

BVGer BVGE 2010/53 vom 12. Oktober 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-10-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2010_53

FR: TAF BVGE 2010/53 du 12 octobre 2010

IT: TAF BVGE 2010/53 del 12 ottobre 2010

Regeste

Déni de justice/retard injustifié

Erwägungen

E. 1

Le requérant a saisi le TAF d'un recours pour déni de justice au sens de l'art. 46a PA. Il reproche au CF (autorité inférieure) de ne pas lui avoir notifié de décision sur sa candidature. Il vient en outre contester la procédure de nomination elle-même, en considérant qu'elle a violé les principes constitutionnels de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]), de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Pour sa part, l'autorité inférieure s'oppose au recours en contestant tout déni de justice formel ou matériel. Elle se réfère en particulier à l'art. 3 let. b PA afin de justifier son refus de rendre une décision, et, pour le surplus, considère que la procédure de nomination a été menée en respect du droit.

E. 1.1

Conformément à l'art. 31 LTAF, le TAF connaît, sous réserve des motifs d'exclusion énoncés à l'art. 32 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 et à l'art. 34 LTAF. La procédure de recours est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

E. 1.2

Le TAF examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

E. 1.2.1

Les décisions du CF en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération peuvent, conformément à l'art. 33 let. a LTAF, faire l'objet d'un recours auprès du TAF. La compétence du TAF à l'égard du CF découle par ailleurs de l'art. 35 al. 2 et de l'art. 36 al. 1 de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers, RS 172.220.1). Elle est donc établie en l'espèce.

E. 1.2.2

En droit administratif fédéral, les décisions sont définies à l'art. 5 al. 1 PA comme les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce qui, fondées sur le droit public fédéral, ont pour objet, soit de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), soit de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), soit encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). S'agissant plus spécialement des

décisions en constatation de droit au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA, il découle de l'art. 25 al. 1 et 2 PA que l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection à un tel prononcé (cf. décision du Conseil fédéral du 14 janvier 2004 publiée dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.78 consid. 3.1 p. 1015). Ainsi définies matériellement, les décisions doivent en outre respecter les règles de forme énoncées aux art. 34 ss PA. Elles doivent être notifiées par écrit aux parties (art. 34 al. 1 PA). Même si l'autorité les notifie sous la forme de lettre, elles doivent être désignées comme telles, motivées, et mentionner les voies de recours (art. 35 al. 1 PA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA). En cas d'incertitude sur le caractère décisoire d'une lettre, il découle de la jurisprudence que la qualité matérielle de l'acte administratif en cause l'emporte sur ses éventuels défauts formels. En d'autres termes, il n'importe pas, en soi, que l'acte administratif en cause soit désigné comme une décision par l'autorité ou qu'il remplisse les conditions formelles d'une décision, dans la mesure où les conditions matérielles posées par l'art. 5 al. 1 PA à la définition d'une décision sont remplies et reconnaissables (cf. arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2C_245/2007 du 10 octobre 2007 consid. 3; arrêt du TAF A 6935/2007 du 17 décembre 2008 consid. 5 et 5.1).

E. 1.2.3

Aux termes de l'art. 46a PA, le recours peut être formé pour déni de justice formel lorsque les autorités refusent, sans en avoir le droit, de rendre une décision sujette à recours, ainsi que définie précédemment, ou tardent à le faire. Pour être recevable, un tel recours doit porter sur l'absence d'une décision à laquelle le justiciable a droit (cf. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, n. 5.18; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, n. 1657, p. 356). Cela suppose que le recourant ait préalablement demandé à l'autorité compétente de rendre une décision et qu'il ait un droit à son prononcé. Il n'y a donc pas refus de statuer au sens de l'art. 46a PA, dès lors que l'autorité, considérant qu'une condition de recevabilité fait défaut, rend une décision d'incompétence ou refuse d'entrer en matière; dans ces cas, il y a bien une décision sur l'objet de la demande, et non pas un refus de la traiter (cf. arrêt du TF 1B_139/2009 du 7 juillet 2009 consid. 6; Bernard Corboz, *Commentaire de la LTF*, Berne 2009, n. 8 ad art. 94 LTF). En d'autres termes, dans la mesure où l'autorité a rendu sa décision - par exemple, en se déclarant incompétente -, il n'y a plus place, faute d'intérêt actuel digne de protection (art. 48 al. 1 let. c PA par analogie), pour un recours du chef de déni de justice formel ou de retard injustifié, mais bien uniquement pour un recours « ordinaire » selon les art. 44 ss PA en relation avec l'art. 5 PA (cf. ATAF 2008/15 consid. 3.2; arrêt du TAF A 75/2009 du 16 avril 2009 consid. 2 et arrêt du TAF A 3932/2008 du 7 avril 2009 consid. 2.2.2; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 5.18, 5.24 et 5.30 ss). S'il est admis, le recours pour déni de justice conduit au prononcé d'une décision en constatation de droit par l'autorité de recours (cf. Felix Uhlmann/Simone Wälle-Bär, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar VwVG*, Zurich 2009, n. 35 ad art. 46a PA; Markus Müller, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich 2008, n. 14 ad art. 46a PA).

