

BVGer A-3861/2016 vom 27. Juli 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-07-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3861_2016

FR: TAF A-3861/2016 du 27 juillet 2017

IT: TAF A-3861/2016 del 27 luglio 2017

Regeste

Fin des rapports de travail

Erwägungen

E. 1.1

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), respectivement la LPers, n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis. Sa compétence est donnée au cas d'espèce, sachant que, sous réserve de l'exception prévue à l'art. 32 al. 1 let. c LTAF qui n'est pas ici réalisée, il connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par l'employeur fédéral (art. 31 LTAF et 36 al. 1 LPers), en l'occurrence la BLA, qui est une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF (cf. ég. l'annexe 1 let. B. ch. IV. 1.4.6 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA, RS 172.010,1]).

E. 1.2

Le recourant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant le destinataire de la décision de résiliation attaquée, il est particulièrement atteint et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al.1 PA). Il a donc qualité pour recourir.

E. 1.3

Présenté au surplus dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours est ainsi recevable

E. 2

L'objet du présent litige porte sur le point de savoir si la résiliation immédiate des rapports de travail du recourant en date du 17 mai 2016, précédée d'une suspension provisoire des rapports de service avec libération immédiate de l'obligation de travailler le 27 janvier 2016 pour des faits apparus le 18 janvier 2016, est intervenue valablement suite au rapport interne du 16 février 2016.

E. 2.1.1

Conformément à l'art. 49 PA, le Tribunal administratif fédéral contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). En matière de droit du personnel, le Tribunal examine

toutefois avec une certaine retenue les questions ayant trait à l'appréciation des prestations des employés, à l'organisation administrative ou à la collaboration au sein du service et, dans le doute, ne substitue pas son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative qui a rendu la décision, laquelle connaît mieux les circonstances de l'espèce (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; ATAF 2007/34 consid. 5 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3750/2016 du 2 février 2017 consid. 1.4.1, A-379/2016 du 8 septembre 2016 consid. 2.2 ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2ème éd., Bâle 2013, n. 2.160 ; Jérôme Candrian, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, Bâle 2013, n. 191 p. 113 s.).

E. 2.1.2

Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 2.165). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2. et réf. cit.).

E. 2.1.3

Dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves, le Tribunal - comme l'autorité inférieure - peut renoncer à l'administration d'une preuve offerte, s'il appert qu'elle porte sur des considérations sans rapport pertinent avec le litige ou qu'elle n'est pas de nature à emporter sa conviction, au vu du dossier à sa disposition (cf. art. 12 et 33 al. 1 PA ; ATF 131 I 153 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 3.2 et réf. cit. ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4319/2015 du 16 mars 2016 consid. 2.3, B-644/2014 du 28 octobre 2015 consid. 4.3.2.1 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 3.144 ; Candrian, op. cit., n. 61 p. 43 s.). Cette faculté de renoncer à administrer une preuve proposée en raison de son défaut de relevance est conforme au droit d'être entendu (art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101] et art. 29 PA). Il est en outre à noter que l'audition de témoins n'est qu'un moyen de preuve subsidiaire en procédure administrative fédérale (cf. art. 14 al. 1 let. c PA).

E. 2.1.4

En l'espèce, au vu des questions que le présent litige soulève et du dossier à disposition du Tribunal, tant l'audition du juriste du service et du supérieur du recourant, en qualité de témoins, que l'expertise requise paraissent superflues, en cela qu'elles ne sont pas particulièrement pertinentes ni nécessaires dans la configuration des faits propre à la cause. L'analyse de l'état psychique pour une période passée s'avérerait en outre peu aisée. Par ailleurs, une sous-occupation du recourant est reconnue par l'employeur - même si elle n'est que légère à son sens -, et il n'est pas contesté qu'il a toujours obtenu de bonnes évaluations annuelles et que, avant cet épisode, l'autorité inférieure était pleinement satisfaite de lui.

E. 3

Il convient de commencer par examiner les griefs formels soulevés par le recourant.

E. 3.1

Le premier grief est pris de la violation de son droit d'être entendu s'agissant du refus - sans motif invoqué - de l'autorité inférieure d'administrer les moyens de preuves requis afin de

démontrer le bien-fondé de ses allégations.

E. 3.1.1

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. et consacré à l'art. 29 PA, comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3, ATF 135 I 187 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_879/2014 du 17 avril 2015 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-3544/2015 du 9 décembre 2016 consid. 3.1, A-4319/2015 précité consid. 5.2.2).

