



19 septembre 2008

Révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers)

Rapport explicatif relatif au projet soumis à
consultation

Révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers)

Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation

1.	Contexte	3
2.	Buts et contenu de la révision.....	3
3.	Commentaire des divers points de la révision	4
3.1	<i>Modifications de la loi sur le personnel de la Confédération.....</i>	<i>4</i>
3.1.1	<i>Evitement des répétitions du CO</i>	<i>4</i>
3.1.2	<i>Champ d'application (art. 2, al. 2, let. c à e, P-LPers)</i>	<i>5</i>
3.1.3	<i>Pilotage et coordination de la politique du personnel dans le cadre des activités externalisées (art. 5, al. 3 et art. 4 P-LPers).....</i>	<i>6</i>
3.1.4	<i>Temps d'essai (art. 8, al. 1 et 2, P-LPers).....</i>	<i>6</i>
3.1.5	<i>Durée déterminée et durée de fonction.....</i>	<i>7</i>
3.1.6	<i>Limite d'âge (art. 10, al. 1 et 2, P-LPers)</i>	<i>8</i>
3.1.7	<i>Motifs de résiliation (art. 10, al. 3 et 4, P-LPers).....</i>	<i>9</i>
3.1.8	<i>Délais de résiliation</i>	<i>10</i>
3.1.9	<i>Suppléments de salaire (art. 15, al. 4, P-LPers)</i>	<i>11</i>
3.1.10	<i>Congé des parents (art. 17, al. 2, P-LPers)</i>	<i>11</i>
3.1.11	<i>Aide à la transition professionnelle (art. 19 al. 1, P-LPers).....</i>	<i>12</i>
3.1.12	<i>Indemnité (art. 19, al. 2 à 5, P-LPers).....</i>	<i>12</i>
3.1.13	<i>Discipline des transferts (art. 21, al. 1, let. a, P-LPers).....</i>	<i>13</i>
3.1.14	<i>Garantie de l'exécution des tâches (art. 25 et 26 P-LPers)</i>	<i>13</i>
3.1.15	<i>Système d'information du personnel et dossiers du personnel (art. 27a à 27c P-LPers).....</i>	<i>13</i>
3.1.16	<i>Financement de la prévoyance (art. 32c et 32g, al. 4, P-LPers)</i>	<i>14</i>
3.1.17	<i>Effet suspensif et conséquences juridiques (art. 34a et 34b P-LPers)</i>	<i>15</i>
3.1.18	<i>Instances judiciaires de recours (art. 34 al.2 et 36 P-LPers)</i>	<i>17</i>
3.1.19	<i>Dispositions d'exécution (art. 37, al. 3, 3^{bis} et 4, P-LPers).....</i>	<i>17</i>
3.2	<i>Modifications du droit en vigueur</i>	<i>20</i>
3.2.1	<i>Loi sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).....</i>	<i>20</i>
3.2.2	<i>Loi sur la protection des données (LPD; RS 235.1).....</i>	<i>20</i>
3.2.3	<i>Procédure pénale militaire (PPM; RS 322.1)</i>	<i>20</i>
4.	Conséquences	20
4.1	<i>Conséquences pour la Confédération.....</i>	<i>20</i>
4.2	<i>Conséquences pour les cantons.....</i>	<i>21</i>
5.	Liens avec le programme de la législature.....	21
6.	Rapports avec le droit européen	21

1. Contexte

S'agissant d'une loi-cadre, la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1) ne contient que peu de normes détaillées. Elle se contente de fixer un cadre que le Conseil fédéral, les employeurs (notion précisée au point 3.1.20, à propos de l'art. 37 P-LPers) et les partenaires sociaux peuvent aménager avec souplesse. La nouveauté essentielle par rapport au statut des fonctionnaires de 1927 tient à ce que le code des obligations (CO; RS 220) s'applique par défaut, à moins d'une dérogation prévue par la LPers pour les rapports de travail à la Confédération. En outre, la LPers a aboli les automatismes pour prendre en compte les prestations dans la structure du salaire, la création des rapports de travail se fait par contrat et non plus par décision, les motifs de licenciement sont mentionnés dans une liste exhaustive et la possibilité de signer des conventions collectives de travail (CCT) valorise le partenariat social. Ainsi, la LPers a jeté les bases de rapports de travail modernes à la Confédération et dans ses entreprises.

La présente révision de la LPers s'inscrit dans la réforme de l'administration fédérale (REF 05/07). A travers ce projet, le Conseil fédéral vise à simplifier le droit du personnel, à réduire la densité normative et à aider la Confédération à rester attrayante et compétitive en tant qu'employeur. La flexibilité préconisée doit permettre au Conseil fédéral et aux employeurs de la Confédération de moderniser la gestion du personnel, d'adapter rapidement leurs rapports de travail à l'évolution du contexte et d'accroître l'efficacité du secteur public. Elle doit également ménager au personnel une marge de manœuvre suffisante pour qu'il puisse relever avec souplesse les défis toujours nouveaux du marché du travail.

La LPers est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001 pour les CFF, et depuis le 1^{er} janvier 2002 pour le reste de la Confédération. Elle a été modifiée entre-temps à plusieurs reprises. Ainsi, le nouveau droit applicable à la rémunération et aux autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique (art. 6a LPers) est en vigueur depuis le 1^{er} février 2004. Dans le cadre de la réforme de la justice, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal administratif fédéral ont été créés et les voies de recours ont été modifiées au 1^{er} janvier 2007 (art. 2, al. 1, let. f; art. 3, al. 2 et 3; art. 9, al. 3; art. 36; art. 36a LPers). Par ailleurs, suite à la révision de la loi relative à PUBLICA, l'art. 32b à 32m, portant sur la prévoyance professionnelle, sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2008 (FF 2007 21). Les art. 32e, al. 3 et 41a, al. 1, sont déjà en vigueur depuis le 1^{er} mai 2007 (RO 2007 2249).

2. Buts et contenu de la révision

La Confédération est en concurrence avec beaucoup d'autres employeurs sur le marché du travail. En outre, elle est soumise à une pression toujours plus forte en matière de performance et de qualité. Dans cette compétition, une marge de manœuvre suffisante est un facteur décisif pour pouvoir réagir rapidement à un contexte en constante

mutation. L'un des objectifs majeurs de la présente révision de la LPers est précisément d'accroître la liberté de décision de la Confédération et sa marge d'action dans le domaine des relations de travail. Il s'agit de rapprocher les possibilités qu'ont les acteurs concernés – partenaires sociaux, parties aux contrats de travail, organes compétents pour édicter les dispositions d'exécution, etc. – de celles dont jouissent les acteurs de l'économie privée. Ce faisant, le Conseil fédéral espère gagner en flexibilité. La Confédération et ses employés doivent être des partenaires égaux en droit sur le marché du travail, jouir de suffisamment de liberté et disposer d'instruments d'action adéquats. Ces objectifs et les premières expériences réalisées dans l'application de la LPers ont conduit à distinguer plusieurs thèmes de révision:

- poursuite de l'harmonisation entre la LPers et le CO;
- réglementation plus souple sur la dissolution des rapports de travail;
- simplification de la procédure de recours;
- création d'une base légale pour le congé parental;
- création d'une base légale pour le système d'information du personnel ainsi que pour les dossiers de candidature et les dossiers du personnel électroniques;
- réglementation plus souple en cas de financement de la prévoyance professionnelle;
- réglementation plus claire des dispositions d'exécution de la LPers.

Ces modifications de la LPers exigent de modifier d'autres lois fédérales, soit la loi sur le Tribunal fédéral et la loi sur la procédure pénale militaire.

