

# **BVGer BVGE 2014/44 vom 25. August 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-08-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2014\\_44](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2014_44)

FR: TAF BVGE 2014/44 du 25 août 2014

IT: TAF BVGE 2014/44 del 25 agosto 2014

## **Regeste**

Personnel fédéral

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La procédure de recours est régie par la PA, pour autant que la LTAF 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.

### **E. 1.2.1**

En date du 1er juillet 2013, les modifications du 14 décembre 2012 de la LPers (RS 172.220.1) sont entrées en vigueur (RO 2013 1493). L'art. 36 al. 1 LPers, tel qu'il figure aujourd'hui dans ladite loi, prévoit que le recours contre la décision de l'employeur peut désormais directement être formé devant le Tribunal administratif fédéral. En l'espèce, la décision de l'employeur a cependant été prononcée le 8 novembre 2012, de sorte que, conformément à l'art. 35 al. 1 LPers, dans sa version au 24 mars 2000 (RO 2001 894), le recourant a formé recours devant l'organe de recours interne, à savoir le Secrétariat général du DDPS. En vertu de l'art. 36 al. 1 LPers dans sa version au 17 juin 2005 (teneur selon le ch. 12 de l'annexe à la LTAF, RO 2006 2197), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions rendues par l'organe de recours interne en application de l'art. 35 al. 1 LPers (RO 2001 894). Enfin, en admettant du moins en partie le recours interjeté par le recourant, l'autorité inférieure a rendu une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA (cf. art. 31 LTAF).

### **E. 1.2.2**

Pour que le Tribunal administratif fédéral soit compétent, il faut encore que le recours ne tombe pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF. En particulier, l'art. 32 al. 1 let. c LTAF prévoit que le recours devant le Tribunal administratif fédéral est irrecevable contre les décisions relatives à la composante « prestation » du salaire du personnel de la Confédération, dans la mesure où elle ne concerne pas l'égalité des sexes (cf. aussi art. 36a LPers; sur la notion de composante « prestation » du salaire: Martin Scheyli, in: *Praxiskommentar VwVG*, 2009, art. 72 n. 15 ss; Tomas Poledna, *Leistungslohn und Legalitätsprinzip*, in: *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, 1998, p. 276). En l'espèce, la question principale qui doit être tranchée est de savoir si les primes de prestations déjà octroyées au recourant au sens de l'art. 49 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3) peuvent être déduites de la prime de fonction de l'art. 46 OPers qu'il s'est vu allouer par l'autorité inférieure. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral sera amené à interpréter ces dispositions sur cette seule question, et non sur le montant de ces primes, lesquelles dépendent des prestations de

l'employé, à tout le moins en ce qui concerne les primes de prestations (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel [CRP] du 26 mars 2004, publiée dans la Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.91 consid. 2c et d). Le recours ne tombe donc pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 al. 1 let. c LTAF, de sorte que le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent litige.

### **E. 1.3**

Le recourant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant le destinataire de la décision attaquée qui le déboute en partie, 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) prescrits par la loi, le recours est ainsi recevable.

## **E. 2**

2.2 (...)

### **E. 3.1**

L'examen du Tribunal administratif fédéral est limité par l'objet du litige, lequel est défini par le contenu de la décision attaquée dans la mesure où elle est contestée par le recourant. Au titre de l'unité de la procédure, le recourant ne peut, en principe, que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet attaqué, en renonçant à remettre en cause certains points de la décision entreprise, mais non pas l'élargir. Si l'objet du litige ne peut ainsi excéder les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée, il s'étend également à ceux sur lesquels, d'après une interprétation correcte de la loi, elle aurait dû se prononcer (ATF 133 II 35 consid. 2; ATAF 2010/12 consid. 1.2.1; Jérôme Candrian, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n. 182 p. 108 s.; Benoît Bovay, Procédure administrative, 2000, p. 390).

### **E. 3.2**

Le Tribunal administratif fédéral commencera par délimiter l'objet du litige, dans les consid. 4 à 6 qui suivent, au vu des griefs du recourant.

## **E. 4**

4.1 (...)

### **E. 4.2**

L'interdiction du déni de justice formel est matérialisée à l'art. 29 al. 1 Cst. L'autorité qui refuse expressément ou qui omet tacitement de prendre une décision alors qu'elle est tenue de statuer commet un déni de justice formel (cf. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8e éd. 2012, n. 832 s. p. 259 s.). Le déni de justice formel suppose non seulement que l'autorité n'ait pas rendu la décision attendue mais également que l'intéressé ait requis de l'autorité compétente cette décision, et qu'il existe un droit à se voir notifier une telle décision (ATAF 2010/53 consid. 1.2.3; 2010/29 consid. 1.2.2; plus récemment: arrêt du TAF A 692/2014 du 17 juin 2014 consid. 2.2). Dans le cas où le recours pour déni de justice formel est admis, le Tribunal administratif fédéral en fera la constatation et renverra

la cause avec des instructions impératives à l'autorité inférieure (art. 61 al. 1 PA) afin qu'elle statue sans délai. Sauf circonstances exceptionnelles, le Tribunal administratif fédéral ne peut pas statuer en lieu et place de l'autorité précédente, puisque cela aurait pour conséquence que le recourant serait privé d'une instance de recours (Candrian, op. cit., n. 118 p. 75 et réf. cit.).

