition donne comme

[104] HELBLING, *ad* art. 4 N 6, 8.

exemple d'atteintes inadmissibles la saisie systématique de données sur les prestations individuelles sans que l'employé concerné en ait connaissance ou le fait d'exercer ou de tolérer des attaques ou des actions contre la dignité individuelle ou professionnelle de l'employé. Le 13 septembre 2013, le Conseil fédéral a modifié l'OPers en y insérant un article 20*a* relatif au Service de médiation pour le personnel de la Confédération et pour le personnel du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS). Cela étant, l'administration fédérale n'a pas attendu cette novelle pour se doter d'un Service de médiation depuis 1972 déjà.

Le Service de médiation pour le personnel de la Confédération, respectivement pour le personnel du DDPS, est compétent pour conseiller et soutenir le personnel lors de conflits sur le lieu de travail qui ne peuvent pas être réglés par la voie hiérarchique (art. 20*a* al. 1 OPers)[105]. Ces deux entités sont rattachées administrativement l'une à l'Office fédéral du personnel (art. 11 al. 2 Org DFF[106]), l'autre au Secrétariat général du DDPS (art. 5b Org DDPS[107]), ce qui signifie qu'elles ne se trouvent pas dans un rapport hiérarchique avec les chefs des départements en cause et qu'elles bénéficient d'une autonomie décisionnelle sans être liées par des instructions (art. 7a al. 2 OLOGA[108])[109].

Si l'art. 20*a* OPers indique comment les membres du Service de médiation sont nommés, en revanche il n'en décrit pas le fonctionnement. Il n'existe par ailleurs pas de règlement interne du Service de médiation disponible au public. Les informations concernant le fonctionnement de ce service et le type de procédures doivent donc être recherchées dans les documents mis à disposition des employés de l'administration et dans les diverses informations diffusées par les autorités. Ainsi, dans un de ses communiqués, le Conseil fédéral fait remarquer que le Service de médiation pour le personnel de la Confédération est un service de consultation neutre et indépendant et que tous les entretiens qu'il a

105 Le Service de médiation est une entité distincte de la Consultation sociale du personnel de l'administration fédérale, qui est chargé des cas concernant plus des difficultés matérielles ou sociales que des conflits sur le lieu de travail : CONSEIL FÉDÉRAL, Communiqué (2013).

106 Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des finances du 17 février 2010 ; RS 172.215.1.

107 Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports du 7 mars 2003, RS 172.214.1.

108 Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998, RS 172.010.1. A noter que cette disposition vise les unités administratives sans personnalité juridique devenues autonomes sur le plan organisationnel après avoir été détachées de l'administration par la loi ; or, s'agissant du Service de médiation, celui-ci a été créé et détaché de l'organigramme par voie d'ordonnance.

109 BELLANGER, p. 13.

doivent rester strictement confidentiels[110]. Selon ses propres indications, le Service de médiation traite environ 120 cas par an pour toute l'administration fédérale[111].

B. Les points de contact avec la procédure ordinaire

Il est intéressant d'examiner la question du lien qu'entretiennent les procédures dédiées de gestion des conflits avec la procédure administrative ordinaire menant à la résiliation des rapports de service ou au prononcé d'une sanction. En effet, s'il est généralement admis que « *la confidentialité est un élément essentiel de l'activité [de l'entité dédiée de gestion du conflit] qui permet aux collaborateurs de s'exprimer librement, notamment pour prévenir d'éventuelles représailles, et [à l'entité] de jouer pleinement son rôle* »[112], il apparaît que les informations reçues par l'autorité chargée de la gestion du conflit peuvent « transpirer » vers le service des ressources humaines et/ou vers le supérieur hiérarchique concerné. La notion de confidentialité a donc une portée variable dans ce domaine.

Au plan fédéral, le système mis en place est marqué par son caractère hermétique. Seul un cas isolé fait référence à l'audition d'un membre du Service de médiation dans une procédure de résiliation des rapports de service[113]. A défaut d'indication de l'intervention du Service de médiation dans des procédures fondées sur la LPers, la stricte confidentialité apparaît donc être la règle.

Au plan cantonal, la situation est différente. A Neuchâtel, si la confidentialité est de mise selon l'Arrêté en la matière, la possibilité d'une transmission du dossier constitué par le Groupe de confiance au service des ressources humaines ou au supérieur hiérarchique est pareillement prévue par l'Arrêté. A défaut de base légale l'emportant sur la transmission du dossier, la confidentialité dépend donc, grandement, de la pratique du Groupe de confiance, qui pourra chercher à la faire prévaloir ou au contraire à privilégier la transmission d'informations afin d'assurer la bonne application de la LSt-NE, respectivement le bon fonctionnement des services de l'administration.