3. Commentaire des divers points de la révision

3.1 Modifications de la loi sur le personnel de la Confédération

3.1.1 *Evitement des répétitions du CO*

La LPers ne porte en principe que sur les dérogations au CO. Celui-ci s'applique par analogie aux questions de droit du travail si la LPers n'en dispose pas autrement (art. 6, al. 2, LPers). Or malgré ce principe, la LPers répète certaines dispositions du CO, comme par exemple:

Selon l'art. 9, al. 1, les rapports de travail sont de durée indéterminée si le contrat de travail n'est pas conclu pour une durée déterminée. Or cette norme répète un principe qui s'applique de toute façon, selon l'art. 6, al. 2, LPers ou l'art. 334 CO. D'où la nécessité de l'abroger (voir ch. 3.1.5).

Selon l'art. 10, al. 1, les parties peuvent, d'un commun accord, mettre fin en tout temps aux rapports de travail. Comme cette norme ne fait que répéter un principe inhérent à la liberté du contrat, il y a lieu de l'abroger.

L'art. 11 prévoit que le contrat de durée déterminée ne peut être résilié avant son

échéance de manière unilatérale que s'il existe de justes motifs pour une résiliation de manière extraordinaire. Or cette norme répète les art. 334 et 337 CO (voir ch. 3.1.7).

Quant à l'art. 20, il porte sur l'obligation de sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur. Il fait double emploi avec l'art. 321a, al. 1, CO (diligence et fidélité à observer), qui s'applique aussi aux rapports de travail en place à la Confédération selon l'art. 6, al. 2, LPers. Etant donné que l'art. 321a, al. 3 CO limite la possibilité qu'a l'employé d'accomplir, parallèlement à ses obligations contractuelles, un travail rémunéré pour le compte d'un tiers la suppression de l'art. 20, al. 2 LPers ne pose donc pas problème. L'art. 20 est donc biffé.

L'abrogation de ces dispositions de la LPers, et d'autres encore qui sont superflues dès lors que le CO s'applique à titre subsidiaire, met fin à des redondances entre la LPers et le CO et conduit à une harmonisation croissante entre les deux lois. Elle a pour effet de rapprocher le droit du personnel en place à la Confédération du CO en vigueur dans l'économie privée.

3.1.2 Champ d'application (art. 2, al. 2, let. c à e, P-LPers)

Le droit en vigueur délègue aux employeurs la compétence de choisir à quelle législation sur le travail ils entendent soumettre les employés recrutés et engagés à l'étranger (art. 6, al. 5, LPers et art. 5, al. 1, ordonnance-cadre LPers; voir remarques du point 3.1.19 concernant la notion d'employeur).

La possibilité de choix conférée à l'employeur disparaît au profit d'une réglementation légale uniforme. L'art. 2, al. 2, let. c, P-LPers prévoit que le personnel recruté et engagé à l'étranger aura un contrat régi par le droit local. Cette disposition vise avant tout le personnel auxiliaire administratif et technique recruté par les représentations et les missions suisses à l'étranger (chauffeurs, personnel de maison, employés de secrétariat, etc.). De même, la résolution des litiges est régie par la procédure étrangère. Sont notamment applicables la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291) et les accords interétatiques. Le droit local constitue d'ailleurs généralement, pour l'embauche du personnel recruté et employé à l'étranger et pour la résolution des litiges, une solution plus adéquate que le droit suisse. Cette nouveauté requiert l'adaptation rédactionnelle de l'art. 6, al. 5 LPers.

Dans le passé déjà, le personnel des organisations de droit public ou privé extérieures à l'administration fédérale, auxquelles sont confiées des tâches administratives (art. 2, al. 4, LOGA, par ex. la CNA ou la Banque nationale) n'était pas soumis à la LPers (voir message concernant la LPers, FF 1999 1430). Pour écarter toute ambiguïté à ce sujet, leur statut est clairement défini dans le P-LPers (art. 2, al. 2, let. d).

La Poste et les CFF sont des exceptions à la règle. Leur lien à la LPers figure à l'art. 3, al. 1, let. c et d et à l'art. 15 LPers, ainsi qu'à l'art. 15 LCFF (RS 742.31) et à l'art. 15 de la loi sur l'organisation de la Poste (LOP; RS 783.1). Des projets en cours, comme la révision de la législation postale, examinent cet assujettissement à la LPers. La législation spéciale (loi sur les CFF et LOP) soumettra ensuite au CO, s'il y a lieu, les rapports de travail en place à la Poste et aux CFF.

De même, le personnel nommé pour une durée de fonction ne sera plus soumis à la

LPers (art. 2, al. 2, let. e, P-LPers). Les lois spéciales seront seules à régler le statut du personnel exerçant de telles fonctions (voir ch. 3.1.5).

3.1.3 Pilotage et coordination de la politique du personnel dans le cadre des activités externalisées (art. 5, al. 3 et art. 4 P-LPers)

Les organisations et les personnes extérieures à l'administration fédérale n'entrent pas dans le champ d'application de la LPers (voir art. 2, al. 2, let. d, P-LPers). Il s'ensuit que jusqu'à nouvel avis, la Poste et les Chemins de fer fédéraux restent seuls soumis à la LPers. D'où l'inutilité d'un service spécialisé chargé uniquement de la coordination des questions relatives au personnel des CFF et de la Poste, ce qui fait que l'art. 5, al. 3 et 4, LPers peut être abrogé.

Le Conseil fédéral a en revanche toujours la possibilité d'influencer, à travers son pilotage, les questions relatives au personnel des entreprises et établissements de la Confédération, ainsi que des unités administratives décentralisées. L'art. 6a LPers prévoit que le Conseil fédéral édicte des principes applicables à la rémunération et à d'autres conditions contractuelles des cadres du plus haut niveau hiérarchique et des membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération. Il est par ailleurs prévu que le Conseil fédéral approuve les ordonnances sur le personnel des unités administratives décentralisées, pour autant qu'elles soient soumises à la LPers et disposent de compétences de l'employeur déléguées par le Conseil fédéral (voir précisions au ch. 3.1.20 portant sur l'art. 37, al. 3^{bis}, P-LPers). Si par contre ces dernières disposent de leurs propres statuts du personnel et ne sont dès lors pas soumises aux dispositions de la LPers, les principes directeurs applicables sont ceux du rapport sur le gouvernement d'entreprise en matière de personnel et de prévoyance professionnelle que le Conseil fédéral adoptera à l'attention du Parlement.

3.1.4 Temps d'essai (art. 8, al. 1 et 2, P-LPers)

L'art. 8, al. 1, P-LPers biffe la restriction antérieure «*sous réserve de l'art. 9, al. 3 à 5*». Cette modification est la conséquence logique de l'abrogation de l'art. 9 (des précisions concernant la «durée déterminée» et la «durée de fonction» figurent au point 3.1.5).

Selon l'art. 8, al. 2, LPers, le temps d'essai à la Confédération dure six mois au maximum. Dans l'économie privée, selon l'art. 335b CO, est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail. Un contrat ou une CCT peuvent toutefois prolonger le temps d'essai à trois mois au maximum. Or rien ne justifie un temps d'essai plus long à la Confédération – en dehors du supplément de temps requis le cas échéant par la PA pour la procédure de résiliation du contrat de travail. Le temps d'essai plus long prévu à la Confédération risque d'ailleurs de léser les employés. Car la période d'essai leur offre une moindre sécurité, en cas de résiliation du contrat de travail, en ce qui concerne le délai de licenciement, sa motivation et la protection visée à l'art. 336a CO.

Le P-LPers prévoit donc que les dispositions régissant le temps d'essai doivent être en principe les mêmes à la Confédération que dans le secteur privé. Concrètement, le CO prévoit pour le temps d'essai une durée minimale d'un mois. Si les parties contractantes à la Confédération conviennent d'un temps d'essai, celui-ci durera donc au minimum un mois et – sous réserve des exceptions mentionnées à l'art. 8, al. 2, P-LPers – au

maximum trois mois.