### **E. 4.3**

Au cas d'espèce, s'agissant tout d'abord de l'indemnité de formation destinée à faciliter le retour à la vie civile, il ressort du dossier qu'il s'agit d'une prétention que le recourant avait déjà fait valoir dans le cadre des pourparlers (...) préalables à une décision de l'employeur visant à trouver un accord, conformément à l'art. 34 al. 1 LPers (cf. Peter Helbling, in: Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, art. 34 n. 11 ss, spéc. n. 15, ci-après: BPG). A défaut d'un accord amiable, cette prétention aurait donc dû être tranchée par l'Armée suisse dans sa décision du 8 novembre 2012, ce qu'elle n'a cependant pas fait. Elle s'est ainsi rendue coupable de déni de justice formel. Pour sa part, l'autorité inférieure n'a pas non plus statué sur cette prétention dans sa décision du 22 août 2013, considérant à tort qu'elle outrepassait le cadre de la décision attaquée devant elle. Bien plutôt, elle aurait dû constater le déni de justice commis par l'autorité précédente en lui renvoyant le dossier pour qu'elle statue sans attendre sur ce point. En ne le faisant pas, un déni de justice formel peut également lui être reproché. Compte tenu de ces considérations et du fait que le recourant ne doit pas être privé d'une instance de recours, la cause est renvoyée directement à l'Armée suisse, afin qu'elle se prononce sans délai sur l'indemnité de formation destinée à faciliter le retour à la vie civile du recourant.

#### **E. 4.4.1**

Il résulte de la décision du 22 août 2013 que l'autorité inférieure n'a pas abordé la question des intérêts moratoires éventuellement dus par l'Armée suisse sur le montant de la prime de fonction allouée au recourant. Or, l'examen de cette prétention que le recourant a dûment formée lui incombait du moment où elle a retenu que ce dernier avait droit au versement d'une prime de fonction. Dès lors, en agissant comme elle l'a fait, l'autorité inférieure s'est rendue coupable d'un déni de justice formel. Toutefois, la question de savoir si la somme allouée à titre de prime de fonction porte intérêt légal à 5 % l'an est étroitement liée à celle du principe même de l'allocation d'une telle prime, ainsi qu'au montant auquel elle s'élève. La première conclusion s'additionne à la seconde. En outre, le recourant conteste partiellement la décision du 22 août 2013 et, plus particulièrement, le montant qui lui a été alloué à titre de prime de fonction, de sorte que le Tribunal administratif fédéral sera appelé à statuer sur ce point dans le présent arrêt. Aussi, compte tenu de cette connexité et pour des motifs d'économie de procédure, il se justifie exceptionnellement que le Tribunal administratif fédéral tranche la question de savoir si le montant alloué à titre de prime de fonction porte intérêt légal à 5 % l'an.

#### **E. 4.4.2**

Tout comme les intérêts moratoires, il y a lieu de considérer que la prétention portant sur les charges sociales est étroitement liée à la prétention principale, par laquelle le recourant avait conclu à l'allocation d'une prime de fonction. En cas de versement d'une somme d'argent à un employé en vertu de ses rapports de travail, la question de la soumission aux charges sociales doit être examinée. En l'espèce, on peut se demander si, en spécifiant dans sa décision du 22 août 2013 que la prime allouée consiste en une compensation brute, l'autorité

inférieure n'a pas voulu exclure toute soumission de la prime de fonction aux charges sociales, bien que de manière peu claire. Dans ce cas, il n'y aurait pas de déni de justice et le Tribunal administratif fédéral devrait examiner cette prétention, c'est à dire déterminer si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a considéré que la somme allouée n'était pas soumise aux charges sociales. Quoiqu'il en soit, même en cas de constat d'un déni de justice formel, le Tribunal administratif fédéral serait amené tout comme s'agissant des intérêts moratoires et pour les mêmes motifs à examiner, à titre exceptionnel, cette question, si bien que la problématique soulevée peut ici rester ouverte. En conséquence, le Tribunal administratif fédéral tranchera également la question de savoir si la prime de fonction allouée est soumise aux charges sociales, prévoyance professionnelle comprise.

## **E. 5**

Par réplique du 18 novembre 2013, le recourant a modifié ses conclusions relatives aux intérêts moratoires. Par déterminations du 5 mars 2014, faisant suite à l'ordonnance du 11 février 2014 du Tribunal administratif fédéral l'informant d'une possible modification de la décision attaquée à son détriment, il a formé une conclusion additionnelle.