E. 2

Il est besoin ici de déterminer si, sachant que le recours pour déni de justice formel n'est pas ouvert en présence d'une décision au sens de l'art. 5 PA, la lettre de l'autorité inférieure du 25 février 2009 peut - respectivement doit -, vu sa teneur, être considérée, sinon comme une décision de non-nomination, du moins comme une décision d'incompétence ou d'irrecevabilité. En relation avec cette question, il sera considéré que A. avait formé recours auprès du CF contre la lettre du Chef de l'armée a.i. du 30 septembre 2008 et que l'autorité inférieure n'y a pas donné suite.

E. 2.1

Aux termes de l'art. 2 al. 1 let. c OPers, le Conseil fédéral est compétent pour conclure les rapports de travail des officiers généraux (cf. aussi art. 102 al. 1 let. c ch. 4 LAAM). Il l'était donc pour engager le commandant B. Il faut en déduire, a contrario, qu'il était compétent pour refuser d'engager les autres postulants, ce qui n'est du reste pas contesté. L'autorité inférieure a expressément reconnu, dans ses observations en réponse au recours, qu'elle était compétente pour écarter les candidats ayant postulé au poste de commandant mis au concours. Il résulte en outre de l'art. 78 PA que, lorsque le Conseil fédéral statue en instance unique ou en première instance, le département compétent en la matière lui soumet un projet de décision, et que, jusqu'à la décision, le département compétent exerce les pouvoirs du Conseil fédéral. Il revient en particulier au département compétent de conduire la procédure de sélection des candidatures à un poste mis au concours (cf. Martin Schely, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, Zurich 2009, n. 3 et 4 ad art. 78 PA).

E. 2.2

Il s'ensuit en l'occurrence que la lettre du Chef de l'armée a.i. du 30 septembre 2008 ne peut être considérée comme une décision de non-nomination, faute de compétence de cette autorité à ce titre. C'est au surplus à tort que A. a recouru contre cette lettre auprès du CF. Il aurait en effet dû, le cas échéant, contester cet acte administratif devant le TAF, conformément à l'art. 33 let. d LTAF, en tant qu'il émanait d'un département fédéral (voir aussi l'art. 72 PA).

E. 2.3

Cela étant, la question de savoir si, conformément à l'art. 8 al. 1 PA, le CF aurait dû transmettre au TAF le recours dont il avait été saisi par écriture du 4 octobre 2008 peut, dans la mesure même où l'autorité inférieure conteste l'application de la PA, souffrir de demeurer ouverte. Et peut également rester indécise la question de savoir si, conformément à l'art. 9 al. 2 PA, le CF aurait dû rendre une décision d'irrecevabilité. Ces questions sont en effet liées à celle de la nature juridique, au sens de la PA, de sa lettre du 25 février 2009. Or à cet égard, reconnaître la qualité de décision au titre de la PA à la lettre du 25 février 2009 viendrait heurter à la fois la manifestation de volonté exprimée par l'autorité inférieure - qui, en invoquant l'art. 3 let. b PA, a déclaré exclure le prononcé de toute décision faute d'applicabilité de cette législation -, et le sens que le recourant pouvait objectivement lui reconnaître, et qu'il lui a effectivement reconnu, en déposant un recours pour déni de justice sur le grief que le CF ne lui avait notifié aucune décision.

E. 2.4

Ainsi donc, le TAF retiendra que, faute de décision attaquable au sens de l'art. 5 PA en l'espèce, le recours pour déni de justice formé devant son instance - qui, conformément à l'art. 50 al. 2 PA, peut être déposé en tout temps - est en principe recevable au titre de l'art.

46a PA. Il remplit en outre les conditions de forme posées par l'art. 49 et l'art. 52 PA.

E. 3

Le bien-fondé du recours pour déni de justice formel dépend de la question qui constitue l'objet premier du litige en l'espèce, à savoir si, en matière de personnel fédéral, le postulant écarté est, à l'instar du recourant, en droit de requérir du CF, en qualité d'autorité de nomination, le prononcé d'une décision au sens de la PA. Or, ainsi qu'il résulte de la saisine du TAF, cette question revient à se demander si, en s'abstenant de rendre une telle décision, l'autorité inférieure a, au vu de la législation applicable, respecté la garantie de l'accès au juge au sens de l'art. 29a Cst. (cf. arrêt du TAF A 2723/2007 du 30 janvier 2008 consid. 1.3 publié en partie dans ATAF 2009/1; Felix Uhlmann/Simone Wälle-Bär/Nadine Mayhall, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, Zurich 2009, n. 13 ad art. 46a PA).

E. 4.1

L'art. 29a Cst., en vigueur depuis le 1er janvier 2007, donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Il prévoit que, par la loi, la Confédération et les cantons peuvent exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Cette norme étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques. Il s'agit en particulier de contestations portant sur les droits et les obligations de personnes (physiques ou morales). Ces droits et obligations ne découlent pas de la garantie de l'accès au juge elle-même, mais de ceux et celles que confère ou impose à l'intéressé un état de fait visé, notamment, par la Constitution fédérale, la loi ou encore une ordonnance (cf. arrêt du TF 8D_8/2009 du 16 août 2010 et les réf. cit.).

