

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Jérôme Candrian, juge auprès du Tribunal administratif fédéral ; analyse de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3861/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2017

**Résiliation
immédiate injustifiée car
tardive ; manquements dans
le comportement ;
indemnité en cas de faute
concurrente**

**Art. 10 al. 4, 34b al. 1 let. b
et al. 2 LPers ; 103 al. 2
OPers ; 337 al. 1 CO**

Droit de la fonction publique ; résiliation immédiate des rapports de travail injustifiée car tardive ; pas d'effet rétroactif de la résiliation ; manquements dans le comportement ; fixation de l'indemnité due en cas de faute concurrente

Jérôme Candrian, docteur en droit, juge auprès du Tribunal administratif fédéral¹

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, non destiné à publication aux ATAF, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a considéré que le comportement de l'employé, consistant en la consultation à des fins privées de sites internet pornographiques sur le temps de travail et la violation des directives y afférentes de l'employeur, n'était pas excusable, mais que la résiliation immédiate prononcée à son encontre était illicite car tardive. Il a accordé à l'employé une indemnité d'un mois de salaire, en descendant en dessous du minimum de six mois prévu à l'art. 34b al. 1 let. b LPers, au regard de la gravité de sa faute concurrente et du fait que l'illicéité était due à une violation de règles de procédure.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le recourant, employé de l'administration fédérale depuis 1983, a travaillé pour le DDPS (l'autorité inférieure) depuis 2005. Sur la base de soupçons constatés le 18 janvier 2016, la *Military Computer Emergency Response Team* (ci-après : MilCERT) a révélé que, entre le 1^{er} août 2015 et le 26 janvier 2016, l'employé avait, sur l'ordinateur mis à disposition par son employeur, téléchargé 8000 images pornographiques, dont 110 au contenu réprimé par la loi. Par lettre du 27 janvier 2016, l'employeur a informé l'employé qu'il était suspendu provisoirement de ses fonctions. Il a cessé de lui verser son salaire à compter de cette date. Par décision du 17 mai 2016, l'employeur a mis fin immédiatement aux rapports de travail avec effet au 31 janvier 2016. Le dispositif précisait également que la résiliation était considérée comme due à la faute de l'employé.

¹ Je remercie Monsieur Rafi Feller, stagiaire-universitaire auprès de la Cour I du TAF, pour sa collaboration.

Par recours devant le Tribunal administratif fédéral, l'employé a conclu à l'annulation de la décision, à ce qu'il soit licencié dans le délai ordinaire de résiliation de quatre mois, soit au 30 septembre 2016, ainsi qu'au versement d'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié correspondant à six mois de salaire.

Enfin, l'autorité inférieure a informé le Tribunal de la condamnation du recourant à une amende avec sursis de deux ans par ordonnance pénale entrée en force.

B. Le droit

a. Pas d'effet rétroactif d'une décision de résiliation

La **décision de résiliation immédiate des rapports de travail est un acte administratif qui ne peut avoir d'effet que pour le futur**, puisqu'en cas contraire, elle violerait le principe de la non-rétroactivité. Elle prend au plus tôt effet au moment de son prononcé par l'autorité inférieure. C'est pourquoi il convient de considérer, indépendamment de savoir si elle est intervenue à l'appui de justes motifs, que la résiliation immédiate du 17 mai 2016 ne pouvait avoir pour effet de mettre un terme aux rapports de travail qu'à partir de cette date (cons. 3.3).

b. Suspension de l'employé et suspension du salaire

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) en droit civil, une suspension provisoire sans salaire peut être assimilée à une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO (cf. **arrêt 4A_372/2016 du 2 février 2017** cons. 6.1). Toutefois, le formalisme décisionnel applicable en droit de la fonction publique, découlant du principe du droit d'être entendu, ne permet pas une telle assimilation. **La suppression du salaire durant une période de suspension de l'employé de ses fonctions doit revêtir la forme d'une décision formelle**, conformément aux articles 25 al. 3 et 34 al. 1 LPers.

