

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Héloïse Rosello

Les influences  
du droit privé du travail  
sur le droit de la  
fonction publique

**CERT**

**Centre d'étude  
des relations de travail**

Schulthess § 2016  
ÉDITIONS ROMANDES

# Table des matières

Avant-propos .....	VII
Remerciements .....	IX
Sommaire .....	XIII
Table des abréviations .....	XVII
Table des messages.....	XXVII
Introduction .....	1
Première partie : Les fondements de la relation de travail.....	7
Chapitre 1 : Sources .....	9
§ 1 Le droit du travail .....	9
A. Généralités.....	9
B. Les règles applicables.....	10
C. L'article 342 al. 1 CO.....	13
§ 2 Le droit de la fonction publique .....	14
A. Généralités.....	14
B. Les statuts du personnel.....	16
§ 3 Synthèse.....	18
Chapitre 2 : Origines.....	19
§ 1 Contexte de la naissance de la réglementation du travail.....	19
§ 2 Origines du droit privé et du droit public du travail.....	21
A. Le droit privé du travail .....	22
B. Le droit public du travail .....	23
§ 3 Origines du droit de la fonction publique.....	26
A. Généralités.....	26
B. La législation fédérale de la fonction publique .....	28
C. Le statut des fonctionnaires fédéraux de 1927 .....	31
I. Une première œuvre de codification .....	31
II. La création des rapports de service .....	32
1. Recrutement.....	33
2. Par décision administrative .....	34
3. Par contrat de droit administratif.....	35

4. Sous les formes du droit privé .....	37
III. Les droits et devoirs du personnel .....	38
IV. La résiliation des rapports de service.....	39
1. Des fonctionnaires.....	39
2. Des employés .....	42
3. Des autres collaborateurs.....	43
D. Le modèle traditionnel .....	44
<b>§ 4 Synthèse .....</b>	<b>51</b>
<b>Chapitre 3 : Caractéristiques essentielles.....</b>	<b>53</b>
<b>§ 1 Les rapports de travail de droit privé .....</b>	<b>53</b>
A. Les principes applicables.....	53
I. Généralités.....	53
II. La liberté contractuelle .....	54
B. Le régime du Code des obligations .....	55
<b>§ 2 Les rapports de travail de droit public.....</b>	<b>58</b>
A. Les principes applicables.....	58
I. Généralités.....	59
II. Les principes généraux de l'activité administrative.....	63
B. Les garanties de procédure.....	68
I. Généralités.....	68
II. Le droit d'être entendu .....	72
<b>§ 3 Synthèse .....</b>	<b>78</b>
<b>Deuxième partie : L'évolution du droit de la fonction publique .....</b>	<b>79</b>
<b>Chapitre 4 : Evolution de la législation .....</b>	<b>81</b>
<b>§ 1 En droit fédéral .....</b>	<b>81</b>
A. Le mouvement de réforme qui a conduit à l'abrogation du statut des fonctionnaires fédéraux (StF) du 30 juin 1927.....	81
I. Les révisions et la rigidité du StF .....	82
II. Le besoin de flexibilisation.....	83
III. L'influence de la nouvelle gestion publique.....	84
B. La nouvelle loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 .....	86
I. La nouvelle loi fédérale.....	86
II. Ses objectifs et principales nouveautés.....	87
III. Ses récentes révisions.....	89
<b>§ 2 En droit cantonal.....</b>	<b>91</b>
A. La vague de révisions des statuts traditionnels de la fonction publique.....	91
B. Les nouvelles lois sur le personnel des cantons de la Suisse romande .....	92
<b>§ 3 Synthèse .....</b>	<b>94</b>

<b>Chapitre 5 : Evolution du modèle traditionnel.....</b>	<b>95</b>
<b>§ 1 L'évolution des principales caractéristiques .....</b>	<b>95</b>
A. La nomination.....	95
B. La garantie de l'emploi.....	96
C. Les échelles de traitement.....	97
D. Le régime disciplinaire .....	99
E. Constat, tendance et limites .....	101
<b>§ 2 L'évolution des droits fondamentaux du fonctionnaire.....</b>	<b>103</b>
A. La liberté d'établissement.....	103
B. Le droit de grève.....	105
C. La liberté syndicale.....	107
D. La liberté d'opinion et d'information.....	109
E. Constat, tendance et limites .....	111
<b>§ 3 Synthèse.....</b>	<b>112</b>
<b>Chapitre 6 : Evolution du fondement de la relation de travail .....</b>	<b>113</b>
<b>§ 1 Le passage de la décision de nomination au contrat de droit public .....</b>	<b>113</b>
A. Généralités.....	114
B. Avantages et inconvénients .....	114
C. Constat, tendance et limites .....	117
<b>§ 2 L'apparition des conventions collectives de travail dans le secteur public .....</b>	<b>119</b>
A. Généralités.....	119
B. Sur le plan fédéral : les possibilités offertes par la LPers.....	121
C. Sur le plan cantonal : l'exemple de la CCT Santé 21 .....	123
D. Constat, tendance et limites .....	125
<b>§ 3 L'incorporation des règles de droit privé du travail     au droit de la fonction publique.....</b>	<b>126</b>
A. Généralités.....	126
B. Les différents renvois au droit privé .....	127
I. L'état du droit .....	127
II. Le renvoi « statique » ou « dynamique » .....	129
III. Le comblement de lacunes.....	130
IV. L'application par analogie .....	133
V. Les dispositions d'exécution et les rapports avec les règles du CO .....	136
C. Constat, tendance et limites .....	138
<b>§ 4 Synthèse.....</b>	<b>139</b>
<b>Troisième partie : Les statuts actuels de la fonction publique.....</b>	<b>141</b>
<b>Chapitre 7 : Création des rapports de travail .....</b>	<b>143</b>
<b>§ 1 Le recrutement .....</b>	<b>143</b>