L'art. 8, al. 2, P-LPers autorise des périodes d'essai plus longues que dans le CO mais n'excédant pas six mois. De telles exceptions sont toutefois strictement limitées. Le P-LPers n'autorise des temps d'essai dépassant trois mois (six mois au maximum) que pour des fonctions spéciales exigeant une mise à l'épreuve prolongée (par ex. greffiers du Tribunal fédéral). De telles exceptions ne peuvent être introduites que par des normes abstraites et générales (dispositions d'exécution, CCT), et non dans un cas d'espèce par voie décisionnelle ou contractuelle.

3.1.5 *Durée déterminée et durée de fonction*

Selon l'art. 9, al. 1, LPers, les rapports de travail sont de durée indéterminée si le contrat de travail n'est pas conclu pour une durée déterminée. Or cet alinéa est superflu, vu que le CO s'applique de toute façon (art. 6, al. 2, LPers en relation avec l'art. 334 CO).

L'art. 9, al. 2, LPers limite à cinq ans en principe la durée déterminée possible. Cette dérogation au CO n'a guère de raison d'être, et pose de surcroît des problèmes d'exécution. L'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC) et l'art. 334 CO offrent une protection suffisante contre les contrats abusifs, notamment les contrats en chaîne visant à empêcher la naissance des droits liés à l'ancienneté. Concernant l'art. 334 CO, la jurisprudence et la pratique prévoient de considérer comme un contrat de durée indéterminée plusieurs contrats successifs de durée déterminée, à moins que cela ne se justifie pas objectivement. Les éventuelles brèves interruptions entre deux contrats restent sans conséquence. Ces principes sont également applicables au personnel de la Confédération. Le P-LPers abroge donc cette disposition.

La LPers a beau avoir supprimé, pour la plupart des employés de la Confédération, la nomination pour une durée de fonction, son art. 9, al. 4 à 6, et diverses lois spéciales la prévoient encore pour quelques fonctions. Le P-LPers abroge l'art. 9 LPers. Quant au personnel élu pour une durée de fonction, il n'est plus soumis à la LPers (art. 2, al. 2, let. e, P-LPers). Si dans des domaines spécifiques une durée de fonction s'impose – notamment pour garantir l'indépendance des personnes face à leur organe de nomination –, c'est donc à la législation spéciale à régler la question ou à fixer le cadre des dispositions d'exécution. Par exemple, des nominations pour une durée de fonction sont prévues dans des lois spéciales pour les juges d'instruction fédéraux et pour leurs suppléants (art. 15, al. 1, let. e, loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral [LTPF; RS 173.71]), pour les juges (art. 9 LTPF, art. 9, loi sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF; RS 173.32], art. 7, 11 et 14, procédure pénale militaire [PPM, RS 322.1]), pour le directeur du Contrôle fédéral des finances (art. 2, al. 2, loi sur le Contrôle des finances [LCF, RS 614.0]) ainsi que pour l'auditeur en chef de l'armée et son suppléant (art. 17 PPM).

Le projet de révision étend l'élection pour une durée de fonction au préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et – point inscrit dans la loi et non plus dans une ordonnance – au secrétaire général du Tribunal fédéral (détails au ch. 3.2).

Ces lois spéciales définissent différemment, en particulier, l'organe de nomination, la

durée de fonction ainsi que la réélection et la non-réélection, chacune fixant un cadre réglementaire différent pour les questions de détail. Cela explique par ex. la diversité des normes régissant les rapports de travail fondés sur une durée de fonction, par ex. à l'art. 26 de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (OLPA; RS 171.115), à l'art. 32 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers; RS 172.220.111.3), dans l'ordonnance sur la durée de fonction (RS 172.220.111.6) ou à l'art. 19 de l'ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral (OPersTF; RS 172.220.114).

Outre ces durées de fonction définies dans des lois spéciales, l'art. 32 OPers prévoit, en se fondant sur l'art. 9 LPers, une durée de fonction pour le procureur général de la Confédération et son suppléant, ainsi que pour les procureurs fédéraux et leurs suppléants. L'abrogation dudit article prive ces nominations de toute base légale. D'où le projet de définir pour les rapports de travail concernés, dans la nouvelle loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP), une durée de fonction de 4 ans. Il est prévu que le Conseil fédéral adopte prochainement le message concernant cette loi.

Les lois spéciales prévoyant une durée de fonction pour les rapports de travail de certaines personnes doivent en particulier définir l'organe de nomination, la durée de fonction, la procédure d'élection, de même que la procédure et les motifs de destitution. Il leur faut par ailleurs déterminer quelles dispositions s'appliquent au personnel. En l'absence de règlement spécifique, il y aurait lieu de préciser que le droit du personnel de la Confédération s'applique par analogie, pour autant que le droit spécial n'en dispose pas autrement.

3.1.6 Limite d'âge (art. 10, al. 1 et 2, P-LPers)

En vertu de l'art. 10, al. 2, let. a, LPers, les rapports de travail à la Confédération prennent fin sans résiliation, à l'âge ordinaire de la retraite fixé à l'art. 21 LAVS. Cette disposition est reprise telle quelle à l'art. 10, al. 1, P-LPers.

L'art. 10, al. 3, LPers habilite le Conseil fédéral à abaisser l'âge de la retraite pour des catégories de personnel déterminées, et les employeurs à prévoir, dans des cas particuliers, une occupation allant au-delà de cet âge. L'art. 10, al. 2, P-LPers délègue aux employeurs exclusivement les compétences que se partagent aujourd'hui le Conseil fédéral et les employeurs. Eux seuls peuvent prévoir, dans des normes générales et abstraites (dispositions d'exécution, CCT), un âge limite moins élevé pour des catégories de personnes déterminées (let. a) ou une occupation allant au-delà de l'âge ordinaire de la retraite (let. b).

L'évolution de la pyramide des âges et celle du marché du travail, la capacité de travail souvent intacte des employés âgés et l'objectif de flexibilisation sous-jacent à la révision de la LPers rendent nécessaires cette autonomie réglementaire et cette marge de manœuvre supplémentaire. Ainsi les employeurs ou les partenaires sociaux ont la possibilité d'ajuster leur comportement à la situation. Ils peuvent mieux prendre en compte les besoins notamment du marché du travail et de l'exploitation, ainsi que les circonstances individuelles.

3.1.7 Motifs de résiliation (art. 10, al. 3 et 4, P-LPers)

Aujourd'hui, les employeurs de la Confédération ne peuvent mettre fin aux rapports de travail que dans des cas expressément prévus, constituant un motif de résiliation ordinaire (art. 12, al. 6, LPers) ou immédiate (al. 7).

Le CO se base sur la liberté de contracter ainsi que sur la liberté de résilier. Il interdit les licenciements abusifs (art. 335 et 336 à 336c CO). Il n'exige aucun motif pour une résiliation ordinaire. En cas de résiliation immédiate, l'art. 337 CO exige de *«justes motifs»*, soit des *«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»*.

L'énumération à l'art. 12, al. 6, LPers, des motifs de résiliation ordinaire confère déjà à l'heure actuelle une assez grande marge de manœuvre aux employeurs. La pratique a toutefois montré qu'il peut être difficile pour la Confédération de résilier un contrat sans devoir fournir des efforts disproportionnés. C'est pourquoi les motifs de résiliation doivent être soumis à une nouvelle réglementation, de façon à procurer davantage de flexibilité aux employeurs. Cette disposition ne marquera toutefois pas un changement radical par rapport à la pratique actuelle. Tout indique donc qu'à l'avenir, les motifs de résiliation resteront globalement les mêmes que dans le droit en vigueur. Par contre, la disposition révisée est susceptible d'épargner aux employeurs bien des tracasseries dans des cas d'espèce. La difficulté de rattacher un fait à l'un des motifs de résiliation inscrits dans la loi obligeait souvent à jouer sur les mots. Dorénavant, les employeurs devront exposer un motif en soi suffisant et conforme aux faits concrets.

