

BVGer A-2757/2009 vom 12. Oktober 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-10-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2757_2009

FR: TAF A-2757/2009 du 12 octobre 2010

IT: TAF A-2757/2009 del 12 ottobre 2010

Regeste

Déni de justice/retard injustifié", "Personnel fédéral

Erwägungen

E. 12

Pour contester à la fois sa non-nomination et la nomination du candidat choisi par le Conseil fédéral, le recourant se prévaut d'abord d'une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de la bonne foi (art. 9 Cst.). Il considère que, en précisant dans son appel d'offres que le candidat devra disposer d'une instruction d'officier d'état-major général et d'un diplôme universitaire ou d'une formation équivalente, le Conseil fédéral a posé des conditions auxquelles il ne saurait renoncer dans sa décision de nomination. Or, en ne soumettant aucun des candidats à des examens et en n'entendant qu'un seul candidat, soit celui qui ne remplit pas les conditions d'EMG, de diplômes, de langues et de fonctions dirigeantes prévues dans le cahier des charges, le Conseil fédéral aurait fait preuve de discrimination envers les candidats qui remplissaient les conditions du cahier des charges et, en particulier, celle d'EMG. Ce faisant, le Conseil fédéral aurait violé tant l'intérêt public au sens de la loi que le principe de l'interdiction de l'arbitraire. Et il aurait aussi violé le principe de l'équité garanti par l'art. 29 al. 1 Cst., le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et abusé de son pouvoir d'appréciation.

E. 12.1

L'égalité de traitement garantie à l'art. 8 al. 1 Cst. constitue à la fois un principe général de l'activité étatique et un droit fondamental individuel (cf. Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 8 ad art. 8 Cst.). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (cf. ATF 118 Ia 1). Au principe d'égalité de l'alinéa premier, l'alinéa 2 de l'art. 8 Cst. ajoute une interdiction des discriminations, tenant à l'appartenance à un groupe déterminé, défavorisé (cf. Aubert/Mahon, *op. cit.*, n. 14 ss art. 8 Cst.). Le grief de discrimination ne se confond pas avec celui de rupture du principe d'égalité, en ce sens qu'il doit toucher spécialement la dignité sociale ou personnelle du candidat écarté. Quant à l'art. 9 Cst., il protège contre l'arbitraire de l'Etat et lui impose d'agir conformément aux règles de la bonne foi. Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une règle de droit ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité (cf. ATF 126 I 168). Pour sa part, le principe de la

bonne foi entre administration et administré, exprimé conjointement aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale; il protège le particulier, en certaines circonstances, dans la confiance qu'il place dans les assurances ou les promesses de l'autorité (cf. Aubert/Mahon, op. cit., n. 11 et 12 art. 9 Cst.).

E. 12.2

En réponse aux griefs soulevés par le recourant, l'autorité inférieure a expliqué comment la procédure de sélection s'était déroulée. Elle retient que le non-engagement du recourant ne découle pas d'une irrégularité dans la procédure de recrutement, mais du fait justifié qu'il n'a pas été jugé apte pour le poste de commandant de brigade.

