



Cour I
A-5622/2010

Arrêt du 4 mai 2011

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Jérôme Candrian, André Moser, juges,
Yanick Felley, greffier.

Parties

A. _____
représenté par Maître Michel Tinguely, route de Riaz 28,
case postale 44, 1630 Bulle,
recourant,

contre

**Département fédéral de la défense, de la protection de la
population et des sports DDPS**, Maulbeerstrasse 9,
3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Résiliation des rapports de service.

Faits :**A.**

A._____ (ci-après l'employé) a été engagé le 1^{er} juillet 2003 auprès des Forces terrestres de l'Armée suisse (ci-après l'employeur). Le 1^{er} janvier 2006, il a été engagé en tant qu'aspirant sous-officier de carrière.

B.

Par décision du 23 février 2010, le commandant des Forces terrestres a licencié l'employé avec effet au 30 juin 2010 en retirant l'effet suspensif à un _____ éventuel _____ recours.

L'employeur retient que l'une des conditions d'engagement – à savoir une réputation irréprochable – aurait disparu dès lors que l'employé a été condamné, à la fin de l'année 2008, à une peine de 15 jours-amende avec sursis pendant 3 ans et 700 francs d'amende pour avoir conduit un véhicule alors qu'il était sous le coup d'un précédent retrait de permis.

C.

Par mémoire du 29 mars 2010, A._____ a recouru contre cette décision auprès du Secrétariat général du DDPS, concluant à son annulation et à la restitution de l'effet suspensif. En bref, il conteste le motif de licenciement invoqué par l'employeur et considère que l'inscription au casier judiciaire de la peine susmentionnée n'était pas un élément propre à remettre en question sa réputation.

D.

A compter du 14 juin 2010, l'employé a été en incapacité de travail pour raisons médicales.

E.

Par décision du 6 juillet 2010, le DDPS a rejeté le recours, fixé la cessation des rapports de travail au 30 septembre 2010 et retiré l'effet suspensif à un éventuel recours. En substance, le DDPS a confirmé la décision attaquée exposant que l'employeur n'avait pas à tolérer la présence de "récidivistes" dans ses rangs; elle a par ailleurs soutenu que l'inscription d'un délit au casier judiciaire pouvait constituer un motif de licenciement valable. L'autorité inférieure a également invoqué, d'une part, que le maintien de l'effet suspensif l'aurait exposée au risque de ne pas pouvoir récupérer d'éventuels salaires touchés indûment à compter du 1^{er} octobre 2010 et que, d'autre part, l'intérêt de l'employé à continuer de percevoir régulièrement un revenu n'était pas prépondérant, dès lors

que, même en cas d'admission du recours, les salaires auraient "évidemment" pu être versés.

F.

En date du 6 août 2010, A. _____ (ci-après le recourant) a déposé recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après TAF) contre la décision susmentionnée. Il conclut principalement à l'annulation de l'acte attaqué et à la restitution de l'effet suspensif. Les conclusions portent également sur une "régularisation de la situation" s'agissant de la promotion au grade de sous-officier. En bref, le recourant reprend pour l'essentiel l'argumentation développée dans son recours au DDPS du 29 mars 2010. Il admet par ailleurs avoir conduit sans permis, lors d'un congé, pour aller voir une démonstration militaire.

G.

Le 7 septembre 2010, le recourant a déposé un complément à son mémoire de recours initial, modifiant ses conclusions en ce sens qu'est demandée la constatation de la nullité du licenciement; les conclusions relatives à la promotion au grade de sous-officier ont également été modifiées.

H.

Par courrier du 22 septembre 2010, le recourant a transmis au TAF un certificat médical du 20 septembre 2010 attestant de sa capacité de travail à 50% depuis le 1^{er} octobre 2010; dit certificat ajoutait que le recourant n'aurait en tous les cas pas été complètement rétabli avant le 15 octobre 2010.

I.

Par courrier du 27 septembre 2010, le DDPS a fait parvenir au Tribunal de céans la copie d'un courrier de l'employeur adressé au recourant en date du 24 septembre précédent. Le recourant a transmis une copie de ce même courrier au Tribunal de céans le lendemain. Il y est question du fait que le recourant aurait omis de se présenter à une visite auprès du service médical de la Confédération alors qu'il y aurait été convié par courrier recommandé du 7 septembre 2010; de ce fait l'employeur en conclut que le recourant n'a pas fait la preuve de son incapacité de travail et que la résiliation du contrat prendrait donc bien effet au
30 septembre 2010.

Ce même 28 septembre 2010, le recourant a adressé un second fax au

TAF pour contester le contenu du courrier du DDPS, du 24 septembre 2010, et confirmer sa requête de restitution de l'effet suspensif.

J.

Par décision incidente du 29 septembre 2010, le TAF a restitué l'effet suspensif au recours.

K.

Par courrier du 25 octobre 2010, le recourant s'est plaint de ce que le dossier n'était pas complet.

L.

Le 28 octobre 2010, l'employeur a pris position sur le recours du 6 août 2010 et son complément du 7 septembre 2010, concluant à leur rejet; il invoque en bref qu'il n'y aurait eu aucune violation des règles de procédure ni des normes en matière de licenciement. Il a par ailleurs conclu à l'irrecevabilité des conclusions prises par le recourant s'agissant de la promotion au grade d'adjudant sous-officier de carrière.

M.

Par correspondance du 11 novembre 2010, l'autorité inférieure a informé le Tribunal qu'elle avait demandé au recourant de reprendre le travail en raison de la restitution de l'effet suspensif, et précisé qu'elle n'estimait pas acceptable de poursuivre sa collaboration avec lui après la fin de la procédure de recours.

N.

Le 17 novembre 2010, le recourant a demandé la production du dossier original complet de la cause.

Par ordonnance du 22 novembre 2010, le TAF a enjoint l'autorité inférieure de produire, en conformité de l'ordonnance du 10 août 2010, le dossier original complet de la cause.

O.

Le 9 décembre 2010, après avoir reçu divers documents de la part du Tribunal de céans, le recourant a déposé ses observations finales.

Il maintient en substance les conclusions prises dans le complément du 7 septembre 2010 à son mémoire de recours du 6 août 2010.

P.

En date du 15 février 2011, le recourant a encore déposé un "bref complément 2011" au sujet de sa promotion au grade d'adjudant sous-officier.

Q.

Les autres faits et arguments seront repris, en tant que besoin, dans la partie en droit ci-après.

Droit :**1.**

1.1. Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 let. c de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral est compétent, en vertu de l'art. 36 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1), pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises en matière de personnel fédéral par l'organe interne mentionné à l'art. 35 al. 1 LPers. Dans le cas présent, l'organe interne est le DDPS (art. 110 let. a de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération [OPers, RS 172.220.111.3]). La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.2. Déposé en temps utile (art. 22 ss et 50 PA) par le destinataire de la décision attaquée, le recours du 6 août 2010 ainsi que son complément du 7 septembre 2010 répondent aux exigences de forme et de contenu prévues à l'art. 52 PA. La décision attaquée ayant confirmé la résiliation des rapports de travail, le recourant est de toute évidence légitimé au recours (art. 48 PA). Le recours est donc recevable.

