

Les réformes de la fonction publique

Edité par
Thierry Tanquerel et François Bellanger

Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	7

PASCAL MAHON / HÉLOÏSE ROSELLO

Les réformes en cours du droit de la fonction publique: tendances et perspectives

9

I. Introduction	9
II. Le projet de révision de la loi sur le personnel de la Confédération adopté par le Conseil fédéral le 31 août 2011	10
A. Les objectifs du projet de révision et son contexte historique	10
1. Les objectifs généraux du projet de révision	10
2. Le contexte depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération	11
3. Nécessité d'une nouvelle révision et volonté d'un nouveau « rapprochement avec le code des obligations »	13
B. Les principales innovations proposées par le projet	15
1. Remarques liminaires: les diverses mesures et innovations proposées	15
2. La réglementation du temps d'essai	15
3. L'assouplissement de la réglementation relative à la dissolution des rapports de travail	16
a. L'élargissement des motifs de résiliation ordinaire	16
b. Le raccourcissement des délais de résiliation ordinaire	18
c. L'introduction de mesures de soutien dans la transition professionnelle	19
d. La restriction de l'obligation de réintégration	20

4.	La simplification des procédures de licenciement et des procédures de recours	22
a.	La procédure de licenciement	22
b.	La procédure de recours en général et la question de l'effet suspensif	23
5.	Les autres mesures prévues par le projet de révision	24
6.	Les rapports entre les dispositions d'exécution et les règles du CO	25
C.	L'état des travaux au Parlement	26
III.	Les révisions récentes et en cours dans les cantons : quelques tendances en bref	27
A.	Remarques liminaires : les tendances générales dans les cantons romands	27
1.	Des lois plus ou moins récentes	27
2.	Des contenus relativement harmonisés	28
B.	Les nouvelles lois sur le personnel de l'Etat du Canton du Jura et du Canton du Valais	30
1.	La loi sur le personnel de l'Etat du Canton du Jura	30
2.	La nouvelle loi sur le personnel de l'Etat du Valais	32
IV.	Quelques évolutions jurisprudentielles	33
A.	Quelques arrêts récents du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral	33
B.	La jurisprudence en matière de résiliation, spécialement en lien avec l'obligation de reclassement et de réintégration	37
1.	L'obligation de reclassement et de réintégration	37
2.	L'impossibilité de la réintégration et du reclassement : nouveau motif de résiliation ou cause de fin « naturelle » du rapport de travail ?	39
C.	Le <i>whistleblowing</i>	41
1.	Une vague de changements législatifs	41
2.	Le <i>whistleblowing</i> dans la jurisprudence	44
V.	Synthèse et conclusions	46

THIERRY TANQUEREL

Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique	49
I. Introduction	49
II. Les causes de diversité	51
A. La diversification et la décentralisation de l'administration	51
B. La création de statuts spéciaux au sein d'une même entité	55
C. La contractualisation?	57
III. Les facteurs d'unification, en particulier l'égalité de traitement	58
A. La soumission de l'Etat employeur à la Constitution	58
1. Le principe	58
2. Son applicabilité en cas de recours au droit privé	59
3. Ses conséquences	61
B. L'égalité de traitement	61
1. L'égalité dans la loi	61
2. L'égalité devant la loi	62
IV. Le droit privé incorporé au rapport de droit public	63
A. Le rapprochement matériel	63
B. Le droit privé comme droit public supplétif	65
1. Le comblement de lacune	65
2. Le renvoi général au CO	65
C. La nature publique du droit privé incorporé	68
V. Le véritable rapport de droit privé	69
A. L'admissibilité de principe du recours au droit privé	69
B. Les limites du recours au droit privé	73
VI. Les conséquences du choix entre droit public et droit privé	75
A. Le droit de fond	75
B. La procédure	76
C. Le véritable enjeu	77
VII. Conclusion	78
Bibliographie	79

KARINE LEMPEN

L'effet de la loi fédérale sur l'égalité sur le droit de la fonction publique	83
I. Introduction	83
II. La loi sur l'égalité : quel bilan tirer après quinze ans de vie ?	84
A. Aperçu des principales dispositions	84
1. Le champ d'application (article 2)	84
2. L'interdiction de discriminer en raison du sexe (article 3)	85
3. Le harcèlement sexuel (article 4)	86
4. Les droits des travailleuses et travailleurs (article 5)	86
a. Aperçu des prétentions	86
b. L'action en cessation de l'atteinte	87
5. L'allègement du fardeau de la preuve (article 6)	88
6. Le droit d'agir des organisations (article 7)	89
B. Evaluation de l'efficacité de la loi	89
III. La jurisprudence relative aux rapports de travail de droit public	90
A. Discrimination salariale	90
1. La classification salariale des professions dans la fonction publique (ATF 136 II 393)	91
2. Le droit d'action des organisations (ATF 138/2012 II 1, A.)	92
B. Harcèlement sexuel sur le lieu de travail	93
1. La définition; le devoir de mettre fin au harcèlement sexuel (ATAF du 25 octobre 2010)	93
2. Le devoir de mettre fin au harcèlement sexuel; l'enquête administrative (Arrêt TF du 1 ^{er} novembre 2010)	94
a. Résumé	94
b. Commentaire	95
C. Discrimination à l'embauche	97
1. Les quotas en matière d'accès à l'enseignement universitaire (ATF 131 II 361, Balmelli)	97
2. La procédure de nomination du corps enseignant universitaire (Arrêt TF du 19 janvier 2006)	98
IV. Conclusion	100