E. 3.1.2

Comme relevé plus avant (consid. 2.1.3), lorsque l'autorité estime que l'état de fait est clair et que sa conviction est acquise sur la base de pièces écrites ayant une haute valeur probatoire, elle peut rendre sa décision. Dans cette hypothèse, elle renoncera à des mesures d'instruction et à des offres de preuve supplémentaires, en procédant si besoin à une appréciation anticipée de celles-ci (cf. également ATF 137 III 208 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5433/2015 du 2 mars 2017 consid. 1.4.1). Il n'est pas nécessaire que la conviction de l'autorité confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité. Il suffit qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des motifs objectifs (cf. ATF 130 III 321 consid. 3.2 ; ATAF 2012/33 consid. 6.2.1; plus récent : arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2884/2016 du 8 mars 2017 consid. 2.2). Or, au cas d'espèce, et contrairement à ce que le recourant soutient, il apparaît que l'autorité inférieure a expressément mentionné, dans son écriture du 1er avril 2016, qu'elle n'entrait pas en matière sur les demandes de preuves requises visant à démontrer l'état de bore-out et la baisse de son cahier des charges, dans la mesure où les éléments dont elle était en possession - et qu'elle a remis au recourant - indiquaient qu'une sous-occupation inacceptable du collaborateur devait être niée. Ce faisant, l'autorité inférieure a procédé à une appréciation anticipée des preuves offertes qui n'est pas critiquable.

E. 3.1.3

A toutes fins utiles, le Tribunal relève que, s'il est vrai que le droit d'être entendu a pour conséquence que l'administré et son représentant doivent pouvoir accéder au contenu du dossier, cette garantie ne porte que sur les actes susceptibles d'avoir une incidence sur la procédure (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2675/2015 du 9 février 2017 consid. 4.2.2). Ainsi, s'il aurait effectivement été souhaitable que le recourant accède à son dossier complet, il appert que toutes les pièces déterminantes en lien avec le motif de résiliation immédiate et sa prétendue sous-occupation lui ont été remises. Par ailleurs, le Tribunal observe que l'autorité inférieure allègue à tort que le droit d'être entendu de l'employé porterait uniquement sur les faits juridiquement pertinents et non sur les questions liées au choix des mesures prises par l'employeur. Sans que cela n'ait d'incidence dans le cas particulier, dans la mesure où la volonté de résilier les rapports de travail de manière immédiate a été communiquée à l'employé, il ne paraît pas inutile de rappeler ici qu'afin d'exercer son droit d'être entendu de manière complète, l'employé doit au contraire connaître les conséquences auxquelles il doit s'attendre (cf. arrêts du Tribunal fédéral 8C_329/2016 du 2 septembre 2016 consid. 5.3, 8C_559/2015 du 9 décembre 2015 consid. 4.2.3.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5541/2014 du

31 mai 2016 consid. 3.1.5).

E. 3.2

Plus avant, le recourant soutient que c'est dans l'irrespect des dispositions légales applicables, à savoir sans décision y relative et de manière rétroactive, que l'autorité inférieure a suspendu les rapports de travail et, plus particulièrement, le versement de son salaire avec effet au 31 janvier 2016. Dans la mesure où seule l'invalidation de la mesure de suspension du salaire aurait une conséquence pour le recourant, à savoir le versement de son salaire jusqu'au terme des rapports de travail, seule cette question sera ici examinée.

E. 3.2.1

L'employeur prend les mesures nécessaires à l'exécution correcte des tâches (art. 25 al. 1 LPers). Une liste exemplative de mesures sont fixées à l'art. 25 al. 2 LPers, à savoir : mesures de soutien ou de développement (let. a) ; avertissement, réduction du salaire, amende, suspension (let. b) ; changement du domaine d'activité, du temps de travail ou du lieu de travail (let. c). L'alinéa 3 de cette disposition précise encore que, si la mesure concerne le contrat de travail, l'employeur la définit par écrit en accord avec l'employé et qu'en cas de désaccord, la procédure prévue aux art. 34 et 36 LPers est applicable. Aux termes de l'art. 103 al. 1 OPers, si l'exécution correcte des tâches est compromise, et sans que la réalisation des rapports de travail n'ait (déjà) été prononcée, l'employeur peut immédiatement, à titre préventif, prononcer la suspension de l'employé ou lui attribuer une autre fonction lorsque : des événements graves susceptibles de justifier une mesure pénale ou une mesure disciplinaires sont constatés ou soupçonnés (let. a) ; l'existence d'irrégularités répétées est établie (let. b) ; ou une procédure en cours est entravée (let. c). En outre, l'autorité compétente peut réduire ou supprimer le salaire et d'autres prestations versées à l'employé (art. 103 al. 2 OPers).