2.

Peuvent être invoqués devant le Tribunal administratif fédéral: la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité (art. 49 PA).

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER,

Droit administratif, Vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011, p. 300). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, 121 V 204 consid. 6c; arrêts du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-344/2009 du 19 juillet 2010 consid. 2.2 et A-2047/2006 du 20 novembre 2009 consid. 3.2).

3.

Comme rappelé dans la partie en faits ci-dessus (let. F, H, P et Q), le recourant a pris des conclusions portant sur sa promotion, respectivement sur le constat de cette dernière, au grade d'adjudant sous-officier. Il avait par ailleurs agi de même dans le cadre de ses mémoires déposés au DDPS, lequel avait considéré que ces conclusions étaient irrecevables dès lors que le dispositif de la décision attaquée ne faisait que résilier le contrat de travail et ne statuait en aucune manière sur des questions de promotion de grade.

3.1. En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente a statué sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1).

Dans la procédure administrative de recours, les conclusions déterminent l'objet du litige; elles ne peuvent porter que sur l'objet de la contestation, soit le dispositif de la décision attaquée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_777/2009 du 21 avril 2010 consid. 1.1 et 9C_197/2007 du 27 mars 2008 consid. 1.2).

Dès lors, les conclusions d'un recours doivent rester dans le cadre des questions qui ont fait l'objet de la procédure antérieure, c'est-à-dire dans le cadre de l'objet de la contestation. Faute de quoi elles sont irrecevables. Le recourant ne peut en effet pas prendre des conclusions qui dépassent ce cadre. Cette règle vaut pour tous les recours (ATF 131 V 164, 165 consid. 2.1; arrêt du TAF A-5083/2008 du 9 septembre 2009 consid. 5.1; MOOR/POLTIER, op. cit., Vol. II, p. 704 s;

ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 25 s, n. 2.7 s).

3.2. Ainsi que cela ressort des faits retenus ci-dessus, l'employeur a, par décision du 23 février 2010, licencié A._____ avec effet au 30 juin 2010 et retiré l'effet suspensif à un éventuel recours.

Le 6 juillet 2010, l'autorité inférieure a rejeté le recours dans la mesure de sa recevabilité, fixant la cessation des rapports de travail au 30 septembre 2010 et retirant l'effet suspensif à un éventuel recours. Il résulte de la décision attaquée que le DDPS a précisément exposé que les griefs ayant trait à la promotion militaire (grade) – que le recourant avait déjà invoqués au stade de premier recours – ne faisaient pas l'objet de la décision attaquée et que par conséquent il n'entrait pas en matière.

Il découle de ce qui précède (consid. 3.1 ci-dessus) que la décision attaquée doit être confirmée sur ce point.

Conséquemment également, les conclusions prises – à nouveau – par le recourant devant le Tribunal de céans au sujet de l'obtention du diplôme fédéral de sous-officier de carrière et de sa promotion au grade professionnel d'adjudant sous-officier de carrière sortent de l'objet du litige et ne sont pas recevables. En effet, lorsque l'autorité qui a statué a déclaré une conclusion irrecevable, le recourant ne peut que s'en prendre à cette conclusion et présenter des conclusions sur le fond comme il le fait devant le Tribunal de céans n'est pas admissible (arrêts du TAF A-584/2010 du 13 octobre 2010 consid. 3.1, A-67/2010 du 6 octobre 2010 consid. 2.1, E-5512/2010 du 16 août 2010 consid. 2.1 et A-165/2008 du 22 juin 2009 consid. 3, avec références).

3.3. Dans le cadre de ses mémoires, le recourant expose encore – de manière peu motivée – que l'autorité inférieure aurait commis un déni de justice en ne statuant pas sur la question de la promotion militaire et qu'elle aurait même "astucieusement" évité de statuer dans le dispositif de la décision attaquée.

Comme rappelé ci-dessus (consid. 3.2), la décision attaquée rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité et la motivation de cette décision expose même clairement pour quels motifs. Il ne saurait dès lors être question de déni de justice, ce dernier n'étant réalisé que lorsque l'autorité omet de statuer, non lorsqu'elle déclare une conclusion irrecevable (arrêt du Tribunal fédéral 1B_139/2009 du 7 juillet 2009

consid. 6; BERNARD CORBOZ, Commentaire de la LTF, Berne 2009, n. 8 ad art. 94 LTF). Comme par ailleurs c'est à juste titre qu'elle a déclaré cette conclusion irrecevable, il n'y a pas lieu de s'étendre sur ce point.

Est seul litigieux en l'espèce le licenciement du recourant.

4.

Le recourant a modifié ses conclusions dans le cadre du second mémoire du 7 septembre 2010, demandant la constatation de la nullité de la résiliation. Là encore, le recours n'est guère motivé sur ce point. Toutefois, dans la mesure où l'art. 14 LPers traite de la nullité de la résiliation, cette question sera examinée ci-après.

4.1. L'employé qui conteste la validité de la résiliation de son contrat de travail peut tout d'abord en invoquer la "nullité" dans le cadre de la procédure d'opposition prévue par l'art. 14 al. 1 LPers. A cet effet, il s'adressera à son employeur par écrit dans un délai de trente jours après avoir eu connaissance d'une possible cause de nullité, qu'il devra rendre "plausible" (BORIS HEINZER, La fin des rapports de service et le contentieux en droit fédéral de la fonction publique, in: Rémy Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 431). Toujours selon l'art. 14 al. 1 LPers, la résiliation est "nulle" si elle présente un vice de forme majeur (let. a), est infondée au sens de l'art. 12 al. 6 et 7 LPers (let. b) ou a eu lieu en temps inopportun au sens de l'art. 336c du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) (let. c). S'il s'en tient à vouloir résilier les rapports de travail, l'employeur doit, dans les trente jours après avoir reçu l'opposition de son employé, demander à l'autorité de recours de vérifier la validité de la résiliation (art. 14 al. 2 LPers). S'il n'agit pas de la sorte dans le délai précité, la résiliation est définitivement considérée comme "nulle" (art. 14 al. 2 LPers; ANNIE ROCHAT PAUCHARD, La nouvelle loi sur le personnel de la Confédération [LPers], in: Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese [RDAT] 2001 II p. 549 ss, p. 561).

Il découle de ce qui précède que la "nullité" au sens de l'art. 14 al. 1 let. a à c LPers est, de par sa nature, une simple annulabilité, et non une nullité véritable, susceptible d'être invoquée en tout temps conformément aux règles générales sur l'irrégularité des décisions administratives; elle signifie que la résiliation est contraire au droit et doit être annulée selon la procédure spécifique prévue à l'art. 14 al. 1 et 2 LPers (cf. arrêts du TAF A-76/2009 du 24 août 2009 consid. 6.1 et A-621/2009 du 20 août 2009 consid. 4.1 et les réf. citées; ROCHAT PAUCHARD, op. cit., p. 561;

WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: LeGes Gesetzgebung & Evaluation 2002/2, n. 50 et 63; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Berne 2005, n. 283).

4.2. La législation applicable n'apporte aucune précision sur la forme et le contenu de la demande de vérification de l'art. 14 al. 2 LPers. L'autorité doit agir de son propre gré et de manière suffisamment claire pour que l'autorité inférieure soit en mesure de comprendre son intention (ATAF 2007/3 consid. 5 p. 25).