### **E. 5.1**

Comme il a été vu au consid. 3, l'objet du litige est déterminé par les conclusions du recours. Ainsi, si le recourant peut, ultérieurement au dépôt du recours, préciser son argumentation en fait ou en droit, il ne peut en principe plus en étendre l'objet (arrêts du TAF C 698/2013 du 17 mars 2014 consid. 3.2; A 1936/2006 du 10 décembre 2009 consid. 5 non publié in ATAF 2011/19). Il ne saurait donc présenter de nouvelles conclusions ou de nouveaux griefs qui auraient déjà pu l'être dans l'acte de recours (ATF 136 II 165 consid. 4). Par modifications des conclusions, il faut comprendre l'augmentation des conclusions ou la formulation de conclusions nouvelles, sachant que la réduction des conclusions est possible en tout état de cause (Candrian, op. cit., n. 184 p. 109 s.; Moser/Beusch/Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd. 2013, n. 2.213 p. 120 s.).

### **E. 5.2**

Par les conclusions no 7 et 8 de son recours, le recourant avait conclu au versement d'un intérêt moratoire composé à 5 % l'an calculé pour chaque mois couru sur la différence entre le traitement perçu et celui qu'il aurait dû percevoir entre le 1er août 2005 et le 31 juillet 2010, ainsi qu'au prononcé que la somme totale en capital et intérêts composés porte intérêt au taux de 5 % l'an à compter du 1er août 2010. Dans sa réplique, il a indiqué les remplacer par la conclusion no 7, par laquelle il requiert du Tribunal administratif fédéral que lui soit reconnu le droit, sur la prime de fonction brute, à un intérêt moratoire au taux de 5 % l'an, à compter du 1er février 2008 (date moyenne entre le 1er août 2005 et le 31 juillet 2010) et que l'Armée suisse, voire pour elle la BAC, soit condamnée à le lui verser. Comme le recourant le relève lui-même, il a ainsi voulu pallier tout reproche d'anatocisme. Au surplus, force est de constater qu'il se contente de réduire ses conclusions relatives aux intérêts moratoires. Ce remplacement de conclusions est donc recevable.

### **E. 5.3**

(...)

### **E. 6.1**

En résumé, l'objet du présent litige porte pour l'essentiel sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a déduit les primes de prestations déjà versées de la prime

de fonction allouée. Il conviendra en outre de déterminer si le montant alloué à titre de prime de fonction porte intérêt légal à 5 % l'an et s'il est soumis aux charges sociales, prévoyance professionnelle comprise.

## **E. 6.2**

Comme déjà abordé, l'éventuel accord qui peut intervenir entre les parties au sens de l'art. 34 al. 1 LPers doit nécessairement être concrétisé par une convention ou un contrat, à défaut de quoi l'employeur rendra une décision (cf. consid. 4.3). Ainsi, lorsque le recourant se réfère aux pourparlers en soutenant qu'un accord de droit privé a été conclu et que l'absence de concrétisation dans une convention n'est en rien déterminante, il fait fausse route (cf. Helbling, BPG, art. 34 n. 11 s. et réf. cit.). Il en va de même lorsqu'il demande l'audition, en qualité de témoins, de juristes du service juridique du DDPS qui ont participé aux pourparlers en vue de parvenir à un accord. L'audition de ces personnes n'est en effet pas nécessaire puisqu'elle est vouée à attester des faits tels que la manière dont les pourparlers se sont déroulés qui ne sont pas pertinents pour résoudre le présent litige. En outre, les différentes prétentions que le recourant avait fait valoir au cours de la tentative de règlement à l'amiable élément utile pour définir l'objet du litige ressortent clairement des pièces produites par les parties, de sorte que l'audition de ces témoins, tout comme l'audition des parties, paraît ici également inutile. Or, le Tribunal administratif fédéral peut, dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves, renoncer à l'administration de la preuve offerte, s'il appert qu'elle porte sur des considérations sans rapport avec le litige ou qu'elle n'est pas de nature à emporter la conviction (art. 33 al. 1 PA; ATF 131 I 153 consid. 3 et réf. cit.; arrêt du TAF A 4961/2013 du 30 janvier 2014 consid. 1.3; Moser/Beusch/ Kneubühler, op. cit., n. 3.144 p. 208; Candrian, op. cit., n. 61 p. 43 s.).

## **E. 7**

Sur le fond, le recourant fait tout d'abord valoir que l'imputation des primes de prestations déjà allouées sur la prime de fonction finalement octroyée n'a pas lieu d'être.

### **E. 7.1.1**

Dans sa décision du 22 août 2013, l'autorité inférieure reconnaît au recourant l'allocation d'une prime de fonction. Elle prévoit également que l'intégralité des primes de prestations perçues au cours de son engagement doit être déduite de la prime de fonction allouée. Elle retient en effet qu'en payant des primes de prestations, le recourant a déjà été rétribué à hauteur de 19 750 francs, pour les tâches plus exigeantes et son engagement particulier, et qu'il n'est pas possible de percevoir des primes de prestations ainsi qu'une prime de fonction pour l'accomplissement du même travail.