E. 4.2

L'art. 29a Cst. étend le contrôle judiciaire à toutes les matières, y compris aux actes de l'administration, en établissant une garantie générale de l'accès au juge. Il poursuit en particulier le but de soumettre les actes de l'administration à un contrôle juridictionnel (ATF 133 IV 278 consid. 2.2, ATF 130 I 312 consid. 4.2 et les réf. cit.). Cette extension du contrôle judiciaire a été dictée par l'intérêt des particuliers à ne pas être simplement assujettis à un pouvoir exécutif de plus en plus puissant, mais à pouvoir aussi saisir une autorité indépendante en étant ainsi assurés de bénéficier de certaines garanties procédurales (message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 511 et 530). La création du TAF, lui-même entré en fonction le 1er janvier 2007, vient concrétiser l'art. 29a Cst. en ce domaine (cf. Andreas Kley, in: Bernhard Ehrenzeller/Klaus A. Vallender/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer [éd.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2e éd., Zurich/St-Gall 2008, n. 19 ad art. 29a Cst. p. 610).

E. 4.3

En l'occurrence, il convient donc de déterminer, en premier lieu, si la législation applicable prévoit une exception à l'accès au juge garanti par l'art. 29a Cst.; et, ensuite, si tel ne s'avère pas être le cas, dans quelle mesure le recourant peut déduire du droit fédéral (Constitution, loi ou ordonnance), le droit prétendu à obtenir une décision de non-nomination qu'il puisse venir contester devant les tribunaux. 5.1 Comme il a été vu au stade de la recevabilité du recours pour déni de justice (cf. consid. 1.2.1), la LTAF prévoit expressément l'accès par voie de recours au TAF contre les décisions du CF en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération (art. 33 let. a LTAF). Pour le surplus, la LTAF renvoie à la

PA (art. 37 LTAF). Or, la décision réclamée en l'espèce sur la candidature du recourant est une décision de non-nomination, à savoir une décision en constatation négative de droit au sens de l'art. 5 al. 1 let. b et de l'art. 25 PA. 5.2 Il s'agit ainsi de déterminer si le recourant a un intérêt digne de protection à obtenir une décision de non-nomination au titre de la PA. Cette question doit elle-même être appréhendée à partir du droit de fond applicable au litige, soit singulièrement de la LPers.

E. 6

Le TAF n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'accès au juge en cas de contestation d'un refus d'embauche. Il convient, ainsi, de faire ici rappel de l'évolution du droit du personnel de la Confédération au rapport de laquelle cette question s'inscrit. 6.1.1 Sous l'empire de l'ancienne loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF, RS 1 459), la nomination d'un postulant revêtait, selon la pratique administrative fédérale, la qualité d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA. Cela étant, la possibilité de contester une telle décision de nomination par un recours interne à l'administration fédérale n'était pas ouverte à un postulant écarté. La qualité pour recourir ne lui était pas reconnue par la pratique administrative fédérale, faute d'intérêt digne de protection à cet effet, dans la mesure où les dispositions en matière de nomination étaient considérées comme visant principalement à sauvegarder l'intérêt public (cf. décision du Conseil fédéral du 9 août 1978, publiée dans JAAC 42.11 consid. 2, p. 511 [qui concerne la nomination d'un fonctionnaire à un poste de chef de section]; décision du Département fédéral des finances et des douanes du 17 juin 1974, publiée dans JAAC 39.47 p. 16; Stefan Müller, *Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen*, Diessenhofen 1981, p. 85 et 119; Peter Hänni, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, vol. I, in: Heinrich Koller/George Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli [éd.], *Organisationsrecht, Personalrecht des Bundes* [ci-après: *Personalrecht des Bundes*], 2e éd., Bâle 2004, n. 73, p. 27 et les réf. cit.; André Moser/Peter Uebersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen: die erstinstanzliche nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, n. 2.29; Vera Marantelli-Sonannini/Said Huber, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar VwVG*, Zurich 2009, n. 29 ad art. 48 PA, et Nadine Mayhall, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar VwVG*, Zurich 2009, note de bas de page 11 ad art. 3 PA; Isabelle Häner, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich 2008, n. 16 ad art. 48 PA; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 474 et les réf. cit.). La pratique administrative fédérale justifiait aussi son refus de reconnaître la qualité pour recourir au candidat évincé, motif pris que la décision d'engagement était irréversible (cf. décision du Conseil fédéral du 24 janvier 1979, publiée dans JAAC 43.52 p. 251, décision du Département fédéral des finances et des douanes du 17 juin 1974, publiée dans JAAC 39.47, p. 16, décision de la Justizabteilung du 5 mars 1974, publiée dans JAAC 38.68, p. 17-18; voir aussi décision du Conseil d'Etat du canton de Zurich du 21 février 1979, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* [ZBl] 80/1979 p. 307 ss; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. III, *L'organisation des activités - Les biens de l'Etat*, Berne 1992, n. 5.1.3.1, p. 215 ss, ci-après: vol. III; Müller, op. cit., p. 180). De même, l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral (CRP) - qui a été remplacée par le TF à compter du 1er janvier 2007 - déniait la qualité pour recourir devant son instance à un postulant écarté par l'administration fédérale; elle se prévalait à ce titre de l'art. 100 let. e ch. 1 de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation

judiciaire (OJ, RS 3 521), selon lequel les décisions concernant la création initiale des rapports de service et les promotions n'étaient, en matière de rapports de service du personnel fédéral, pas susceptibles de faire l'objet d'un recours de droit administratif auprès du TF (cf. Moser/Uebersax, op. cit., n. 2.29, se référant à l'art. 58 al. 2 let. b ch. 3 StF [RO 1992 308]; Andreas Keiser, Justiziabilität personalrechtlicher Entscheide, in: Peter Helbling/Tomas Poledna [éd.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, p. 509).