En l'espèce, l'employeur s'est, dans une correspondance du 31 mars 2010, adressé en ces termes à l'autorité inférieure: "Ich ersuche Sie um Feststellung der Gültigkeit der Kündigung für den Fall, dass das Schreiben des Anwalts als Geltendmachen der Nichtigkeit dieser Kündigung betrachtet werden sollte". Il apparaît ainsi que la procédure instituée à l'art. 14 al. 2 LPers a été respectée, en ce sens que l'employeur a valablement demandé à l'autorité inférieure de vérifier la validité de la résiliation du 23 février 2010.

5.

La décision attaquée repose sur l'art. 12 al. 6 let. f LPers aux termes duquel, après le temps d'essai, il y a motif de résiliation ordinaire par l'employeur en cas de disparition de l'une des conditions d'engagement fixées par la loi ou l'employeur. L'autorité inférieure considère que la réputation irréprochable est une condition d'engagement au sens de l'art. 7 al. 1 let. f de l'Ordonnance du DDPS du 9 décembre 2003 sur le personnel militaire (OPers mil; RS 172.220.111.310.2). En effet, selon cette disposition peuvent être engagées comme sous-officiers de carrière, dès le début de l'instruction de base, les personnes qui jouissent d'une réputation irréprochable. Du fait de sa condamnation pour conduite sous le coup d'un retrait de permis à fin 2008, la réputation du recourant ne serait plus irréprochable et par conséquent, les conditions de l'art. 12 al. 6 let. f LPers seraient réalisées.

Pour examiner cette question, encore faut-il au préalable déterminer à quelle norme font référence les termes "conditions d'engagement fixées par la loi"; plus précisément, encore faut-il s'assurer que l'OPers mil corresponde bien à la notion de "loi" au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers. C'est en effet ce que soutient l'autorité inférieure.

A titre liminaire, il y a donc lieu d'examiner si l'OPers mil doit être

considérée comme une ordonnance de substitution ou d'exécution (consid. 5.1 à 5.3 ci-après). Puis il y aura lieu d'examiner – en l'interprétant – si l'art. 12 al. 6 let. f LPers, voire la LPers elle-même, contient une indication s'agissant de la question de savoir si et dans quelle mesure la "loi" peut être un autre acte normatif qu'une loi au sens formel du terme, et le cas échéant lequel (consid. 7 ci-après).

5.1. Les ordonnances de substitution (Gesetzesverordnungen, gesetzesvertretende Verordnungen) – ou les règles de substitution dans une ordonnance – étendent ou restreignent le champ d'application des lois formelles en conférant aux particuliers des droits ou des obligations dont ces lois ne font pas mention (ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 2^{ème} éd., Berne 2006, p. 545, N° 1552). En application des art. 164 al. 2 et

184 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), seules les normes de substitution nécessitent une autorisation spécifique figurant dans la loi, qui décrit l'objet de la réglementation (ATF 133 II 331 consid. 7.2.2 = Journal des Tribunaux [JdT] 2007 I 504; AUBERT/MAHON, op. cit., ad art. 182, p. 1381, ch. 11).

Cette autorisation spécifique, appelée "délégation législative" (Gesetzesdelegation), est un acte par lequel le législateur donne à une autorité inférieure la compétence, facultative ou obligatoire, d'édicter des règles de droit qu'il pourrait ou devrait normalement édicter lui-même (AUBERT/MAHON, op. cit., ad art. 164, p. 1253, ch. 36).

5.2. Contrairement aux ordonnances de substitution, les ordonnances d'exécution (Ausführungsverordnungen Vollziehungsverordnungen, Vollzugsverordnungen) – ou les règles d'exécution dans une ordonnance – ont uniquement pour fonction de concrétiser les dispositions de la loi formelle et de combler les éventuelles lacunes mineures, dans la mesure où cela s'avère nécessaire à la bonne application de la loi (ATF 133 II 331 consid. 7.2.2 = JdT 2007 I 504). Elles ne peuvent pas sortir du cadre légal et ne doivent, en particulier, contenir aucune disposition qui limite davantage encore les droits des particuliers ou leur impose de nouvelles obligations, même si de telles mesures sont compatibles avec le but poursuivi par la loi formelle (ATF 126 II 283 c. 3b = JdT 2001 I 712). A cela s'ajoute que les ordonnances d'exécution n'ont pas à faire l'objet d'une autorisation spécifique figurant dans la loi. Le Conseil fédéral peut en effet, sur la seule base de l'art. 182 al. 2 Cst., édicter des dispositions

d'exécution nécessaires à l'application de la législation (AUBERT/MAHON, op. cit., ad art. 182, p. 1379, ch. 9).

5.3. Dans le cas d'espèce, c'est en vain que l'on rechercherait dans la LPers une délégation législative – qui plus est à un département – s'agissant de la définition de la notion de condition d'engagement légale telle que mentionnée à l'art. 12 al. 6 let. f LPers.

En effet, l'OPers mil repose sur les art. 89 et 115 OPers. L'art. 89 OPers dispose que les départements peuvent, après entente avec le DFF, imposer à certaines catégories de personnel de résider dans un lieu déterminé dans la mesure où les besoins du service l'exigent. Tandis que selon l'art. 115 OPers, le DDPS peut, après entente avec le DFF, édicter des dispositions dérogatoires applicables au personnel militaire notamment en matière de développement des ressources humaines et de formation au sens de l'art. 4 OPers (let. a.), de formation des cadres au sens de l'art. 5 OPers (let. b), de lieu de travail, de mobilité et d'affectation à l'étranger au sens de l'art. 24 OPers (let. c), et de salaire de départ au sens de l'art. 37 OPers (let. d).

L'art. 115 OPers reste en revanche muet sur la compétence qu'aurait le DDPS d'édicter des normes relatives aux conditions d'engagement des candidats aspirants sous-officiers de carrière.

Dès lors, ni la LPers ni l'OPers – en accord avec la LPers – ne contiennent des normes spécifiques aux termes desquels l'OPers mil pourrait consacrer des normes de substitution sur ces conditions d'engagement. C'est dire que sur cette question, l'OPers mil est une ordonnance d'exécution. Une telle ordonnance, conformément à ce qui a été rappelé ci-dessus (consid. 5.2), ne devrait contenir aucune disposition légale qui restreigne davantage encore les droits des particuliers ou leur impose de nouvelles obligations.

6.

A cet égard, justement, l'autorité inférieure invoque que le terme "loi" visé à l'art. 12 al. 6 let. f LPers englobe également l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil dès lors que cette dernière disposition n'étend pas de façon suffisamment importante les obligations des candidats aspirants sous-officiers de carrière, du moins pas au point de devoir figurer dans une loi formelle ou dans une ordonnance de substitution. Du point de vue de l'autorité inférieure, une ordonnance d'exécution telle que celle dont il est question ici est une base légale suffisante au regard de l'art. 164 al. 1 Cst.