La formulation de la disposition révisée doit toutefois tenir compte du fait que la Constitution restreint la liberté de résiliation. Les organes de l'Etat sont liés, dans leurs actes, aux principes de base ancrés dans la Constitution. Ils sont tenus, en particulier, d'appliquer le principe de l'égalité de traitement et de respecter l'interdiction de l'arbitraire. Contrairement aux employeurs du secteur privé, la Confédération ne peut pas résilier librement, sans motifs, les rapports de travail. En vertu du droit constitutionnel, elle a besoin pour toute intervention sur le terrain du droit – donc aussi pour la résiliation des rapports de travail –, de motifs objectivement suffisants. Le législateur a concrétisé à l'art. 12 LPers cette exigence du droit constitutionnel. Son al. 6 énumère six groupes de cas présentant un motif de résiliation ordinaire. Quant à l'al. 7 – analogue à l'art. 337 CO –, il prévoit qu'une résiliation immédiate exige de justes motifs.

L'art. 10, al. 3, P-LPers formule de manière plus ouverte l'exigence figurant dans le droit constitutionnel. Par analogie à l'art. 12, al. 7, LPers (désormais intégré à l'art. 10, al. 3, P-LPers), qui exige de *«justes motifs»*, l'art. 10, al. 3, P-LPers indique désormais avec une formulation plus ouverte les raisons qui autorisent l'employeur de la Confédération à une résiliation selon la procédure ordinaire. Une résiliation selon la procédure ordinaire demande désormais des *«motifs objectivement suffisants»*, tandis qu'une résiliation immédiate continue à exiger de *«justes motifs»* au sens de l'art. 337 CO. Ainsi l'art. 10, al. 3, P-LPers est plus ouvert que l'actuel art. 12, al. 6. Il permet aux employeurs de la Confédération de s'adapter au contexte et à l'évolution de la politique du personnel ou de la pratique, tout en respectant les exigences constitutionnelles. Dans ce contexte, il convient de mentionner le droit d'être entendu. Avant la prise d'une

décision, l'employé concerné a le droit de s'exprimer. Pour cet employé, le droit d'être entendu implique notamment aussi le droit de consulter le dossier le concernant. Si le droit d'être entendu n'est pas respecté, la décision prise est révoquée.

Même si le P-LPers s'abstient d'énumérer les motifs justifiant un licenciement ou d'en cerner le contenu, les employeurs de la Confédération restent dans l'obligation, en vertu du droit constitutionnel, de rendre compréhensible son licenciement à l'intéressé en exposant leurs motifs – y compris pour les contrats de travail soumis au CO. Cette obligation de motiver ne se limite pas au licenciement et vaut pour toute décision par laquelle un employeur de la Confédération impose des obligations à une personne ou restreint ses droits. L'obligation faite à l'employeur d'énoncer ses motifs est ainsi maintenue; elle fait partie intégrante de chaque décision; elle reste inscrite dans le droit, à l'art. 34, al. 1, LPers, ainsi qu'aux art. 5 et 35 PA.

L'art. 10, al. 3, P-LPers reprend tout à la fois l'art. 12, al. 6, let. a à f (résiliation ordinaire) et les art. 11 et 12, al. 7, LPers (résiliation extraordinaire). En allant au-delà du CO, cette réglementation ne fait que concrétiser l'exigence, figurant dans le droit constitutionnel, de motifs objectivement suffisants. Tout comme une abondante jurisprudence a illustré les «*justes motifs*» de résiliation immédiate (art. 12, al. 7 LPers; art. 337, al. 1, CO), la pratique devra encore concrétiser les «*motifs objectivement suffisants*» d'un congé selon la procédure ordinaire. Les motifs énumérés à l'art. 12, al. 6, LPers peuvent à tout le moins être qualifiés d'objectivement suffisants.

Par analogie à l'actuel art. 12, al. 6, let. f, l'art. 10, al. 4, P-LPers permet de continuer à fixer dans le contrat de travail les conditions justifiant la résiliation des rapports de travail (par ex. achèvement du projet, épuisement des crédits, départ du responsable hiérarchique, disparition des conditions permettant une collaboration fructueuse, absence de volonté du chef de département de poursuivre la collaboration).

3.1.8 Délais de résiliation

Les délais de résiliation ordinaire du contrat de travail au sens de la LPers (art. 12, al. 2 et 3) s'écartent des délais de congé figurant dans le contrat au sens du CO; pendant le temps d'essai et après également, ils sont plus longs que ceux inscrits aux art. 335b et 335c CO. Lors de la promulgation de la LPers, le législateur a voulu ainsi compenser l'abandon de la nomination pour une période administrative.

Or les délais plus longs inscrits dans la LPers sont souvent préjudiciables aux employés, surtout lorsqu'ils donnent eux-mêmes leur congé pour accepter (à court terme) un autre emploi. De tels délais privent les parties contractantes de flexibilité et ne leur permettent pas d'agir rapidement.

Le P-LPers prévoit donc l'abrogation de l'art. 12 LPers. Ainsi, selon l'art. 6, al. 2, LPers, les délais minimaux de résiliation applicables aux rapports de travail à la Confédération deviennent les mêmes que dans l'économie privée, soumise aux art. 335b et 335c CO.

Il est néanmoins possible de s'écarter de ces délais dans les dispositions d'exécution (ordonnance, convention collective de travail [CCT]) ou suite à un accord écrit conclu par les parties contractantes dans le cadre de l'art. 335b, al. 2 et 3 ainsi que de l'art. 335c, al. 2, CO (des précisions sur le lien avec le CO figurent au point 3.1.19).

3.1.9 Suppléments de salaire (art. 15, al. 4, P-LPers)

L'art. 15, al. 4, LPers confère aux employeurs la compétence de prévoir le versement de suppléments au salaire. Or cette disposition est restrictive, n'habilitant les employeurs qu'à «*adapter [le salaire] au marché régional de l'emploi, à l'infrastructure locale et aux besoins spécifiques de la branche*». Une telle formulation exclusive rend le système salarial peu flexible et limite inutilement le champ d'action des employeurs de la Confédération.

L'art. 15, al. 4, P-LPers prévoit donc de compléter cet objectif par l'expression «*en particulier*». Cette marge de manœuvre supplémentaire, destinée à tenir compte des besoins spécifiques de l'employeur dans le domaine salarial, inclut par exemple les formes de suppléments déjà en place, comme les primes de fonction, les allocations liées au marché de l'emploi ou les allocations spéciales.

Le Parlement peut continuer à influencer la pratique des employeurs en matière de suppléments à travers le budget, le controlling et le reporting (art. 5 LPers), tout comme il peut jouer un rôle de pilotage notamment sur les salaires (art. 15) et les conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique des entreprises et établissements de la Confédération (art. 6a).

3.1.10 Congé des parents (art. 17, al. 2, P-LPers)

Selon l'art. 17 LPers, les dispositions d'exécution régissent les congés (al. 1). Le Conseil fédéral fixe la durée minimale du congé de maternité (al. 2). Or cet article ne dit rien du congé du père en cas de naissance ou du congé d'adoption. La question de savoir si le Conseil fédéral ou les employeurs de la Confédération ont le droit d'accorder de tels congés reste donc ouverte.

L'art. 17, al. 2, P-LPers habilite le Conseil fédéral à fixer «*la durée minimale du congé des parents en cas de naissance ou d'adoption*». Autrement dit, il peut astreindre les employeurs à accorder au moins un congé d'une certaine durée aux parents. Le congé des parents inclut – plus clairement que le congé de maternité inscrit dans le droit actuel – le congé des pères et celui des parents adoptifs. Cette nouvelle disposition crée la base légale pour le congé paternité. En outre, elle inclut expressément le congé d'adoption.

Les dispositions en vigueur pour le personnel de l'administration fédérale prévoient un congé de maternité de quatre mois (art. 60 OPers), un congé d'adoption de deux mois (art. 61 OPers) et, depuis le 1^{er} janvier 2008, un congé paternité de cinq jours (art. 40, al. 3, let. b, ordonnance concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers; RS 172.220.111.31).

