

Tribunal administratif fédéral – A-5665/2014 Newsletter décembre
Cour I 2015
Arrêt du 29 septembre 2015 (d) Résiliation abusive dans
Résumé et analyse le cadre d'une
Proposition de citation : réorganisation
Jérôme Candrian, Juge au Tribunal Art. 10 al. 3 let. e, 34c al.
administratif fédéral; analyse de l'arrêt du 1 let. b LPers ;
Tribunal administratif fédéral A-5665/2014, 336 CO
Newsletter DroitDuTravail.ch décembre 2015



Résiliation abusive dans le cadre d'une réorganisation ; analyse de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5665/2014

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

I. Objet de l'arrêt

Dans un arrêt rendu le 29 septembre 2015, la résiliation du contrat de travail a été jugée abusive à l'égard d'un agent de plus de 50 ans, au bénéfice d'un très long rapport de service et dans un domaine spécialisé, prononcée dans le cadre d'une réorganisation qui constituait un moyen pour le licencié et non un but en soi, sa place ayant été redéfinie et non réellement supprimée.

II. Résumé de l'arrêt¹

A. Les faits

A. studierte Anglistik, Germanistik sowie Publizistik und arbeitete seit dem Abschluss ihres Studiums ununterbrochen als (leitende) wissenschaftliche Mitarbeiterin an einem Archiv der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETH Zürich). Zu ihren Aufgaben gehörte schweremässig die Arbeit an wissenschaftlichen Editionen. Zusätzlich hat sie bei der Akquisition, Archivierung und Bearbeitung verschiedener Sammlungen mitgearbeitet und war für verschiedene organisatorische Belange zuständig.

Im Dezember 2011 beschloss die Schulleitung der ETH Zürich eine Reorganisation des Archivs. Dieses wurde per 1. Januar 2012 organisatorisch der ETH-Bibliothek angegliedert. Zudem wurde die Stelle eines hauptamtlichen Leiters des Archivs ausgeschrieben und der Besetzung einer Forschungsstelle am Archiv auf Stufe Oberassistentin mit einem Beschäftigungsgrad von 80 % zugestimmt.

Ende September 2012 teilte die ETH Zürich A. anlässlich eines Gesprächs mit, dass ihre Stelle als Folge der Reorganisation des Archivs aufgehoben werde. Auf eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses konnten sich die ETH Zürich und A. nicht einigen. Die ETH Zürich stellte A. daraufhin von ihrer Arbeitsleistung frei.

¹ Je remercie M. Benjamin Kohle, greffier auprès du Tribunal administratif fédéral, pour son résumé.

Im September 2013 bot die ETH Zürich A. eine andere Stelle innerhalb der ETH-Bibliothek an. Vorgesehen war die Mitarbeit an der Entwicklung einer interaktiven Recherche-Plattform, welche den Zugriff auf zeitgenössische und historische Inhalte der ETH-Bibliothek und anderer online verfügbarer Ressourcen ermöglichen soll. A. lehnte die angebotene Stelle als nicht zumutbar ab.

Im November 2013 löste die ETH Zürich das Arbeitsverhältnis mit A. unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auf. Sie verwies auf die Reorganisation des Archivs und erwog, dass hierbei nebst der organisatorischen Angliederung des Archivs an die ETH-Bibliothek auch die Schwerpunkte der Archivarbeit neu festgelegt worden seien. Das Archiv werde sich zukünftig schwerpunktmässig auf die archivarisches bzw. bestandeserhaltende Arbeit konzentrieren, wohingegen die Forschungstätigkeit und die Herausgabe von Editionen nicht mehr zu den zentralen Aufgaben gehörten. Die wissenschaftliche Tätigkeit werde im Rahmen der neu geschaffenen Forschungsstelle fortgeführt. Als formale Konsequenz dieser Reorganisation sei die Stelle von A. aufgehoben worden. Eine zumutbare andere Stelle innerhalb der ETH-Bibliothek habe A. abgelehnt und damit den sachlichen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesetzt.