E. 12.3

Sur le vu des explications données par l'autorité inférieure et des pièces du dossier, le Tribunal considère que les griefs invoqués par le recourant ne permettent pas de remettre en cause, au regard des art. 8 et 9 Cst., la procédure de sélection ou le choix même du candidat retenu par cette autorité. Il est certes vrai que le postulant choisi ne dispose pas d'une formation d'état-major général (EMG). Mais, outre que le recourant ne saurait y voir une mesure discriminatoire envers sa personne ou envers l'ensemble des colonels EMG, l'autorité inférieure pouvait, dans le cadre de l'exercice de son très large pouvoir d'appréciation, s'écarter de ce réquisit si un autre candidat lui paraissait, au vu de l'ensemble de ses qualités et de son parcours, mieux correspondre aux aptitudes requises par le poste à pourvoir. Certes encore, une formation d'EMG était explicitement requise dans la mise au concours. Mais, sachant qu'aucune disposition légale ne fait de la formation d'EMG une condition pour accéder au poste en question, la mention de cette formation dans la mise au concours ne pouvait, de bonne foi, être comprise par le recourant comme une exigence à laquelle l'autorité ne pouvait déroger et qui lui serait opposable par tout postulant. Une offre de services tend en effet, par sa nature même, à attirer les meilleurs candidats et, pour ce faire, pose des attentes d'autant plus élevées que le poste est hiérarchiquement élevé. En l'occurrence, elle n'empêchait pas un candidat de postuler s'il n'avait pas accompli une formation d'EMG, pas plus qu'elle ne contraignait l'autorité inférieure à choisir un candidat qui avait suivi une telle formation, si, pour des raisons objectives, qu'il appartenait à son pouvoir d'appréciation de déterminer, elle était amenée à considérer un autre candidat comme étant plus apte à accomplir à son service la fonction mise au concours. Certes enfin, l'Etat est, également en sa qualité d'employeur, astreint à un devoir de transparence toujours plus grand, et doit rendre compte de son choix aux candidats eux-mêmes et au public, voire devant les tribunaux en cas de contestation. Cela étant, l'appréciation que le Conseil fédéral fait du choix de ses agents relève de sa compétence essentielle au titre de l'art. 178 al. 1 Cst., d'après lequel le gouvernement dirige l'administration fédérale et veille, par son intermédiaire, à la bonne exécution des tâches qui lui sont confiées. Or, en l'occurrence, la formation et le parcours professionnel du candidat choisi ne font en rien apparaître que l'autorité inférieure ait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation par le fait de l'avoir préféré au recourant. La procédure de sélection ne révèle en outre aucune rupture du principe d'égalité de traitement dont aurait eu à souffrir le recourant par rapport au postulant choisi, sinon le fait d'avoir été écarté de la sélection finale et de n'avoir pas été reçu par le chef du DDPS. Mais l'on ne saurait y voir là une inégalité de traitement, dans la mesure même où la sélection des postulants suppose nécessairement que l'autorité de nomination, faisant un usage objectif de son très large pouvoir d'appréciation, puisse écarter les candidats qui lui paraissent les moins aptes, en cours de procédure de sélection ou à la fin de

cette procédure, à condition de leur en donner bonne information, ce qui a été le cas en l'espèce. Les griefs pris des art. 8 et 9 Cst. doivent dès lors être écartés.

E. 13

Le recourant se plaint encore d'une violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Il considère qu'il avait le droit d'obtenir un entretien avec le conseiller fédéral Samuel Schmid, le droit de recevoir une décision de non-nomination et le droit de consulter certaines pièces propres à la procédure d'engagement.

E. 13.1

L'art. 29 al. 1 Cst. dispose que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_639/2009 du 9 octobre 2009 consid. 5.1). Cette disposition consacre en particulier l'interdiction du déni de justice formel, qui emporte, pour les autorités, l'obligation de statuer et de motiver leurs décisions (cf. Aubert/Mahon, op. cit., n. 4 ad art. 29 Cst.; ATF 112 Ia 107 consid. 2). Pour sa part, l'art. 29 al. 2 Cst. confère à toute personne le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, d'offrir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de participer à l'administration des preuves et de se déterminer à leur propos (cf. ATF 133 I 270 consid. 1.3; Aubert/Mahon, op. cit., n. 5 ss ad art. 29 Cst.). Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. a été concrétisé par les art. 29 ss PA. A cet égard, il résulte certes de l'art. 3 al. 1 let. b PA que les procédures de première instance en matière de personnel fédéral relatives à la création initiale des rapports de service ne sont pas régies par la PA (cf. consid. 5.3.2 ci-avant). Mais le Tribunal de céans a déjà retenu que cette norme devait être comprise en ce sens que, dans la mesure où elles vont au-delà de ce que prévoient les garanties constitutionnelles minimales, les dispositions contenues dans la PA ne sont pas applicables à la procédure de première instance de création initiale des rapports de travail. En d'autres termes, l'art. 3 al. 1 let. b PA ne signifie pas que l'autorité de première instance n'a pas à respecter les garanties procédurales constitutionnelles. Cette disposition tend seulement à éviter que des règles ne s'y prêtant pas soient appliquées à la procédure d'engagement (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-8222/2008 du 10 juin 2009 consid. 5.2 et les réf. citées). Au surplus, comme il a été vu, cette disposition ne conduit pas non plus à dénier à la non-nomination la qualité de décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA (cf. consid. 7.2 ci-avant).