A Genève et dans le canton de Vaud, la question de la transmission des informations recueillies par le Groupe de confiance respectivement le Groupe Impact diffère selon que la procédure ouverte est une procédure d'investigation ou une procédure engagée au titre des démarches informelles.

---

110 CONSEIL FEDERAL, Réponse (2011).
111 CONSEIL FEDERAL, Réponse (2011).
112 PREPOSE, Avis, p. 4.
113 JAAC 68 (2004).84 (Commission fédérale de recours du 2 juillet 2003).

En cas de procédure d'investigation, celle-ci sert justement à l'établissement des faits en vue de la prise d'une décision formelle par l'autorité compétente, de sorte que la question de la confidentialité est reléguée au second plan[114]. Dans un tel cas, l'agent public a un droit de consulter le dossier du Groupe découlant des règles sur la procédure administrative. Le droit de consultation s'étend à l'intégralité du rapport, y compris les procès-verbaux des auditions des témoins, même si en principe les personnes appelées à témoigner devraient, selon les systèmes mis en place, bénéficier de la confidentialité[115].

La situation est différente lorsque le Groupe de confiance respectivement le Groupe Impact est saisi au titre de démarches informelles. En effet, dans ce cadre, les démarches sont couvertes par une « totale » confidentialité (art. 8 RPPers-GE, art. 13 RCTH-VD). Il apparaît toutefois qu'en pratique les rapports et recommandations sont parfois transmis aux autorités administrative ou judiciaire, le cas échéant sous une forme caviardée, notamment à Genève[116].

De plus, bien que la confidentialité soit expressément prévue par les règlements les instituant, le Groupe de confiance ou Groupe Impact doit satisfaire aux obligations qui incombent à toute autorité en application des législations posant le principe de la transparence de l'administration[117]. Pour le préposé genevois à la protection des données et à la transparence, l'obligation de confidentialité prévue dans le RPPers-GE ne peut en effet pas faire obstacle au principe de transparence, ne constituant pas une base légale formelle[118]. Partant, la question de la transmission doit donc faire l'objet d'une pesée des intérêts en cause[119]. La confidentialité doit en principe l'emporter lorsque celui qui demande accès au rapport émis par l'entité de gestion du conflit dans la procédure informelle n'est ni plaignant ni partie à la procédure ayant suivi ledit rapport[120]. En revanche, à notre sens, quand l'Etat employeur utilise le rapport confidentiel pour

---

114 A titre d'exemple, cf. arrêt du Tribunal fédéral TF 1C_318/2007 du 18 décembre 2007 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003.

115 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003, consid. 2.3 (Vaud).

116 A titre d'exemple, cf. ATA/98/2014 du 18 février 2014, ATA/68/2014 du 5 février 2014, ATA/753/2013 du 12 novembre 2013. *Contra* : WAELTI, p. 199, pour qui, en cas de non résolution d'un litige au stade informel, et quelle qu'en soit l'issue du reste, le Groupe de confiance n'est ainsi pas habilité à fournir des renseignements à l'autorité d'engagement, et quel que soit le rang hiérarchique de l'entité qui ferait une telle demande.

117 Loi [genevoise] sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001 (LIPAD-GE), RS/GE A 2 08 ; Loi [vaudoise] sur l'information du 24 septembre 2002 (LInfo-VD), RSV 170.21. L'art. 2 al. 3 LInfo exclut son application au Bureau cantonal de médiation administrative mais ne se réfère pas au Groupe Impact.

118 PREPOSE, Avis, p. 4.

119 A titre d'exemple, cf. ATA/753/2013 du 12 novembre 2013, consid. 3.

120 ATA/753/2013 du 12 novembre 2013, consid. 3.

justifier un licenciement ou une sanction, on voit mal que celui-ci ne puisse pas être transmis à la personne concernée.

Comme cela a déjà été relevé en doctrine, la participation des personnes de confiance à la phase formelle de la procédure [ou l'utilisation des informations qu'elle a recueillies] rend difficile le respect de la confidentialité qui est censée couvrir les démarches entamées dans le cadre de la phase informelle[121]. Dans le même ordre d'idées, lorsque la confidentialité des discussions devant le groupe est assurée et qu'une procédure formelle d'enquête administrative est ultérieurement ouverte pour établir les faits découverts lors de la procédure devant le Groupe de confiance, il est fréquent que, compte tenu du changement de contexte et du caractère ouvert de la procédure, les personnes entendues ne soient pas aussi loquaces que devant l'autorité de gestion du conflit.