Gegen die Kündigung liess A. zunächst Beschwerde bei der ETH-Beschwerdekommision führen, welche der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannte. Dieser Entscheid wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-1081/2014 vom 23. April 2014 bestätigt. Im August 2014 wies die ETH-Beschwerdekommision die Beschwerde von A. ab. Der Aufgabenbereich von A. sei als Folge der Reorganisation weggefallen und A. habe eine zwar weniger anspruchsvolle, aber zumutbare Stelle in der ETH-Bibliothek abgelehnt. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei daher mangels Bereitschaft zur Verrichtung einer zumutbaren anderen Arbeit sachlich begründet.

Gegen den Entscheid der ETH-Beschwerdekommision liess A. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen. Sie macht geltend, die Kündigung sei missbräuchlich und ihr daher eine andere zumutbare Arbeit zuzuweisen oder ihr eventualiter eine Entschädigung zuzusprechen. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Im Dezember 2014 erkannte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde gutgeheissen und den Entscheid der ETH-Beschwerdekommision aufgehoben.

B. Le droit

Der Arbeitgeber kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aus sachlich hinreichenden Gründen kündigen, etwa wegen mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (Art. 10 Abs. 3 Bst. d des Bundespersonalgesetzes [BPG, SR 172.220.1]). Nach den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts ist der Kündigungsgrund von Art. 10 Abs. 3 Bst. d BPG vor allem im Zusammenhang mit der Bestimmung von Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG zu sehen. Demnach ist eine **Kündigung aus schwerwiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen** zulässig, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine andere zumutbare Stelle anbieten kann, wobei schwerwiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe grundsätzlich nur in einer Reorganisation oder Restrukturierung grösseren Ausmasses bestehen können. Weigert sich der Arbeitnehmer, trotz Vorliegens entsprechender Gründe eine zumutbare

andere Arbeit anzunehmen, verweigert er also die gebotene persönliche Mobilität, so setzt er selbst einen Kündigungsgrund i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Bst. d BPG (E. 4.2).

Reorganisationen sind betriebliche Massnahmen, welche dazu dienen, einen Betrieb bzw. eine Behörde den **aktuellen Bedürfnissen und Gegebenheiten** anzupassen. Dies kann nach den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts geboten sein, wenn bestimmte Aufgaben weggefallen sind oder – etwas als Folge der Einführung technischer Neuerungen – veränderte Anforderungsprofile an die Aufgabenerfüllung gestellt werden (müssen) und bisherige Angestellte diesen Anforderungen nicht (mehr) zu genügen vermögen (E. 4.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Literatur).

Die Frage, ob ein Amt oder eine bestimmte Stelle noch gebraucht wird, ist eine Frage der Verwaltungsorganisation, über deren Zweckmässigkeit das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht entscheidet. Geänderte Bedürfnisse der Verwaltung, die auf objektiven Gegebenheiten oder auf ordnungsgemäss zustande gekommenen Beschlüssen der zuständigen Behörden beruhen, sind grundsätzlich als sachliche Gründe i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Bst. d BPG anzuerkennen. Das Bundesverwaltungsgericht prüft jedoch, ob mit der Reorganisation wirklich **betriebliche Ziele** verfolgt werden und ob zwischen den getroffenen Massnahmen und den in der Folge vorgenommenen Kündigungen ein **hinreichender Kausalzusammenhang** besteht. Die betreffende Stelle muss aufgrund der Reorganisation weggefallen sein. Ergibt sich – insbesondere gestützt auf einen Vergleich der Stellenbeschriebe –, dass auch in Zukunft im Wesentlichen die gleichen Aufgaben zu erledigen sind bzw. erfüllt werden, ist der geforderte Kausalzusammenhang zu verneinen und eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses allein aufgrund der Reorganisation sachlich nicht gerechtfertigt. Eine bloss **Stellenverschiebung** ist nach den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts (für sich allein) **kein sachlicher Kündigungsgrund** (E. 4.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Literatur).