E. 3.2.2

Dans le cas particulier, l'autorité inférieure ne conteste pas n'avoir rendu aucune décision formelle relative à la suppression du droit au salaire du recourant. Elle justifie cette absence du fait que, dès le 16 février 2016, il ne faisait plus de doute pour elle qu'une résiliation avec effet immédiat était la seule issue possible. Elle explique encore qu'elle n'a finalement eu d'autre alternative que de prononcer, par décision du 17 mai 2016, la suppression du salaire, ainsi que la résiliation des rapports de travail à une date concordante, à savoir le 31 janvier 2016.

E. 3.2.3

Le raisonnement de l'autorité inférieure est quelque peu confus. A l'inverse de ce qu'elle soutient, 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. Tout comme pour la suspension de l'employé de ses fonctions, il ne fait nul doute que la suppression du salaire concerne le contrat de travail qui lie les parties. Or, si l'autorité inférieure, en connaissance des premiers éléments à charge depuis le 18 janvier 2016, a bien signifié au recourant la suspension immédiate de ses fonctions par missive remise en mains propres le 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. Bien plutôt aurait-il encore fallu exposer en quoi le versement du salaire n'avait plus lieu d'être. Ainsi, la question de la

suppression du salaire de l'art. 103 al. 2 OPers devait 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. C'est lors de l'entretien du 23 février 2016 - lequel faisait suite au rapport de la MilCERT du 16 février 2016 -, soit au moment de la soumission du projet de décision de résiliation immédiate, que le recourant a pu prendre conscience que l'employeur projetait de résilier le contrat de travail avec effet au 29 février 2016, et de ne plus lui verser son salaire avec effet rétroactif au 31 janvier 2016. Cependant, dans sa décision du 17 mai 2016, elle a - en contradiction avec son projet de décision du 23 février 2016 - mis un terme aux rapports de travail avec effet au 31 janvier 2016, et non au 29 février 2016. Il conviendra d'examiner la validité au fond de cette décision dans les considérants qui suivent. A cet égard, le régime décisionnel de la législation sur le personnel de la Confédération et le respect du droit d'être entendu de l'employé ont pour conséquence qu'en principe, seules des mesures pour le futur sont susceptibles d'être prononcées valablement (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5494/2013 du 8 avril 2014 consid. 6.4 et 6.5 ; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7ème éd., Zürich 2016, n. 2060 p. 452).

E. 3.3

Pour rappel, la décision de résiliation immédiate des rapports de travail est un acte administratif qui ne peut être prononcée qu'après avoir donné à l'employé l'occasion de s'exprimer au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. Ne pouvant en outre avoir d'effet que pour le futur, puisqu'en cas contraire, elle violerait le principe de la non-rétroactivité, la décision prend au plus tôt effet au moment de son prononcé par l'autorité inférieure (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5494/2013 précité consid. 6.6). C'est pourquoi il convient de considérer, déjà à ce stade, et 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. Contrairement à l'avis du recourant, il ne s'agit pas d'une violation du droit d'être entendu en tant que telle, puisque celui-ci a pu se déterminer sur la résiliation immédiate projetée, mais bien d'une grossière erreur de l'autorité inférieure, que le report de l'effet de la résiliation immédiate au premier terme possible, soit au 17 mai 2016 (dans l'hypothèse où les justes motifs seraient donnés), permet de corriger.

E. 3.4

Au titre de conclusion intermédiaire, et compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'autorité inférieure a résilié les rapports de travail avec effet immédiat au 17 mai 2016. En l'absence de décision de suppression du salaire du recourant, le salaire reste dû jusqu'à cette date à tout le moins.

E. 4

Le recourant conteste ensuite le bien-fondé de la résiliation avec effet immédiat prononcée à son encontre.

E. 4.1

En vertu de l'art. 10 al. 4 LPers, l'employeur peut, notamment 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 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220 ; cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-2718/2016 du 16 mars 2017 consid. 5.1, A-646/2016 du 19 octobre 2016 consid. 6.2.1, A-656/2016 du 14 septembre 2016 consid. 5.2).

