

# **BVGer A-6162/2017 vom 26. November 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6162\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6162_2017)

FR: TAF A-6162/2017 du 26 novembre 2020

IT: TAF A-6162/2017 del 26 novembre 2020

## **Regeste**

Fin des rapports de travail

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La procédure de recours 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) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

### **E. 1.2**

Sous réserve de l'exception prévue à l'art. 32 al. 1 let. c LTAF, qui n'est pas réalisée ici, le Tribunal administratif fédéral est compétent, en vertu des art. 2 al. 1 let. d et 36 al. 1 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1), pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par l'employeur fédéral. En l'espèce, l'acte attaqué du 27 juin 2017, rendu par l'employeur du recourant, satisfait aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, de sorte que le présent Tribunal est compétent pour connaître de la contestation portée devant lui.

### **E. 1.3**

Le recourant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant le destinataire de la décision de résiliation, 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. 1.4**

Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prévus par la loi, le recours est ainsi recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

### **E. 2.1**

Selon 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). Le Tribunal fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son libre pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; arrêt du TAF A-379/2016 du 8

septembre 2016 consid. 2.2). En matière de droit du personnel, le Tribunal examine avec retenue les questions ayant trait à l'appréciation des prestations des employés, à l'organisation administrative ou de problèmes liés à la collaboration au sein du service et des relations de confiance. Il ne substitue pas son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative. Cette réserve n'empêche pas le Tribunal d'intervenir lorsque la décision attaquée semble objectivement inopportune (ATAF 2007/34 consid. 5 ; arrêt du TAF A-3750/2016 du 7 février 2017 consid. 1.4.1 ; Moser et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungs-gericht, 2ème éd., Bâle 2013, n° 2.160).

## **E. 2.2**

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). Le Tribunal 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 et al., 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. 2.3**

L'objet du présent litige porte sur la question de savoir si l'autorité inférieure avait un juste motif pour résilier les rapports de travail du recourant avec effet immédiat.

### **E. 2.3.1**

Les faits postérieurs à la résiliation des rapports de travail ne sont en principe pas pertinents. En particulier, les actes pénaux envers le chef de zone de production ne sauraient être pris en considération (sauf à procéder à un éventuel examen d'une réintégration). De même, les agissements des polices fédérale et cantonale envers le recourant n'ont pas à être pris en considération dans le cadre de la résiliation des rapports de travail, ceci même si ces faits ont - selon ses déclarations - profondément affecté le recourant et sa famille.

### **E. 2.3.2**

S'agissant de la demande visant à être remboursé pour des frais de formation, force est de constater que d'éventuels frais de formation n'ont pas fait l'objet de la décision du 28 septembre 2017 et sortent de l'objet de la contestation. Dès lors, dite demande ne saurait entrer dans l'objet du litige et est irrecevable.

### **E. 2.3.3**

Enfin, les événements relatifs au "Mouvement populaire du Rif" - soit un mouvement de contestation populaire au nord du Maroc débuté en automne 2016 - sont également extrinsèques à la présente procédure. Toutefois, ceux-ci apparaîtront en arrière-plan du présent arrêt puisque certains des agissements du recourant ayant entraîné la résiliation de ses rapports de travail s'y réfèrent.

## **E. 3.1**

S'agissant du droit applicable, en sus des normes procédurales de la PA, les dispositions légales relatives aux rapports de service du personnel fédéral s'appliquent également au personnel des CFF (art. 15 al. 1 de la loi du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux [LCFF, RS 742.31] et art. 2 al. 1 let. d LPers). A teneur de l'art. 15 al. 2 LCFF, le Conseil fédéral peut autoriser les CFF à modifier ou compléter les rapports de service dans des

conventions collectives de travail. Selon l'art. 38 al. 1 LPers, les CFF ont la compétence de conclure une convention collective de travail avec les associations du personnel pour leur domaine d'activité. Une nouvelle convention collective de travail (CCT CFF 2019) est entrée en vigueur le 1er mai 2019. Tous les faits pertinents se sont déroulés et la décision de résiliation a été prononcée alors que la CCT CFF 2015 était en vigueur et, selon les principes généraux du droit applicable (arrêts du TAF A-1532/2019 du 20 novembre 2019 consid. 4), il y a lieu d'appliquer cette dernière. La CCT CFF est une convention de droit public (art. 1 al. 1 CCT CFF) et son art. 1 al. 3, à l'instar de l'art. 6 al. 2 LPers, prévoit que le Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) est applicable à titre subsidiaire. Les rapports de travail du recourant sont donc soumis à la LPers, à la CCT CFF 2015 et subsidiairement au CO à titre de droit public supplétif.

### **E. 3.2**

En vertu de l'art. 6 al. 3 LPers, la CCT CFF et le contrat individuel de travail réglementent en détail les rapports de travail dans les limites de l'art. 6 al. 2 LPers. En revanche, l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3) ne régit pas les rapports de travail des employés des CFF (arrêt du TAF A-2667/2016 du 21 mars 2017 consid. 2.2).

### **E. 4**

Les positions des parties peuvent ainsi être résumées.

#### **E. 4.1**

Dans ses écritures l'autorité inférieure a considéré, en substance, que l'employé avait publié une vidéo relative aux attentats de Barcelone du 17 août 2017 (let. G supra) dans le groupe le 17 août 2017 et dont il aurait eu connaissance le 6 septembre 2017. Malgré l'entretien du 6 septembre 2017 (let. I supra) portant sur la publication précitée et le courriel de l'employé du 4 septembre 2017 (let. H supra), l'employé avait publié, dans le groupe, 99 liens renvoyant sur une plate-forme de partage de vidéos sur internet et 28 articles de presse en lien avec le "Mouvement populaire du Rif" le 9 septembre 2017 (let. K supra). Les publications de l'employé auraient choqué ses collègues de travail et constituaient des violations du devoir de diligence, du code de conduite et des directives internes de l'entreprise et ainsi des violations des obligations contractuelles du recourant. De la sorte, il existait un juste motif de résiliation immédiate des rapports de travail.

#### **E. 4.2**

Le recourant fait valoir, en substance également, que le groupe n'avait pas de caractère professionnel mais un caractère privé. La vidéo de l'attentat du 17 août 2017 avait été publiée dans le groupe par erreur avec son téléphone portable et sa carte SIM (Subscriber Identity Module) privés et les publications du 9 septembre 2017 avaient été faites pour répondre à un collègue qui lui demandait pourquoi il était absent. Lors de ces dernières publications, le recourant était nouvellement (depuis le 7 septembre 2017) sous anxiolytiques et antidépresseurs et il avait utilisé son téléphone portable professionnel mais une carte SIM personnelle pour ce faire. Ses agissements ne constituaient pas des agissements graves ou répétés et il n'existait donc pas de juste motif de licenciement. En outre, l'employeur n'avait pas prononcé d'avertissement préalable et avait tardé à prononcer une résiliation immédiate des rapports de travail. L'employeur aurait dû prendre d'autres mesures, dans la mesure où le recourant était alors en proie à des difficultés psychiques et sous médication, et avait ainsi violé le principe de la proportionnalité. La résiliation étant

intervenue alors que le recourant était en incapacité de travail, il devrait être réintégré.

