

Non-reconduction d'un procureur fédéral ; violation du droit d'être entendu ; absence de motifs objectivement suffisants ; indemnité

Proposition de citation :

Jérôme Candrian, Juge au Tribunal administratif fédéral ; présentation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4054/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2016

Art. 29 al. 2 Cst. ; 10 al. 1 let. d, 29 et 30 al. 1 PA ; 10 al. 3 let. b et c, 14 al. 2 let. b et c, 34b al. 1 let. a, 34b al. 2, 34c al. 1 let. b LPers ; 336 CO

Non-reconduction d'un procureur fédéral ; violation du droit d'être entendu ; absence de motifs objectivement suffisants de résiliation par défaut d'avertissement préalable des manquements reprochés ; non reconduction valable, mais viciée ; indemnité punitive

Présentation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4054/2015

Jérôme Candrian, docteur en droit, avocat, Juge au Tribunal administratif fédéral

I. Objet de l'arrêt

Recours formé par une procureure fédérale à l'encontre de la décision du procureur général de la Confédération de ne pas la reconduire pour une nouvelle période de fonction de quatre ans à compter du 1^{er} janvier 2016. Contestation portant sur la récusation du procureur général, sur le respect du droit d'être entendu, sur la nécessité de procéder à un avertissement préalable et sur les justes motifs de résiliation. Recours partiellement admis au sens des considérants, par la reconnaissance de la violation du droit d'être entendu et de l'absence de motifs objectivement suffisants de résiliation par défaut d'avertissement préalable, et condamnation du Ministère public de la Confédération au versement d'une indemnité équivalente à un salaire annuel brut.

Voir aussi les arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4517/2015 du 15 février 2016 (a) et A-4319/2015 du 16 mars 2016 (f).

II. Résumé de l'arrêt

Art. 14 al. 1 et 2 LPers. Personnes nommées pour une durée de fonction. Les personnes nommées pour une durée de fonction sont soumises aux dispositions des lois spéciales et, à défaut, à celles de la LPers, sous réserve de dérogations : les dispositions de la LPers et du CO concernant la résiliation ordinaire ne sont pas applicables ; l'autorité de nomination peut renoncer à reconduire les 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 (consid. 3.1-3.2).

Art. 10 al. 1 let. d PA. Récusation du procureur fédéral. Dès le moment où l'autorité de première instance, en sa qualité d'*employeur*, est amenée à informer son employé de l'éventualité de la prise de mesures à son encontre, celle-ci ne revêt plus une position complètement neutre et impartiale. Il est inévitable que, lorsqu'elle communique à son employé les motifs qui pourraient justifier son licenciement, et lui donne la possibilité de s'exprimer sur ceux-ci, l'autorité d'engagement s'est déjà fait une idée, du moins en grande partie, de la solution qu'elle entend adopter. La jurisprudence ne voit pas en ces circonstances un motif objectif de partialité (consid. 5.1).

Art. 29 al. 2 Cst. et art. 29 et 30 al. 1 PA. Violation du droit d'être entendu. Le droit d'être entendu est violé lorsque le licenciement est dans les faits déjà certain et établi avant même d'entendre l'employé concerné. Ainsi, un projet de décision contenant les motifs de licenciement est généralement remis en préalable à l'employé. Il est dans la nature des choses qu'à ce moment, l'employeur ait en principe déjà l'intention de dissoudre les rapports de travail. Il ne peut pas non plus être évité que l'employeur maintienne le plus souvent son avis initial. Il est néanmoins essentiel que la décision de résiliation des rapports de travail ne soit pas déjà définitive au moment de donner la possibilité à l'employé d'exercer son droit d'être entendu et, partant, qu'il ne soit pas exclu que l'employeur revienne sur son projet. Cela suppose une attention particulière de l'employeur à l'égard des arguments de son agent (consid. 5.2.2). En l'espèce, il appert que la décision du MPC était déjà arrêtée avant que la procureure fédérale ne soit entendue trois mois plus tard (consid. 5.2.4).

Art. 14 al. 2 let. c LPers. Motifs objectivement suffisants de résiliation. Les motifs sont considérés comme *objectivement suffisants* s'ils donnent à reconnaître en droit que les manquements reprochés à la personne nommée, au regard de ses responsabilités déléguées, ne permettent raisonnablement plus à l'autorité de nomination, au vu de sa responsabilité primaire d'assurer le bon accomplissement des tâches de l'Etat, de lui renouveler sa confiance pour une nouvelle période de fonction de quatre ans ; tel sera le cas s'il appert que la personne nommée n'a pas été en mesure de se conformer à son devoir de se montrer pleinement digne de confiance dans la fonction qu'elle occupait, étant entendu que plus l'employé occupe une fonction de responsabilité et qui participe de la puissance publique, plus les exigences quant à la qualité de ses prestations et de son comportement sont élevées et, corrélativement, plus la responsabilité – et donc le pouvoir d'appréciation – de l'employeur sont importants (consid. 6.1).