E. 4.1.1

Au même sens que l'art. 337 al. 1 CO, sont considérés comme des justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. En tant que mesure exceptionnelle, la résiliation avec effet immédiat pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. L'auteur du congé doit pouvoir justifier de circonstances propres à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail, ou à l'ébranler de façon si sérieuse que la poursuite du contrat ne peut plus être exigée. 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 (cf. ATF 130 III 28 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_559/2016 du 18 janvier 2017 consid. 5.1, 4A_521/2016 du 1er décembre 2016 consid. 2.2.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4312/2016 du 23 février 2017 consid. 5.2, A-7515/2014 du 29 juin 2016 consid. 4.2 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer, *Droit du travail*, 3ème éd., Berne 2014, p. 572). Bien que l'employeur public bénéficie d'un pouvoir d'appréciation important dans l'examen de l'existence d'un juste motif de résiliation immédiate, le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) doit toutefois être respecté, de sorte qu'il doit opter pour la mesure la plus adaptée, respectivement celle qui est suffisante. La résiliation immédiate est la mesure la plus sévère que l'employeur peut prononcer, de sorte qu'elle doit être l'exception (*ultima ratio*) et, ainsi, faire l'objet d'une utilisation restrictive (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2718/2016 précité consid. 5.3).

E. 4.1.2

L'existence de justes motifs de résiliation immédiate s'examine au cas par cas. C'est pourquoi l'employeur doit avoir pris en considération tous les éléments du cas particulier lorsqu'il prend sa décision, spécialement la position et les responsabilités du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, tout comme la nature et la gravité des manquements reprochés. La gravité est notamment appréciée au regard du fait que l'acte est intentionnel ou non ; même s'il l'est, il convient de tenir compte du fait que l'acte est dirigé contre une chose ou une personne (collaborateur ou client), de l'ampleur des dommages qu'il est de nature à créer, des antécédents de l'auteur, du risque de récurrence, ainsi que de l'éventuelle faute concomitante de l'employeur (Wyler/Heinzer, *op. cit.*, p. 572). Si le comportement reproché n'a pas d'incidence directe sur les prestations de l'employé, la gravité du manquement reproché ne sera admise qu'avec retenue (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1, ATF 129 III 380 consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6805/2015 du 2 mai 2016 consid. 4.1.4, A-2689/2015 du 10 novembre 2015 consid. 3.2.3 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *Der Arbeitsvertrag*, in : Honsell/Vogt/Wiegand [éd.], *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6ème éd., Bâle 2015, n. 4 ad art. 337 CO).

E. 4.1.3

La charge de la preuve de l'existence d'un tel motif au sens de l'art. 10 al. 4 LPers incombe à la personne qui s'en prévaut, à savoir l'employeur (art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC RS 210] ; cf. ATF 130 III 213 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral

4A_169/2016 du 12 septembre 2016 consid. 4, non publié à l'ATF 142 III 626 ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 571).

E. 4.2

Au surplus, pour qu'elle intervienne valablement, la résiliation avec effet immédiat des rapports de travail ne doit pas être tardive.

E. 4.2.1

Selon la jurisprudence civiliste du Tribunal fédéral (cf. arrêt 4A_372/2016 du 2 février 2017 consid. 5.1.2 et réf. cit.), l'employeur qui résilie le contrat de travail en invoquant de justes motifs doit agir sans tarder, sous peine de déchéance. Il s'agit là d'une condition d'exercice du droit de résilier pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO. Les circonstances du cas concret déterminent le laps de temps dans lequel on peut raisonnablement attendre de l'employeur qu'il prenne la décision de résilier le contrat immédiatement. 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. Si l'état de fait appelle des éclaircissements, il faut tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant précisé que l'employeur qui soupçonne concrètement l'existence d'un juste motif doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour clarifier la situation.

E. 4.2.2

Les développements jurisprudentiels civilistes relatifs à l'art. 337 CO précédemment résumés, posant que seul un délai de quelques jours est tolérable entre le constat des justes motifs et le prononcé de la résiliation avec effet immédiat, 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. Il peut parfois être nécessaire ou adéquat de diligenter une enquête administrative avant de rendre une décision, particulièrement lorsqu'il s'agit d'étayer ou d'infirmer des soupçons qui pèseraient sur l'employé. De plus, la particularité du droit de la fonction publique, selon laquelle la décision ne peut souvent pas être prise par le supérieur hiérarchique direct, mais qu'elle dépend de l'autorité d'engagement ou d'une autorité de surveillance, nécessite d'accorder à l'employeur public un délai de réaction plus long (cf. ATF 138 I 113 consid. 6.3 ss ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-2718/2016 précité consid. 7.3, A-4389/2016 du 21 septembre 2016 consid. 7.1 ; Rémy Wyler/Matthieu Briguet, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, Berne, 2017, p. 92s.). Si les spécificités de la procédure administrative justifient ce 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 du Tribunal fédéral 8C_141/2011 du 9 mars 2012 consid. 5.5). Il se justifie d'être exigeant quant à sa manière de gérer le temps, vu l'importance de la mesure prise. Il doit agir rapidement et avec diligence, au vu de la gravité même des faits qui peuvent justifier un licenciement immédiat. En effet, le défaut ou le retard de réaction de sa part laisse penser que la continuation des rapports de travail jusqu'au plus proche délai de résiliation ordinaire serait tout de même supportable, ce qui priverait sa volonté initiale de son fondement (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2718/2016