## **E. 5**

Aux termes de l'art. 177 al. 1 CCT CFF 2015, similaire à l'art. 10 al. 4 LPers, les parties peuvent, pour de justes motifs, résilier avec effet immédiat les contrats de durée déterminée et les contrats de durée indéterminée.

### **E. 5.1**

La résiliation immédiate doit permettre de mettre fin sans délai à une situation qui n'est objectivement plus supportable. Sont considérées 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 (art. 177 al. 2 CCT CFF 2015 et 337 al. 2 CO). Mesure exceptionnelle, la résiliation avec effet immédiat pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Ainsi 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 jusqu'au prochain terme de résiliation ou à l'expiration de celui-ci ne peut plus être exigée. En effet, le rapport de confiance qui lie les parties constitue le fondement des rapports de travail inaltérés entre l'employé et l'employeur (arrêt du TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006 consid. 2.1). Un tel lien de confiance est nécessaire au bon accomplissement du travail. Il est évident que l'importance de la confiance mutuelle s'accroît à mesure que les responsabilités augmentent, respectivement que la position de l'employé dans l'entreprise évolue, ou encore lorsque la nature des tâches confiées ou le degré d'indépendance prend de l'ampleur (ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; arrêt du TAF A-2689/2015 précité consid. 3.2.2). Un manquement particulièrement grave doit pouvoir être reproché à l'une des parties et doit en outre avoir conduit objectivement à la destruction du lien de confiance mutuel. Il ne suffit donc pas que la continuation du contrat soit simplement insupportable pour la partie qui le résilie. Bien plutôt, ce ressenti doit aussi apparaître soutenable d'un point de vue objectif, c'est-à-dire de nature à avoir rompu le contrat de confiance que constitue le contrat de travail (ATF 129 III 380 consid. 2.1 ; Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, *Der Arbeitsvertrag*, in : Honsell/Vogt/Wiegand [éd.], *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6ème éd., 2015, n° 1 ss ad art. 337 CO).

### **E. 5.2**

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. 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 (ATF 142 III 579 consid. 4.2 ; arrêt du TF 4A\_153/2016 du 27 septembre 2016 consid. 2.1). L'avertissement ne constitue jamais le motif du licenciement, mais bien la gravité de l'acte reproché qui ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé. 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 (Rémy Wyler/Boris Heinzer, *Droit du travail*, 3ème éd., 2014, p. 572). La preuve doit être apportée que, subjectivement, l'incident en question a gravement perturbé ou détruit le rapport de confiance et qu'il est si lourd que la continuation des rapports de travail n'est objectivement plus tolérable. Cette gravité peut être absolue ou relative. Elle est absolue lorsqu'elle résulte d'un acte isolé. A l'inverse, elle est relative lorsqu'elle résulte du fait que le travailleur persiste à violer ses obligations contractuelles ; la gravité requise ne résulte ainsi pas de l'acte lui-même, mais de la réitération des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; 130 II 213 consid. 3.2 ; arrêt du TF 4A\_397/2014 du 17 décembre 2014 consid. 3.1 ; arrêt du TAF A-2689/2015 précité consid. 3.2.1 ; 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 (ATF 130 III 28 consid. 4.1 et 129 III 380 consid. 3.1 ; arrêt du TAF A-2689/2015 précité consid. 3.2.3 ; Portmann/Rudolph, *op. cit.*, n° 4 ad art. 337 CO).

### **E. 5.3**

Parmi ses obligations professionnelles les plus importantes, l'employé doit exécuter le travail qui lui est confié avec soin, fidèlement et dans l'intérêt de l'employeur. Elle se traduit par le devoir général de diligence et de fidélité, à la base du contrat de confiance liant les parties (Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3ème éd., 2015, n° 348 ss p. 136 ss).

#### **E. 5.3.1**

Ce devoir général de diligence et de fidélité des employés des CFF est réglé à l'art. 35 CCT CFF 2015, lequel prescrit que les collaborateurs doivent sauvegarder les intérêts et la réputation des CFF, exécuter les travaux qui leur sont confiés selon les exigences spécifiques et la qualité requise, et traiter avec soin les instruments de travail mis à leur disposition (al. 1). Les collaborateurs accordent l'attention requise à la sécurité au travail et à celle de l'exploitation (al. 2).

#### **E. 5.3.2**

Cette disposition correspond, sans être identique, à l'art. 20 al. 1 LPers. En vertu de cette disposition, l'employé est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur. Le devoir de fidélité et de sauvegarde des intérêts se rapporte en première ligne à l'obligation principale de l'employé, à savoir aux prestations de travail qu'il doit fournir. Ainsi, l'employé a l'obligation d'accomplir son travail fidèlement et consciencieusement, mais également d'éviter et d'annoncer les risques ou de veiller sur les affaires confiées. En particulier, il viole son devoir de fidélité et de sauvegarde des intérêts lorsqu'il n'observe pas les règles de droit, les accords contractuels, les directives ou les instructions données (Peter Helbling, in : *Bundespersonalgesetz [BPG]*, Portmann/Uhlmann [éd.], 2013, n° 41 ad art. 20 LPers). A la différence de l'art. 321a al. 1 CO, le devoir de fidélité issu de la LPers contient une "double obligation de loyauté" (*doppelte Loyalitätsverpflichtung*), dans la mesure où l'employé soumis à la LPers ne se doit pas uniquement de sauvegarder les intérêts publics et d'être loyal envers son employeur (devoir de confiance particulier), mais également - en tant que citoyen - envers l'Etat (devoir de confiance général ; Helbling, *op. cit.*, n° 50 ad art. 20 LPers).

#### **E. 5.3.3**

Ce double devoir de fidélité doit être appliqué mutatis mutandis aux employés des CFF (arrêt du TAF A-615/2018 du 22 janvier 2019 consid. 5.3).

#### **E. 5.4**

Tant l'employeur privé que l'employeur public bénéficient 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 en droit public, de sorte que l'employeur optera pour la mesure la plus adaptée, respectivement celle qui est suffisante. La résiliation immédiate constitue la mesure la plus sévère que l'employeur peut prononcer, si bien qu'elle doit être l'exception (*ultima ratio*) et, ainsi, faire l'objet d'une utilisation restrictive (notamment ATF 140 I 257 consid. 6.3 ; 130 III 28 consid. 4.1 ; arrêt du TAF A-4586/2014 précité consid. 3.2). La charge de la preuve de l'existence d'un juste motif incombe à la personne qui s'en prévaut soit, au cas d'espèce, à l'autorité inférieure (art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC RS 210] ; ATF 130 III 213 consid. 3.2 ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 571).