Le Conseil fédéral devra aussi respecter à l'avenir, lors de la promulgation de ses dispositions d'exécution de l'art. 17, al. 2, LPers, la réglementation impérative du CO sur les congés. Ainsi, il ne peut aller en dessous de la norme minimale figurant dans le CO. L'art. 37 P-LPers réglemente la question en détail (voir 3.1.19).

3.1.11 Aide à la transition professionnelle (art. 19 al. 1, P-LPers)

Si la personne employée forme un recours contre son licenciement, le contrat de travail selon le droit en vigueur est maintenu jusqu'à l'entrée en force de la décision, à moins que l'employeur ait retiré son effet suspensif au recours (art. 55 PA; voir ch. 3.1.17). Ainsi, il n'est pas possible de repourvoir le poste tant que l'issue de la procédure de recours est incertaine.

En principe, la Confédération doit continuer à employer la personne si elle fait valoir que la résiliation est nulle (art. 14 LPers) et si le congé est annulé. Faute de pouvoir garder cette personne à son service, l'employeur est tenu de lui verser une indemnité (art. 19, al. 3 et 4, LPers). Si la résiliation est entachée d'un vice ou nulle, la personne concernée a le droit d'être réintégrée dans l'emploi qu'elle occupait. Si ce n'est pas possible, l'employeur doit lui proposer un autre travail pouvant raisonnablement être exigé d'elle (art. 19, al. 1 à 3, LPers). Cette réglementation s'écarte du droit privé.

Le P-LPers reprend l'obligation de soutien figurant aux art. 14 et 19 LPers. Il remplace l'obligation de réintégration de la personne licenciée par une obligation moins spécifique d'aide à la transition professionnelle. Ainsi le P-LPers ne met plus l'accent, en cas de licenciement sans faute de l'employé, sur la réintégration de l'employé et laisse le champ ouvert à d'autres mesures de soutien. On peut notamment penser à l'aide au changement de secteur d'activité ou à l'exercice d'une activité indépendante (reclassement, remplacement externe, bourse de l'emploi, octroi de mandats, etc.). Le P-LPers permet en outre la poursuite de l'activité professionnelle dans l'emploi antérieur ou dans un autre emploi raisonnablement exigible à la Confédération, mais sans en faire désormais une mesure de soutien de première importance, laissant les parties contractantes libres de décider quelle mesure est adéquate dans le cas concret. Le P-LPers permet dès lors l'adoption de mesures mieux adaptées à la situation, tenant davantage compte du contexte spécifique que le système unilatéral de priorités actuellement inscrit dans la LPers. L'employeur doit s'efforcer de convenir les mesures adéquates avec la personne concernée; ce n'est qu'en cas d'impasse qu'il rend une décision (art. 34, al. 1, LPers).

Des compléments d'information sur l'indemnité au sens de l'art. 34b P-LPers figurent au ch. 3.1.17; pour les indemnités de départ au sens de l'art. 19, al. 2 à 5, P-LPers, voir sous 3.1.12.

3.1.12 Indemnité (art. 19, al. 2 à 5, P-LPers)

L'art. 19, al. 2 à 5, P-LPers, portant sur l'indemnité, est plus concis et plus simple que le droit actuel (art. 19, al. 2 à 8, LPers). Cette norme résume les al. 2 à 8 de l'actuel art. 19 LPers. Elle accorde aux employeurs l'autonomie réglementaire et la liberté d'action, pour qu'ils puissent tenir compte des circonstances particulières. En particulier, ils reçoivent la compétence d'élargir dans leurs dispositions d'exécution le cercle des bénéficiaires (art. 19, al. 3, P-LPers). On peut penser ici aux cadres du plus haut niveau hiérarchique (par ex. secrétaires d'Etat, directeurs d'offices), ou aux employés faisant l'objet d'un plan social. Les droits à l'indemnité inscrits dans la LPers sont par ailleurs maintenus.

Cette extension des compétences de l'employeur s'impose pour offrir principalement aux entreprises de la Confédération – Poste et CFF – ainsi qu'au Conseil des EPF une liberté entrepreneuriale en rapport avec leur autonomie.

3.1.13 Discipline des transferts (art. 21, al. 1, let. a, P-LPers)

L'art. 21, al. 1, let. a et b, LPers est la base pour obliger les employés à résider en un lieu donné et/ou dans un logement spécifique. Cette norme s'est révélée insuffisante à l'usage pour soumettre des employés (diplomates et militaires de carrière surtout) à une discipline des transferts. En effet, l'employeur doit pouvoir les astreindre à changer de lieu de travail ou de domicile si notamment des raisons politiques, organisationnelles ou personnelles l'exigent. L'art. 21, al. 1, let. a, P-LPers crée une base juridique claire à cet effet.

3.1.14 Garantie de l'exécution des tâches (art. 25 et 26 P-LPers)

Les art. 25 et 26 LPers définissent les mesures à disposition des employeurs pour garantir l'exécution correcte des tâches. L'art. 25 est ciblé sur les mesures à prendre suite à un manquement aux obligations professionnelles (droit disciplinaire). Quant à l'art. 26, il traite des mesures provisionnelles devant garantir que l'exécution des tâches soit correcte par la suite.

L'art. 25 P-LPers reprend en les résumant ces deux dispositions. La nouvelle norme est plus ciblée que le droit en vigueur. Son al. 1 charge les employeurs de la Confédération d'adopter les mesures nécessaires à l'exécution correcte des tâches. Cette disposition ne vise plus en priorité – à la différence de l'actuel art. 25 – des mesures répressives adoptées a priori (mesures disciplinaires), mais inclut des impulsions de développement ciblées comme le coaching, la formation continue ou les mesures organisationnelles.

L'art. 25 P-LPers donne aux parties au contrat de travail une plus grande marge de manœuvre pour prendre les mesures requises et leur permet de réagir de façon plus ciblée à la situation du cas d'espèce. L'art. 25, al. 2, let. b, P-LPers parle aussi de «suspension», selon la terminologie consacrée dans le secteur privé. Ce terme remplace les anciens termes "suspendre les rapports de travail" (art. 26 al. 2 LPers).

L'employeur est tenu de régler la mesure adéquate, dans la mesure du possible, à l'occasion d'un accord amiable avec l'employé. Si aucun accord n'intervient, il rend une décision écrite susceptible de recours (art. 34 LPers).

3.1.15 Système d'information du personnel et dossiers du personnel (art. 27a à 27c P-LPers)

Les art. 27 et 28 LPers réglementent, en complément de la loi sur la protection des données (LPD; RS 235.1), le traitement des données par les employeurs de la Confédération.

Selon l'art. 19, al. 3, LPD, les données sensibles ou les profils de la personnalité ne peuvent être rendus accessibles au moyen d'une procédure d'appel que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Les dispositions actuelles de la LPers ne sont pas satisfaisantes à cet égard, compte tenu du fait que le traitement des données

personnelles dans le système BV PLUS n'est pas fondé sur une base légale au sens formel. Aujourd'hui le traitement des données personnelles dans BV PLUS n'est régi que par l'ordonnance concernant la protection des données personnelles dans l'administration fédérale (RS 172.220.111.4). L'art. 27a P-LPers crée donc la base juridique formelle requise. Outre les données personnelles mentionnées, toutes les données personnelles ne requérant pas de protection particulière peuvent être saisies dans BV PLUS, étant donné qu'elles ne nécessitent pas de base légale formelle. L'art. 27a ne prévoit pas la communication de données, par une procédure d'appel, à des organisations externes. Les données personnelles sensibles ne sont ainsi pas mises à leur disposition.