6.1.2 Le débat a également porté sur la question de savoir si, en tant que telle, la communication du refus d'embauche pouvait être comprise comme une décision au sens de l'art. 5 PA, ce qui a été généralement contesté, faute également d'intérêt digne de protection (cf. René Wiederkehr, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, in: ZBl 9/2010, p. 497; Müller, op. cit., p. 117 ss et les réf. cit.; Evi Schwarzenbach Heusser, Das Personalrecht des Kantons Thurgau, Diss. Zurich 1998, p. 70).

6.1.3 Le défaut de voie de recours ainsi opposé au candidat écarté a toutefois été controversé en doctrine (cf. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2e éd., Berne 2003, p. 519 et les réf. cit.; Moser/Uebersax, op. cit., n. 2.29). Selon de nombreux auteurs, en effet, le postulant dont l'offre de services a été rejetée devrait être reconnu comme légitimé à recourir (cf. Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n. 1554, p. 328; Moor, op. cit., vol. III, n. 5.1.3.1, p. 215-216; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, n. 555; Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zurich 2000, n. 757, p. 350; Matthias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag, Zurich 1998, p. 329; Paul Richli, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Berne 1996, p. 84; Müller, op. cit., p. 140, p. 179-180 ss; Peter Hänni, Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht, Fribourg 1982, p. 44 ss et les réf. cit.). Il a en particulier été relevé que la pratique administrative fédérale ne permettait pas de garantir une procédure d'engagement transparente et ouverte à tous, conformément au principe de l'égalité de traitement (cf. Hänni, Personalrecht des Bundes, op. cit., n. 73 et 74, p. 27-28; André Moser, Der Rechtsschutz im Bund, in: Peter Helbling/Tomas Poledna [éd.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, p. 538 et les réf. cit.; Paul Richli, Grundrechtliche Aspekte der Tätigkeit von Lehrkräften, in: Pratique juridique actuelle [PJA] 6/93, p. 684; Michel, op. cit., p. 329; Müller, op. cit., p. 180 ss et les réf. cit.). Ainsi, selon Müller, seul le choix d'un candidat - et non le ou les refus d'embauche - constitue une décision; cette dernière déploie ses effets non seulement à l'égard du candidat choisi, mais aussi des candidats écartés. Müller souligne qu'un candidat n'est pas engagé sur la base de sa seule candidature; l'autorité doit bien plutôt comparer les différentes postulations; c'est ainsi qu'elle choisira le meilleur candidat et remplira son devoir. D'après cet auteur, il ne se justifie pas d'ouvrir une procédure pour chaque candidature; l'autorité ne peut que difficilement motiver de façon pertinente le refus d'embauche; la procédure de sélection comporte en effet différentes étapes; il est de surcroît difficile de savoir si un candidat pourra assumer les responsabilités relatives au poste mis au concours. Et Müller de reconnaître le droit de recourir du candidat évincé, sans que cela signifie que l'autorité doive rendre une décision motivée sur le refus d'embauche: le recourant doit en effet uniquement démontrer que le choix opéré est insoutenable et le discrimine; autrement dit, l'autorité de recours doit seulement examiner si la décision de nomination est acceptable; elle n'a pas à se prononcer sur la question de savoir si le candidat écarté est plus compétent. Selon cet auteur, l'autorité d'engagement n'a donc pas à motiver le refus d'embauche pour garantir au candidat qui postule sans succès le droit de recourir. La

doctrine a aussi été attentive à une décision du Conseil d'Etat du canton d'Argovie du 18 mai 1992, qui, se référant à la définition énoncée à l'art. 5 al. 1 let. c PA, a laissé ouverte la question de savoir si une décision de non-nomination pouvait se concevoir. Le Conseil d'Etat argovien y a souligné que le choix et le refus de choisir un candidat se trouvaient en principe dans une étroite connexité; ils ne pouvaient être envisagés séparément d'un point de vue juridique; le choix d'un candidat impliquait automatiquement le refus de choisir les autres candidats (décision publiée in: ZBl 94/1993 p. 15 ss et les réf. cit.). Le Conseil d'Etat argovien a ensuite, dans une décision du 2 juin 1993, considéré que le refus de choisir un postulant à une fonction publique constituait une décision. Dans ce dernier cas, l'autorité de nomination n'avait toutefois reçu qu'une seule postulation, celle du recourant, lorsqu'elle avait refusé sa candidature; les autres dossiers de postulation ne lui étaient pas encore parvenus (in: ZBl 95/1994 p. 431 ss).

E. 6.2

La seule exception au défaut de qualité pour recourir était celle découlant de la loi sur l'égalité du 24 mars 1995 (LEg, RS 151.1), entrée en vigueur le 1er juillet 1996. Cette législation impose, en effet, à l'administration fédérale le prononcé d'une décision de refus d'embauche si le postulant invoque une discrimination fondée sur le sexe (art. 8 LEg) - ce qui, sous l'empire de l'OJ, lui ouvrait la voie du recours auprès de la CRP, puis du recours de droit administratif au TF. La LEg prévoit à cet égard que la personne discriminée ne peut faire valoir qu'un droit à une indemnité (cf. art. 5 al. 2, art. 8 al. 2 et art. 13 al. 2 LEg).

E. 6.3

La problématique s'est encore située différemment suite à l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2002 pour l'administration fédérale, de la LPers.