#### **E. 5.5.1**

S'agissant d'une décision de résiliation immédiate des rapports de travail, l'employeur est contraint d'agir avec célérité dans la mesure où, s'il tarde à agir, il laisse penser qu'une continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance du délai de congé est possible (ATF 130 III 28 consid. 4.4 ; arrêts du TF 4A\_559/2016 du 18 janvier 2017 consid. 4.1 ; 4A\_251/2015 du 6 janvier 2016 consid. 3.2.2). Si le délai jurisprudentiel de quelques jours du droit privé n'est certes pas applicable aux relations de droit public, notamment afin de respecter le droit d'être entendu de l'employé et pour prendre en considération les contraintes du processus décisionnel de l'administration, force est de constater que l'employeur de droit public n'est pas libéré de l'obligation de diligence (ATF 138 I 113 consid. 6.5 ; arrêts du TF 8C\_422/2013 du 9 avril 2014 consid. 9.2 et 8C\_141/2011 du 9 mars 2012 consid. 5.5 ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 593).

#### **E. 5.5.2**

Les circonstances du cas concret déterminent le laps de temps dans lequel on peut raisonnablement attendre de l'employeur privé 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. 5.5.3**

Les développements jurisprudentiels précités 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 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 (ATF 138 I 113 consid. 6.4 ; arrêt du TAF A-3148/2017 du 3 août 2018 consid. 6.2 ; Rémy Wyler/Matthieu Briguet, La fin des rapports de travail dans la fonction publique, Lausanne 2017, p. 92s.). Si les spécificités de la procédure administrative justifient ce délai plus long, l'employeur ne doit cependant pas perdre de temps face à des circonstances qui appelleraient le prononcé d'une décision de résiliation avec effet immédiat (arrêts du TF 8C\_281/2017 du 26 janvier 2018 consid. 5.4.2 et 8C\_141/2011 du 9 mars 2012 consid. 5.5).

## **E. 6**

Dans un premier temps, il sied de préciser quelques faits.

### **E. 6.1**

Le fait que le recourant soit l'auteur et l'expéditeur des messages n'est pas contesté. Par contre, les versions divergent quant à savoir si ces envois ont été fait avec la carte SIM et/ou l'appareil professionnel du recourant. Quoiqu'en pense l'autorité inférieure dans ses déterminations du 15 avril 2020, les déclarations du recourant sur ce point ne sont pas constantes (voir not. les procès-verbaux des 6 septembre 2017 ch. 13 [où il conteste] et 20 septembre 2017 ch. 14 [où il reconnaît] ; recours ch. 17 et 21 et toutes les autres écritures procédurales dans lesquelles il conteste).

#### **E. 6.2.1**

La création d'un compte sur l'application WhatsApp requiert la saisie d'un numéro d'appel et l'inscription n'est validée qu'après vérification dudit numéro d'appel. Ce numéro constituera ensuite l'identifiant du compte utilisateur. Le compte ne peut être vérifié qu'avec un numéro sur un seul appareil et il n'y a pas d'options permettant d'avoir un compte sur deux numéros de téléphone (faq.whatsapp.com > Q&R > Général > Vérification > Utiliser un compte WhatsApp sur plusieurs téléphones ou avec plusieurs numéros ; site consulté le 9 novembre 2020). De même, le transfert d'un compte sur un autre appareil est possible, mais le compte reste lié au même numéro d'appel car il sera à nouveau vérifié sur le nouvel appareil. Si le compte est lié à un nouveau numéro d'appel, l'ancien compte est automatiquement supprimé (faq.whatsapp.com > Q&R > Général > Compte et Profil > Changer de numéro de téléphone et/ou de téléphone ; site consulté le 9 novembre 2020). La carte SIM (à laquelle le numéro d'appel est lié) est nécessaire lors du processus de création du compte, afin de vérifier le numéro d'appel. Toutefois, une fois le compte vérifié et lié à un appareil, l'application peut être utilisée sans connexion à un réseau de téléphone mobile (du GSM à la 5G), soit sans que la carte SIM soit nécessaire, en passant par exemple par un réseau local sans fil (Wireless Local Area Network [WLAN]) donnant un accès à internet (faq.whatsapp.com > Général > Compte et Profil > A propos de l'envoi de messages sur whatsapp ; site consulté le 9 novembre 2020).

#### **E. 6.2.2**

L'argumentation de l'employeur selon laquelle la mention "prof" ou "CFF" dans l'appellation du recourant dans le groupe prouve l'utilisation d'un appareil et d'une carte SIM professionnels (déterminations du 18 octobre 2019 ch. 1.3) ne saurait être suivie. En effet, dans le relevé des échanges du groupe (soit une exportation des données sur un fichier texte ; pièces 8.8.2 du dossier de l'autorité inférieure), le recourant est certes désigné par "prénom nom prof". Cela étant, dans les captures d'écran de ces mêmes échanges, ce dernier

est désigné sous "diminutif du prénom Cff" (pièce 19 du recours) ou "CFF diminutif du prénom" (pièce 8.13 du dossier de l'autorité inférieure). Ainsi, la dénomination du recourant figurant tant sur les captures d'écran que dans le fichier texte sont différentes car provenant de trois sources différentes, bien que l'expéditeur du message soit incontestablement le même. Ceci s'explique par le fait que l'application - lorsqu'une personne est enregistrée dans la liste de contacts du téléphone (indépendante de l'application) - affiche le nom du contact tel qu'inscrit dans la liste de contact ; ce que confirme la société gérant cette application qui "utilise uniquement les numéros de téléphone pour identifier les comptes et [affiche] les noms [que] vous avez enregistré[s] dans votre carnet d'adresse pour ces contacts" (faq.whatsapp.com > Général > Compte et profil > Vous ne reconnaissez pas le compte d'un contact ; site consulté le 9 novembre 2020). Ainsi, lorsqu'une fiche de contact dans le téléphone du récipiendaire contient tant le numéro de téléphone privé que le numéro professionnel de l'expéditeur, lors de la réception d'un message émanant de l'expéditeur, le nom de sa fiche s'affiche sans qu'il soit possible de déterminer visuellement quel numéro a été utilisé. En résumé, la dénomination de l'expéditeur d'un message dans l'application WhatsApp ne permet pas d'établir formellement depuis quel compte utilisateur dit message a été envoyé, puisqu'elle est déterminée par le récipiendaire du message et non pas par l'expéditeur. Il en résulte donc uniquement une apparence de qui est l'expéditeur du message.

### **E. 6.2.3**

Dans ses observations du 15 avril 2020, l'employeur a reconnu n'avoir jamais procédé à une expertise du téléphone professionnel du recourant et ne plus être en mesure de le faire pour des raisons de logiciels (le téléphone étant toutefois toujours en mains de l'employeur). Ainsi les extraits de discussion proviennent du téléphone d'un collègue du recourant et pas du téléphone professionnel du recourant lui-même. Une telle mesure d'instruction aurait dû être faite avant le prononcé de la décision querellée (maxime d'office) ce d'autant plus que le recourant avait déclaré ne pas avoir utilisé l'appareil mis à disposition par l'employeur (procès-verbal du 6 septembre 2017 ch. 13). Il appartenait en effet à l'employeur de ne pas se fonder sur des apparences s'il entendait plaider des violations de ses directives relatives à l'utilisation de son infrastructure IT. Il lui appartenait bien plutôt d'établir avec certitude, d'une part que le compte utilisé par le recourant était relié au numéro de téléphone professionnel et d'autre part, que l'appareil utilisé était celui mis à disposition par l'employeur. Cela étant, comme il le sera par la suite relevé, le motif de résiliation des rapports de travail fondé sur la violation de directives internes n'est pas convainquant (consid. 8.4 infra), de sorte que le fait que le recourant soit l'expéditeur des messages, ce qui n'est pas contesté, se suffit à lui-même.