### **E. 7.1.2**

Pour sa part, le recourant conteste la compensation opérée par l'autorité inférieure. Il soutient que la prime de fonction et les primes de prestations ne poursuivent pas le même but et ne reposent pas sur la même base légale, de sorte que leur octroi répond à des conditions spécifiques différentes qui ne peuvent être confondues. Le recourant rappelle que, depuis son engagement et jusqu'au terme de celui-ci, il a été appelé à agir en qualité de « Ressortchef HQ », puis, surtout, de « Ressortchef mil IT ». Il considère ainsi qu'il ne fait pas de doute qu'il remplissait toutes les conditions nécessaires au versement d'une prime de fonction au sens de l'art. 46 OPers, laquelle lui a d'ailleurs finalement été reconnue. Il ajoute que, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement assumées, soit essentiellement celles de « Ressortchef mil IT », il a donné plus que satisfaction à ses supérieurs hiérarchiques.

Pour affirmer cela, il se fonde sur les évaluations successives qu'il a reçues, dont il ressort que son engagement, ses compétences et sa loyauté ont été régulièrement saluées. Le recourant est d'avis que c'est pour cette raison que des primes de prestations lui ont été successivement accordées au fil des années et qu'ainsi, les conditions de l'art. 49 OPers étaient bien réalisées. Compte tenu de ces éléments, il déclare que c'est en dehors de toute base légale, et donc à tort, que l'autorité inférieure a déduit de la prime de fonction allouée la somme de 19 750 francs correspondant à la totalité des primes de prestations touchées au cours de son engagement.

#### **E. 7.2.1**

En matière de salaire, les dispositions d'exécution peuvent prévoir le versement de suppléments au salaire afin d'adapter celui-ci notamment au marché régional de l'emploi, à l'infrastructure locale ou aux besoins spécifiques de la branche, conformément à l'art. 15 al. 4 LPers. Parmi les différents suppléments sur le salaire au titre des art. 43 ss OPers, la prime de fonction et les primes de prestations sont expressément prévues. Au sens de l'art. 46 al. 1 OPers, une prime de fonction peut être versée aux employés qui remplissent des tâches particulièrement exigeantes ne justifiant toutefois pas une affectation durable dans une classe de salaire supérieure. Pour leur part, jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1er février 2009, de l'ordonnance du 5 novembre 2008 sur l'optimisation du système salarial du personnel fédéral (RO 2008 5643), les primes de prestations (en allemand: Einsatzprämien) constituaient, au sens de l'art. 47 al. 1 OPers (RO 2001 2206), une prime unique, atteignant 6 % au plus du montant maximal de l'échelon d'évaluation A de la classe de salaire fixée dans le contrat de travail, qui pouvait être allouée pour des prestations particulières. Ensuite de l'entrée en vigueur de cette ordonnance, les primes de prestations (en allemand: Leistungsprämien), figurant désormais à l'art. 49 OPers et atteignant 15 % au plus du montant maximal de la classe de salaire fixée dans le contrat de travail, peuvent être allouées par année civile pour des prestations supérieures à la moyenne et des engagements particuliers (al. 1).

#### **E. 7.2.2**

Bien que seules les dispositions de l'ordonnance soient juridiquement contraignantes, les explications de l'OPers constituent un instrument d'interprétation utile (cf. < <https://www.ofper.admin.ch> > Documentation > Législation > Droit du personnel > Explications concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération, dernière modification le 20 juillet 2006, consulté le 28.05.2014). S'agissant de l'explication relative à la prime de fonction au sens de l'art. 46 OPers, sa teneur est la suivante: « Wenn eine höher bewertete Funktion nicht dauerhaft wahrgenommen wird, ist meist kein Funktionswechsel angezeigt. In diesem Fall kann eine Funktionszulage in Monatsbeträgen ausgerichtet werden. Bezugsgrösse für die Berechnung ist die Bewertung der höher eingereihten Funktion. » Pour leur part, les primes de prestations (art. 47 OPers [RO 2001 2206]), particulièrement en ce qui concerne l'alinéa 1, sont explicitées comme suit: « Die Einsatzprämien stehen ähnlich wie die Funktionszulage im Zusammenhang mit einem vorübergehenden Anlass. Sie haben jedoch eher Pauschalcharakter und beziehen sich in der Regel auf kurzfristige Ereignisse oder Aufgaben, deren Dauer und Natur zu Beginn nicht gut eingeschätzt werden können und für die eine planmässige Funktionszulage ungeeignet ist. So eignen sich Einsatzprämien beispielsweise zur Abgeltung ausserordentlicher, erfolgreicher Anstrengungen auch im Nachhinein. Die Ausrichtung von Einsatzprämien hängt grundsätzlich nicht von den Ergebnissen der Personalbeurteilung ab. Die