Art. 10 al. 3 let. a et b LPers. Prestations fournies insuffisantes. Tel est le cas si, malgré ses compétences professionnelles, l'employé n'exécute pas le travail avec succès ou avec la qualité requise, sans pour autant contrevenir à ses obligations légales ou contractuelles et sans se révéler incapable ou inapte. **Art. 10 al. 3 let. c LPers. Aptitudes ou capacités insuffisantes.** Il s'agit de tous les motifs en lien avec la personne de l'employé et qui l'empêchent totalement ou en partie de fournir les prestations convenues. Les problèmes de santé, les compétences professionnelles insuffisantes, le manque d'intégration ou de dynamisme, ou encore le défaut d'intelligence sont des indices clairs de l'existence d'incapacité ou d'inaptitude. Les aptitudes et capacités insuffisantes constituent un manquement objectif et une cause d'empêchement non fautif de l'employé, qui ne saurait être admise trop facilement, car elle tient à sa personne, et qui doit d'abord être corrigée par une formation adaptée ou une modification des rapports de travail. **Nécessité d'un avertissement en cas prestations fournies insuffisantes.** La résiliation des rapports de travail

en raison de manquements dans les prestations ou dans le comportement nécessite un avertissement préalable écrit, pour autant qu'il soit apte à entraîner une amélioration des prestations ou du comportement de l'employé. Dans le cas d'une résiliation au sens de l'art. 10 al. 3 let. c LPers, compte tenu d'aptitudes et de capacités insuffisantes pour effectuer le travail convenu dans le contrat ou de mauvaise volonté à accomplir ce travail, un avertissement préalable n'est nécessaire que pour le dernier cas de figure évoqué, soit la volonté imparfaite de l'employé. Pour cause, s'agissant de critères objectifs, les aptitudes ou incapacités insuffisantes ne peuvent en principe être influencées par l'employé (arrêt A-4319/2015 du 16 mars 2016 consid. 6.1.2).

Pouvoir d'appréciation de l'employeur. A l'égard des manquements reprochés par l'autorité inférieure à son employé dans la conduite d'un certain nombre de dossiers, le Tribunal doit tenir compte du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure en tant que responsable de la conduite des procédures diligentées, sous son autorité, par ses procureurs fédéraux, qui lui sont subordonnés. En même temps, les critiques doivent reposer sur des éléments concrets et avérés, et l'autorité inférieure doit avoir procédé à une analyse objective, équilibrée et d'ensemble du travail d'un procureur fédéral au moment où elle doit décider si elle peut lui accorder sa confiance pour quatre nouvelles années. Dans ce cadre, et vu les tâches importantes et délicates de poursuite pénale qui lui incombent au titre de la loi, le procureur général doit pouvoir, selon sa libre appréciation, déterminer avec quels procureurs il entend conduire ses fonctions, au regard du travail qu'ils ont déjà accompli à son service (consid. 6.3.1).

Un examen plus détaillé des griefs invoqués par la recourante n'est pas nécessaire en l'espèce. La question de savoir si la non-reconduction repose sur des motifs objectivement suffisants au sens de l'art. 14 al. 2 let. c LPers et, par analogie de l'art. 10 al. 3 let. b LPers, peut en effet demeurer ouverte au vu de l'absence d'un avertissement préalable nécessaire (consid. 6.3.3).

Nécessité d'un avertissement préalable. Aucun motif ne saurait justifier que l'autorité de nomination puisse se passer d'un avertissement préalable à la non-reconduction de la personne nommée fondée sur l'art. 10 al. 3 let. b LPers, étant donné : que, sans décision contraire de l'autorité de nomination, les rapports de travail pour une durée de fonction sont reconduits pour la prochaine période de fonction ; que la non-reconduction constitue dès lors l'exception et doit être expressément communiquée à la personne nommée par l'autorité de nomination à l'appui de motifs objectivement suffisants ; que le contrat des personnes nommées s'apparente à un contrat de durée indéterminée, à la différence que la non-reconduction « ordinaire » d'un procureur fédéral n'est possible que tous les quatre ans et sous réserve du respect des délais fixés dans la loi, et non en tout temps ; et qu'enfin, aucun point commun avec le contrat de durée déterminée ne subsiste (consid. 7.1.2.2-7.1.2.3, 7.2.2.1). Si l'employeur peut se dispenser d'un avertissement préalable à titre exceptionnel, lorsque des indices lui permettent légitimement de considérer que le comportement ne va pas changer et qu'une mise en demeure formelle n'est par conséquent pas indispensable, une telle faculté doit être admise avec retenue, faute de quoi l'institution de l'avertissement viendrait à être vidée de sa portée (consid. 7.3.2).