### **E. 6.3**

Les CFF considèrent que le groupe était un groupe professionnel alors que le recourant conteste cette qualification.

#### **E. 6.3.1**

L'application utilisée a été développée pour le grand public, est libre au téléchargement (pas de licence nécessaire) dans les magasins d'application en ligne (app store), gratuite et est propriété d'un réseau social, lequel en régit l'utilisation par l'entremise de ses conditions générales. L'employeur ne mettait donc pas cette application à disposition de ses employés. Cette application permet la création de comptes professionnels et d'entreprises, ce qui n'a

pas été fait en l'espèce. Enfin, l'employeur n'allègue pas utiliser l'application comme vecteur de communication avec ses employés. Il n'appert aucune obligation pour les employés d'adhérer au groupe ou d'y rester. Les admissions et sorties du groupe n'étaient soumises à aucun contrôle de l'employeur, n'importe qui - même externe à l'entreprise - ayant installé cette application pouvant être accepté par l'administrateur du groupe. L'employeur ne nommait pas l'administrateur, ce qui est par ailleurs confirmé lorsque celui-ci a délégué les droits d'administration du groupe à tous les membres dudit groupe le 9 septembre 2017. Le groupe contenait tant des numéros de téléphone privés (l'autorité inférieure n'ayant à tout le moins pas démontré avoir remis des numéros français à ses employés) que professionnels.

### **E. 6.3.2**

S'agissant du contenu des échanges dans le groupe, certains messages étaient incontestablement de nature professionnelle (p. ex. annonce de retards ; écriture d'un courrier commun à la direction). D'autres messages relevaient de nature privée (photos de vacances, du réveillon, etc.) sans qu'ils ne soient incongrus dans un environnement professionnel. Cependant, cette mixité entre monde professionnelle et sphère privée, au surplus dans une application grand public, constituait une source de confusion pour les employés. Ainsi, les membres du groupe échangeaient régulièrement certaines images (p. ex. un homme accroupi dont le scrotum pend par un trou à l'entre-jambes de son pantalon) ou textes illustrés (p. ex. "Non monsieur, participer à des partouzes ne veut pas dire que vous savez travailler en équipe") à dessein humoristique, bien que leur conformité aux directives de l'employeur soit très douteuse. De même, des données sensibles ont été échangées, à l'instar de photos de l'intérieur de la salle de commande et de ses consoles ou des photos de comportements contraire à des règles élémentaires de sécurité (p. ex. un employé debout et attaché à sa chaise de bureau par du ruban adhésif devant une console allumée en salle de commandes le 3 février 2017) ont été publiées dans le groupe. Ainsi, eu égard aux nombreuses publications susceptibles d'entraîner l'ouverture de procédures administratives et le prononcé de mesures de droit du personnel, force est de constater que, si un aspect professionnel devait être reconnu au groupe, il devrait également être reconnu que les employés n'en avaient clairement pas conscience. Au surplus, l'employeur était dans l'incapacité de surveiller le respect de ses propres directives ; sauf à promouvoir la délation entre collègues de travail. De même, si l'employeur a toléré l'utilisation de cette application, il n'a nullement allégué ni démontré avoir encadré et réglementé cette utilisation.

### **E. 6.3.3**

Il ressort de ce qui précède qu'il paraît difficile de qualifier le groupe de discussion sur cette application de professionnel, notamment car le groupe échappait à tout contrôle de l'employeur et n'était pas exclusivement ouvert aux numéros de téléphone mis à disposition des employés par l'employeur. De même, les échanges dans le groupe soulignent que les employés n'avaient pas l'impression d'utiliser un outil professionnel. Toutefois, la question peut souffrir de rester ouverte dans le présent cas. Dans son arrêt 8C\_336/2019 du 9 juillet 2020, le Tribunal fédéral a examiné des échanges de messages dans un groupe WhatsApp au sein de l'école de formation des agents de police municipale de Genève. Cet arrêt ne traite pas de la qualification de professionnelle ou non du groupe pour examiner les conséquences en matière de droit du personnel du contenu des échanges dans un groupe de messagerie instantanée. Il semble, sans que cela ne soit expressément ni statué ni dit, que le cercle des destinataires, soit des collègues de travail, ait été déterminant pour l'examen précité. Or, dans la présente procédure, il n'est pas contesté que le groupe était

principalement (il n'est nullement démontré qu'il l'était exclusivement notamment par la présence de numéros d'appel français) composé de collègues de travail. De la sorte, il doit être parti du principe que les messages du recourant sont principalement parvenus dans la sphère de réception de collègues de travail. S'agissant d'un organe investi de fortes responsabilités en matière de sécurité ferroviaire, ce qui précède soulève toutefois bien des questions relatives à la sécurité de l'information et par effet réflexe de la sécurité ferroviaire. En effet, d'une part, les données échangées sur l'application transitent par des serveurs à travers le monde et nul ne sait où elles sont réellement stockées et utilisées. De plus, la confidentialité des données, en particulier les listes de contacts, est très sujette à caution, la gratuité ayant toujours un prix. A cet égard, de nombreux organismes privés et publics, dont la Confédération, ont expressément banni ou recommandé de ne pas utiliser cette application pour les échanges professionnels en raison des risques d'atteinte à la sécurité de l'information. D'autre part, les données peuvent être aisément rendues accessibles à des tiers par l'admission d'une personne externe aux CFF dans le groupe. En conséquence, les échanges d'informations sensibles (notamment qui travaille quand dans les salles de commande, photos de l'intérieur de la zone sécurisée, etc.) sur cette application sont de nature à potentiellement engendrer une faille en matière de sécurité ferroviaire.

### **E. 7.1**

Dans sa décision querellée, l'autorité inférieure allègue que son employé, par ses publications dans le groupe, avait violé le code de conduite interne aux CFF et la directive utilisation de la téléphonie mobile (GSM public et GSM-R) du 18 novembre 2005 (directives I-00006). De la sorte, l'employé avait gravement contrevenu à son devoir de fidélité, ce qui constituait un juste motif de résiliation immédiate des rapports de travail. En cours de procédure, l'autorité inférieure a également considéré qu'en publiant des messages dans le groupe, ses employés étaient soumis à d'autres directives, puis est revenu en arrière (notamment s'agissant de la directive BYOD [Bring your own device]), a produit des directives sans lien avec la procédure.