Einsatzprämien werden wie die bisherige &lt; positive Leistungskomponente&gt; nach Artikel 44 Absatz 1bis Beamtenengesetz in einem einmaligen Betrag ausgerichtet. Diese &lt; positive Leistungskomponente&gt; wurde kontingentiert. Einsätze im Sinne von ausserordentlichen Dienstleistungen wurden im alten System bisweilen auch aufgrund der sehr allgemein gehaltenen Bestimmung von Artikel 44 Absatz 1 Buchstabe f Beamtenengesetz abgegolten. Das neue System hält die Abgeltung der Leistungen aufgrund der Personalbeurteilung zum einen (Art. 39 und 49) und die Abgeltung von Sondereinsätzen zum anderen (Art. 47) besser als bisher auseinander. Weil sich die Häufigkeit der Umstände, welche die Voraussetzung für die Ausrichtung von Einsatzprämien bilden, nicht regeln lässt, begrenzt der Bundesrat die Anzahl der Einsatzprämien nicht. Die Einsatzprämien sind mit Mass auszurichten. » Le service du personnel du DDPS a pour sa part également rédigé une note explicative du 25 mars 2003 en matière de politique du personnel sur ces mêmes articles. Son contenu est très proche des explications de l'OPers. Elle apporte cependant quelques précisions s'agissant des primes de prestations: « Im Unterschied zur Funktionszulage handelt es sich hier aber nicht um die Übernahme einer neuen, höher bewerteten Funktion, sondern um besondere und erfolgreiche Einsätze und Anstrengungen in der Funktion oder zusätzlich zur Funktion nach Arbeitsvertrag (z.B. Sonderaufgaben, Projektaufgaben, Einsatz als Ausbilder usw.). Mit einer Einsatzprämie können ferner vorübergehende Stellvertretungen einer höher eingereihten Funktion abgegolten werden, wobei die Stellvertretung nur abgegolten werden soll, wenn damit sichtbare Mehranforderungen (Umfang, Leistung) verbunden sind und gewisse Zeit dauert (mehr als zwei Wochen). » S'agissant de cette dernière remarque, il semble désormais qu'une modification à court terme de la fonction, comme peut l'être un remplacement, devrait plutôt entraîner le versement d'une prime de fonction qu'une prime de prestations. De manière plus générale, les primes de prestations ont pour but d'indemniser une prestation extraordinaire ou unique de l'employé (Jasmin Malla, BPG, art. 15 n. 146).

### **E. 7.2.3**

Il ressort de ce qui précède que les primes de fonction et les primes de prestations sont similaires. Elles se fondent normalement toutes deux sur des causes temporaires. La prime de fonction ne dépend pas des évaluations personnelles; il en va en principe de même pour les primes de prestations, puisque les résultats de ces évaluations sont déjà pris en compte dans le calcul de l'évolution du salaire (cf. art. 39 OPers; JAAC 68.91 consid. 2c). Ces deux primes se distinguent cependant par le fait qu'une prime de fonction peut être versée à l'employé lorsqu'il se voit attribuer une nouvelle fonction ou des tâches qui relèvent d'une fonction plus élevée, alors que les primes de prestations ont pour but de primer son implication et ses efforts particuliers couronnés de succès intervenant dans le cadre de la fonction qu'il exerce, ou en plus de celle-ci lorsqu'ils sont prévus dans le contrat de travail (p. ex. tâches spéciales, missions dans le cadre de projets, intervention en qualité de formateur, etc.). L'octroi d'une prime de prestations se justifie ainsi pour des événements survenant à court terme dont la durée et la nature ne peuvent être d'emblée évaluées et pour lesquels une prime de fonction apparaît dès lors inappropriée. La prime de fonction est en effet un outil moins flexible que les primes de prestations, puisque, contrairement aux secondes, elle doit être budgétisée. Si les primes de prestations ont un caractère forfaitaire, la prime de fonction est versée mensuellement. Les indications issues des explications de l'OPers et de la note explicative du DDPS se rapportent à l'art. 47 al. 1 OPers (RO 2001 2206). La modification de cette disposition, entrée en vigueur le 1er février 2009 (RO 2008 5643), qui figure désormais à l'art. 49 al. 1 OPers, prévoit que ce type de prime peut être

alloué pour « des prestations supérieures à la moyenne et des engagements particuliers », et non plus en raison « de prestations particulières ». La question de savoir si la nouvelle formulation de l'art. 49 al. 1 OPers correspond à celle de l'art. 47 al. 1 OPers (RO 2001 2206) et se contente de l'explicitier ou si elle l'élargit peut donc se poser. Il apparaît en l'espèce que l'art. 49 al. 1 OPers élargit quelque peu les circonstances dans lesquelles une prime de prestations peut être versée. En effet, le seul aspect qualitatif des prestations fournies par l'employé c'est à dire sans qu'il ait effectué une tâche spéciale peut désormais justifier que son employeur lui accorde une prime de prestations.