La notion de confidentialité a donc une géométrie variable et, à notre sens, il appartient à l'autorité dédiée de gestion des conflits d'exposer clairement aux collaborateurs quelle est la portée concrète des dispositions réglementaires garantissant la confidentialité.

Enfin, pour ce motif, il convient de ne pas perdre de vue que les procédures de médiation proposées par les règlements ci-dessus ne réunissent pas nécessairement tous les éléments constitutifs d'une médiation au sens consacré du terme, notamment la confidentialité[122].

V. Conclusion

Le domaine de la gestion des conflits est en évolution. Il reflète la tendance générale du droit de la fonction publique à se calquer sur les concepts du droit privé : harcèlement, protection de la personnalité, conflit sont des notions transversales qui ne connaissent pas les frontières entre droit public et droit privé. Sur le plan matériel, il n'y a pas de distinction avec le droit privé et nul doute que le débat et les progrès dans la manière d'appréhender ces conflits vont se nourrir réciproquement, à l'image des échanges lors du colloque du 12 février 2015.

En revanche, l'essence même de droit public de la relation de service impose des obligations non seulement formelles, mais également matérielles, à l'autorité. Sur le plan formel, les garanties procédurales doivent en tout état être respectées. Sur le plan matériel, l'exemple le plus parlant est l'absence de liberté de mettre un terme aux

---

121 LEMPEN, p. 229.

122 GUY-ECABERT, p. 110 ; à propos de la médiation dans les relations de travail, cf. la contribution de WENGER, p. 73, dans le présent ouvrage.

relations de service et de devoir se référer à des motifs graves à cet effet. Le principe de la proportionnalité contraint donc l'employeur à devoir chercher des solutions aux conflits plus que ne le fait le droit privé, parallèlement à la jurisprudence qui s'est développée en droit privé s'agissant du devoir de l'employeur de désamorcer les conflits.

La grande liberté laissée aux collectivités publiques pour organiser leurs statuts s'exprime aussi par la variété des instruments dédiés de gestion des conflits. L'étude des trois cantons romands choisis et de la Confédération laisse apparaître qu'il y a globalement deux manières d'appréhender la gestion des conflits de la fonction publique. On peut distinguer la Confédération, qui dispose d'un organe de médiation hermétique de l'administration, des Groupes de confiance ou Impact, qui servent, en présence de situations de conflit, non seulement de « médiateur », mais également à établir l'existence d'une atteinte à la personnalité qui fondera d'éventuelles décisions, respectivement des prétentions en responsabilité. Une étude empirique comparant les bénéfices et inconvénients de l'un ou l'autre dépasserait bien sûr le cadre de la présente contribution. Elle serait en revanche bienvenue pour démontrer qu'il y a – ou non – des limites infranchissables entre les deux systèmes.

VI. Bibliographie et sources

Sauf indication contraire, les ouvrages ou sources de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BAUER A., Constitution annotée de la République et canton de Neuchâtel, Neuchâtel 2005.

BELLANGER F., Le phénomène des autorités administratives indépendantes, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les autorités administratives indépendantes, Zurich 2011, pp. 9-20.

BELLANGER F./ROY C., Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique, *in* : Ladner/Chappelet/Emery/Soguel/Varone (édits), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 461-479.

CANTON DE VAUD, GROUPE IMPACT, Rapport d'activité 1999-2013, Lausanne 2013, disponible à l'adresse www.vd.ch/impact (cité : GROUPE IMPACT, Rapport).

CHABLAIS A., La jurisprudence des autorités administratives et judiciaires en droit fédéral du personnel, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2012, Berne 2013, pp. 103-117.

CONSEIL FÉDÉRAL, Communiqué de presse du 13 septembre 2013, Le service de médiation pour le personnel de la Confédération est désormais ancré dans le droit du personnel, disponible à l'adresse www.news.admin.ch (consulté le 8.12.2014) (cité : CONSEIL FEDERAL, Communiqué (2013)).

CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse du 16 septembre 2011 à la question parlementaire 11.1047, Climat de travail à l'Office fédéral de la statistique, disponible à l'adresse www.parlament.ch (consulté le 8.12.2014) (cité : CONSEIL FEDERAL, Réponse (2011)).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une modification de la Loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 pp. 6171-6199 (cité : Message LPers (2011)).