### **E. 7.2**

Il peut ici être constaté que la directive I-00006 Directives d'utilisation de la téléphonie mobile (GSM public et GSM-R), datée du 18 novembre 2005 et entrée en vigueur le 1er avril 2006, est dépassée par l'évolution technologique, en particulier par la démocratisation des téléphones intelligents (smartphone), par le remplacement du GSM (Global System for Mobile Communication ; le GSM-R étant le même système mais dédié au rail) par la 3G/4G - et la 5G - et les nouvelles possibilités de communication qu'ils offrent, par exemple les échanges de données sans utilisation des réseaux cellulaires. De même, des technologies intrusives dans la personnalité des employés - notamment les données biométriques telles que la reconnaissance faciale ou les dermatoglyphes - sont intégrées dans les téléphones intelligents mais les directives produites par les CFF ne règlent pas le traitement de telles données. Or, en confisquant un téléphone professionnel, l'employeur s'approprie ce genre de données hautement personnelles et sensibles. De telles intrusions requièrent une base légale de densité normative suffisante (la question de savoir si l'art. 26 al. 3 CCT CFF 2015 constitue une telle base n'a pas été tranchée ici). Enfin, actuellement, les cartes SIM amovibles sont de plus en plus remplacées par des eSIM (embedded Subscriber Identity Module), soit des cartes SIM intégrées dans l'appareil et programmables à distance.

### **E. 7.3**

Il ressort de ce qui précède que l'employeur a tergiversé sur les directives applicables en cours de procédure et que les directives qui lui semblent applicables sont désuètes et ne répondent ni à l'évolution technologique ni à certains enjeux importants de cette évolution. Dans son arrêt 8C\_33/2019 précité (not. consid. 5.3.5), le Tribunal fédéral, faisant sienne l'appréciation de la justice cantonale, a reproché - dans l'examen de publications de messages dans un groupe whatsapp - des défauts dans le comportement de l'employé et non pas des violations de directives. De la sorte, dans la présente cause, la question de la violation des directives peut souffrir de rester ouverte.

### **E. 8.1**

Au sens des art. 5.1 et 5.2 de la directive I-00006, les téléphones mobiles offerts par l'employeur le sont pour un usage professionnel, l'usage privé devant être réduit à son strict minimum. Plus particulièrement, l'art. 5.1.1 dispose notamment que les comportements importuns de toute sorte via le téléphone mobile et les activités effectuées par téléphone mobile, dont le collaborateur sait ou devrait savoir qu'elles sont de nature illicite (notamment du point de vue pénal) ne sont pas tolérés. Conformément à l'art. 5.1.2, de manière générale, l'envoi de SMS, MMS (Multimedia Messaging Service) et courriels est autorisé dans le cadre professionnel. L'envoi de SMS, MMS et courriels dont le contenu est illégal (notamment de nature sexiste, raciste, extrémiste, contraire à l'éthique ou diffamatoire) est interdit. Les messages publiés dans le groupe ne sont pas des SMS, MMS ou courriels à proprement parler. Toutefois, il ressort de toutes les directives produites par les CFF que ces interdictions existent dans l'utilisation tant d'internet, des ordinateurs (fixes ou portables) que de l'infrastructure IT de l'employeur. Par exemple, l'art. 3.1.2 de la directive instruction du groupe relative à l'utilisation autorisée d'Internet, ainsi que des services et programmes de courrier électronique du 1er janvier 2013 (K 400.8) dispose qu'"il est interdit aux utilisateurs d'ouvrir les sites Internet dont ils savent ou devraient savoir qu'ils présentent des contenus illicites ou choquants (sites aux contenus notamment sexistes, racistes, extrémistes, pornographique, contraires à l'éthique ou diffamatoires). Ces contenus ne doivent être ni sauvegardés (de quelque façon que ce soit) ni être communiqué à des tiers. [...]". En conséquence, il y a lieu de retenir que de manière générale les employés des CFF savent que certains comportements ne sont pas admissibles. Comme déjà mentionné, il n'est pas certain que le téléphone intelligent et la carte SIM utilisés soient ceux qui ont été mis à disposition par l'employeur (consid. 6.1 supra). Toutefois, même dans l'hypothèse où le recourant n'aurait pas utilisé ses outils professionnels pour ses envois, il ne pouvait que savoir que certains comportements étaient répréhensibles par l'employeur. Il s'agit en effet d'éviter qu'un employé n'envoie des messages avec son téléphone privé, qui seraient prohibés avec le téléphone professionnel, afin de contourner les directives d'un employeur relatives à l'emploi des outils professionnels et ce afin d'atteindre le même cercle de récipiendaires, à savoir un groupe de discussion composé de collègues de travail.

### **E. 8.2.1**

La publication du 17 août 2017 contient une vidéo, tournée juste après le passage d'une camionnette à travers la foule sur La Rambla à Barcelone et avant l'arrivée des secours. Les images montrent le résultat de cet attentat, soit de nombreuses personnes étendues au sol (dont on ne sait pas si elles vivent toutes encore ou pas), des blessés, des personnes en état de choc, des flaquas de sangs, etc. Cependant, cette vidéo ne contient aucun message glorifiant ou approuvant une telle attaque contre des civils. Son auteur exprime au contraire sa consternation par un vocabulaire fleuri. La vidéo relève d'un voyeurisme macabre

déplorable mais ne présente aucun contenu pénalement répréhensible.

### **E. 8.2.2**

Lorsqu'un collègue lui a répondu que cette vidéo était "de la merde" et qu'il était sur place à Catalunya quand l'attentat avait été perpétré, le recourant lui a répondu "tu veux savoir qui t'a fait courir ?". L'employeur considère cela comme une provocation. Toutefois, la suite de la conversation, non plus dans le groupe mais de manière bilatérale (pièce 13 du recours), démontre que c'est le collègue en question qui répond à la question et que lui aussi réproouve ce qui s'est passé. Il n'y a nullement lieu d'y voir une approbation de cet acte terroriste et encore moins des incitations ou provocations de la part du recourant. Enfin, nonobstant l'échange qui précède, personne d'autre dans le groupe n'a réagi à cette vidéo qui n'a au surplus été portée à la connaissance de l'employeur que le 6 septembre 2017, soit plus de trois semaines après sa publication. Cela tend à démontrer que la perception des récipiendaires quant à un éventuel caractère choquant n'a pas été la même que celle de la hiérarchie. A tout le moins, force est de constater qu'aucun élément au dossier ne permet de retenir que le contenu de cette vidéo aurait choqué ou effrayé les collègues de travail du recourant. Cela étant, partager une telle vidéo avec des collègues de travail n'était pas adéquat.

### **E. 8.2.3**

Il ressort des extraits du groupe que le recourant venait d'y publier deux photos de vacances, une de lui sur une plage avec un canot pneumatique et une (vraisemblablement) de ses enfants à 21h44 et 21h45. La publication de la vidéo est intervenue à 21h46. La version du recourant, plaidant l'erreur de destinataire, est dès lors plausible. La négligence probable du recourant ne rend pas le contenu de la vidéo plus adéquat.