Für eine abschliessende Beurteilung, ob vorliegend die bisherigen Aufgaben der Beschwerdeführerin weggefallen sind, fehlte es an einem Pflichtenheft bzw. Stellenbeschrieb der neu geschaffenen Forschungsstelle. Aufgrund der Akten lag für das Bundesverwaltungsgericht jedoch nahe, dass im Rahmen der Forschungsstelle die Herausgabe wissenschaftlicher Editionen weitergeführt werde und damit die bisher von A. (schwergewichtig) erledigten Aufgaben nicht weggefallen sind. Zweck der Reorganisation des Archivs sei es nicht gewesen, die wissenschaftliche Arbeit einzustellen. Vielmehr sollten wissenschaftlicher Arbeit und Archivarbeit organisatorisch voneinander getrennt werden. Der von der ETH Zürich zu erbringende Beweis, dass die Stelle von A. als Folge der Reorganisation des Archivs weggefallen ist, erachtet das Bundesverwaltungsgericht nicht als erbracht; massgebend sei eine materielle Betrachtungsweise und nicht, ob am Archiv selbst die Stelle von A. noch bestehe. Die ETH Zürich war entsprechend nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 10 Abs. 3 Bst. d BPG aufzulösen. Die Kündigung erfolgte ohne sachlich hinreichenden Grund (E. 4.4).

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte daraufhin die **Rechtsfolgen** der sachlich nicht gerechtfertigten Kündigung. Es hielt fest, dass ein **Anspruch auf Weiterbeschäftigung** – anders als vor Inkrafttreten des revidierten Bundespersonalrechts am 1. Juli 2013 – nur noch bei Vorliegen eines schwerwiegenden Verstosses gegen geltendes Recht i.S.v. Art. 34c Abs. 1 Bst. a–d BPG, d.h. wenn eine **qualifiziert rechtswidrige Kündigung** vorliegt. Davon sei etwa

auszugehen, wenn sich die Kündigung als **missbräuchlich** i.S.v. Art. 336 des Obligationenrechts (OR, SR 220) erweise. Der Missbrauch könne sich dabei nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der **Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts** ergeben. Der Art und Weise der Kündigung ist demnach insbesondere bei **älteren Arbeitnehmern mit langer Dienstzeit** besondere Beachtung zu schenken. Diese haben unter Umständen Anspruch darauf, rechtzeitig über die Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Nach der Rechtsprechung kann ferner – entsprechend dem verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatz – ein **krasses Missverhältnis der Interessen** eine Kündigung als missbräuchlich erscheinen lassen (E. 5.2 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur). Die **(objektive) Beweislast** für das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung trägt grundsätzlich der **Arbeitnehmer** (E. 5.2).

A. war zum Zeitpunkt der Kündigung 56 Jahre alt und seit dem Abschluss ihres Studiums während rund 28 Jahren ununterbrochen für die ETH Zürich tätig. Die ihr übertragenen Aufgaben hat sie den Akten nach stets zur (vollsten) Zufriedenheit erledigt. Zudem hat sich A. während ihrer Tätigkeit in hohem Masse spezialisiert. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass die ETH Zürich aufgrund dieser Umstände eine erhöhte Fürsorgepflicht treffe, welche sich insbesondere anhand der Kündigungsmodalitäten zu manifestieren habe. Welche Modalitäten zu beachten seien, sei jeweils im Einzelfall anhand der Umstände zu bestimmen, wobei vorliegend der Sozialplan für den ETH-Bereich einen ersten Orientierungsmassstab bilde (E. 5.3).