En l'espèce, si l'autorité inférieure a, en connaissance des premiers éléments à charge depuis le 18 janvier 2016, signifié au recourant la suspension immédiate de ses fonctions par courrier du 27 janvier 2016, qui – à tout le moins matériellement – doit être considérée comme une décision, force est de constater que la cessation du versement du salaire n'a tout simplement pas été prononcée. En effet, la mesure de suppression du salaire n'est pas assortie de par la loi à la suspension de l'employé. Ainsi, **la question de la suppression du salaire de l'art. 103 al. 2 OPers doit être abordée ensemble avec la suspension, et ne pouvait plus l'être dans le projet de résiliation immédiate à prendre**. Il s'ensuit que le recourant n'a pas été privé de tout salaire immédiatement, faute de prononcé en ce sens (cons. 3.2.3).

c. Résiliation avec effet immédiat injustifiée car tardive

En vertu de l'art. 10 al. 4 LPers, l'employeur peut, pour de justes motifs, résilier avec effet immédiat le contrat de durée indéterminée qui le lie à son employé. La LPers ne définit pas la notion de justes motifs figurant dans cette disposition. Ils sont cependant les mêmes qu'en droit privé du travail, raison pour laquelle le Tribunal peut se fonder sur la pratique civile en lien avec l'art. 337 CO.

Selon la jurisprudence fédérale civiliste (cf. **arrêt TF 4A_372/2016 du 2 février 2017** cons. 5.1.2), l'employeur qui résilie le contrat de travail en invoquant de justes motifs doit

agir sans tarder, sous peine de déchéance. De manière générale, la jurisprudence considère qu'un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements juridiques, étant précisé que les week-ends et jours fériés ne sont pas pris en considération.

Les développements jurisprudentiels civilistes relatifs à l'art. 337 CO ne sont pas transposables tels quels aux rapports de travail de droit public. Dans ce domaine, l'employeur doit en effet résilier par voie de décision écrite et motivée (art. 36 al. 1 LPers) et respecter le droit d'être entendu de son employé. De plus, indépendamment de ces garanties, les contingences liées aux procédures internes d'une administration ne permettent souvent pas de prendre une décision immédiate.

Si les spécificités de la procédure administrative justifient un délai plus long, l'employeur ne doit cependant pas traîner face à des circonstances qui appelleraient le prononcé d'une décision de résiliation avec effet immédiat (**arrêt TF 8C_141/2011 du 9 mars 2012** cons. 5.5). Quand bien même ce temps de réaction de l'employeur s'examine au cas par cas, une tendance se dessine et peut être tirée des arrêts rendus ces dernières années. Il appert que, dans les situations qui n'entraînent pas l'ouverture d'une enquête administrative, **un délai de deux mois entre la découverte des faits et la signification de la résiliation immédiate est admissible**, pour autant que l'employeur ne reste pas inactif sans motif.

En l'espèce, un délai de quatre mois entre l'annonce de soupçons de la MitCERT et la décision de résiliation avec effet immédiat par l'autorité inférieure n'est pas exclu en soi et peut se justifier selon les circonstances. Toutefois, l'autorité inférieure n'a pas agi avec la diligence requise pour la mise en œuvre rapide de sa volonté initiale de résilier les rapports de travail avec effet immédiat. Cette tardivité lui est ainsi imputable, et non au recourant qui a sollicité une unique prolongation de délai de 10 jours (cons. 4.5.3).

Partant, la **résiliation tardive des rapports de travail avec effet immédiat doit être considérée comme une résiliation injustifiée** au sens de l'art. 34b al. 1 let. b LPers, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner de manière détaillée la question des justes motifs (cons. 4.6). Le recours contre la décision de résiliation doit donc être approuvé et le versement du salaire est dû jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire (cons. 5.1).

d. Réduction de l'indemnité

En vertu de l'art. 34b al. 1 let. a LPers, l'instance de recours qui approuve le recours contre une décision de résiliation est également tenue d'allouer une indemnité au recourant s'il y a eu résiliation immédiate en l'absence de justes motifs ou si les règles de procédure n'ont pas été respectées. Elle 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** (art. 34b al. 2 LPers). L'utilisation de la locution « en règle générale » signifie que l'instance de recours peut exceptionnellement s'écarter de cette fourchette, lorsque les circonstances particulières de l'espèce le commandent. Dans la fixation du montant de l'indemnité, il convient de prendre en compte les éléments suivants : 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.