E. 6.3.1

Cette législation prévoit que, en principe, la création des rapports de travail découle désormais de la conclusion d'un contrat de travail régi par le droit public (cf. art. 8 al. 1 LPers et art. 25 al. 1 OPers). Elle n'intervient dès lors plus, en règle générale, sous la forme d'une décision soumise à approbation, comme cela était le cas sous l'empire de l'ancien StF (cf. Hänni, Personalrecht des Bundes, op. cit., n. 41, p. 15). Or la conclusion d'un contrat de droit administratif n'est, en soi, pas soumise à la PA (cf. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., Berne 2009, § 34 n. 2, p. 335; Pierre Tschannen, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich 2008, n. 3 ad art. 3 PA). Par ailleurs, la conclusion d'un contrat - qui suppose un accord de volontés entre les deux parties contractantes - ne peut en principe être contestée par un tiers (res inter alios acta). Il s'est ainsi posée la question de savoir si, lorsqu'elle conclut un contrat de droit administratif, l'administration fédérale peut elle-même, pour s'exonérer de la PA, se mettre au bénéfice de ce principe.

E. 6.3.2

C'est afin d'éviter les écueils d'une carence dans le contrôle juridictionnel de l'activité de l'Etat qu'une partie de la doctrine a élaboré la théorie des deux niveaux. Selon cette théorie, la conclusion d'un contrat par une collectivité publique implique deux actes juridiques: le premier, acte unilatéral fondé sur le droit public, constitue la décision prise par l'administration de conclure une convention; le second est le contrat lui-même. La décision peut être formellement séparée: mais elle peut aussi être implicite, distinguée de l'acte du

contrat seulement au plan de l'analyse structurelle interne des rapports de droit. Constitue de même une décision, et non une simple manifestation négative de volonté, l'acte unilatéral de ne pas passer le contrat proposé par un administré. Cette construction juridique fait donc un acte juridique unilatéral de ce qui, en droit privé, constitue le processus interne de la formation de la volonté (cf. Moor, op. cit., vol. III, n. 3.1.4.1, p. 376 ss; voir aussi Tschanen/Zimmerli/Müller, op. cit., § 34 n. 6, p. 336; Christine von Arx, Die einseitige Abänderbarkeit eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrages unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des Privaten, Diss. Bâle 2002, p. 45-46).

E. 6.3.3

Sur ce dernier point, le TAF considérera d'abord que la jurisprudence restrictive du TF à laquelle se réfère Moor concerne en particulier la procédure d'adjudication de travaux publics et de livraisons (voir ATF 119 Ia 424 consid. 3). Or, depuis l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1996, de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), les décisions de l'adjudicateur sont désormais sujettes à recours (cf. art. 26 ss LMP). Il sera par ailleurs rappelé que la LEg traite elle-même le refus d'embauche comme une décision (cf. consid. 6.2); en d'autres termes, le refus d'embauche est assimilé à une décision au sens de l'art. 5 PA, même si les rapports de travail sont fondés sur un contrat de droit public (cf. art. 3 al. 2, art. 5 al. 1, 2 et 3, art. 8 et art. 13 al. 1 et 2 LEg; message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 février 1993 [loi sur l'égalité], FF 1993 I 1163 ss, 1227, ci-après: message sur la LEg; Moser, op. cit., p. 538; Hänni, Personalrecht des Bundes, op. cit., n. 55, p. 20; Keiser, op. cit., p. 510). L'on relèvera enfin que le TF a récemment laissé ouverte la question de savoir si la théorie des deux niveaux doit être généralement reçue dans la pratique administrative suisse (arrêt du TF 1C_88/2007 du 26 novembre 2008 consid. 2.2).

E. 6.3.4

La théorie des deux niveaux ne sera pas retenue par le TAF pour venir résoudre la problématique posée en l'occurrence. En effet, et de première part, cette théorie conduit à reconnaître la qualité pour recourir contre une décision de nomination, alors que la LPers prévoit désormais que la nomination s'effectue par voie contractuelle. Elle pose ensuite des difficultés d'application, s'agissant, en particulier, de la détermination même de l'acte de nomination (en l'absence de décision formelle de nomination), du calcul du délai pour recourir contre cet acte, de la motivation de l'acte de nomination ou encore des effets du bien-fondé du recours sur la nomination elle-même.

E. 7.1

En résumé, l'on retiendra que la LPers ne s'intéresse pas directement à la question ici posée, à savoir celle du droit pour un candidat écarté à obtenir une décision justiciable suite à la conclusion d'un contrat de travail par l'autorité de nomination avec un autre candidat. Ce n'est toutefois pas la question de la qualité pour recourir en cas de non-nomination qui est en soi nouvelle, dans la mesure où elle se posait déjà sous l'empire du StF (cf. consid. 6.1.3). C'est bien la réponse à lui apporter qui doit être différente, au vu de la nouvelle donne juridique. En effet, l'intérêt digne de protection à obtenir une décision de non-nomination doit désormais être reconnu à la faveur d'une application conjointe de la législation matérielle (LPers), du droit de procédure postérieur (LTAF ensemble avec la PA) et du nouvel art. 29a Cst. Ainsi, en premier lieu, la LPers ne vient-elle nullement exclure, au titre de l'exception réservée par l'art. 29a Cst., le prononcé d'une décision de non-nomination (cf.