précité consid. 7.1, A-403/2016 du 29 août 2016 consid. 5.3 ; Wyler/Briguet, op. cit., p. 92). 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 (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2A.656/2006 du 15 octobre 2007 consid. 5.2, 2A.495/2006 du 30 avril 2007 consid. 3 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral précités A-4389/2016 consid. 7.1 et 7.2, A-403/2016 consid. 5.3).

E. 4.3

La position des parties quant au bien-fondé de la résiliation immédiate prononcée peut être résumée comme suit.

E. 4.3.1

S'il ne conteste pas la gravité de ses agissements qui - indépendamment de leur caractère pénal ou non - ne sont pas compatibles avec l'obligation de loyauté, le recourant reproche à l'autorité inférieure d'avoir tardé dans le prononcé de la résiliation immédiate et de lui avoir, à tort, imputé la responsabilité de ce retard. A cet égard, il souligne n'avoir, en tout et pour tout, requis qu'une brève prolongation de dix jours. Le temps écoulé entre les observations du 11 mars 2016 et la détermination de l'autorité inférieure du 1er avril 2016 est à son sens déjà trop long. Dans tous les cas, les cinq semaines écoulées entre ses observations du 11 avril 2016 et la décision de résiliation dans le seul but de traduire la décision, ont pour conséquence que la durée acceptable est dépassée. Le recourant soutient en outre que la résiliation immédiate est disproportionnée, du fait que l'employeur a lui-même violé son obligation de protection de la personnalité de l'employé de l'art. 328 CO en ne lui fournissant pas suffisamment de travail. Il expose, enfin, que le résultat de cette décision est choquant en ce qu'il se trouve désormais, en raison de ses charges familiales particulières, dans une indigence crasse.

E. 4.3.2

Pour sa part, l'autorité inférieure rappelle que les justes motifs sont réalisés, puisque l'agissement reproché est propre à détruire la confiance mutuelle indispensable aux rapports de travail. Outre son devoir de loyauté, le recourant a violé ses obligations contractuelles en ne respectant pas les directives et instructions données. De par la consultation d'images pornographiques, elle lui reproche également d'avoir exposé les systèmes informatiques à des risques liés à la sécurité de l'information et à la menace de divulgation d'informations sensibles. L'autorité inférieure considère que la poursuite des rapports de travail au sein de la BLA implique une atteinte insoutenable à sa réputation, de sorte qu'une mesure moins invasive ne saurait être pertinente. Elle expose que, quoi qu'il en soit, ni le bore-out ni une sous-occupation du recourant ne sauraient justifier le comportement gravement fautif adopté par le recourant. En présentant enfin une chronologie des événements entre la découverte des faits et la signification de la décision, elle maintient n'être en rien responsable du retard engendré.

E. 4.4.1

Il ne fait pas de doute en l'espèce que le recourant a violé son devoir de diligence et de fidélité fixé à l'art. 20 LPers, dont la teneur doit être lue en relation avec l'art. 321a CO, en adoptant le comportement qui lui est reproché. La jurisprudence admet que les cas de grave