Toutefois, la base figurant à l'art. 27a P-LPers ne vaut que pour le traitement des données personnelles auquel procède l'administration fédérale dans le système BV PLUS. Ainsi les autres employeurs de la Confédération ne peuvent pas s'appuyer sur cette disposition pour traiter les données de leur personnel dans un autre système que BV PLUS. A supposer qu'aucune base légale n'existe encore, il leur faudra créer dans leur domaine, en fonction de leurs besoins, une telle base précisant notamment le traitement des données personnelles dans leur système. Il est prévu de l'introduire dans la loi spéciale de chaque employeur.

Le présent projet de révision a conduit à examiner l'idée d'une loi séparée réglant dans un acte unique tous les systèmes d'information du personnel des employeurs soumis à la LPers. Mais comme – à l'instar de l'administration fédérale – le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral et les Services du Parlement utilisent BV PLUS, tandis que l'EPF inscrira dans la loi sur les EPF la base légale nécessaire à son propre système d'information du personnel, cette voie a été abandonnée.

Les art. 27b et 27c P-LPers créent les bases légales requises pour le traitement des dossiers électroniques de candidats à un poste à pourvoir auprès d'un employeur soumis à la LPers et des dossiers électroniques du personnel. Ils permettent ainsi de prendre en compte les besoins croissants liés à la gestion et au traitement électroniques des dossiers personnels. Ces dispositions s'appliquent également aux centres de services spécialisés futurs ou déjà existants des départements. Les art. 27b et 27c P-LPers sont particulièrement utiles en termes d'échanges de données entre les centres de services spécialisés et les unités administratives, étant donné que les documents n'ont plus besoin d'être copiés et transmis sur papier, mais sont simplement transférés par voie électronique. Contrairement à l'art. 27a P-LPers, ces deux dispositions s'appliquent à tous les employeurs soumis à la LPers.

3.1.16 Financement de la prévoyance (art. 32c et 32g, al. 4, P-LPers)

Le Conseil fédéral a décidé le 7 décembre 2007, à l'occasion de l'approbation des contrats d'affiliation des unités administratives décentralisées, d'accorder un peu plus de souplesse à ces employeurs et à leurs caisses de prévoyance pour choisir comment ils entendent utiliser le montant dont ils disposent au titre des cotisations de l'employeur. L'amendement proposé ici vise à mettre en œuvre cette décision. Selon la structure des âges et des risques, la même réglementation peut générer des coûts très variables pour

l'employeur; de plus, des changements survenant dans la collectivité des assurés peuvent mener à des reports de coûts considérables au fil du temps. Aujourd'hui, le principe du financement paritaire est appliqué, un financement supérieur à la parité étant possible, en vertu de l'art. 32g, al. 4 LPers, en particulier pour les prestations liées à la couverture des risques ou les prestations de vieillesse pour certaines catégories de personnel. Cette pratique s'est révélée trop restrictive. A l'avenir, les unités administratives décentralisées devraient donc pouvoir recourir à un financement supérieur à la parité des prestations liées à la couverture des risques ou les prestations de vieillesse. Les employeurs bénéficieront ainsi d'une plus grande flexibilité, qui leur permettra de mieux réagir aux situations exceptionnelles. Sans une modification dans ce sens de la loi, les règlements de prévoyance des écoles polytechniques fédérales (caisse de prévoyance du domaine des EPF) et de l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (caisse de prévoyance de l'IFFP) devraient être adaptés en conséquence. En effet, ces employeurs financent les prestations de vieillesse pour l'ensemble de leur personnel à raison de plus de la moitié. Bien que la décision du Conseil fédéral ait été restrictive à l'époque, tant l'administration centrale de la Confédération que les unités administratives décentralisées doivent, par souci d'égalité de traitement entre tous les employeurs soumis à la LPers, pouvoir opter pour un financement supérieur à la parité des prestations de vieillesse. Tous les employeurs sont ainsi libres d'introduire un financement supérieur à la parité.

L'employeur fixe le montant de sa cotisation après avoir entendu l'organe paritaire de sa caisse de prévoyance et en tenant compte des limites imposées par la loi (art 32g, al. 1 et 2, LPers). Le règlement de prévoyance est soumis à l'approbation de l'employeur et de l'organe paritaire, ainsi que du Conseil fédéral (art. 32c, al. 3, LPers et art. 4, al. 3, de la loi relative à PUBLICA). Par cette compétence, le Conseil fédéral peut également influencer le montant de la cotisation de l'employeur. A cet égard, il convient de garder à l'esprit que les unités administratives décentralisées ne sont pas actives sur le marché. Du fait qu'elles exécutent des tâches relevant de la souveraineté de l'Etat, elles sont en effet entièrement ou en grande partie financées par des subventions fédérales et par des taxes et émoluments. Malgré l'assouplissement proposé, le Conseil fédéral continuera donc de veiller, avant de donner son approbation, à ce que les dérogations au principe de la parité ne mènent pas à une augmentation considérable des coûts et s'assurera que les unités administratives décentralisées suivent une ligne semblable à celle de la Confédération dans la définition de leur prévoyance professionnelle. On peut par exemple envisager qu'une part des coûts engendrés par un financement supérieur à la parité des prestations de vieillesse soit compensée par une participation des employés au financement de la prime de risque, comme c'est actuellement le cas aux EPF et à l'IFFP.

L'art. 32c al. 1 P-LPers fait l'objet d'une adaptation rédactionnelle.

3.1.17 Effet suspensif et conséquences juridiques (art. 34a et 34b P-LPers)

Selon le droit en vigueur, la Confédération statue sur les litiges relevant du droit du travail, si aucune solution mutuellement convenue n'a pu être trouvée, en rendant une décision susceptible de recours selon la PA (art. 34 LPers, art. 35 PA). La contestation

du licenciement suit la procédure spéciale définie à l'art. 14 LPers. Si la personne licenciée fait valoir que son congé est nul, l'employeur doit faire appel à l'instance de recours et prouver la validité du licenciement s'il le maintient (renversement des rôles et du fardeau de la preuve). En attendant la décision sur recours, il doit continuer à employer la personne ou lui offrir un autre travail raisonnablement exigible. La procédure s'écarte aussi bien de celle prévue pour les autres litiges relevant du droit du travail avec la Confédération (art. 34 ss LPers) que de celle au sens de la PA.

Le P-LPers modifie cette réglementation sur trois points:

- La procédure spéciale de contestation visée à l'art. 14 LPers est abrogée. Ainsi la contestation d'une décision de licenciement s'effectue désormais selon la même procédure que pour les autres décisions relevant du droit du travail. Cette adaptation constitue une amélioration marquante pour l'employeur, habilité à repourvoir le poste vacant en général plus rapidement.
- Le recours contre les décisions de l'employeur n'a d'effet suspensif, selon l'art. 34a P-LPers, que si l'instance de recours l'ordonne. La règle vaut pour toutes les décisions rendues par les employeurs de la Confédération. Suite à cette modification, l'employeur n'a plus à motiver le retrait de l'effet suspensif. La possibilité de rétablir l'effet suspensif vaut en particulier dans les cas où la nullité du licenciement au sens de l'art. 336c, al. 2 CO est constatée (art. 34b, al. 2 P-LPers).
- L'art. 34b, al. 1, P-LPers réglemente les suites de l'admission du recours contre un licenciement. Le P-LPers astreint l'employeur, selon le motif pour lequel le recours a été admis, à allouer une indemnité (let. a), à continuer à verser le salaire (let. b) ou à prolonger les rapports de travail (let. c).

La loi fédérale sur la procédure administrative reste intégralement applicable dans ce contexte.

En ce qui concerne l'indemnité (let. a), l'art. 34b, al. 1 et 3, P-LPers fixe pour la décision des employeurs ou des instances de recours un cadre large, autorisant une compensation adéquate – soit conforme à la Constitution – si le congé est entaché d'un vice. Les suites découlant d'un tel licenciement doivent avoir un effet suffisamment dissuasif. En effet, l'employeur ne doit pas faire une bonne affaire en licenciant une personne employée sans motif juridiquement valable ou dans une procédure entachée d'un vice.