Art. 34b al. 1 let. a LPers. Conséquence du défaut d'avertissement préalable : motifs de résiliation objectivement insuffisants. En absence d'un avertissement préalable nécessaire, la décision de non-reconduction a été rendue en l'absence de motifs objectivement suffisants. En effet, si l'agent est licencié sans avoir été préalablement averti, il n'est pas soutenable de

considérer que les motifs objectivement suffisants de résiliation restent donnés, alors qu'il n'a pas été informé des manquements reprochés et qu'il n'a pas eu la possibilité d'adapter son comportement (consid. 7.4).

En l'espèce, l'art. 34b al. 1 let. a LPers est ainsi applicable à un double titre : d'une part, en raison de *motifs de résiliation objectivement insuffisants* (suite à l'absence d'avertissement) ; et d'autre part, par la *violation des règles de procédure* (droit d'être entendu). Demeure à déterminer si la résiliation est, à ces titres, abusive au sens de l'art. 336 CO, par renvoi de l'art. 34c al. 1 let. b LPers (consid. 8.2).

Art. 34c al. 1 let. b LPers. Réintégration en cas de résiliation abusive. Depuis l'entrée en vigueur de la révision partielle du droit du personnel fédéral le 1^{er} juillet 2013, un droit à la réintégration n'existe désormais plus qu'en présence d'une violation crasse du droit applicable au sens de l'art. 34c al. 1 let. a à d LPers, respectivement des lettres a, b et d de cette disposition pour les personnes nommées qui ne sont pas reconduites (cf. art. 14 al. 2 let. c LPers), c'est-à-dire lorsque la résiliation est entachée d'une violation qualifiée du droit (*résiliation abusive*). Dans un tel cas, la résiliation des rapports de travail est annulée. Des circonstances déviantes de la volonté qui, propres à une situation d'abus de droit, feraient apparaître la non-reconduction comme sans cause réelle ni sérieuse, au sens de de l'art. 336 CO, ne sont nullement réalisées en l'espèce (consid. 4.2, 8.2-8.4).

Art. 34b al. 1 let. a LPers. Indemnité en cas de résiliation injustifiée. Une *résiliation injustifiée*, à savoir qui ne se fonde pas sur des *motifs objectivement suffisants* au sens de l'art. 10 al. 3 LPers n'a plus pour conséquence aujourd'hui la réintégration de l'employé. Bien plutôt, la résiliation déploie ses effets dans ces cas et l'irrégularité engendre l'allocation d'une indemnité en vertu de l'art. 34b al. 1 let. a LPers. La conséquence est la même lorsque la décision de résiliation des rapports de travail, respectivement de non-reconduction, intervient en *violation des règles de procédure* (consid. 9.1.1).

Art. 34b al. 2 LPers. Fixation de l'indemnité. L'instance de recours fixe l'indemnité 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. Dans la fixation du montant de l'indemnité, il convient de prendre en compte la gravité de l'atteinte à la personnalité de l'employé, l'intensité et la durée des rapports de travail ayant lié les parties, de même que la façon dont il a été mis un terme à ces rapports, le comportement de l'employeur ayant conduit à la résiliation injustifiée et la gravité de la faute concurrente de l'employé, le degré d'illicéité du licenciement, la situation sociale et financière de l'employé, de même que son âge et sa position dans l'administration (consid. 9.1). En l'espèce, une atteinte relative à la personnalité de la recourante est à reconnaître dans la façon dont l'autorité inférieure a mis un terme aux rapports de travail. La recourante a œuvré pendant dix ans au service de l'autorité inférieure et, au vu de la quasi-totalité des évaluations annuelles de ses prestations, il appert qu'elle a fourni un travail apprécié et salué jusqu'aux constats récents du procureur général et de son suppléant. Ces considérations font apparaître l'absence d'avertissement préalable à sa non-reconduction comme d'autant plus grave. Il résulte en outre de ce manquement, couplé au fait que l'autorité inférieure avait déjà pris sa décision de manière définitive avant d'entendre la recourante, que le degré d'illicéité dont la décision de non-reconduction est entachée – sans que cela n'entraîne toutefois son annulation – est élevé. Enfin, aucune faute concurrente susceptible de venir atténuer le comportement fautif de l'employeur n'est imputable à la

recourante. Pour l'ensemble de ces motifs, une indemnité correspondant à un salaire annuel est en l'espèce proportionnée (consid. 9.3).

III. Bref commentaire quant à la révision partielle de la LPers (FF 2011 6171) entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013

Cet arrêt illustre que, depuis le 1^{er} juillet 2013, l'employeur fédéral n'a plus à craindre de se voir imposer une réintégration en cas de résiliation injustifiée ou de résiliation en violation des règles de procédure (art. 34b al. 1 let. a). Tout au plus se verra-t-il imposer le paiement d'une indemnité punitive, dont le montant est encadré par la loi. Cela peut avoir un certain effet dissuasif. Cela peut aussi conduire à négliger le respect du droit d'être entendu de l'agent, bien qu'il s'agisse d'un droit qui, certes formel, est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. et demeure le préalable du respect du droit matériel.