Cette question sera examinée en tant que besoin plus avant. En effet, l'argumentation de l'autorité inférieure ne signifie pas encore, à la seule lecture de l'art. 12 al. 6 let. f LPers, que dans les locutions française "disparition de l'une des conditions d'engagement fixées dans la loi", allemande "Wegfall einer gesetzlichen Anstellungsbedingung" ou italienne "il venir meno di una condizione di assunzione legale", les termes "loi", "gesetzlich" ou "legale", outre les lois formelles et les ordonnances de substitution, visent également les normes d'exécution, et donc l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil. Dès lors, avant de dire si, en tant que norme d'exécution, l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil, qui fixe l'exigence de réputation irréprochable des candidats aspirants sous-officiers de carrière, ne consacre pas des obligations importantes pour ceux-ci et respecte de la sorte l'art. 164 Cst. (voir consid. 8.3 ci-dessous), il faut d'abord établir si cet art. 7 al. 1 let. f OPers mil est une loi, au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers.

7.

Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si, comme en l'espèce, le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique) (ATF 131 II 562 consid. 3.5.). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution. En effet, même s'il ne peut pas examiner la constitutionnalité des lois fédérales (art. 191 Cst.), le Tribunal fédéral part de l'idée que le législateur fédéral ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi (ATF 130 II 65 consid. 4.2, ATF 129 II 114 consid. 3.1, ATF 129 III 55 consid. 3.1.1 et les arrêts cités).

7.1. Le Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), du 14 décembre 1998 (Feuille fédérale [FF] 1999 II 1438; ci-après Message LPers), donne trois exemples de la disparition d'une condition légale d'engagement fixée dans la loi. Ce serait ainsi le cas de l'incompatibilité du statut de membre du personnel de l'administration fédérale après l'élection au Conseil national (art. 77 de l'ancienne

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 [aCst, RO 1 1], non repris dans la Cst.; voir aujourd'hui les art. 144 al. 3 Cst. et 14 let. c à f de la loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 [RS 171.10, LParl), au Conseil fédéral (art. 97 aCst., devenu art 144 al. 2 Cst.) ou au Tribunal fédéral (art. 108 al. 2 aCst., devenu art 144 al. 2 Cst.). Il en irait de même avec la perte de la nationalité suisse ou de l'acquisition d'une nationalité étrangère lorsque la titularité (art. 8 al. 3 let. a LPers) ou la seule titularité (art. 8 al. 3 let. b LPers) de la nationalité suisse est, par ordonnance, érigée en condition nécessaire d'une tâche impliquant l'exercice de la puissance publique. Enfin, le troisième exemple cité est le prononcé de l'incapacité d'exercer une fonction officielle en application de l'ancien art. 51 (RO 1971 777) du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0), abrogé avec l'entrée en vigueur, des nouvelles dispositions générales du CP, le 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 3459).

7.2. Il apparaît ainsi qu'une condition légale d'engagement, dont la disparition constitue un motif de résiliation ordinaire par l'employeur en application de l'art. 12 al. 6 let. f LPers, peut non seulement être fixée dans une loi formelle, mais aussi par ordonnance. Il faut dès lors examiner si l'ordonnance dont fait mention l'art. 8 al. 3 LPers est une norme de substitution ou d'exécution.

7.2.1. Selon l'art. 37 al. 3 LPers, le Conseil fédéral peut déléguer le pouvoir d'édicter des dispositions "d'exécution" (Ausführungsbestimmungen) aux employeurs ou, si des raisons objectives l'exigent, à des services spécialisés. Cette subdélégation ne peut toutefois pas intervenir dans les cas où la LPers attribue expressément la compétence d'édicter des dispositions d'exécution au Conseil fédéral (Message LPers, FF 1999 II 1453). Or, parmi les normes d'exécution ne pouvant être subdélégées figurent celles qui concernent l'extension de la liste légale des employeurs (art. 3, al. 2, LPers), la désignation des personnes nommées pour une durée de fonctions (art. 9 al. 5 LPers), la fixation de l'âge limite de départ en retraite moins élevé que celui fixé à l'art. 21 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) (art. 10 al. 3, 1^{ère} phrase LPers), la fixation de salaires minimaux (art. 15 al. 2 LPers), la fixation du nombre maximum d'heures de travail ordinaire et du nombre minimum de jours de vacances (art. 17 al. 2 LPers), la restriction des droits du personnel si la sécurité de l'Etat, la sauvegarde d'intérêts importants commandés par les relations extérieures ou la garantie de l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux l'exigent (art. 24 LPers), la définition des prestations

minimales pour les enfants et pour les personnes incapables d'exercer une activité lucrative (art. 31 al. 1 LPers), l'extension de l'exclusion des voies de recours internes (art. 35 al. 2, 2^{ème} phrase LPers) et, notamment, celles qui ont trait à la limitation de l'accès à des emplois aux personnes de nationalité suisse (art 8 al. 3 LPers) (Message LPers, FF 1999 II 1453 s). L'art. 8 al. 3 LPers dispose en effet que si l'accomplissement de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique l'exige, c'est le Conseil fédéral qui détermine, par voie d'ordonnance les emplois auxquels n'ont accès que les personnes de nationalité suisse (let. a) et ceux auxquels n'ont accès que les personnes possédant exclusivement la nationalité suisse (let. b).

7.2.2. La LPers réserve au seul Conseil fédéral les normes dont il est fait mention ci-dessus parce qu'il s'agit là de régler des "questions importantes" dans le domaine de la politique gouvernementale ou du personnel (Message LPers, FF 1999 II 1461). Au vu de la distinction opérée entre ordonnances d'exécution et de substitution (cf. supra consid. 4.1.1), il n'apparaît pas certain que, s'agissant des normes en question, la terminologie "dispositions d'exécution" utilisée par le Message LPers soit correcte. La question n'a, cela dit, pas à être tranchée ici. A tout le moins faut-il constater que les travaux préparatoires n'ont pas prévu d'exemple où les conditions d'engagement auxquelles se réfère l'art. 12 al. 6 let. f LPers seraient fixées dans l'ordonnance d'exécution d'une unité administrative subordonnée au Conseil fédéral.

7.3. Dans le cas d'une résiliation ordinaire des rapports de service par l'employeur, celui-ci doit faire valoir l'un des motifs de résiliation prévus de manière exhaustive par l'art. 12 al. 6 LPers (arrêts du TAF A-6910/2009 du 25 octobre 2010 consid. 5.1, A-5255/2009 du 9 février 2010

consid. 3.1, A-2164/2009 du 1^{er} septembre 2009 consid. 3.2.1; Message LPers, FF 1999 II 1437 s; ROCHAT PAUCHARD, op. cit, p. 559). Cette exhaustivité clarifie d'une part les relations entre l'employeur et l'employé; d'autre part, elle confère à l'employé l'assurance que les causes d'une cessation involontaire des rapports de travail lui sont connues à l'avance.