#### **E. 7.2.4**

Il résulte de ce qui précède que même si elles sont similaires, les primes de prestations et la prime de fonction ne peuvent être allouées à l'employé que lorsque des circonstances particulières qui leur sont propres sont réalisées. Ainsi, une prime de prestations ne pourra être allouée que lorsque les circonstances qui peuvent justifier son versement sont réunies. Il en va respectivement de même pour le versement d'une prime de fonction. Si la première permet plus de flexibilité, elle se rapporte pour l'essentiel à des tâches spécifiques que l'employé est amené à revêtir pour une période limitée, lesquelles restent en général dans sa fonction ou son contrat de travail. La prime de fonction, qui est pour sa part bien moins flexible, concerne le cas où l'employé exerce les tâches qui relèvent d'une fonction plus élevée, bien qu'il ait été engagé pour l'exécution d'autres tâches. Ces deux types de primes ne peuvent ainsi être alloués l'un à la place de l'autre, de sorte qu'ils ne sont pas interchangeables. Il ne peut en revanche être exclu que les conditions propres à chacune de ces deux primes soient réalisées au cours des rapports de travail et que l'employé se voie allouer une prime de fonction ainsi qu'une prime de prestations.

#### **E. 7.3**

A ce stade, il convient d'analyser les motifs pour lesquels les primes de prestations et la prime de fonction ont été allouées au recourant dans le cas particulier.

##### **E. 7.3.1.1**

Par décision du 22 août 2013, l'autorité inférieure a finalement donné suite aux arguments du recourant et a admis que celui-ci avait droit à une prime de fonction pour l'ensemble de la durée de son engagement. Par l'allocation de cette prime, il ne fait pas de doute que l'autorité inférieure a ainsi reconnu que le recourant avait exercé tout au long de son activité des tâches relevant d'une fonction plus élevée que celle pour laquelle il avait été engagé. Si la cause n'est en l'espèce pas temporaire comme l'exige habituellement l'allocation d'une prime de fonction (cf. consid. 7.2.2), il convient de souligner qu'un changement de fonction n'était pas envisageable dans le cas d'espèce, puisque la classe 27 n'est accessible qu'aux militaires de carrière et que le recourant était, pour sa part, militaire contractuel.

##### **E. 7.3.1.2**

Au cours de son engagement, entre 2006 et 2009, le recourant s'est vu verser différentes primes, désignées par son employeur comme étant des primes de prestations, pour un montant total de 19 750 francs. Tous ces montants ont été versés sous déduction des charges sociales (...). En ce qui concerne tout d'abord l'année 2006, le recourant s'est vu allouer la somme de 2 000 francs au titre de prime de prestations. Le motif du versement ressort clairement de l'évaluation annuelle du recourant. L'employeur y explique en effet que, malgré des prestations équivalentes à un A+, le recourant a dû être déclassé à l'échelon A pour des raisons budgétaires, et que, pour ce motif, il lui aurait versé une prime de

prestations dans la mesure de ses possibilités. Pour les années suivantes, le recourant s'est vu verser la somme de 4 000 francs en 2007, 5 750 francs en 2008 et, enfin, 8 000 francs en 2009. S'agissant de l'année 2007, les motifs du versement de la prime de prestations n'apparaissent pas clairement. Il ressort cependant de l'évaluation personnelle du recourant pour l'année en question pour laquelle il a obtenu A+, et l'augmentation de salaire pour l'année suivante qui en est le corollaire que le recourant a conduit le « Ressort HQ » en tant que militaire contractuel, alors qu'il s'agit d'une tâche exercée normalement par des militaires de carrière. Par requête du 1er avril 2008, le recourant a demandé au Chef de la BAC à obtenir une prime de fonction. En date du 13 mars 2009, le chef du personnel lui a répondu que, pour l'année 2008, différentes requêtes d'allocation d'une prime de fonction étaient parvenues au service, que toutes avaient été discutées, mais que la sienne n'avait malheureusement pas pu être accueillie. Il y est précisé que le Chef de la BAC a de ce fait décidé qu'au lieu d'une prime de fonction, une prime de prestations lui serait accordée pour l'année 2008. En ce qui concerne la prime de prestations obtenue en 2009, il ressort du formulaire y relatif (...) que le motif de l'allocation est le suivant: « Aufgrund zeitlich sehr enger Rahmenbedingungen im Projekt (...) musste A. die Erstellung, Programmierung und Verteilung der (...) auf der Stufe VBS sicherstellen. Dies war nur dank seinem extrem hohen Engagement und der Eigenentwicklung der dazu notwendigen Software wie auch der Arbeitsabläufe möglich. (...) Die gelieferten Produkte erfüllen die Erwartungen der Leistungsbezüger betreffend Qualität vollumfänglich. Der gezeigte Einsatz übertraf die Anforderungen des Kdt (und des Pflichtenheftes/Stellenbeschriebes) bei weitem. Dies alles hat er als Zeitmilitär erledigt. Zudem führte er das Ressort mil IT für welches ein BO E3, Gst Of vorgesehen ist. » L'employeur met principalement l'accent sur l'investissement dont a fait preuve le recourant, lequel a dépassé les attentes du commandant. Il est notamment rapporté que c'est uniquement grâce à l'engagement total du recourant, au développement propre des logiciels nécessaires, ainsi qu'à l'ordonnancement des travaux, que la réalisation du projet a été possible. L'employeur rappelle également que cela a été accompli par le recourant en qualité de militaire contractuel et qu'en outre, il a dirigé avec succès le « Ressort mil IT »; une fonction qui est prévue pour un militaire de carrière.