A.	En droit privé du travail .....	144
B.	En droit de la fonction publique .....	145
I.	Généralités.....	145
II.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	147
III.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	148
C.	Comparaison .....	151
<b>§ 2</b>	<b>Le refus d'embauche.....</b>	<b>152</b>
A.	En droit privé du travail .....	152
I.	Les droits du candidat évincé d'un poste.....	152
II.	La protection de la personnalité du postulant .....	153
III.	L'interdiction de discriminer à l'embauche à raison du sexe.....	155
B.	En droit de la fonction publique .....	158
I.	Les droits du candidat évincé d'un poste.....	158
II.	La protection de la personnalité du postulant .....	164
III.	L'interdiction de discrimination à l'embauche à raison du sexe.....	166
C.	Comparaison .....	171
<b>§ 3</b>	<b>Les modes d'engagement.....</b>	<b>172</b>
A.	En droit privé du travail .....	172
B.	En droit de la fonction publique .....	174
I.	La décision .....	174
1.	Généralités.....	174
2.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	175
3.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	177
II.	Le contrat de travail de droit public.....	178
1.	Généralités.....	179
2.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	182
3.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	187
III.	Le contrat de travail de droit privé .....	190
1.	Généralités.....	190
2.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	194
3.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	196
IV.	Le choix du mode d'engagement.....	198
1.	Généralités.....	198
2.	Requalification du rapport juridique.....	199
3.	Jurisprudence.....	202
4.	Constat, tendance et limites .....	207
V.	Questions choisies .....	208

1.	Les principes de l'activité administrative : une application aux rapports de travail de droit privé ? .....	209
2.	Les garanties de procédure administrative : une application aux rapports de travail soumis au droit privé ? .....	212
3.	Le droit privé peut-il être applicable aux employés d'entités à qui des tâches ont été déléguées par une collectivité publique ? .....	213
C.	Comparaison .....	219
<b>§ 4</b>	<b>Synthèse</b> .....	<b>220</b>
<b>Chapitre 8 : Cessation des rapports de travail</b> .....		<b>223</b>
<b>§ 1</b>	<b>La résiliation des rapports de travail</b> .....	<b>223</b>
A.	En droit privé du travail .....	223
I.	Généralités .....	224
II.	La résiliation ordinaire .....	224
III.	La résiliation extraordinaire .....	225
IV.	La liberté d'appréciation de l'employeur .....	228
B.	En droit de la fonction publique .....	229
I.	Généralités .....	229
II.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération .....	230
III.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	233
IV.	Jurisprudence .....	235
1.	Période probatoire .....	235
2.	Résiliation ordinaire .....	237
3.	Résiliation extraordinaire .....	241
4.	Suppression de poste .....	249
V.	Le cas particulier de la révocation disciplinaire .....	252
1.	Généralités .....	252
2.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération .....	258
3.	Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	259
4.	Jurisprudence .....	260
VI.	La liberté d'appréciation de l'employeur .....	264
1.	Généralités .....	264
2.	Résiliation ordinaire et extraordinaire .....	265
3.	Autres restrictions .....	267
C.	Comparaison .....	272
<b>§ 2</b>	<b>Le congé abusif</b> .....	<b>276</b>
A.	En droit privé du travail .....	276
B.	En droit de la fonction publique .....	282
I.	Généralités .....	282
II.	Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération .....	283

III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	284
IV. Jurisprudence.....	286
C. Comparaison .....	287
<b>§ 3 Le congé en temps inopportun .....</b>	<b>289</b>
A. En droit privé du travail .....	289
B. En droit de la fonction publique .....	292
I. Généralités.....	292
II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	293
III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	295
IV. Jurisprudence.....	299
C. Comparaison .....	301
<b>§ 4 Les conséquences d'un congé infondé.....</b>	<b>303</b>
A. En droit privé du travail .....	303
B. En droit de la fonction publique .....	304
I. Généralités.....	304
II. Sous le régime de la loi sur le personnel de la Confédération.....	305
III. Sous le régime des statuts cantonaux de la Suisse romande .....	307
IV. Jurisprudence.....	312
C. Comparaison .....	319
<b>§ 5 Synthèse.....</b>	<b>321</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>327</b>
<b>§ 1 Les principaux enseignements de la thèse .....</b>	<b>327</b>
A. Première partie : les fondements de la relation de travail .....	327
B. Deuxième partie : l'évolution du droit de la fonction publique .....	329
C. Troisième partie : les statuts actuels de la fonction publique.....	330
<b>§ 2 Réflexions sur les résultats obtenus par la recherche.....</b>	<b>332</b>
<b>Annexes.....</b>	<b>337</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>343</b>
<b>Index .....</b>	<b>387</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>393</b>