Si les entités organisationnelles (départements, offices, directions, divisions, etc.) de l'administration fédérale avaient la faculté de fixer par ordonnance des conditions d'engagement dont la disparition constitueraient des motifs de résiliation ordinaire, qu'elles pourraient faire valoir ensuite, l'exhaustivité visée à l'art. 12 al. 6 LPers ne seraient plus

garantie. A titre d'exemple, il en irait ainsi avec l'ordonnance d'un département qui poserait comme critère d'engagement le plus haut niveau d'excellence pour le poste considéré, ou la possession du permis de conduire "catégorie B". Ce serait même là une façon de contourner les exigences posées aux lettres a à e de l'art. 12 al. 6 LPers. L'interprétation téléologique de cet article exclut partant que le terme "loi" utilisé à sa lettre f englobe les ordonnances d'exécution de départements ou d'unités administratives subordonnées.

7.4. L'art. 12 al. 6 let. f prévoit, comme motif de résiliation ordinaire par l'employeur après le temps d'essai, la disparition de l'une des conditions d'engagement que fixent non seulement la loi, mais aussi le contrat de travail.

Les rapports de travail sont de droit public (art. 8 al. 1, 1^{ère} phrase LPers). Ils découlent, sous réserve de l'art. 9 al. 3 à 5 LPers, de la conclusion d'un contrat de travail établi en la forme écrite (art. 8 al. 1, 2^{ème} phrase LPers). Si la LPers ou d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, les dispositions pertinentes du CO s'appliquent par analogie aux rapports de travail (art. 6 al. 2 LPers), en tant que droit public supplétif. Les dispositions d'exécution (art. 37 LPers), le contrat de travail (art. 8 LPers) et, cas échéant une convention collective de travail (art. 38 LPers) réglementent en détail les rapports de travail dans les limites de l'al. 2 (art. 6 al. 3 LPers). S'il y a contradiction entre les dispositions d'exécution et le contrat de travail ou entre la convention collective de travail et le contrat de travail, la disposition la plus favorable à l'employé est applicable (art. 6 al. 4 LPers). La LPers règle ainsi elle-même la hiérarchie des normes applicables dans chaque cas d'espèce. Cette approche systématique permet de mettre en évidence le rôle central que le contrat joue pour les parties. Il leur assure d'une part une liberté de réglementation permettant d'adapter constamment leurs rapports aux exigences et aux besoins de chacun, ou alors au changement des circonstances (Message LPers, FF 1999 II 1433). D'autre part, déterminé par des manifestations de volonté réciproques et concordantes (art. 1^{er} al. 1 CO par analogie) son contenu, facilement et clairement accessible, garantit la sécurité juridique (Message LPers, FF 1999 1434).

7.5. Intitulé "conditions d'engagement fixées dans le contrat de travail", l'art. 26 al. 5 OPers dispose que le Conseil fédéral peut, à tout moment, relever des officiers généraux de leur fonction ou de leur commandement et leur attribuer une autre fonction ou un autre commandement. Dans

cette perspective, c'est au contrat de travail conclu avec les officiers généraux, non à l'OPers, et encore moins à une ordonnance du DDPS, de prévoir qu'il y a motif de résiliation ordinaire en vertu de l'art. 12 al. 6 let. f LPers lorsqu'une autre fonction ou un autre commandement ne peut être attribué. Quand bien même il aurait pu prévoir directement dans l'OPers l'effet que ce motif ait un effet ex lege, le Conseil fédéral a préféré que la question de la disparition de l'utilité d'un officier général au sein de la hiérarchie et l'organisation militaires soit réglée par contrat. Ce choix est parfaitement compréhensible. Il s'inscrit dans la logique de sécurité du droit exposée ci-dessus, dans la mesure où le contrat, de par son caractère synallagmatique, concerne plus personnellement l'employé que la norme d'une ordonnance.

L'interprétation systématique de la législation sur le personnel de la Confédération exclut donc elle aussi qu'une ordonnance de département puisse instituer une condition d'engagement dont la disparition constitue ensuite un motif de résiliation au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers.

7.6. Il apparaît ainsi que, par interprétation historique, téléologique et systématique, le terme "loi" utilisé à l'art. 12 al. 6 let. f LPers ne vise aucunement les ordonnances d'exécution qu'adopteraient les départements fédéraux, ou d'autres unités administratives subordonnées.

8.

Dans le cas d'espèce, l'autorité inférieure invoque l'OPers mil, que le DDPS a adoptée le 9 décembre 2003 (cf. consid. 5 et 6 ci-dessus). Or, une ordonnance d'exécution adoptée par un département, comme en l'espèce, n'a pas qualité de loi au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers (cf. consid. 7 ci-dessus). De sorte que la disparition des conditions d'engagement fixées à l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil, ne constitue pas un motif de résiliation ordinaire, au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers précité.

8.1. Intitulé "conditions particulières", le chiffre 7 du "Contrat de travail (de droit public) entre la Confédération suisse, représentée par Groupement défense, Forces terrestres, Formation d'application de l'infanterie (Employeur) et Sgtm chef Tinguely Jérôme, 1980, Rue Pierre-Nicolas Chenaux 9, 1635 La Tour-de-Trême (Employé)", conclu les 7 et 15 décembre 2007, prévoit plusieurs causes possibles de licenciement. Il se réfère expressément à l'art. 12 al. 6 let. f LPers précisant que la non-obtention ou l'obtention sous réserve de la déclaration de sécurité à l'issue d'un contrôle de sécurité relatif aux personnes une décision d'aptitude négative de l'assurance professionnelle militaire, le refus

d'honorer ses obligations d'engagements de longue ou courte durée à l'étranger, ainsi qu'un échec au stage de formation de base constituent des motifs de résiliation. Les conditions de cet échec sont réglées à l'art. 9 de l'ordonnance du DDPS du 23 juin 2005 concernant l'Ecole des sous-officiers de carrière de l'armée (RS 512.413).

8.2. D'après l'art. 9 al. 2 de l'ordonnance précitée, les aspirants sont exclus de la formation en accord avec la formation d'application compétente lorsque la prestation, le comportement ou d'autres motifs remettent fortement en question leur aptitude à devenir sous-officiers de carrière, et qu'il existe de la sorte un motif de résiliation au sens de l'art. 12 LPers. Comme le relève à juste titre l'autorité inférieure, l'échec au stage de formation est ainsi la conséquence, non la cause de la résiliation des rapports de travail – qui peut uniquement consister en l'un des motifs exhaustifs prévus par l'art. 12 al. 6 LPers. Se référant à ces seuls motifs, dont ne fait précisément pas partie la perte de réputation mentionnée à l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil, la disposition contractuelle selon laquelle un échec au stage de formation de base constitue un motif de résiliation n'a pas de portée propre.

Il s'ensuit que, si elle devait être admise, ce qui n'est d'ailleurs pas le cas en l'espèce (cf. consid. 9 et 10 ci-dessous), la perte de réputation de l'employé ne constituerait pas une disparition de l'une des conditions d'engagement fixées dans le contrat de travail, au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers.

8.3. En résumé, le contrat de travail conclu les 7 et 15 décembre 2007 ne contient pas de clause spécifique sur la réputation de l'employé. Tandis que l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil n'a pas la qualité de loi au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers (cf. consid. 8). Conséquemment, la décision attaquée doit être annulée, faute de pouvoir appliquer l'art. 12 al. 6 let. f LPers.