violation de ce devoir puissent entraîner une résiliation immédiate. S'agissant de la consultation d'internet à des fins privées durant les heures de travail, il y a lieu de retenir que, si une violation du devoir de fidélité est reconnue, la résiliation immédiate prononcée pour ce motif n'est que rarement admise. Son bien-fondé est en effet souvent nié en l'absence d'un avertissement préalable (cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_430/2008 du 24 novembre 2008 consid. 4.1, 4C.173/2003 consid. 3.2, 4C.106/2001 du 14 février 2002 consid. 3c). Quant à la consultation d'images pornographiques, ou plus largement de sites de ce type, le Tribunal fédéral a retenu qu'une durée de 49,75 heures sur vingt-quatre jours effectifs de travail, pour du matériel contenant également des scènes à caractère pédophile et zoophile, ne justifiait pas un licenciement immédiat sans avertissement préalable dans le cas particulier (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.349/2002 du 25 juin 2003 consid. 5). La doctrine a critiqué cet arrêt qu'elle a jugé trop permissif (Jean-Philippe Dunand, in : Dunand/Mahon [éd.], Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 71 ss, spéc. 74, ad art. 321a CO), considérant qu'une résiliation avec effet immédiat sans avertissement aurait été justifiée (Wylter/Heinzer, Droit du travail, 3ème éd., Berne 2014, p. 577 s.). Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral a toutefois admis que la consultation cumulée de plus de 80 heures en l'espace de quarante-deux jours effectifs de travail, respectivement de dix-sept jours, était particulièrement grave et rendait légitime la résiliation immédiate (cf. arrêts du Tribunal fédéral 8C_87/2016 et 8C_79/2016 tous deux du 30 juin 2017, confirmant les arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6453/2014 du 9 décembre 2015, spéc. consid. 8.3 et A-5641/2014 du 8 décembre 2015, spéc. consid. 8.3). Ces affaires ont cela de particulier que la consultation a porté sur de très nombreuses pages principales (448 pages, resp. 588), que la fenêtre de blocage d'accès - s'activant lors de la consultation de pages internet au contenu contraire aux directives - était apparue très régulièrement (à 107 reprises dans l'affaire A-6453/2014 précitée) et que les employés avaient été informés du risque de résiliation immédiate au moyen de l'instruction Internet émise par les CFF, dont le lien figurait par ailleurs sur la page de blocage. Pour ce qui concerne la question de l'avertissement formel, le Tribunal fédéral a retenu que celui-ci n'avait plus aucun sens, dans la mesure où il appert qu'il aurait été inutile vu l'attitude adoptée par les employés (cf. arrêts du Tribunal fédéral précités 8C_87/2016 consid. 7.5 et 8C_79/2016 consid. 7.5).

E. 4.4.2

En l'espèce, la question peut se poser de savoir si la gravité de la violation commise est comparable aux états de fait relatés dans les arrêts prononcés par le Tribunal de céans dans sa jurisprudence récente. Sur la période de contrôle de près de six mois, soit du 1er août 2015 au 26 janvier 2016, le recourant a consulté 8000 images pornographiques, dont 110 au contenu réprimé par la loi (scènes zoophiles), pour lesquelles il a d'ailleurs fait l'objet d'une condamnation pénale. La correspondance en temps ne ressort pas du rapport MilCERT. La position des parties diverge sur ce point, l'autorité inférieure considérant qu'il convient d'estimer cette consultation à une minute par image (total de 133 heures), alors que le recourant soutient qu'une durée de trois seconde (total inférieur à 7 heures) est plus vraisemblable. En l'espèce, le Tribunal est d'avis que la durée exacte de consultation n'est pas en soit déterminante et qu'il suffit de retenir ici que le nombre d'images consultées est de toute façon très important. Il convient également de souligner que le recourant a buté sur la « page STOP » de l'administration fédérale à 250 reprises selon le rapport. Aussi, quand bien même un renvoi à la directive concernant l'utilisation des moyens informatiques du DDPS n'y figurait pas, il ne pouvait en ignorer la teneur. Par ailleurs, il est certain qu'il devait se douter que son comportement - en partie pénalement répréhensible - pouvait

entraîner son licenciement immédiat. Partant, il semble que les circonstances de l'espèce soient, quant à la gravité du manquement, comparables aux affaires jugées dans les arrêts du Tribunal fédéral 8C_87/2016 et 8C_79/2016 du 30 juin 2017 précités. Cela étant, un examen plus détaillé de cette question peut exceptionnellement souffrir de rester indécise, au vu des considérations qui suivent quant au temps de réaction de l'autorité inférieure.

E. 4.5.1

Les parties s'entendent sur la chronologie des événements entre la découverte du comportement adopté par le recourant et le prononcé de la décision, tels qu'ils ont été fixés dans les faits du présent arrêt. Ce sont bien plutôt les conclusions qu'elles en tirent qui divergent. En définitive, alors que le recourant considère que l'autorité inférieure a exagérément tardé dans le prononcé de la résiliation immédiate et que celle-ci n'est plus justifiée, l'autorité inférieure soutient qu'elle n'est en rien responsable de ce retard. A ce propos, elle indique qu'autant les vérifications relatives à la violation des obligations de l'employé que celles concernant son occupation effective, qui ont été conduites de manière sérieuse, ont pris du temps. De même, elle rappelle qu'il a fallu une nouvelle fois donner la possibilité au recourant de se prononcer et, avant cela, elle l'a une nouvelle fois convié à un entretien qui s'est tenu le 22 mars 2016.