### **E. 7.3.2**

Ces éléments permettent de constater que, s'agissant de l'année 2006, l'employeur n'avait aucune volonté de rétribuer le recourant pour les tâches exercées relevant d'une fonction plus élevée que la sienne. Au contraire, cette allocation avait uniquement pour but de corriger l'impossibilité budgétaire d'octroyer au recourant une augmentation de salaire correspondant à l'évaluation annuelle de ses prestations. En 2007, l'employeur met l'accent sur la particularité que le recourant assumait des tâches relevant d'une fonction plus élevée; aucun autre motif ne justifie ce versement de 4 000 francs. Il semble dès lors que l'employeur ait voulu rétribuer le recourant de ce fait. Pour l'année 2008, l'employeur se voit empêché d'accorder une prime de fonction au recourant probablement pour des motifs budgétaires, vu les différentes requêtes reçues en ce sens cette année là et décide qu'en lieu et place de la prime demandée, une prime de prestations lui serait versée. Il ne fait pas de doute qu'en procédant de la sorte, l'employeur a voulu rétribuer le recourant pour les tâches assumées relevant d'une fonction plus élevée. Enfin, en ce qui concerne l'année 2009, force est de constater que le fait que le recourant assumait les tâches d'une fonction plus élevée que la sienne ne constitue qu'un argument qui vient renforcer la motivation principale de l'employeur. En effet, le versement de la prime de prestations intervenue en faveur du recourant l'a principalement été en raison des prestations extraordinaires qu'il a fournies, qui

ont largement dépassé les attentes et sans lesquelles la réalisation du projet dont il était question n'aurait pu être menée à bien. Il convient de rappeler que l'art. 49 al. 1 OPers, tel qu'entré en vigueur le 1er février 2009, prévoit désormais la possibilité d'allouer des primes de prestations en raison de prestations supérieures à la moyenne. Il y a ainsi lieu de retenir que les primes des années 2007 et 2008 ont été accordées au recourant du fait qu'il assumait, en qualité de militaire contractuel, les tâches d'une fonction plus élevée que celle pour laquelle il avait été engagé, que seuls les militaires de carrière peuvent revêtir. Il appert dès lors que ces deux versements sont intervenus pour des motifs identiques à ceux qui ont finalement justifié l'allocation d'une prime de fonction pour toute la période d'engagement, c'est à dire du 1er août 2005 au 31 juillet 2010. En ce qui concerne en revanche les primes versées en 2006 et 2009, les motifs sont autres et ne se recoupent donc pas avec ceux qui ont justifié le versement d'une prime de fonction.

#### **E. 7.4**

Par décision du 22 août 2013, l'autorité inférieure a déduit de la prime de fonction allouée l'ensemble des primes de prestations déjà versées. Il s'avère cependant que seules les primes de prestations des années 2007 et 2008 ont été versées à tort par l'employeur. En effet, celles relatives aux années 2006 et 2009 ont été allouées pour d'autres motifs, de sorte que, contrairement à ce que l'autorité inférieure a retenu, aucune raison ne justifie que les décisions dont elles ont fait l'objet soient révoquées. Aussi, l'autorité inférieure ne pouvait compenser que le montant correspondant aux primes allouées au recourant pour les années 2007 et 2008.

#### **E. 7.5**

En conclusion, eu égard à ce qui précède et dans la mesure où le recourant ne conteste pas le montant total de la prime de fonction qui lui a été allouée par l'autorité inférieure, le Tribunal administratif fédéral retient que le montant correspondant aux primes allouées, à tort, à titre de primes de prestations en 2007 et en 2008, soit une somme totale de 9 750 francs mais non celles de 2006 et 2009, d'un montant de 2 000 francs et, respectivement, 8 000 francs, peut être compensé de la prime de fonction qui est due au recourant. Aussi, la décision attaquée doit être modifiée en ce sens que le recourant a droit au versement d'une prime de fonction d'un montant de 71 962 fr. 15, sous suite de compensation du montant de 9 750 francs, soit un montant total de 62 212 fr. 15. Il convient encore d'examiner si ce montant doit être versé sous déduction des charges sociales (cf. consid. 8) et si ce montant porte intérêt à 5 % l'an (cf. consid. 9).

#### **E. 8**

Le recourant conclut à cet égard qu'il incombe à l'Armée suisse, soit pour elle la BAC, de calculer les charges sociales, prévoyance professionnelle comprise, sur la prime de fonction, le montant net de cette prime lui revenant.

#### **E. 8.1**

L'autorité inférieure a retenu dans sa décision que la prime de fonction allouée au recourant correspondait à une compensation brute. Pour sa part, le recourant relève que la prime de fonction correspond à un complément de salaire, de sorte que les charges sociales, prévoyance professionnelle comprise, doivent être prélevées sur le montant alloué à ce titre. Dans le cadre de la réponse au recours, l'autorité inférieure soutient que le recourant ne saurait être entendu sur ce point. En effet, elle est d'avis que le calcul établi dans sa décision du 22 août 2013 doit être considéré comme un montant forfaitaire comprenant

l'augmentation de salaire en termes réels ainsi que la compensation du renchérissement, voire les charges sociales dues par l'employeur (...).