C'est aussi le lieu de préciser que l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil n'ayant pas la qualité de loi au sens l'art. 12 al. 6 let. f LPers, la question de savoir s'il consacre ou non une obligation importante pour les candidats aspirants sous-officiers de carrière et respecte l'art. 164 Cst. n a donc pas à être tranchée ici (cf. consid. 6 ci-dessus).

9.

Quand bien même l'art. 12 al. 6 let. f LPers viserait également les ordonnances des départements fédéraux ou d'autres unités

administratives subordonnées, ce qui, encore une fois, n'est pas le cas (cf. consid. 7 ci-dessus), aussi faudrait-il, comme le soutient l'autorité inférieure, que l'inscription au casier judiciaire du recourant détruise la réputation irréprochable dont fait mention l'art. 7 al. 1 let. f OPers mil.

Afin de pouvoir statuer dans le cas particulier, il y a lieu d'interpréter les termes "réputation irréprochable", constitutifs d'une notion juridique indéterminée.

9.1. L'autorité inférieure admet que l'utilisation de la locution "réputation irréprochable", constituée de termes généraux et abstraits, réserve un large pouvoir d'appréciation qui doit être exercé en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Elle semble considérer pourtant que, en toutes hypothèses, la réputation d'un individu n'apparaît plus irréprochable, au sens de "bonne", lorsque des inscriptions figurent dans le casier judiciaire et n'ont pas été radiées. Ce raisonnement, qui n'est pas sans contradiction, s'appuie sur une jurisprudence de 1974. La Haute Cour avait alors considéré que le Tribunal administratif genevois, qui avait refusé la délivrance d'un certificat de bonne mœurs à un étudiant – candidat au certificat d'aptitude à l'enseignement secondaire – ayant fait l'objet de contraventions entre 1967 et 1970 pour avoir participé à des manifestations non autorisées et refusé d'obtempérer aux ordres de dispersion de la police, n'avait pas appliqué arbitrairement le règlement du Conseil d'Etat du canton de Genève relatif à la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs, du 29 septembre 1951 (ATF 100 Ia 189 consid. 5a et 5b). Dans une jurisprudence datant de la même époque, le Tribunal fédéral a toutefois reconnu que la notion de moralité publique dépendait dans une large mesure des conceptions sociales et morales dominantes à une époque donnée, et qu'elle pouvait dès lors différer avec le temps (ATF 106 Ia 267 consid. 3a = JdT 1982 I 159). Par ailleurs, il n'existe pas de définition de la "bonne réputation" au niveau fédéral (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 VI 5331, 5362 [ci-après Message LLCA]).

9.2. Lorsqu'il s'agit d'examiner si une personne jouit d'une bonne réputation pour être admise à exercer une profession, il faut examiner si le mode de vie de la personne est entaché d'une faute qui justifie qu'on l'empêche d'exercer la profession en question. Cet examen doit être effectué en respectant le principe de la proportionnalité (ATF 104 Ia 189), qu'il s'agisse d'une activité économique privée (art. 36 al. 3 Cst.) ou d'un

emploi soumis au droit public fédéral (art. 5 al. 2 Cst.). La bonne réputation doit s'apprécier en fonction de la nature de l'activité en cause.

9.3. Ainsi, selon l'art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA, RS 935.61), l'une des rares dispositions légales où, au plan fédéral, la question de la réputation, en lien avec d'éventuelles inscriptions au casier judiciaire, semble jouer un rôle, celui qui entend se faire inscrire au registre cantonal des avocats doit notamment ne pas faire l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec la profession d'avocat, à moins que cette condamnation ne figure plus sur l'extrait privé du casier judiciaire. Dit autrement, la réputation d'un avocat peut être considérée comme bonne même si celui-ci fait l'objet d'une inscription au casier judiciaire. D'ailleurs, lors de la conception de la LLCA, la notion de "bonne réputation", jugée archaïque du fait que certains cantons ne délivraient plus de certificats de bonnes mœurs, a été abandonnée (Message LLCA, FF 1999 VI 5331, 5365). Pour déterminer si une condamnation est ou non incompatible avec la profession d'avocat, il y a lieu de se fonder sur les actes concrets reprochés à l'intéressé, sans égard au fait qu'ils ont été commis dans l'exercice de sa profession ou dans le cadre de sa vie privée. Seuls entrent en ligne de compte les actes commis intentionnellement ou par négligence grave, soit les actes qui ne peuvent pas être considérés comme de légers manquements (ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, in: Fellmann/Zindel (édit.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, ad art. 8, N. 17 s p. 64). Les infractions doivent de surcroît être de nature à compromettre le rapport de confiance entre l'avocat et son client (arrêt du Tribunal fédéral 2A.79/2005 du 22 juillet 2005 consid. 3.1).

Or, toute condamnation pénale n'est pas de nature à menacer ce rapport de confiance. L'avocat condamné à une amende pour excès de vitesse ne saurait ainsi se voir refuser le droit de pratiquer dans un canton sous ce prétexte; seules peuvent lui être opposées les condamnations qui, par leur nature, sont incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat, par exemple, les infractions contre le patrimoine (Message LLCA, FF 1999 VI 5331, 5365).

9.4. La mesure de ce qui est compatible avec la profession d'avocat peut également valoir mutatis mutandis pour l'exercice du métier d'adjoint. Peu importe à cet égard qu'il s'agisse d'une relation contractuelle de droit privé dans le premier cas, et de droit public dans le second. Il apparaît dès lors que nier l'aptitude d'une personne à être employée par la Confédération du seul fait d'inscriptions à son casier judiciaire, c'est-à-

dire sans égard à la typicité de l'infraction commise et à la quotité de la peine endurée, heurte de manière inadmissible le principe de la proportionnalité. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il ne s'agit pas de la réputation d'un demandeur d'emploi, mais de celle d'un employé, engagé en tant qu'aspirant sous-officier de carrière, à l'égard de sa hiérarchie, ses collègues et des militaires de milice. Dès lors, et dans le cas concret, considérer que le recourant, du fait de son inscription au casier judiciaire, ne remplirait plus la condition légale d'une bonne réputation, sans égard à l'infraction commise en relation avec la fonction occupée, viole le principe de la proportionnalité.

10.

Cela étant, l'autorité inférieure reconnaît elle-même qu'une inscription au casier judiciaire n'est pas nécessairement rédhitoire, au moins un aspirant sous-officier de carrière n'ayant pas été licencié malgré des antécédents judiciaires et une inscription au casier judiciaire. A suivre son raisonnement, ce qui est bien plus déterminant est que le recourant serait un "récidiviste".

L'autorité inférieure a en effet estimé que contrairement au recourant, l'aspirant sous-officier de carrière non licencié malgré des antécédents judiciaires et une inscription au casier judiciaire n'était pas un "récidiviste". En fin de compte serait donc déterminant le fait que l'armée n'ait pas à endurer la présence de "récidivistes" dans ses rangs. Pour l'autorité inférieure, le recourant a en effet commis une infraction sanctionnée par le retrait de son permis de conduire et a ensuite pris le volant de sa voiture alors qu'il était encore sous le coup dudit retrait. Pareil comportement – dont les motivations sont dénuées de toute pertinence dans le cas d'espèce – révélerait un manque de jugement et démontrerait que la première peine aurait manqué son effet sur le recourant.