E. 4.5.2

A cet égard, le Tribunal retient d'abord que le délai de quatre mois qui s'est écoulé entre l'annonce de la MilCERT et la décision de résiliation immédiate paraît d'emblée passablement long. La jurisprudence n'exclut toutefois pas qu'un tel délai puisse se justifier au vu des circonstances de l'espèce. Dans le cas particulier, aucune enquête administrative n'a été ouverte. Dès l'annonce de soupçons du 18 janvier 2016, l'autorité inférieure a agi avec la promptitude requise. Sitôt que les soupçons ont été confirmés au moyen d'un examen sommaire de la SCOCI, l'autorité inférieure les a communiqués au recourant et l'a suspendu en date du 27 janvier 2016, dans l'attente du rapport de la MilCERT. Ensuite de la réception du rapport confirmant définitivement la consultation d'images par le recourant, elle a organisé un entretien, en date du 23 février 2016, au cours duquel la situation lui a été présentée et l'intention de mettre un terme immédiatement aux rapports de travail lui a été communiquée par la remise du projet de décision. Suite à une demande de prolongation de délai de dix jours du délai originellement fixé au 29 février 2016, le recourant a exercé son droit d'être entendu le 11 mars 2016. A la réception de la prise de position du recourant, l'autorité inférieure a mené des éclaircissements auprès du supérieur direct de ce dernier, notamment quant à la sous-occupation invoquée. Elle disposait, en date du 16 mars 2016, des résultats. Jusqu'à ce stade, il n'est pas possible de reprocher une quelconque tardiveté à l'autorité inférieure. Il est en outre évident que le résultat des éclaircissements obtenus dans l'intervalle devaient être communiqués au recourant et qu'un bref délai pour se déterminer devait lui être fixé. Toutefois, de manière peu compréhensible, alors qu'une résolution amiable avait déjà été tentée le 23 février 2016, l'autorité inférieure a une nouvelle fois convenu d'un entretien ayant ce même but. Ce n'est finalement que deux semaines après l'obtention des résultats qu'elle a brièvement pris position (contenu d'une page A4), le 1er avril 2016, soit après le weekend pascal du 25 au 28 mars 2016, pour rejeter les demandes de preuves requises, communiquer les résultats au recourant et lui impartir un délai au 18 avril 2016 pour prendre position. Là encore, un délai de trois semaines pour prendre position laisse penser que l'autorité inférieure n'était pas consciente de l'urgence de la situation ou, à tout le moins, que la continuation des rapports de travail lui était encore

supportable. Si, immédiatement après la réception des déterminations du recourant du 11 avril 2016, l'autorité inférieure a préparé la décision et l'a remise au service de traduction, elle ne pouvait résolument pas encore laisser courir cinq semaines avant de notifier la décision. Il lui revenait de se soucier que le service de traduction traiterait ce dossier en priorité, en lieu et place du mois qui a été nécessaire. Pour rappel, la décision de résiliation immédiate est de six pages.

E. 4.5.3

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'autorité inférieure a largement tardé dans le prononcé de sa décision de résiliation immédiate des rapports de travail du recourant. Contrairement, à ce que cette dernière soutient, cette tardiveté n'est en rien imputable au comportement du recourant, qui s'est contenté de requérir une unique prolongation de délai de dix jours d'un délai originairement de cinq jours pour se déterminer suite à la remise du projet de résiliation. Ainsi, par la manière peu diligente avec laquelle elle a mis en oeuvre sa volonté de résilier immédiatement les rapports de travail, elle a contredit sa volonté initiale, manifestée dès le 23 février 2016, et privé de fondement le sens d'une telle résiliation avec effet immédiat.

E. 4.6

Partant y a-t-il lieu de considérer que la résiliation immédiate des rapports de travail signifiée au recourant était à tout le moins tardive, de sorte qu'elle s'avère être injustifiée. Ainsi, au sens large de cette notion, elle a été prononcée en l'absence de justes motifs au sens de l'art. 34b al. 1 let. b LPers (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2718/2016 précité consid. 8.4).

E. 5

Il convient dès lors de déterminer les conséquences qu'il convient de tirer de cette résiliation immédiate injustifiée.

E. 5.1

Le recourant conclut d'abord à ce qu'il soit licencié dans le délai ordinaire de quatre mois, soit au 30 septembre 2016.