Markus Lanter, *Gerichtliche Kontrolle von Verfügungen über leistungsabhängige Lohnanteile von Bundespersonal*, in: PJA 12/2009, p. 1518 ss, p. 1521). Ensuite, l'art. 33 let. a LTAF prévoit que le recours au TAF est ouvert à l'encontre des décisions du Conseil fédéral et des organes de l'Assemblée fédérale, en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération, y compris le refus d'autoriser la poursuite pénale (cf. consid. 5.1). Et, enfin, sachant que, conformément à la LPers elle-même, le recours n'est possible que contre une décision (art. 34 al. 1 LPers), il doit s'agir, en une telle occurrence, d'une décision de non-nomination au sens de l'art. 25 al. 1 PA, si l'on considère que l'engagement d'un postulant à une fonction publique affecte non seulement l'intérêt public, mais aussi les intérêts privés du candidat évincé. En d'autres termes, la personne dont l'offre de services est écartée est atteinte dans ses intérêts personnels (art. 25 al. 2 PA).

E. 7.2

Cela étant, il demeure à déterminer, s'agissant de la législation applicable et réservée par l'art. 29a Cst., si, comme elle l'affirme, l'autorité inférieure peut se prévaloir de l'art. 3 let. b PA pour justifier son refus de rendre une décision de non-nomination au sens de la PA. Selon cette disposition, en matière de personnel fédéral, les procédures de première instance relatives à la création initiale des rapports de service ne sont pas régies par la PA. A cet égard, l'on relèvera d'abord que l'art. 3 let. b PA n'empêchait déjà pas, sous l'empire du StF, de reconnaître à la nomination en tant que telle la qualité d'une décision au sens de l'art. 5 PA, ouverte à un recours interne sur le fondement de l'art. 72 PA (dans son ancienne teneur, soit avant l'entrée en vigueur de la LTAF le 1er janvier 2007; voir décision du Conseil fédéral du 9 décembre 1974, publiée dans JAAC 39.47, p. 17, décision du Conseil fédéral du 9 août 1978, publiée dans JAAC 42.111 p. 511, décision du Conseil fédéral du 11 juillet 1979, publiée dans JAAC 44.4 p. 33; Peter Saladin, *Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht*, in: *Revue de droit suisse* 1975/II, p. 327). En d'autres termes, l'art. 3 let. b PA (qui s'applique aux procédures de première instance) ne vient en soi pas exclure l'ouverture d'une procédure de recours et, donc, le prononcé d'une décision justiciable au sens de l'art. 5 PA. Il sied ensuite de retenir que, par la volonté du CF et du Parlement, l'obligation de rendre une décision au titre de l'art. 8 LEg (cf. consid. 6.2) s'impose désormais à toutes les instances, y compris à celles qui ont à trancher dans une procédure de première instance qui, conformément à l'art. 3 let. b PA, n'est pas soumise à la PA (cf. message sur la LEg, FF 1993 I 1163, 1227). Enfin, il convient certes de considérer que plusieurs commentateurs récents de la PA déduisent de son art. 3 let. b qu'un refus d'embauche ne constitue pas une décision au sens de son art. 5 (cf. Mayhall, *op. cit.*, n. 8 ad art. 3 PA et Felix Uhlmann in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar VwVG*, Zurich 2009, n. 14 ad art. 5 PA; Tschannen, *op. cit.*, n. 3 ad art. 3 PA). Cela est toutefois exact en soi. L'on admettra en effet qu'une décision de non-nomination ne doit pas directement être rendue par l'autorité compétente lors de la communication du refus d'embauche, mais uniquement sur requête. Une telle procédure en deux temps évite à l'autorité de nomination d'avoir à rendre immédiatement une décision sur tous les cas de refus d'embauche. Il appartient donc au postulant écarté de demander, suite à la réception de la communication du refus d'embauche, le prononcé d'une décision de non-nomination, à laquelle il a alors droit.

E. 7.3

Ainsi donc, le recourant avait droit, en l'espèce, au prononcé d'une décision de non-nomination, à savoir d'une décision constatant l'inexistence de droits au sens de l'art. 5

al. 1 let. b et de l'art. 25 al. 1 PA, pour pouvoir ensuite la contester en justice.

E. 8

Des considérants qui précèdent, il suit que, en refusant de rendre une décision de non-nomination comme elle en était requise, l'autorité inférieure a commis un déni de justice formel au sens de l'art. 46a PA. Le recours doit dès lors être admis à ce titre.

E. 9

Le recourant conclut ensuite à l'annulation, pour violation du droit constitutionnel fédéral, de la décision du CF d'avoir nommé le colonel B. au poste de commandant mis au concours. L'objet du litige au fond ne se pose toutefois pas en ces termes, dans la mesure où, comme il a été vu, l'autorité inférieure n'avait pas à rendre une décision de nomination. Il s'agit donc de déterminer si, au vu des griefs soulevés par le recourant, la non-nomination de ce dernier par l'autorité inférieure a, en tant qu'elle aurait dû prendre la forme d'une décision, respecté les principes constitutionnels applicables en l'espèce, à savoir l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) et le respect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.).

E. 9.1

De manière générale, le TAF contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral - y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation -, de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et de l'inopportunité (art. 49 PA). En principe, il exerce librement son pouvoir d'examen. De jurisprudence constante, il s'impose toutefois une certaine retenue lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales, lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux ou encore lorsqu'il s'agit d'apprécier des prestations ou un comportement personnel; dans ces cas, il s'en remet en principe à l'appréciation de l'autorité inférieure, sauf abus manifeste du pouvoir d'appréciation ou décision objectivement inopportune (cf. Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 2.149 ss, 2.154 ss; voir aussi ATF 130 I 312 consid. 4.3.1).