10.1. Il convient dès lors d'examiner en premier lieu si le recourant est réellement un récidiviste au sens juridique du terme. En droit pénal (ancien art. 67 et art. 42 al. 2 CP), la récidive consiste à commettre une nouvelle infraction après avoir encouru antérieurement une condamnation définitive pour une autre infraction (ATF 136 II 447 consid. 5.3). En application de l'art. 42 al. 2 CP, si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, en cas de récidive autrement dit, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances

particulièrement

favorables.

Le recourant allègue – sans que cela soit contesté par l'autorité inférieure et donc sans qu'il ait lieu de le mettre en doute – avoir été sanctionné une première fois pour "surcharge lors d'un déménagement". C'est là une infraction passible de l'amende selon l'art. 96 ch. 1 al. 3 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR, RS 741.01) (arrêt du Tribunal fédéral 6S.571/2001 du 29 octobre 2001 consid. 2c), et donc une contravention au sens de l'art. 103 CP. Au plan administratif, le recourant avait fait l'objet d'un retrait de permis à raison de cette surcharge.

A teneur du dossier, il a également été condamné – et il s'agit ici de l'infraction que l'autorité inférieure considère comme la récidive – en fin d'année 2008 à une peine de 15 jours-amende avec sursis pendant 3 ans et 700 francs d'amende pour avoir conduit un véhicule alors qu'il était sous le coup d'un retrait de permis. La sanction pénale la plus lourde à laquelle le recourant a été condamné est ainsi une peine d'emprisonnement de 15 jours-amende avec sursis. Dès lors, l'infraction commise antérieurement à la conduite sous le coup d'un retrait de permis ne saurait être le préalable d'une récidive au sens de l'art. 42 al. 2 CP. Au demeurant, même l'infraction qui lui est actuellement reprochée ne pourrait être considérée comme telle. Le recourant ne peut ainsi en aucune manière être qualifié de "récidiviste".

10.2. Par ailleurs, l'examen de cette même question sous l'angle des dispositions légales qui régissent le casier judiciaire conduisent au même résultat. Selon l'art. 9 let. d de l'ordonnance sur le casier judiciaire du 29 septembre 2006 (ordonnance VOSTRA, RS 331), ne sont pas enregistrées au casier judiciaire les contraventions, à l'exception de celles qui sont visées à l'art. 3 al. 1 let. c et d de l'ordonnance VOSTRA. D'après cet article, sont enregistrées dans VOSTRA les condamnations en raison de contraventions prévues par le Code pénal, le Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM, RS 321.0) ou par d'autres lois fédérales lorsqu'une amende de plus de 5000 francs ou un travail d'intérêt général de plus de 180 heures sont prononcés (ch. 1), ou lorsque la législation fédérale applicable en l'espèce confère à l'autorité qui statue au fond un droit ou une obligation expresse de prononcer, en cas de récidive, une amende d'un montant minimal déterminé ou, en sus d'une amende, une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté (ch. 2).

Or, l'extrait du casier judiciaire, du 24 novembre 2009, qui figure au

dossier ne contient qu'une seule inscription libellée comme suit: "1) 12.9.2008 Staatsanw. Des Kantons Solothurn. Notifié [le] 25.9.2008. Entrée en force [le] 7.10.2008. Violation des règles de la circulation routière. Conduite sans permis de conduire ou malgré un retrait (véhicule automobile) Peine pécuniaire 15 jours-amende à 60 CHF. Sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 3 années. Amende 700 CHF".

Il n'y a partant qu'une seule inscription au casier judiciaire; sous cet aspect-là non plus, le recourant ne saurait donc être qualifié de récidiviste.

10.3. Enfin, la notion de récidive est également utilisée dans le cadre de la législation sur la circulation routière. Le recourant s'est vu retirer son permis de conduire à deux reprises. Le retrait du permis de conduire est une mesure administrative (arrêts du Tribunal fédéral 1C_245/2010 du 13 juillet 2010 consid. 1, 1C_55/2009 du 13 mai 2009 consid. 1 et 1C_299/2007 du 11 janvier 2008 consid. 1).

En droit de la circulation routière, un conducteur se trouve en état de récidive lorsqu'il commet un délit qui entraîne un retrait obligatoire du permis dans les deux ans – voire cinq ans – depuis la fin de l'exécution d'un précédent retrait (ATF 136 II 447 consid. 5.3, et les références). Les termes employés pour décrire la récidive dans le cadre du retrait du permis définitif se réfèrent explicitement à la précédente mesure. En effet, l'art. 16a al. 2 LCR se réfère au conducteur qui a fait l'objet d'un retrait de permis ou d'une autre mesure administrative au cours des deux années précédentes, les art. 16b al. 2 et 16c al. 2 LCR au permis qui a été retiré une fois au cours des deux ou cinq années précédentes. Sous l'angle de la législation sur la circulation routière, dès lors, le recourant peut être considéré comme un récidiviste.

Dans l'hypothèse où l'autorité inférieure aurait entendu utiliser la récidive au sens de la législation routière – ce qui n'est d'ailleurs pas certain du tout, puisque son argumentation se réfère à une perte d'honorabilité du fait d'une inscription au casier judiciaire mais nullement à des sanctions d'ordre administratif – il n'en demeure pas moins que le principe de la proportionnalité imposerait d'examiner le lien entre cette récidive et la fonction occupée (cf. consid. 9.4 ci-dessus). Dans le cas d'espèce, il n'est pas établi, ni même allégué, que la fonction occupée par le recourant soit particulièrement sensible à d'éventuelles sanctions administratives en matière de circulation routière. En effet, le Tribunal de céans pourrait être amené – éventuellement et en fonction de circonstances d'un cas

d'espèce – à considérer que l'autorité envisage à bon droit le licenciement d'un aspirant sous-officier de carrière destiné à devenir instructeur auto. Le rôle d'exemplarité d'une telle fonction pourrait alors pâtir d'infractions telles que celles qui ont été commises, sans parler du fait que des retraits de permis empêcheraient, de fait, l'employé d'exercer son métier dès lors qu'il ne pourrait plus prendre le volant pendant un certain temps. Mais, comme dit ci-dessus, rien de tel ne ressort du dossier.

11.

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure soutient également que depuis sa condamnation du 12 septembre 2008, le recourant est insuffisamment apte à servir comme sous-officier de carrière, puis ajoute aussitôt que le motif de résiliation de l'art. 12 al. 6 let. f LPers étant déjà présent, il n'est pas nécessaire de décider si celui de l'art. 12 al. 6 let. c LPers peut aussi être invoqué.

11.1. L'art. 12 al. 6 let. c LPers prévoit deux motifs de résiliation distincts des rapports de travail. Le premier se base sur les "aptitudes ou capacités insuffisantes de l'employé pour effectuer le travail convenu" (mangelnde Eignung ou mangelnde Tauglichkeit), le second sur la "mauvaise volonté" (mangelnde Bereitschaft) de l'employé à "accomplir son travail".