E. 13.2

L'autorité inférieure écarte le reproche de violation du droit d'être entendu, en invoquant que la PA n'est pas applicable au stade de la procédure d'engagement. Elle en déduit que le recourant n'a pas droit à un entretien avec le chef du DDPS ; il ne peut accéder aux documents de la procédure de candidature, qui sont de nature confidentielle ; il ne peut demander une expertise pour être renseigné sur le déroulement de la procédure de désignation pour le poste ; et, enfin, il ne revient pas au recourant de porter un jugement sur le titulaire actuel du poste en fonction de ces documents.

E. 13.3

A cet égard, le Tribunal retiendra que l'autorité inférieure se méprend lorsqu'elle semble considérer que son pouvoir d'appréciation lui permettait de ne pas respecter le droit d'être entendu du recourant. Il n'en demeure pas moins qu'elle a bien respecté ce principe, qui a rang constitutionnel. Il convient en effet de considérer que le recourant a été régulièrement avisé de l'état d'avancement de son dossier de candidature, qu'il a été reçu par un

haut-fonctionnaire du DDPS et dûment informé du fait que sa candidature était écartée. Il ne pouvait prétendre être reçu par le chef du DDPS, et il est compréhensible que seul le postulant finalement sélectionné ait été entendu par le chef du département. S'agissant des causes du non-engagement du recourant, il convient de considérer que l'autorité inférieure a justifié à satisfaction de droit l'exclusion de sa candidature, et qu'il n'y a aucune raison de considérer qu'elle a agi arbitrairement. Les exigences en la matière ne peuvent d'ailleurs guère aller au-delà, vu le très large pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure. L'autorité de nomination compare en effet les différents dossiers qui lui sont parvenus pour choisir le meilleur candidat. Si elle refuse d'engager un candidat, c'est en principe qu'un autre semble davantage correspondre aux exigences prévues par la mise au concours. Le rejet du ou des candidatures ne peut donc en général s'expliquer qu'à la lumière des motifs ayant conduit l'autorité à préférer un ou plusieurs autres candidats. Ces motifs ne peuvent être énoncés que succinctement.

E. 13.4

Il en découle aussi qu'il ne peut être donné suite aux différentes mesures d'instruction requises par le recourant, conformément d'ailleurs à l'art. 33 al. 1 PA s'il était applicable. A cet égard, ce dernier a demandé à cet égard la production du procès-verbal de la séance entre le chef du DDPS et le colonel B._____, du procès-verbal de la décision du Conseil fédéral concernant la nomination, des copies des examens écrits et des résultats oraux des examens des candidats de la « short list », ainsi que des détails internes du cahier des charges et des critères d'évaluation des candidats. Il a aussi réclamé une expertise neutre sur le déroulement exact de la procédure d'éviction des candidats et de nomination du colonel B._____. Or, vu le très large pouvoir d'appréciation du Conseil fédéral en la matière, et l'échec du recourant à contester la manière dont il a été exercé au regard des normes constitutionnelles pertinentes qui viennent l'encadrer, il n'appartient pas au Tribunal de céans, qui ne discerne, après examen des griefs soulevés, aucune violation de ces normes, et donc du droit fédéral, d'examiner plus avant le choix du Conseil fédéral ou de donner au recourant accès aux dossiers des autres candidats (cf. aussi Andreas Keiser, Das neue Personalrecht - eine Herausforderung für die Zürcher Gemeinden, in: ZBl 2001, p. 574). En d'autres termes, l'autorité inférieure a rendu compte à satisfaction de droit de la procédure de sélection suivie et des raisons de son choix, et, ainsi, de la manière dont elle a exercé son pouvoir d'appréciation.