L'art. 34b, al. 1, let. b, P-LPers applique la règle correspondante du CO au sujet du versement du salaire. En cas d'admission du recours contre un licenciement immédiat sans justes motifs, les dommages-intérêts résideront dans le versement du salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé ordinaire ou du contrat de durée déterminée.

Quant à l'art. 34b, al. 2, P-LPers, il renvoie à la loi sur l'égalité pour les suites juridiques à donner à un congé constituant une discrimination sexiste, et à l'art. 336c, al. 2, CO en cas de résiliation en temps inopportun (période d'interdiction). Ainsi le P-LPers prévoit les mêmes conséquences juridiques au sein de la Confédération que le droit en vigueur dans l'économie privée.

L'art. 34*b*, al. 3, P-LPers définit le cadre de l'indemnisation que l'organe de recours doit accorder à la personne concernée, en cas d'admission du recours déposé contre le congé. L'indemnité s'élève au minimum à un mois de salaire et, en l'absence de motifs objectivement suffisants de résiliation, se situe dans une fourchette de six mois à deux ans de salaire.

3.1.18 Instances judiciaires de recours (art. 34 al.2 et 36 P-LPers)

Selon le droit en vigueur, la Confédération rend une décision susceptible d'un recours au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative si, lors de litiges liés aux rapports de travail, aucun accord n'intervient (art. 34 LPers). La personne concernée peut attaquer la décision auprès de l'organe interne de recours prévu (art. 35 LPers). La décision rendue par cet organe peut elle aussi faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (TAF; art. 36 LPers). Enfin, certaines décisions du TAF peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral, si elles touchent à la question de l'égalité des sexes ou par exemple en cas de licenciement, si la valeur litigieuse est supérieure à 15 000 francs (voir art. 83, let. g et 85, al. 1, let. b, LTF).

Le service juridique du département concerné fait généralement office d'organe interne de recours. Or il arrive régulièrement qu'il n'ait pas l'indépendance requise, en raison de liens de proximité personnelle et matérielle avec l'autorité inférieure. D'où des recours ne passant pas par l'organe interne de recours (Sprungrekurs) et raccourcissant d'autant les voies de droit (art. 47, al. 2 à 4, PA).

La création du TAF a mis un terme à la procédure interne de recours dans la plupart des domaines juridiques, le TAF devenant la première instance. Le TAF est en même temps l'unique instance judiciaire dans de nombreux litiges qu'il n'est pas possible de porter devant le Tribunal fédéral. Au vu de cette nouvelle pratique et du manque d'indépendance fréquent des organes internes de recours, il est indiqué de soumettre directement au TAF, en première instance, les litiges de droit du personnel. Ces voies de droit valent déjà aujourd'hui pour les recours formés contre les décisions du Conseil fédéral ou des départements. Et comme le TAF est une instance judiciaire, la garantie de l'accès au juge visée à l'art. 29a Cst. (droit à ce que la cause soit jugée par une autorité judiciaire) continue d'être dûment respectée. Les départements auront ainsi la possibilité, avec la nouvelle réglementation des voies de droit, d'assumer plus encore un rôle de conseil et de médiation. En contrepartie, les offices fédéraux porteront l'entière responsabilité du respect des règles de procédure. L'art. 35 LPers (recours interne) peut ainsi être abrogé.

La suppression de l'organe interne de recours requiert l'adaptation rédactionnelle de l'art. 34 al. 2 P-LPers (abrogation de l'art. 35 LPers).

3.1.19 Dispositions d'exécution (art. 37, al. 3, 3^{bis} et 4, P-LPers)

L'art. 37 P-LPers précise deux points par rapport au droit en vigueur, à savoir qui est compétent pour édicter les dispositions d'exécution et dans quelle mesure ces dernières peuvent déroger au CO.

Compétence de réglementer

Les *employeurs* sont les organes énumérés à l'art. 3 LPers, à savoir le Conseil fédéral (pour l'administration fédérale), l'Assemblée fédérale (en ce qui concerne les Services du Parlement), la Poste, les CFF et le Tribunal fédéral (al. 1). Selon l'al. 2, les départements, la Chancellerie fédérale, les groupements et les offices, ainsi que les unités administratives décentralisées sont considérés comme des employeurs, dans la mesure où le Conseil fédéral leur délègue les compétences nécessaires à cet effet. Selon l'al. 3, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal pénal fédéral sont également des employeurs, pour autant que les lois correspondantes ou le Conseil fédéral leur confèrent les compétences requises.

La compétence d'édicter les dispositions d'exécution de la LPers appartient donc en principe au Conseil fédéral – dans la mesure où l'administration fédérale est concernée. Il les édicte dans sa fonction d'employeur de l'administration fédérale. Pour autant que le législateur ou le Conseil fédéral aient délégué la compétence de réglementer, les départements, les offices ou les unités décentralisées peuvent édicter des dispositions d'exécution à la LPers.

L'art. 37 LPers n'indique toutefois pas expressément les compétences que le Conseil fédéral peut déléguer. D'où la clarification apportée par l'art. 37, al. 3, P-LPers: «Les employeurs édictent les dispositions d'exécution, pour autant que la loi n'attribue pas uniquement au Conseil fédéral le pouvoir d'édicter les dispositions d'exécution. Découlant directement de la loi, la compétence de réglementer n'a pas besoin d'être déléguée par le Conseil fédéral. Donc si la LPers habilite uniquement le Conseil fédéral à édicter des dispositions d'exécution, il doit s'en charger lui-même et ne peut les déléguer. Le Conseil fédéral ne peut déléguer sa compétence de réglementer notamment sur les thèmes suivants: "fenêtre du CO" pour certaines catégories de personnel (art. 6, al. 5); principes relatifs à la rémunération des cadres (art. 6a); restriction de l'accès aux postes aux personnes possédant la nationalité suisse (art. 8, al. 3); salaires minimaux (art. 15, al. 2); nombre maximum d'heures de travail ordinaire, nombre minimum de jours de vacances et durée du congé des parents (art. 17, al. 2); interdiction de la grève et restriction de la liberté d'établissement (art. 24); prestations minimales versées pour l'entretien des enfants (art. 31, al. 1); compétence de conclure des CCT (art. 38, al. 1).

Par contre, chaque fois que la LPers renvoie aux dispositions d'exécution, il appartient aux employeurs de les édicter: mise au concours de postes (art. 7); principes régissant la détermination des salaires, le versement de suppléments au salaire et l'adaptation au pouvoir d'achat (art. 15, al. 3 à 5); principes régissant la compensation du renchérissement (art. 16, al. 2); temps de travail, vacances et congés (art. 17, al. 1); instruments de travail, tenues de service, ainsi que remboursement des frais et versement d'indemnités pour les inconvénients subis (art. 18); indemnité (nouveau point, art. 19, al. 3, P-LPers); obligation de résider en un lieu ou un appartement de fonction, ainsi que de remettre certains revenus (art. 21); obligation de garder le secret (art. 22); autorisation obligatoire pour les activités accessoires (art. 23); mesures destinées à rétablir l'exécution correcte des tâches (art. 25); prestations dues en cas

d'empêchement de travailler (art. 29); mesures sociales, autres mesures et prestations (art. 31 et 32); information et consultation du personnel et des organisations qui le représentent (art. 33). Les employeurs – Poste, CFF, Conseil fédéral pour l'administration fédérale, Parlement pour les Services du Parlement, tribunaux fédéraux – définissent dès lors à qui ils souhaitent déléguer ces compétences dans leur domaine, soit à qui elles incombent. A titre d'exemple, le Conseil fédéral peut les déléguer aux entités mentionnées à l'art. 3, al. 2 et 3, LPers (voir plus haut).