### **E. 8.3**

S'agissant des faits du 9 septembre 2017, ce sont 104 liens vidéos et 41 articles/photos qui ont été publiés par le recourant dans le groupe, et ce entre 8h11 et 8h25.

#### **E. 8.3.1**

Le 7 août 2019, seuls 57 des 104 liens étaient encore actifs. Les causes (violation des conditions générales de la plate-forme, répression de l'opposition politique, etc.) de la désactivation des 47 autres liens ne sont pas connues. De même l'autorité inférieure n'a pas sauvegardé les moyens de preuve et n'a jamais expliqué en quoi le contenu de ces vidéos était à son sens choquant. Invitée expressément à expliquer en quoi le contenu des vidéos était choquant, l'autorité inférieure a fait des allusions au contexte du terrorisme et au comportement du recourant (observations du 18 octobre 2019 ch. 3). Ainsi, aucun élément ne démontre l'existence de contenus choquants et l'autorité inférieure n'explique pas ce qu'elle considère comme un contenu vidéo choquant autrement que par des éléments extrinsèques aux vidéos. Le Tribunal a examiné les 57 liens actifs et n'a constaté aucun élément objectivement choquant. En particulier, les vidéos - souvent de piètre qualité - montrent certes un mouvement populaire réprimé par les forces de l'ordre. Toutefois, nos propres médias nationaux ont diffusé à des heures de grandes écoutes des images bien plus dures s'agissant de la répression policière de mouvements populaires (p. ex. gilets jaunes en France). Il n'en est au surplus apparu aucune référence ou apologie à une idéologie extrémiste dans les liens consultés. Les 41 liens renvoyant sur des articles/photos de presse (dont certains médias suisses ou internationaux) étaient encore tous actifs au 7 août 2019. Aucun contenu choquant et aucune référence ou apologie d'un mouvement extrémiste n'a

été constaté, les articles et photos relatent ou illustrent tous les événements du mouvement populaire du Rif. Aucune preuve versée au dossier n'atteste du caractère choquant de ces liens et l'employeur n'a pas été en mesure d'expliquer le caractère choquant des vidéos. Même le supérieur du recourant n'a pas été capable de l'expliquer devant le Tribunal de police de Lausanne le 1er novembre 2018. Or, il est très paradoxal que des vidéos qualifiées de choquantes ne laissent aucun souvenir chez ceux qui les ont regardées, ou qui prétendent les avoir visionnées.

### **E. 8.3.2**

Les publications du 9 septembre 2017 ont été précédées du message suivant du recourant : "Mes chers collègues, vous êtes nombreux à me demander ce qui se passe et à me reprocher un manque de communication et de transparence. C'est pourquoi je vais vous montrer où j'ai passé une grande partie de mes 6 semaines de "pseudo-vacances" cet été.

Emotionnellement, c'est très dur ; mes enfants entendent encore des sirènes la nuit. Vous comprendrez j'espère que j'ai besoin de calme pour faire le point et surmonter les traumatismes de cette violence devenue banale. Cordialement [...]. PS : [nom de la ville] n'est qu'une ville de la taille de Bienne. ----- ÂMES SENSIBLES ----- S'ABSTENIR -----" Le recourant entretient des liens très étroits avec sa région d'origine et les événements liés au "Mouvement populaire du Rif", débutés à l'automne 2016, l'ont profondément marqué. Il ne peut pas être entièrement exclu que du contenu potentiellement choquant ait été publié eu égard à l'avertissement "----- ÂMES SENSIBLES ----- S'ABSTENIR -----". Il ressort de ce message que l'intention du recourant n'était pas de choquer ses collègues, mais bien plutôt d'exprimer un mal-être profond en lien avec les événements se déroulant dans sa ville natale ; événement dont il avait vécu une partie de l'intérieur.

### **E. 8.3.3**

Les jours suivants ces publications du 9 septembre 2017, de nombreuses personnes ont quitté le groupe. Les seules réactions portent sur le nombre de message ; aucune ne traite du contenu. De même, aucun élément au dossier ne démontrerait que des employés auraient été choqués par les messages. Toutefois, et même face à l'insistance de certains de ses collègues, rien ne justifiait que le recourant publie autant de messages dans le groupe. Le fait de publier 104 vidéos et 41 liens renvoyant sur des articles de presse en 14 minutes constitue indéniablement un comportement importun.

### **E. 8.4.1**

Les infrastructures de transports en communs sont des cibles du terrorisme, notamment les mouvances djihadistes, et le risque d'attentats est élevé en Europe (Rapports de situation du service de renseignements de la Confédération [SRC] de 2014 à 2019 ; consultables sous : [www.src.admin.ch](http://www.src.admin.ch) > Documents). Selon l'analyse du SRC, "la menace la plus vraisemblable reste celle d'attentats qui demandent peu d'efforts logistiques, commis par des auteurs isolés ou de petits groupes contre des cibles faciles (« soft target ») telles que des infrastructures de transports ou des rassemblements de personnes" (Rapport de situation du SRC 2019 p. 46 s). Ainsi, les CFF, en tant que propriétaire et gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doivent faire face à une pression constante et importante s'agissant de la sécurité ferroviaire, et ce depuis plusieurs années. A l'été 2017, le niveau d'alerte était très élevé, comme la presse s'en est faite l'écho (let. M supra).

### **E. 8.4.2**

La décision attaquée ne fait aucune allusion de près ou de loin à la menace terroriste djihadiste. En cours de procédure, l'autorité intérieure a argumenté que cette menace existait et produit des articles de journaux traitant de ce sujet. Toutefois, à aucun moment, les CFF n'ont formellement établi un lien avec le recourant, ne lui ont reproché d'appartenir ou même de s'identifier à cette mouvance. Le dossier produit par les CFF ne contient à cet égard aucun élément, hormis les nombreux sous-entendus dans les écritures de l'employeur en cours de procédure. Il n'existe également aucun élément versé à la présente procédure laissant penser que le recourant aurait une acointance quelconque avec cette mouvance. Selon les déclarations constantes du recourant, le discours oral de sa hiérarchie les 6 septembre 2017 et 20 septembre 2017 aurait été tout autre, les accusations d'appartenance à une mouvance djihadiste auraient été frontales et l'entretien du 20 septembre 2017 a même eu lieu sous surveillance policière. Le supérieur du recourant l'a également affirmé au cours de son audition par devant le Tribunal de police de Lausanne - suite à des menaces que l'employé a proférées à l'égard de son ancien supérieur postérieurement à son licenciement - le 1er novembre 2018 (let. T supra). De manière quelque peu incompréhensible, ceci ne ressort pas du dossier transmis au Tribunal par l'autorité de première instance. Les dires du recourant, qui reproche à son employeur de l'avoir licencié en raison de soupçon d'appartenance à une mouvance terroriste, sont également corroborés par l'ordonnance pénale du 27 août 2018 (concernant le classement d'une procédure introduite par un tiers non partie à la présente procédure), au sens de laquelle "au 20 septembre 2017, date à laquelle la Division des renseignements de la police cantonale a été informée du fait que [le recourant], alors employé des chemins de fer fédéraux, était en passe de se faire licencier en raison de la consultation de sites à caractère "djihadiste" depuis son poste de travail". Or, ce fait n'appert pas non plus du dossier de l'autorité inférieure. Cela laisse bien plutôt à penser que ce que l'autorité de première instance qualifie de choquant devant le Tribunal de céans, elle le qualifie de contenu "djihadiste" devant les autorités de police et de poursuite pénale. Enfin, la dénonciation faite par les CFF auprès de la police a entraîné l'arrestation du recourant sur une autoroute par les forces d'intervention de la police cantonale vaudoise équipées d'armes de guerre. Il n'est guère contestable que l'unité engagée et les moyens utilisés ne l'auraient pas été pour de la diffusion de contenu "choquant".