E. 13.5

Le grief de violation de l'art. 29 Cst. doit dès lors être aussi écarté au sens de ce qui précède, tout en rappelant que l'autorité inférieure aurait dû rendre une décision de non-nomination et que cette carence a conduit le Tribunal à admettre le recours du chef de déni de justice formel (cf. consid. 8 ci-avant).

E. 14

Il s'ensuit que la non-nomination du recourant ne vient nullement violer le droit constitutionnel fédéral. Le recours doit donc être rejeté en tant qu'il conteste la conduite de la procédure de sélection et son résultat au regard du droit fédéral.

E. 15

Le recourant expose, enfin, que la décision du Conseil fédéral de nommer le colonel B._____ a, en créant des discriminations graves à son endroit, voire des autres officiers EMG, constitué une grave injustice, ce qui l'a atteint dans son honneur, son image et sa

personne. Il s'estime ainsi fondé à réclamer des dommages-intérêts à hauteur de Fr. 15'000.--.

E. 15.1

Selon l'art. 52 al. 1 PA, le mémoire de recours doit contenir les conclusions et les motifs à l'appui de celles-ci. La formulation des motifs et des conclusions doit être suffisamment claire (cf. Nadine Mayhall et Frank Seethaler/Fabia Bochsler, in: Waldmann/Weissenberger, op. cit., n. 8 ad art. 3 PA et n. 48 ad art. 52 PA). Par ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral afférente à l'art. 42 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF, RS 173.110), le mémoire de réplique ne peut contenir qu'une argumentation de fait et de droit complémentaire, destinée à répondre aux arguments nouveaux développés dans le mémoire de réponse ; il ne saurait en revanche être utilisé aux fins de présenter de nouvelles conclusions ou de nouveaux griefs qui auraient déjà pu figurer dans l'acte de recours (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_572/2008 du 28 septembre 2009 consid. 6.1 et les réf.). Telle est également la pratique du Tribunal de céans (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-842/2007 du 17 février 2007 consid. 4.1.1).

E. 15.2

Il découle de ces dispositions et de la jurisprudence citée que la nouvelle conclusion formulée par le recourant dans son mémoire en duplique est irrecevable, en tant que les conclusions sont scellées aux termes du mémoire de recours.

E. 16

De l'ensemble des considérants qui précèdent, il résulte que le recours doit être admis en tant qu'il soulève le grief de déni de justice formel ; et qu'il doit être rejeté pour le surplus dans la mesure de sa recevabilité.

E. 16.1

Succombant dans une large mesure, le recourant devrait en principe supporter une grande partie des frais de procédure (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Pour autant, selon l'art. 34 al. 2 LPers, applicable en tant que lex specialis dans les litiges en matière de rapport de travail, la procédure de recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre les décisions de première instance rendues par le Conseil fédéral ou par les départements (cf. art. 35 al. 2 et 36 al. 1 LPers) est gratuite, sauf s'il y a témérité (art. 34 al. 2 LPers). Le recours ne pouvant être qualifié de téméraire en l'espèce, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure.

E. 16.2

Aux termes de l'art. 7 al. 1 FITAF, la partie qui obtient entièrement ou partiellement gain de cause a droit à des dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (cf. aussi art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 2 FITAF). En l'espèce, le recourant, qui a procédé en personne et qui n'a pas fait état de tels frais, ne se verra pas allouer de dépens. Par ailleurs, l'autorité inférieure n'a pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

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