Selon le droit en vigueur, la LPers s'applique aux unités administratives décentralisées, si les lois spéciales n'en disposent pas autrement (art. 2, al. 1, let. e, LPers et art. 2, al. 3, LOGA). Ainsi l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), Swissmedic, l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN) ou encore l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) disposent aujourd'hui de statuts du personnel de droit public, faisant l'objet d'une loi spéciale, et ne sont donc pas soumis à la LPers.

Les autres unités administratives décentralisées restent soumises à la LPers (par ex. domaine des EPF). Le Conseil fédéral peut leur conférer des compétences d'employeur (art. 3, al. 2, LPers) et les habilitier ainsi à édicter les dispositions d'exécution (art. 37, al. 3^{bis}, P-LPers). Une telle approche tient compte des besoins spécifiques de ces unités et respecte leur autonomie. Toutefois, pour que le Conseil fédéral puisse s'acquitter ici de sa tâche d'autorité de coordination, ces dispositions d'exécution sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral.

Dérogations au CO

L'art. 37 LPers ne précise pas dans quelle mesure les services compétents peuvent s'écarter du CO dans leurs dispositions d'exécution.

L'art. 37, al. 4, P-LPers clarifie la situation. Il délègue aux employeurs au sens de l'art. 3 LPers la compétence d'édicter des normes générales et abstraites dérogeant au CO. Ainsi, leurs dispositions d'exécution (ordonnance, CCT) peuvent s'écarter des normes non impératives du CO en faveur ou en défaveur des employés (let. a). En revanche, contrairement au CO qui ne permet aucune dérogation, elles ne peuvent déroger aux normes impératives du CO qu'en faveur du personnel (let. b). Les dérogations aux normes impératives en défaveur des employés ne sont possibles que si une loi fédérale (par ex. la LPers) le permet expressément. Les art. 361 et 362 CO sont déterminants pour savoir quelles normes du CO sont impératives ou non. En outre, pour juger si une disposition d'exécution déroge «*en faveur*» ou «*en défaveur des employés*», la comparaison doit se fonder sur les normes applicables dans le cas d'espèce (par ex. délai de congé après x années d'ancienneté).

La réserve selon laquelle le droit peut déroger au CO ne se limite d'ailleurs pas aux dispositions d'exécution visées à l'art. 37, al. 4, P-LPers. Dans le droit actuel déjà, les parties contractantes peuvent convenir de s'écarter du CO dans un contrat de travail écrit (art. 8 LPers), pour les rapports de travail individuels soumis à la LPers, à condition que le CO leur en laisse la possibilité (par ex. art. 321, 321c, al. 3, 323a, 327, 327a, 335a, al. 2, 335b, al. 2, 335c, al. 2, 339c, al. 4). De tels accords individuels, figurant

dans les rapports de travail au sens de la LPers, doivent s'en tenir au cadre de la LPers et de ses dispositions d'exécution.

3.2 Modifications du droit en vigueur

Selon la LPers, les rapports de travail à la Confédération sont créés contractuellement pour une durée indéterminée ou déterminée. Les rapports de travail fondés sur une durée de fonction n'existent plus que sur la base de dispositions de lois spéciales. Outre les normes déjà en vigueur, des lois supplémentaires prévoient l'engagement pour une durée de fonction.

3.2.1 Loi sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110)

La durée de fonction du secrétaire général du Tribunal fédéral est régie aujourd'hui par une ordonnance fondée sur la LPers (art. 19 de l'ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral; RS 172.220.114). Comme la base légale de cet article disparaît (l'art. 9 LPers étant abrogé), il faut inscrire une nouvelle disposition dans la LTF. Ainsi l'art. 26 P-LTF prévoit désormais que le secrétaire général du Tribunal fédéral est nommé pour une durée de fonction.

3.2.2 Loi sur la protection des données (LPD; RS 235.1)

Les dispositions de la P-LPers concernant le licenciement ne sont pas en mesure de tenir suffisamment compte de l'indépendance du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), comme le demande l'accord de Schengen. Pour que le PFPDT puisse accomplir ses tâches indépendamment de l'organe qui l'a nommé, le projet de révision prévoit que le préposé soit nommé pour une durée de fonction (art. 26 al. 1 P-LPD).

3.2.3 Procédure pénale militaire (PPM; RS 322.1)

Compte tenu de l'abrogation de l'art. 9 LPers (avec l'art. 32 OPers et l'ordonnance sur la durée de fonction (RS 172.220.111.6) s'y rapportant), une disposition régissant la durée de fonction de l'auditeur en chef et de son suppléant doit être prévue dans la procédure pénale militaire (RS 322.1) pour garantir l'indépendance requise (pour plus de détails, voir aussi les explication du point 3.1.5).

4. Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

La révision de la LPers confère au Conseil fédéral ainsi qu'aux employeurs de la Confédération une plus grande marge de manœuvre pour agir de façon rapide et ciblée. Cette flexibilité augmente surtout parce qu'il devient plus facile de licencier une personne et parce que l'obligation de réintégration disparaît.

Le nouveau rapprochement, prévu dans le P-LPers, entre le droit du personnel de la Confédération et les dispositions du droit du travail en vigueur dans l'économie privée facilite le libre passage de la main-d'œuvre entre la Confédération et le secteur privé. Tant la Confédération que l'économie privée bénéficieront des transferts d'expériences qui s'ensuivront.

Le surcroît de flexibilité que le P-LPers exige des employés et la moindre sécurité des rapports de travail nécessitent une contrepartie. Les employeurs devront réagir principalement en ajustant les salaires des cadres. D'où la nécessité pour la Confédération d'augmenter la masse salariale allouée à ses employeurs, afin de rester concurrentielle sur le marché du travail et de freiner les départs du personnel hautement qualifié. Les résultats des récentes comparaisons salariales vont dans ce sens. Il est trop tôt toutefois pour chiffrer les besoins supplémentaires qui s'ensuivront pour le budget du personnel de chaque employeur.

4.2 Conséquences pour les cantons

L'abrogation du Statut des fonctionnaires (StF) par la LPers avait déjà suscité dans les cantons des révisions analogues du droit de la fonction publique, du droit du personnel et du statut des fonctionnaires. Tout porte à croire que le P-LPers aura aussi une influence déterminante sur les projets cantonaux (et communaux) de révision à venir. A ce jour, seuls quelques cantons prévoient des réglementations (suppression des motifs de résiliation, retrait de l'effet suspensif des recours, disparition de l'obligation de réintégration) qui se rapprochent autant du CO que la présente révision de la LPers.

5. Liens avec le programme de la législature

Dans son rapport sur le Programme de la législature 2003-2007 (FF 2004 1035), le Conseil fédéral ne mentionne aucune affaire du Parlement ayant trait au personnel – en dehors de changements concernant la prévoyance professionnelle et de mesures d'économies. En particulier, une révision de la LPers n'était pas prévue dans le Programme de la législature 2003-2007.

Le Conseil fédéral est toutefois parvenu à la conclusion, dans le cadre de la réforme de l'administration fédérale, que la Confédération doit accroître sa flexibilité et augmenter sa marge de manœuvre dans les questions de personnel, et qu'une révision de la LPers s'impose à cet effet.

6. Rapports avec le droit européen

La présente révision de la LPers permet de garantir que la Suisse respecte ses engagements internationaux vis-à-vis de l'Union européenne et de ses pays membres.

L'OCDE exige que l'obligation de dénoncer (*whistle blowing*) soit inscrite dans le droit, pour prévenir la corruption. La majorité des cantons ont déjà légiféré dans ce sens. Il est prévu d'inscrire l'obligation de dénoncer et ses conséquences dans un nouvel article de

la LPers. Cette disposition ne fait toutefois pas l'objet de la révision en cours, mais figure déjà dans l'annexe de la nouvelle loi sur l'organisation des autorités pénales (LOAP). L'avant-projet correspondant était soumis à consultation jusqu'à la fin de décembre 2007. Cette modification de la LPers n'a suscité aucune remarque critique. Le Conseil fédéral approuvera cette année encore le message à l'intention du Parlement.