E. 5.1.1

Aux termes de l'art. 34b al. 1 let. b LPers, si l'instance de recours approuve le recours contre la décision de résiliation, elle est tenue d'ordonner le versement du salaire jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire s'il y a eu résiliation immédiate en l'absence de justes motifs. Dès lors l'autorité de recours doit-elle déterminer, au vu des événements qui sont survenus entre-temps, à quelle date il pouvait être mis un terme aux rapports de travail de manière ordinaire et, partant, fixer l'expiration du délai de congé ordinaire. Il est possible qu'elle doive, le cas échéant, prendre en compte une éventuelle incapacité de l'employé survenue durant ce laps de temps (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-656/2016 précité consid. 7). En l'espèce, compte tenu de son engagement au 1er avril 2005 au sein de la BLA, le contrat de travail du recourant pouvait être résilié au plus tôt pour quatre mois pour le fin d'un mois (cf. art. 30a al. 2 let. c OPers). Les certificats médicaux attestant de l'incapacité du recourant concernent une période antérieure et ne sont donc pas pertinents.

E. 5.1.2

Par suite, eu égard à la date de la décision du 17 mai 2016, l'autorité inférieure pouvait, au plus tôt, résilier les rapports de travail du recourant de manière ordinaire pour le 30 septembre 2016.

E. 5.2

Le recourant prétend également à l'allocation d'une indemnité de six mois en application de l'art. 34b al. 1 let. a et 2 LPers.

E. 5.2.1

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. 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 (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-656/2016 précité consid. 7.3.1, A-566/2015 du 24 août 2016 consid. 4.5.2). La jurisprudence prévoit que, 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 (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-2718/2016 du 16 mars 2017 consid. 9.2.2, A-656/2016 du 16 septembre 2016 consid. 7.3.2 et A-73/2014 du 14 juillet 2014 consid. 10).

E. 5.2.2

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. Parallèlement, le licenciement, certes injustifié, a été prononcé à l'appui de circonstances réelles. Il s'est agi d'une réaction sincère de l'autorité inférieure 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'autorité inférieure ne permet pas davantage d'excuser de quelle manière qu'il soit la faute de ce dernier. Enfin, la durée d'engagement au sein de la BLA de onze ans peut être qualifiée de moyennement longue. On ne peut enfin exclure que le recourant, âgé de 59 ans au moment de la résiliation (au 30 septembre 2016), puisse éprouver quelques difficultés à retrouver un emploi.

E. 5.2.3

Tout bien considéré, le Tribunal retient que les circonstances de l'espèce et, particulièrement, la faute du recourant justifie de descendre largement en-dessous de la fourchette inférieure de six mois généralement appliquée. Il a déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette faculté dont il dispose (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-1055/2017 du 28 juin 2017 consid. 7.3, A-656/2016 précité consid. 7.3.1 et A-566/2015 précité consid. 3.7.5). Partant également de l'idée que la doctrine reconnaît la possibilité de

n'allouer aucune indemnité dans des cas extraordinaires (cf. Wyler/Briguet, op. cit., p. 101), le Tribunal estime que le versement d'une indemnité équivalente à plus d'un mois de salaire ne saurait ici se justifier. Elle doit être calculée sur la base du dernier traitement brut déterminant perçu par le recourant. Les charges sociales n'ont pas à être versées ni retranchées (cf. arrêts Tribunal administratif fédéral précités A-656/2016 consid. 7.3.5 et A-4517/2015 du 15 février 2016 consid. 11.4.4, non publié à l'ATAF 2016/11).

E. 6

En résumé, la résiliation immédiate des rapports de travail du recourant est injustifiée en ce qu'elle est tardive ; elle a ainsi été prononcée en l'absence de justes motifs. Par conséquent, l'autorité inférieure a l'obligation de verser au recourant son salaire jusqu'au 30 septembre 2016, en application de l'art. 34b al. 1 let. b LPers. De même, elle lui versera une indemnité équivalente à un mois de salaire brut au titre de l'art. 34b al. 1 let. a et 2 LPers. La déduction des charges sociales n'a pas lieu d'être sur ce dernier montant. Il s'ensuit que le recours doit être admis au sens des considérants.

E. 7

Conformément à l'art. 34 al. 2 LPers, la procédure de recours en matière de litiges liés aux rapports de travail est gratuite, de sorte qu'il n'est pas perçu de frais de procédure. Le Tribunal peut allouer d'office ou sur requête à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables ou relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA, art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Dans la mesure où le recours est admis et où le recourant a eu recours aux services d'un mandataire professionnel nommé d'office par décision incidente du 11 août 2016, l'autorité inférieure - qui succombe - versera directement au mandataire une indemnité à titre de dépens couvrant ses honoraires d'office (art. 65 al. 3 PA). En l'occurrence, cette indemnité est arrêtée à Fr. 3'000.- sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). (le dispositif est porté à la page suivante)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.