En l'espèce, le comportement du recourant consistant en la consultation à des fins privées d'internet sur le temps de travail et la violation des directives de l'employeur n'est pas excusable. Il l'est d'autant moins vu le nombre de photographies consultées et leur contenu expressément prohibé au sein du département et – pour certaines images – pénalement réprimé. Il apparaît ainsi que la **faute concurrente de l'employé est ici considérable**. Le licenciement, certes injustifié, a constitué une réaction sincère de l'employeur qui, en fin de compte, s'avère uniquement être tardive et fait apparaître **l'illicéité de la résiliation comme toute relative**. Le léger sous-emploi du recourant admis par l'employeur ne permet pas davantage d'excuser la faute de ce dernier. Enfin, la durée d'engagement au sein du DDPS de onze ans peut être qualifiée de moyennement longue. On ne peut enfin exclure que le recourant, vu son âge au moment de la résiliation, puisse éprouver quelques difficultés à retrouver un emploi.

Tout bien considéré, le Tribunal a retenu que les circonstances de l'espèce, et en particulier la gravité de la faute concurrente de l'employé, justifiaient de descendre largement en dessous de la fourchette inférieure de six mois posée par le législateur et de fixer l'indemnité à **un mois de salaire** (cons. 5.2).

III. Brève analyse

A. Cet arrêt permet d'abord de mettre en évidence **une évolution de la jurisprudence vers plus de sévérité en cas consultation de sites internet pornographiques** sur un ordinateur professionnel pendant les heures de travail.

Bien qu'en l'espèce, le TAF n'ait pas eu à déterminer si le comportement du recourant était constitutif d'un juste motif de licenciement, il sied de constater que, dans sa jurisprudence civiliste, le TF n'admettait pas la résiliation immédiate en cas de consultation d'images pornographiques sans avertissement préalable, à tout le moins lorsque la consultation était épisodique (voir **arrêt TF 4C.349/2002 du 25 juin 2003** cons. 5). Toutefois, le TF a confirmé, plus récemment, des décisions du TAF, dans lesquelles le licenciement avec effet immédiat avait été prononcé sans avertissement pour des faits similaires (cf. **arrêts TF 8C_87/2016 et 8C_79/2016**, tous deux du 30 juin 2017).

B. Ensuite, cet arrêt marque **un certain durcissement par rapport à la jurisprudence antérieure du TAF quant au calcul de l'indemnité due au sens de l'art. 34b al. 2 LPers** lorsque la résiliation est injustifiée. Cela d'autant plus qu'en l'espèce, descendre en dessous de six mois de salaire obligeait à se prononcer sur la gravité de la faute commise, alors que la résiliation était déjà illicite de par sa seule tardivité.

Dans des affaires récentes, il a été jugé de manière très mesurée qu'une réduction en dessous du minimum légal de six mois était justifiée, malgré la gravité de la faute de l'employé. Ainsi, par **arrêt A-2718/2016 du 16 mars 2017**, le TAF a accordé une indemnité de six mois de salaire à un employé qui avait gravement violé ses devoirs en trompant son employeur dans le décompte de ses frais de service, mais dont ce dernier avait tardé à prononcer la résiliation avec effet immédiat. Une indemnité de quatre mois de salaire a été accordée à un agent qui avait commis un acte de violence physique à l'égard d'un autre agent, ce qui justifiait une résiliation ordinaire, mais non une résiliation avec effet immédiat (**arrêt TAF A-656/2016 du 16 septembre 2016**). Enfin, une indemnité de six mois de salaire a

été accordée à un agent qui était allé à la chasse pendant sa période d'incapacité de travail ensuite d'un accident, et dont la faute a été jugée insuffisante à justifier une résiliation avec effet immédiat sans avertissement (**arrêt TAF A-73/2014 du 14 juillet 2014**). Dans un seul cas l'indemnité a été fixée à un mois de salaire, mais il s'agissait d'une résiliation pendant la période d'essai (**arrêt TAF A-566/2015 du 24 août 2016**).