E. 9.2

En tant qu'autorité d'engagement, l'autorité inférieure bénéficie d'un très large pouvoir d'appréciation par la volonté même du législateur (voir Kölz/Häner, op. cit., n. 555, p. 200; Plotke, op. cit., p. 518 ss; Schwarzenbach Heusser, op. cit., p. 69; Tobias Jaag, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich - ausgewählte Fragen, in: ZBl 95/1994 p. 443). Il n'y a en effet aucun droit à la nomination au titre de la LPers (cf. Hänni, Personalrecht des Bundes, op. cit., n. 41, p. 15), laquelle législation, outre la mise au concours public, ne prévoit pas de règles à propos de la procédure de sélection des candidats engagés par le Conseil fédéral (art. 7 LPers et art. 22 al. 1 OPers); la législation militaire ne fixe elle-même pas de conditions relatives à la formation requise pour occuper le poste mis au concours; enfin, la PA n'est pas applicable à la procédure de nomination en tant que telle (cf. consid. 7.2 et consid. 13.1). Le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative fédérale, en tant que futur employeur, s'exerce, à cet égard, tant pour déterminer si les candidats remplissent les conditions d'engagement énoncées dans la mise au concours, que pour déterminer lequel des candidats est le plus apte à remplir la fonction concernée. Force est d'ailleurs d'admettre que l'autorité administrative est beaucoup mieux placée que le TAF pour résoudre ces questions, qui se prêtent difficilement à un contrôle

judiciaire étendu. Tel est tout particulièrement le cas s'agissant, comme dans la présente cause, de l'appréciation des compétences en matière de conduite et de communication d'un candidat à une haute fonction militaire (cf. mise au concours du poste de commandant de la brigade X.). Ceci explique aussi que la motivation de la décision de non-nomination puisse demeurer succincte. Il s'ensuit que, sur ces questions, le TAF ne s'écartera pas sans nécessité de l'appréciation de l'autorité inférieure. En revanche, il vérifiera librement si celle-ci a établi complètement et exactement les faits pertinents, et si, sur cette base, elle a appliqué correctement le droit, sans se laisser guider par des motifs étrangers aux normes appliquées (cf. Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. I, Les fondements généraux, Berne 1994, n. 4.3.3.2, p. 383; Lanter, *op. cit.*, p. 1522; voir aussi Jaag, *op. cit.*, p. 443).

E. 10.1

L'absence, en l'espèce, de décision de non-nomination de l'autorité inférieure devrait conduire le TAF à lui renvoyer la cause pour le prononcé formel d'une décision. Cela étant, un tel renvoi conduirait ici à un formalisme excessif au détriment du recourant (art. 29 al. 1 Cst.), sans que son droit d'être entendu ne vienne l'imposer (art. 29 al. 2 Cst.). La jurisprudence admet, en effet, qu'il puisse être renoncé à renvoyer la cause à l'autorité intimée, lorsque cela consisterait en une vaine formalité qui ne ferait que prolonger inutilement la procédure (ATF 133 I 201 consid. 2.2, ATF 132 V 387 consid. 5.1; arrêt du TF 9C_419/2007 du 11 mars 2008 consid. 2.2.2; ATAF 2009/1 consid. 4.2; arrêt du TAF D 7111/2006 du 29 août 2008; Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar VwVG*, Zurich 2009, n. 115 ss ad art. 29 PA).

E. 10.2

Or, tel est bien le cas en l'occurrence, dans la mesure où, d'une part, l'autorité inférieure, qui a nommé le commandant B. au poste mis au concours, a, en ses différentes écritures, exposé les raisons qui ont conduit à écarter la postulation du recourant; et où, d'autre part, un renvoi de la cause à son instance la conduirait, selon toute vraisemblance, à confirmer formellement la non-nomination du recourant. En d'autres termes, il convient de retenir que, même si la lettre du 25 février 2009 ne peut, à dire de droit, se voir reconnaître la qualité d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA (cf. consid. 2.3), le TAF dispose de tous les éléments qui lui permettent de juger si la non-nomination du recourant résulte d'un usage acceptable, par l'autorité inférieure, de son large pouvoir d'appréciation, au vu des limites qui lui sont assignées par la Constitution.

E. 11

Il convient ici de faire rappel de la procédure de sélection en cause.

E. 11.1

Les exigences attachées au poste de commandant de la brigade X. ont été présentées ainsi dans l'annonce de la mise au concours: « Cette tâche exigeante requiert un diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée ou une formation équivalente. Les officiers de carrière doivent avoir passé soit le stage de formation de commandement III (SFC III), soit une formation équivalente ou l'ancien SFC IV. Le futur commandant sera doté d'une expérience de la conduite dans la gestion à l'échelon intermédiaire ou supérieur de l'armée, de l'administration ou de l'économie. Il dispose d'une instruction d'état-major général ainsi que d'une expérience comme commandant d'un corps de troupe et en tant que chef d'état-major. De l'expérience à l'étranger est souhaitée. De très bonnes compétences sociales