DEPRAZ A., Parlement et Gouvernement dans la nouvelle Constitution : une évolution plutôt qu'une révolution, *in* : Moor (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, pp. 229–266.

DUNAND J.-PH., Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ? *in* : Revue de l'avocat 9/2006 pp. 319-322.

EMERY Y., Nouvelles politiques et processus de gestion publique des ressources humaines, *in* : Ladner/Chappelet/Emery/Soguel/Varone (édits), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 481-498.

GUY-ECABERT C., La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petite histoire d'un pari sur l'indépendance, PJA 2009, pp. 47-56.

HÄNNI P., Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2013, Berne 2014, pp. 165-242 (cité : HÄNNI, Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts).

HÄNNI P., Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2e éd., Zurich 2008 (cité : HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz).

HELBLING P., Bundespersonalgesetz (BPG), Stämpflis Handkommentar, Berne 2013, *ad* art. 4.

HOFMANN D., Le Conseil d'Etat dans la Constitution genevoise du 14 octobre 2012, *in* : Hofmann/Waelti (édits), Actualités juridiques de droit public 2013, Berne 2013, pp. 111-155 (cité : HOFMANN, Le Conseil d'Etat dans la Constitution genevoise).

HOFMANN D., L'engagement et la gestion du personnel, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 103-145 (cité : HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel).

LEMPEN K., Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur - Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Zurich 2006.

MAHON P./JEANNERAT E., Commentaire du contrat de travail, Stämpflis Handkommentar, Berne 2013, *ad* art. 342 CO.

MAHON P./ROSELLO H., Les réformes en cours du droit de la fonction publique : tendances et perspectives, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 9-47.

MARTI U., Actualités en droit de la fonction publique, *in* : Hofmann/Waelti (édits), Actualités juridiques de droit public 2011, Berne 2011, pp. 53-75.

NGUYEN M. S., Sanctions et licenciements, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 169-216.

NÖTZLI H., Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Berne 2005.

OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL, Pilotage de la politique du personnel. Examen de la gestion des ressources en matière de personnel. Rapport établi en réponse au postulat

12.3646 déposé le 9 juin 2012 par la Commission de gestion du Conseil national le 2 septembre 2014, Berne 2014, disponible à l'adresse www.ofper.admin.ch (consulté le 8.12.2014) (OFPER (2014)).

OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL, Pilotage de la politique du personnel. Répartition des tâches en matière de personnel au sein de la Confédération et des départements. Rapport établi en réponse au postulat 12.3644 déposé le 9 juin 2012 par la Commission de gestion du Conseil national le 4 novembre 2013, disponible à l'adresse www.ofper.admin.ch (consulté le 8.12.2014) (OFPER (2013)).

POLEDNA T., *Mobbing* (harcèlement psychologique) im öffentlichen Personalrecht, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2011, Berne 2012, pp.173-180.

RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE, PRÉPOSÉ CANTONAL A LA PROTECTION DES DONNÉES ET A LA TRANSPARENCE, Demande d'accès à une recommandation du groupe de confiance, Avis de droit du 20 janvier 2014, disponible l'adresse http://www.ge.ch/ppdt (consulté le 8.12.2014) (PRÉPOSÉ, Avis).

RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE, GROUPE DE CONFIANCE, Rétrospective sur 5 ans d'activités 2009-2013, Genève 2013, disponible à l'adresse www.ge.ch/confiance (consulté le 8.12.2014) (GROUPE DE CONFIANCE, Rétrospective).

STEIGER-STACKMANN S., Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Zurich 2013.

TANQUEREL T., Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, *in* : Tanquerel/Bellanger (édits), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012 pp. 49-81 (cité : TANQUEREL, Droit public et droit privé).

TANQUEREL T., Manuel de droit administratif, Genève 2011 (cité : TANQUEREL, Manuel de droit administratif).

TSCHANNEN P./ZIMMERLI U./MÜLLER M., Allgemeines Verwaltungsrecht, 4e éd., Berne 2014.

URSPRUNG R./RIEDI HUNOLD D., Schwerpunkte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht, ZBl 114/2013, pp. 295-313.

WAELTI F., L'entraide administrative par les autorités genevoises, *in* : Hofmann/Waelti (édits), Actualités juridiques de droit public 2013, Berne 2013, pp. 161-211.