### **E. 8.2**

Le salaire brut est le salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (RS 831.10) pour le calcul des cotisations. Ce dernier comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaires, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. Les éléments du salaire déterminant sont énumérés plus en détail de manière non exhaustive à l'art. 7 RAVS (RS 831.101) et les exceptions figurent aux art. 8 à 8ter RAVS. En matière de prévoyance professionnelle, l'art. 7 al. 2 LPP (RS 831.40) renvoie à la notion de salaire déterminant, tel qu'il est défini par la LAVS. Il convient de préciser que toutes les sommes touchées par le salarié font partie du salaire déterminant si leur versement est économiquement lié au contrat de travail, de sorte que peu importe que les rapports de travail soient maintenus ou aient ainsi été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 139 V 50 consid. 2.1 et réf. cit.; arrêt du TAF C 7917/2010 du 20 novembre 2012 consid. 6.3).

### **E. 8.3**

Sous l'angle de la systématique législative, la prime de fonction (art. 46 OPers) figure sous le chapitre 4 de l'OPers, intitulé Prestations de l'employeur, section 2, elle-même intitulée Suppléments de salaire. En outre, l'art. 46 OPers trouve son fondement légal à l'art. 15 LPers, lequel aborde la question du salaire, comme son titre l'indique. Il appert dès lors que la prime de fonction consiste en un supplément de salaire, lequel est compris dans le salaire déterminant sur lequel les cotisations sociales sont calculées, conformément à l'art. 5 al. 2 LAVS. Le salaire fixé par les parties est communément nommé salaire brut. Il convient de soustraire de ce salaire les déductions sociales, et les déductions conventionnelles éventuelles, ce qui permet ainsi de déterminer le salaire net. En l'espèce, pour déterminer le montant de la prime de fonction allouée au recourant, l'autorité inférieure a calculé la différence entre le traitement que le recourant aurait perçu tout au long de son engagement s'il avait été colloqué en classe 27 avec le traitement perçu pour la même période. Pour ce faire, elle a pris en compte la rémunération brute, ce qui est confirmé par le fait qu'elle entendait allouer un montant compensatoire brut au recourant. Or, dans la mesure où la prime de fonction, en tant que supplément de salaire, tombe dans le salaire déterminant, il y a lieu de retenir que son versement doit intervenir sous déduction des charges sociales, prévoyance professionnelle comprise.

### **E. 9**

Il sied encore d'examiner si la prime de fonction allouée porte intérêt légal à 5 % l'an et, le cas échéant, depuis quelle date.

#### **E. 9.1**

D'après l'art. 102 al. 1 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. Pour sa part, l'art. 339 al. 1 CO qui est applicable par analogie en vertu de l'art. 6 al. 2 LPers à titre de droit public supplétif (arrêts du TAF A 6263/2013 du 15 mai 2014 consid. 3.2; A 691/2012 du 6 décembre 2012 consid. 3.2) prévoit que, à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Ainsi, l'intérêt

moratoire (art. 104 CO) court dès la fin des rapports de travail, sans qu'il soit nécessaire d'interpeler le débiteur (arrêt du TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006 consid. 6; arrêt du TAF A 2732/2010 du 6 juin 2011 consid. 9.1). Cette disposition ne modifie cependant pas la date d'exigibilité des créances qui sont déjà devenues exigibles avant la fin des rapports de travail. Tel est le cas en particulier des salaires impayés, dans la mesure où, en vertu de l'art. 323 al. 1 CO, le salaire est payé au travailleur à la fin de chaque mois, sauf accord ou clause contraire. Dès lors, ces créances portent intérêt dès la fin du mois où elles sont devenues exigibles (arrêt du TF 4C.320/2005 du 24 mars 2006 consid. 6.1; Werner Gloor, in: Commentaire du contrat de travail, 2013, art. 339 CO n. 2; Philippe Carruzzo, Le contrat individuel de travail, 2009, art. 339 CO n. 1).

## **E. 9.2**

Comme déjà abordé, la prime de fonction allouée consiste en un supplément de salaire (cf. consid. 8.3). Tant les explications concernant l'OPers que la note explicative relative à la politique du personnel du DDPS prévoient que le versement de la prime de fonction doit intervenir mensuellement, à moins qu'il ne s'agisse de brèves interventions, auquel cas un versement unique ne peut être exclu. Ainsi, chaque créance mensuelle porte intérêt dès la fin du mois où elle est devenue exigible. Dans la mesure où la prime de fonction a été allouée pour toute la durée des rapports de travail, soit pour la période allant du 1er août 2005 au 31 juillet 2010, l'intérêt légal à 5 % l'an sera calculé à une date moyenne, à savoir le 1er février 2008. Dès lors, la prime de fonction allouée au recourant portera intérêt légal à 5 % l'an, dès le 1er février 2008.

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