et en matière de conduite et de communication, la capacité de s'imposer ainsi que la maîtrise de deux langues officielles et de bonnes connaissances de l'anglais complètent votre profil. Le commandement est une activité secondaire (taux d'occupation: 40 % ou selon accord particulier); c'est la raison pour laquelle il s'adresse à des officiers de milice. » La Stellenbeschreibung du poste mis au concours, établie le 1er août 2008, précise elle-même ce qui suit: « Grundausbildung: Berufsoffizier nach Möglichkeit mit abgeschlossenem Hochschulstudium und Ausländerfahrung oder Milizoffizier mit gleichwertiger Ausbildung - Analytiker, Kommunikator - Besondere Befähigung im Bereich Taktik und Führung Spezialausbildung: Sprachkenntnisse: D, F, E Militärische Ausbildung: GLG [Generalstablehrgang] und FLG III, Schulkommandant, Rgt/Bat Kdt, SC HE Besondere Fähigkeiten/Berufserfahrung: Besonderes Flair in der Lösung von taktischen und operativen Problemen; Verhandlungsgeschick; Befähigung zu vernetztem Denken. »

E. 11.2

Par ailleurs, l'information parue sur le site internet de la Confédération, le (...), jour de la nomination du colonel B., a présenté ainsi la carrière de ce dernier: « Le colonel B. (... ans), de (...), succède à C., nommé l'été dernier chef de (...). B. est officier de milice. Il assurera le commandement de la brigade X. à titre d'emploi à temps partiel. Dans le cadre de l'étape de développement (...), la brigade X. deviendra, dès l'année prochaine, une brigade de réserve. B. est ingénieur forestier de (...). En 1996, il a été nommé commandant de la police municipale de (...). En cours d'emploi, il a étudié la criminologie à l'Université de (...) et depuis 2000, il est titulaire d'un Master en administration publique de (...). Depuis le début de l'année 2008, il est secrétaire général du Département (...) du canton de (...) et chef d'Etat-major cantonal de conduite.»

E. 11.3

S'agissant du recourant, il ressort de son dossier de candidature, et singulièrement de son curriculum vitae, que (...); il est par ailleurs colonel EMG et a accompli tous ses services dans l'infanterie de haute montagne comme commandant à tous les échelons.

E. 11.4

Il ressort également du dossier que, au début de (...), le poste de commandant de brigade (X./officier général) a été mis au concours; le recourant a présenté sa candidature par lettre du 28 juillet 2008; la réception de sa candidature lui a été confirmée par écrit le 31 juillet 2008; une « longlist » des candidatures a été établie en août 2008, et celles-ci ont été étudiées et discutées à l'interne; à l'occasion de l'étude interne des candidatures, le Chef de l'armée a.i. et le commandant des FT, considérant que, si le recourant avait les capacités militaires en tant que colonel et milicien de l'armée, ces capacités, en comparaison avec d'autres postulants, ne parvenaient pas à l'emporter car il avait comparativement peu d'expérience de l'armée actuelle et, car sa formation pour le commandement d'états-majors et de troupes n'était pas suffisante, ont conclu que les capacités de conduite didactiques et militaires du recourant ne suffisaient pas pour exercer la fonction spécifique d'un commandant de brigade; un entretien personnel a eu lieu avec tous les candidats, une partie ayant été conduite par le Chef de l'armée a.i., l'autre par le commandant des FT; ce dernier s'est entretenu le 11 septembre 2008 avec le recourant, en lui expliquant pourquoi il n'était pas le candidat approprié pour le poste mis au concours; le recourant n'a pas été inscrit sur la « shortlist »; par lettre du 30 septembre 2008, le Chef de l'armée a.i. a informé le recourant qu'il n'entrait pas en question pour le poste; d'autres entretiens, une « procédure

d'assessment » et le contrôle de sécurité relatif aux personnes ont eu lieu avec les candidats sélectionnés de la « shortlist »; le postulant finalement sélectionné, qui exerçait alors la fonction de commandant de brigade, a en outre eu un entretien avec le Conseiller fédéral Samuel Schmid.

E. 12

Pour contester à la fois sa non-nomination et la nomination du candidat choisi par le CF, 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 CF 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 CF 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 CF 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* du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 8 ad art. 8 Cst.). Selon la jurisprudence du TF, 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 ad 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 à l'art. 9 et à l'art. 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 ad 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 TAF considère que les griefs invoqués par le recourant ne permettent pas de remettre en cause, au regard de l'art. 8 et de l'art. 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 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 CF 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 de l'art. 8 et de l'art. 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 TF 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. 3.1; 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). Mais le TAF 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 TAF A 8222/2008 du 10 juin 2009 consid. 5.2 et les réf. cit.). 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).

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 TAF 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 (...). A cet égard, ce dernier a demandé la production du procès-verbal de la séance entre le chef du DDPS et le colonel B., du procès-verbal de la décision du CF 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 CF 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 TAF, 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 CF 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 102/2001, 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 TAF à admettre le recours du chef de déni de justice formel (cf. consid. 8).

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 CF 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 15'000 francs.

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. Mayhall, op. cit., n. 8 ad art. 3 PA; Frank Seethaler/Fabia Bochsler, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], *Praxiskommentar VwVG*, Zurich 2009, n. 48 ad art. 52 PA). Par ailleurs, selon la jurisprudence du TF afférente à l'art. 42 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (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 TF 1C_572/2008 du 28 septembre 2009 consid. 6.1 et les réf. cit.). Telle est également la pratique du TAF (cf. arrêt du TAF A 845/2007 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 réplique est irrecevable, en tant que les conclusions sont scellées aux termes du mémoire de recours. 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.

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