DAVID HOFMANN

L'engagement et la gestion du personnel	103
I. Introduction	103
II. Règles procédurales générales	104
A. Exigences constitutionnelles et conventionnelles	105
1. La Constitution fédérale du 18 avril 1999	105
2. Les modifications (fédérales) au 1 ^{er} janvier 2007	106
3. Les modifications (genevoises) au 1 ^{er} janvier 2009	106
4. L'ACEDH Eskelinen	108
B. Compétence des autorités	110
III. L'engagement	114
A. Décision ou contrat ?	114
B. Le refus d'embauche	116
1. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral, du 12 octobre 2010	116
2. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral, du 18 juin 2011	119
3. Conséquences sur les cantons ?	120
C. Le transfert	121
IV. La gestion du personnel	122
A. Décision ou acte interne ?	122
1. L'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2010 (« arrêt T. »)	122
2. Casuistique	124
3. Autres situations envisageables	130
B. La rémunération	132
1. Généralités	132
2. La modification de la rémunération à Genève	134
C. L'action contractuelle (à Genève)	136
D. Le contentieux au Tribunal fédéral	137
V. Conclusions	139
Bibliographie	140

YVES ÉMERY

La rémunération en fonction des prestations	147
I. Introduction	147
II. Evolution de la gestion des ressources humaines publique : un accent porté sur la gestion des performances	148
III. Modèles théoriques sous-jacents à la rémunération en fonction des prestations	151
IV. Principaux constats liés à la rémunération en fonction des prestations dans la fonction publique	154
V. Pratiques de la rémunération en fonction des prestations dans la fonction publique suisse	156
VI. Analyses et recommandations	159
Bibliographie	164

MINH SON NGUYEN

Sanctions et licenciements : conditions matérielles et exigences procédurales	169
I. Introduction	169
II. Les enjeux	169
III. Terminologie et typologie	171
A. Distinctions autour du mot <i>sanction</i>	171
B. Distinctions autour du mot <i>licenciement</i>	173
C. Points de rencontre entre <i>sanction</i> et <i>licenciement</i>	175
D. Application des principes généraux du droit administratif	176
IV. Les sanctions et les différentes formes d'engagement en droit fédéral	180
A. En cas d'engagement par contrat de droit administratif	180
1. Les sanctions non extinctives	180
2. Les sanctions extinctives	182

3.	Analyse de quelques aspects particuliers	183
a.	L'avertissement	183
b.	Le changement de domaine d'activité.....	185
c.	Le licenciement ordinaire pour faute	186
d.	Le licenciement immédiat pour juste motif	189
B.	En cas d'engagement par décision	190
C.	En cas d'engagement par contrat de droit privé	192
V.	Le licenciement (sans faute) et les différentes formes d'engagement	194
A.	En cas d'engagement par contrat de droit administratif	194
B.	En cas d'engagement par décision et par contrat de droit privé	196
VI.	Sanctions et licenciements injustifiés	196
A.	En cas de sanction injustifiée	196
B.	En cas de licenciement injustifié	196
1.	La réintégration comme figure principale	196
2.	L'indemnité comme figure subsidiaire	200
3.	Abandon du principe de la réintégration	200
VII.	Les exigences procédurales	201
A.	Procédure administrative et procédure disciplinaire	201
1.	Exigence d'une procédure	201
2.	La procédure administrative	202
3.	La procédure disciplinaire	203
4.	La question des compétences parallèles	206
B.	La procédure de « nullité » et la procédure d'annulation	206
C.	Autres aspects de procédure: questions choisies	208
1.	Autorité compétente et récusation	208
2.	Le droit d'être entendu	209
3.	L'effet suspensif et les mesures provisionnelles	211
VIII.	Conclusion	215

FRANÇOIS BELLANGER

**Le contentieux des sanctions et des licenciements
en droit genevois de la fonction publique**..... 217

I.	Introduction	217
II.	Les voies de recours cantonales	218
	A. La compétence des autorités cantonales de recours	218
	1. La compétence ordinaire de la chambre administrative de la Cour de justice	218
	2. Les recours préalables	220
	B. La procédure de recours en matière de licenciement et de sanctions	222
	1. Les règles spéciales prévues par la LPAC	222
	a. Les dérogations concernant les recours contre les sanctions	222
	aa. L'exposé des motifs et les conclusions	222
	ab. Le déroulement de la procédure	223
	b. Les dérogations liées à la matière	224
	2. Le déroulement de la procédure de recours	227
	3. L'effet suspensif	228
	C. La distinction entre le licenciement et la révocation	230
III.	Les recours au Tribunal fédéral	234
	A. Le recours en matière de droit public	234
	1. Une décision	234
	a. Les décisions finales	235
	b. Les décisions partielles	235
	c. Les décisions préjudicielles et incidentes	236
	d. L'absence de décision	238
	2. Une décision fondée sur le droit public fédéral ou cantonal	239
	3. La décision d'une autorité visée à l'article 86, alinéa 1, LTF	239
	4. L'absence d'exception selon l'article 83 LTF	239
	5. La valeur litigieuse selon l'article 85 LTF	241
	6. La qualité pour recourir selon l'article 89 LTF	243
	B. Le recours constitutionnel subsidiaire	244
IV.	Conclusion	246