#### **E. 8.4.3**

Les publications des 17 août 2017 et 9 septembre 2017 constituent certes des comportements inadéquats de l'employé. De même, par son comportement et dans le contexte de l'été 2017, le recourant a effrayé sa hiérarchie, sans qu'il n'apparaisse que ceux qui ont effectivement reçu la vidéo ne l'aient été. Il ressort du dossier que des amalgames (vidéo du résultat d'un acte terroriste = apologie du terrorisme ; mouvement populaire au nord du Maroc = djihadisme) ont été faits par certains supérieurs de l'employé. S'agissant d'un organe sensible pour la sécurité ferroviaire, la décision d'éloigner le recourant de la zone sécurisée avec effet immédiat (mesures superprovisionnelles et/ou provisionnelles) ne prête aucunement flanc à la critique et doit même être saluée. En cas de doute, la sécurité ferroviaire doit primer. Cela étant, l'employeur, une fois l'employé privé de son habilitation de sécurité, se devait de prendre du recul et d'examiner objectivement les faits, en particulier regarder les vidéos litigieuses ou faire regarder les vidéos litigieuses par des personnes neutres et qualifiées pour faire la distinction entre un mouvement populaire et de la propagande terroriste. Or, il semble apparaître des écritures de l'employeur que personne n'a regardé ces vidéos ; à tout le moins l'amnésie collective sur le caractère choquant des vidéos ne plaide pas en faveur d'un visionnage des vidéos par l'employeur.

### **E. 8.5**

L'état de santé du recourant, matérialisé par ses déclarations suicidaires et son comportement incohérent, n'ont pas été pris en compte. Le recourant exerçait la fonction de (...), laquelle consiste principalement à sécuriser et réguler les opérations de la circulation des trains et des mouvements de manoeuvre. Il s'agit d'une fonction déterminante pour la sécurité ferroviaire au sens des art. 2 et 3 de l'ordonnance du 4 novembre 2009 sur les activités déterminantes pour la sécurité dans le domaine ferroviaire (OASF, RS 742.141.2). Dans son courriel du 1er juin 2016 (let. B supra), le recourant avait fait part d'agressions verbales qu'il a qualifié de harcèlement moral et requis ses collègues de ne plus parler de "religion, de race et encore moins de terrorisme en [l]e visant". L'entretien du 3 juin 2016 a permis d'éclaircir les faits. L'employeur, s'inquiétant de l'état physique et psychique de son employé, lui a proposé l'aide de l'organisme interne qui accompagne les employés en cas de harcèlement ; ce que le recourant a refusé. Lors de la séance du 14 octobre 2016, le recourant a déclaré "ne plus du tout [avoir] le sentiment de harcèlement" (procès-verbal du 14 octobre 2016 p. 1). A cette occasion, l'employeur l'a également interrogé sur ses présences hors de ses tours de service au poste directeur. L'employé a déclaré qu'il n'était pas le seul à utiliser son ordinateur en dehors de ses heures de présence et le faire pour consulter ses plans de présence. Il a exclu utiliser l'informatique de l'employeur à des fins privées (procès-verbal du 14 octobre 2016 p. 2). Suite aux événements de mars 2017 (let. F supra), l'employeur a à nouveau émis des doutes sur la santé psychique de l'employé et offert de l'aide de l'entreprise à l'employé, ce que ce dernier a refusé (procès-verbal du 21 mars 2017 p. 3), assurant à deux reprises se sentir apte à exercer ses tâches de sécurité. Ainsi, avant même les publications des 17 août 2017 et 9 septembre 2017, la hiérarchie du recourant avait des doutes quant l'aptitude/capacité psychique de ce dernier à exercer une fonction déterminante pour la sécurité dans le domaine ferroviaire. Certes, il incombait au recourant d'annoncer ses problèmes de santé à son employeur (art. 12 OASF) ; encore fallait-il qu'il en ait conscience, ce que les procès-verbaux précités paraissent infirmer. Cela étant, l'employeur avait le devoir d'agir préventivement eu égard aux doutes qu'il a exprimés à plusieurs reprises (art. 15 OASF), ce qu'il n'a pas fait. A tout le moins, l'état psychique du recourant lors des publications des 17 août 2017 et 9 septembre 2017 doit être pris en considération. En effet, il n'est pas contesté que le recourant présentait un état anxio-dépressif sévère nécessitant la prise, depuis le 7 septembre 2017, d'anxiolytiques et d'antidépresseurs, son médecin traitant affirmant que le recourant n'avait avant cela pas présenté de pathologie dépressive. Il doit toutefois être considéré que le trouble anxio-dépressif sévère précité n'est pas subitement apparu le 7 septembre 2017 et qu'il s'exprimait déjà au cours des semaines qui précédaient la séance du 6 septembre 2017 au cours de laquelle l'employé a exprimé des envies suicidaires. En conséquence, les problèmes psychiques du recourant devaient être pris en considération par l'autorité inférieure dans l'évaluation de son comportement et dans la pesée d'intérêts pour évaluer l'existence d'un juste motif.

### **E. 8.6**

En résumé, l'employeur tergiverse sur les directives que le recourant aurait violées et est dans l'incapacité d'expliquer le caractère prétendument choquant des vidéos. L'employeur parle fréquemment de la menace terroriste dans ses écritures, sans toutefois formellement établir un lien avec le recourant et tient un discours bien plus univoque auprès d'autres autorités. Le Tribunal retient que l'employeur, sous pression vu le contexte sécuritaire, a vu

dans le recourant un djihadiste (loup solitaire) ou un sympathisant d'une mouvance extrémiste et a dès lors cherché un motif de licenciement. Le juste motif allégué par l'employeur (violation de directives) n'est en rien convainquant, est infirmé par des déclarations faites auprès d'autres autorités et par de nombreux sous-entendus dans les écritures. La publication du 17 août 2017 relève certes du voyeurisme macabre et elle n'a pas sa place dans un milieu professionnel. Toutefois, l'appréciation qu'en ont faites les supérieurs du recourant est exagérée. S'agissant des 104 publications du 9 septembre 2017, elles sont certes nombreuses et un contenu inadéquat ne saurait être exclu. Cela étant, il n'appert pas du dossier que l'employeur ne les aurait consultées. En résumé, aucun élément au dossier ne laisse seulement penser que le recourant aurait constitué une quelconque menace terroriste ; ces mêmes éléments tendant tous à indiquer que cette menace constitue au contraire le vrai motif de résiliation des rapports de travail. Enfin, dans l'examen du comportement du recourant, l'employeur ne pouvait pas faire fi de l'état psychique du recourant.