Nach den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts fällt vorliegend zunächst in Betracht, dass die ETH Zürich nie (ernsthaft) in Betracht gezogen hat, die neu geschaffene Forschungsstelle (vorübergehend) mit A. als einer ausgewiesenen Spezialistin zu besetzen. Gleiches gilt für eine im November 2013 am Archiv ausgeschriebene Stelle eines Archivars oder eine Archivarin, obschon sich A. bereits früher bereit erklärt habe, auch solche Arbeit zu übernehmen. Zwar hat die ETH Zürich A. eine andere Stelle angeboten, doch fehle es diesbezüglich an einem hinreichend konkreten Stellenbeschrieb bzw. Anforderungsprofil. Das Bundesverwaltungsgericht konnte daher nicht abschliessend beurteilen, ob die angebotene Stelle zumutbar gewesen wäre, wobei die ETH Zürich die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat; es obliegt dem Arbeitgeber, die Beurteilung einer angebotenen anderen Arbeit zu ermöglichen. Nach den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts bestehen vielmehr Anhaltspunkte, dass die angebotene Stelle nicht als zumutbar anzusehen ist; sie sei – im Vergleich zu ihrer bisherigen Funktion als wissenschaftliche Mitarbeiterin – mit der Funktion einer administrativen Projektmitarbeiterin umschrieben, bei welcher der wissenschaftliche Aspekt lediglich von untergeordneter Bedeutung sei. Schliesslich hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass **auch die weiteren Suchbemühungen der ETH Zürich nach einer zumutbaren anderen Arbeit unzureichend gewesen seien**. Die ETH Zürich wäre verpflichtet gewesen, Suchbemühungen auch ausserhalb des eigenen Verwaltungsbereichs zu unternehmen (E. 5.4 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Dem Bundesverwaltungsgericht entstand insgesamt der Eindruck, dass man A. habe loswerden wollen und der Kündigungsgrund, diese habe eine andere zumutbare Arbeit abgelehnt, vorgeschoben ist. Die ETH Zürich habe ihre Fürsorgepflichten in grober Weise verletzt, insbesondere indem sie freie Stellen nicht (vorübergehend) mit A. besetzt habe,

obschon die bisher von ihr erledigten Aufgaben grundsätzlich weitergeführt würden. Die Art und Weise der Kündigung erschien dem Bundesverwaltungsgericht daher insgesamt als missbräuchlich, weshalb es den Entscheid der ETH-Beschwerdekommision und damit die Kündigung aufhob (E. 5.5 f.).

III. Brève analyse

Cet arrêt a porté sur l'application :

- de l'**art. 10 al. 3 let. e LPers** (RS 172.010), selon lequel l'employeur peut résilier un contrat de durée indéterminée en cas de motifs objectivement suffisants, notamment en cas d'impératifs économiques ou d'impératifs d'exploitation majeurs, dans la mesure où l'employeur ne peut proposer à l'employé un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui ;

- et de l'**art. 34c al. 1 let. b LPers**, qui impose la réintégration de l'agent lorsque la *résiliation est abusive* en vertu de l'**art. 336 CO** (RS 220).

Il est à relever que, depuis la révision de la LPers du 14 décembre 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013 (RO 2013 1493 ; FF 2011 6171), si la *résiliation est jugée illicite*, la réintégration de l'agent ne peut plus être ordonnée : en vertu de l'**art. 34b al. 1 let. a LPers**, l'instance de recours est tenue d'allouer une indemnité au recourant s'il y a eu résiliation ordinaire en l'absence de motifs objectivement suffisants ou résiliation immédiate en l'absence de justes motifs, ou si les règles de procédure n'ont pas été respectées.

Dans son arrêt, le Tribunal a précisé les points suivants :

Licéité d'une résiliation prononcée dans le cadre d'une réorganisation

Une résiliation résultant de la suppression d'une place de travail dans le cadre d'une réorganisation n'est licite que si les **motifs économiques ou d'exploitation majeurs qui la justifient sont réels** et si la suppression de la place est dans un **rapport de causalité suffisant** avec la réorganisation, et pour autant que l'employeur ait entrepris **tout ce qui lui était raisonnablement possible** pour trouver un autre travail convenable à son agent.

Licéité qualifiée d'une résiliation en raison de la manière dont elle a été exercée

Une résiliation peut être abusive non seulement en raison de ses motifs, mais aussi en raison de la **manière** (« **Art und Weise** ») dont elle a été menée, en particulier eu égard aux devoirs de l'employeur envers les droits de la personnalité de l'agent. Une considération particulière s'impose à l'égard d'un agent senior au bénéficiaire de longues années de service et exerçant un travail très spécialisé (« **erhöhte Fürsorgepflicht** » de l'employeur au sens de l'art. 328 CO en relation avec l'art. 6 al. 2 LPers et l'art. 4 al. 2 let. g OPers [RS 172.220.111.3]). De même, la résiliation peut s'avérer abusive en cas de **disproportion manifeste des intérêts en présence** (« *krasses Missverständnis der Interessen* »).