### **E. 8.7**

Il ressort de ce qui précède que le juste motif invoqué par l'autorité inférieure est un prétexte. Le recours est dès lors admis sur ce point.

### **E. 9.1**

Selon l'art. 184 al. 1 de la CCT CFF 2015, si l'autorité de recours accepte le recours contre la décision de résiliation des rapports de travail des CFF, elle attribue une indemnité au recourant, en l'absence de motifs objectifs suffisants pour la résiliation ordinaire ou de justes motifs pour la résiliation immédiate, ou en cas de violation des règles de procédure (let. a) ; elle ordonne le maintien du salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé ordinaire ou du contrat de travail de durée déterminée, en l'absence de justes motifs en cas de résiliation immédiate (let. b) ; les rapports de travail sont maintenus jusqu'à l'échéance du délai de congé ordinaire, en cas de violation des prescriptions relatives aux délais de congé (let. c). Au sens du second alinéa, l'indemnisation selon l'alinéa 1 lettre a est fixée par l'autorité de recours compte tenu de l'ensemble des circonstances. En règle générale, elle s'élève au moins à six salaires mensuels, mais ne dépasse pas un salaire annuel.

### **E. 9.2**

L'art. 184 CCT CFF 2015 règle les suites d'une résiliation immédiate en l'absence de justes motifs de la même manière que l'art. 34b al. 1 et 2 LPers (arrêt du TAF A-1532/2019 du 20 novembre 2019 consid.7.3.1). L'indemnité prévue à l'art. 34b al. 1 let. a LPers, en relation avec l'art. 34b al. 2 LPers, vise à offrir une compensation adéquate à l'employé licencié si le congé qui lui a été notifié est entaché d'un vice.

#### **E. 9.2.1**

D'une part, les conséquences d'un tel licenciement doivent avoir un effet suffisamment dissuasif et, d'autre part, l'employeur ne doit pas « faire une bonne affaire » en licenciant un employé sans motif juridiquement valable ou selon une procédure irrégulière (Message du 31 août 2011 concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération, FF 2011 6171, 6191 [ci-après : Message LPers]). Ainsi, par l'art. 34b LPers, le législateur a souhaité sanctionner l'employeur en cas de vice dans la décision. C'est également pour cette raison que les cotisations sociales ne sont pas déduites du montant de l'indemnité à verser à l'employé licencié, dite indemnité se déterminant dès lors en salaires bruts (arrêt du TAF A-7165/2016 du 5 décembre 2017 consid. 6.5). Bien que la volonté des partenaires sociaux

à la CCT soit impossible à déterminer en l'absence de travaux préparatoires, il y a lieu de reprendre ce raisonnement par analogie.

### **E. 9.2.2**

D'autre part, le juge doit tenir compte de la gravité de l'atteinte à la personnalité de l'employé, de l'intensité et de la durée des rapports de travail, du degré de la faute de l'employeur et de la gravité d'une faute concomitante de l'employé, le degré d'illicéité de la résiliation, du type de licenciement, du comportement de l'employé envers ses devoirs de service, de la situation sociale et financière de la personne concernée ainsi que de son âge (arrêts du TAF A-5703/2018 du 24 mai 2019 consid. 6.2 ; A-615/2018 du 22 janvier 2019 consid. 7.1 ; A-656/2016 du 14 septembre 2016 consid. 7.3.1). Les situations où, par exception, le montant alloué a été inférieur à six mois tiennent, en particulier, au degré de la faute de l'employé (notamment arrêts du TF 8C\_468/2019 du 28 février 2020 consid.5.4 ; du TAF A-5703/2018 précité ibid. ; A-3861/2016 du 27 juillet 2017 consid. 5.2.3 ; A-1055/2017 du 28 juin 2017 consid. 7.3 et A-656/2016 précité consid. 7.3.1).

### **E. 9.3.1**

En premier lieu, il sied d'ordonner le maintien du salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé ordinaire en application de l'art. 184 al. 1 let. b CCT CFF 2015. Selon l'art. 175 al. 2 CCT CFF 2015, après le temps d'essai ou en cas de dérogation à celui-ci, les rapports de travail ne peuvent être résiliés que pour la fin d'un mois. Les délais minimaux suivants sont alors applicables : trois mois durant les cinq premières années d'emploi (let. a) ; quatre mois de la sixième à la dixième année d'emploi y compris (let. b) ; six mois dès la onzième année d'emploi (let. c). Le recourant a commencé son activité au sein des CFF le 1er novembre 2012 (let. A supra), de sorte que le 28 septembre 2017, il se trouvait dans sa cinquième année de service. Le délai de congé ordinaire est donc de trois mois et la décision de résiliation datée du 28 septembre 2017 ne pouvait être prononcée que pour le 28 décembre 2017, prolongeant le droit au salaire du recourant d'autant. De plus, la résiliation ne pouvant intervenir que pour la fin d'un mois (art. 175 al. 2 CCT CFF 2015), le droit au salaire net du recourant doit être arrêté au 31 décembre 2017. Les salaires nets, si non encore payés, porteront intérêt à 5% l'an dès le 1er janvier 2018.

### **E. 9.3.2**

En second lieu, une indemnité doit être octroyée au recourant sur la base de l'art. 184 al. 2 CCT CFF 2015. Eu égard aux circonstances du cas d'espèce, il y a lieu de s'en tenir aux six mois minimum de l'art. 184 al. 2 CCT CFF 2015.

### **E. 10.1**

Le recours est admis.

### **E. 10.2**

Conformément aux art. 34 al. 2 LPers et 186 CCT CFF 2015, la procédure de recours est gratuite, de sorte qu'il n'est pas perçu de frais de procédure.

### **E. 10.3**

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 et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA et 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]). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Dans les conclusions du recours, le mandataire du recourant a requis l'allocation en faveur de ce dernier d'une indemnité de dépens. Dit mandataire a cessé de représenter le recourant (let. W.b supra) et n'a fourni aucun décompte comportant la liste des frais. Conformément à l'art. 14 al. 2 FITAF, le Tribunal, en l'absence de décompte de prestations, fixe l'indemnité sur la base du dossier. Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière, de l'ampleur du travail accompli par le mandataire et de l'issue de la cause, le Tribunal estime, au regard des art. 8 FITAF et ss, que le versement d'un montant global de 1'500 francs à titre de dépens apparaît comme équitable en la présente cause. Etant donné que le recourant semble avoir déjà payé son mandataire, les dépens doivent être versés directement au recourant à titre de remboursement de frais de défense avancé. (dispositif à la page suivante)

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