Au sens de l'art. 12 al. 6 let. c in limine LPers, les aptitudes sont "insuffisantes" lorsque, en raison de faits qui touchent sa personne, tels des problèmes de santé, des connaissances professionnelles lacunaires, voire des incompétences intellectuelles ou sociales, l'employé s'avère en fin de compte objectivement incapable d'effectuer le travail convenu (arrêt du TAF A-2164/2009 du 1^{er} septembre 2009 consid. 3.3.3). En fin de compte, car encore faut-il, en conformité du principe de la proportionnalité, que l'employeur ait avant cela proposé – sans succès – des mesures dont le but était de permettre à l'intéressé de remplir les exigences requises, par exemple un traitement médical, une formation complémentaire ou l'aménagement des rapports de travail (Message LPers, FF 1999 II 1438). Pour des raisons pratiques évidentes, le défaut d'aptitudes personnelles n'est ainsi pas un motif de résiliation ordinaire soumis à avertissement préalable (arrêt du TAF A-2164/2009 du 1^{er} septembre 2009 consid. 3.3.3). En effet, chaque disposition prise afin de maintenir un rapport de travail avec l'employé inapte a la même force qu'un avertissement écrit, lequel, lorsqu'il est exigé (voir infra consid. 11.2

et 11.3), concrétise lui aussi le principe de la proportionnalité (arrêt du TAF A-2164/2009 du 1^{er} septembre 2009 consid. 3.3.4).

11.2. La mauvaise volonté à accomplir le travail convenu, au sens de l'art. 12 al. 6 let. c in fine LPers, est un motif de licenciement qui se détermine d'après le comportement de l'employé. Ce motif se confond dans une large mesure avec ceux prévus aux lettres a (violation d'obligations légales ou contractuelles importantes de l'employé) et b (manquements répétés dans les prestations ou le comportement) de l'art. 12 al. 6 LPers (décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral [CRP] du 22 décembre 2004, publiée in: Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 69.57 consid. 4c; NÖTZLI, op. cit., n. 204).

Il s'ensuit que le motif de résiliation ordinaire de l'art. 12 al. 6 let. c in fine n'a aucune portée propre par rapport à ceux mentionnés à l'art. 12 al. 6 let. a et let. b LPers (arrêt du TAF A-2164/2009 du 1^{er} septembre 2009 consid. 3.3.3 ; Nötzli, op. cit., n. 204). Une résiliation fondée sur la mauvaise volonté de l'employé à accomplir son travail n'est donc possible que si l'employé a persisté dans son comportement répréhensible, malgré un avertissement écrit. Cette condition de l'avertissement préalable figure expressément à l'art. 12 al. 6 let. b LPers mais vaut également, selon la jurisprudence, pour les cas d'application de l'art. 12 al. 6 let. a LPers (arrêts du Tribunal fédéral 1C_245/2008 du 2 mars 2009 consid. 5.4, 1C_277/2007 du 30 juin 2008 consid. 5.3; arrêts du TAF A-5255/2009 du 9 février 2010 consid. 3.3, A-309/2009 du 15 mai 2009 consid. 2.3 et A-76/2009 du 24 août 2009 consid. 4.1; HEINZER, op. cit., p. 417).

11.3. Lorsque l'employeur reproche à l'employé la "violation d'obligations légales ou contractuelles importantes" (Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten) au sens de la let. a de l'art. 12 al. 6 LPers, notion générale et abstraite qui appelle une interprétation dans le cas concret, la résiliation ordinaire doit être – comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 11.2 ci-dessus) – précédée d'un avertissement émanant de l'employeur. L'avertissement préalable à la résiliation ordinaire est une mesure de protection de l'employé qui concrétise le principe de la proportionnalité. Il doit contenir une mise en garde (Rüge- und Warnfunktion) et être reconnaissable comme tel. En avertissant le travailleur, l'employeur doit clairement lui faire comprendre qu'il considère le comportement incriminé comme inadmissible et que sa répétition ne restera pas sans sanction (arrêts du Tribunal fédéral 1C_277/2007 du

30 juin 2008 consid. 6.2; 1C_42/2007 du 29 novembre 2007 consid. 3.5.2; 4C.10/2007 du 30 avril 2007 consid. 2.1 et les réf. citées; arrêt du TAF A-5893/2007 du 11 avril 2008 consid. 3.7.4). L'avertissement n'est soumis à aucune condition formelle, si ce n'est la forme écrite (art. 12 al. 6 let. b LPers; arrêt du Tribunal fédéral 1C_277/2007 du 30 juin 2008 consid. 6.2; arrêt du TAF A-8518/2007 du 18 septembre 2008 consid. 4.2; décision de la CRP du 30 septembre 2004, publiée in: JAAC 69.33 consid. 2c).

Si, en l'espèce, il ne peut être qualifié de motif de réalisation ordinaire au sens de l'art. 12 al. 6 let. f LPers, le comportement reproché au recourant aurait pu éventuellement constituer, une violation importante de ses obligations de travail, au sens de l'art. 12 al. 6 let. a LPers.

Cela étant, encore eût-il fallu que l'employeur adresse préalablement un avertissement au recourant, comme l'exige la jurisprudence. Tel n'ayant toutefois pas été le cas, un licenciement fondé sur les dispositions légales précitées eût été contraire à la loi.

12.

Compte tenu de ce qui précède, le recours du 6 août 2010 doit être partiellement admis et la décision attaquée réformée, en ce sens que la résiliation du 23 février 2010 est annulée. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées, dans la mesure de leur recevabilité (cf. consid. 3.2 et 3.3 ci-dessus).

12.1. Conformément à l'art. 34 al. 2 LPers, la procédure de recours devant le TAF en matière de droit du personnel de la Confédération est en principe gratuite.

12.2. D'après les art. 8 al. 1 et 9 al. 1 let. a du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), les dépens comprennent notamment les honoraires d'avocat. Selon la jurisprudence du TAF, en l'absence de décompte présenté au Tribunal (art. 14 al. 1 FITAF), il appartient à celui-ci de fixer l'indemnité due selon sa libre appréciation et sur la base du dossier, une motivation sommaire à ce sujet étant suffisante (arrêts du TAF A-3609/2010 du 17 février 2011 consid. 7, A-7048/2008 du 6 décembre 2010 consid. 11 et A-2164/2009 du 1^{er} septembre 2009 consid. 5).

Cela ne signifie pas que, a contrario, le décompte présenté doit être approuvé tel quel par le Tribunal. En effet, d'après les art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 FITAF, la partie qui obtient gain de cause a droit à des dépens pour les frais nécessaires et relativement élevés causés par le litige. L'art. 8 al. 2 FITAF précise encore que les frais non nécessaires ne sont pas indemnisés et l'art. 10 al. 1 FITAF que les honoraires d'avocat sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, un décompte est présenté, encore doit-il ne pas s'écarter significativement du montant qui aurait été accordé en équité, par application de l'art. 14 al. 2, 2^{ème} phrase FITAF. En effet, ex aequo et bono, le Tribunal tient notamment compte de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que du travail et du temps que le représentant a dû y consacrer (arrêt du TAF C-7754/2007 du 12 juin 2009 consid. 16). Il ne saurait dès lors y avoir grande différence entre ce qui est équitable, au sens défini ci-dessus, et nécessaire, au sens des art. 64 al. 1 PA, 7 al. 1 FITAF, 8 al. 2 FITAF et 10 al. 1 FITAF.

Le recourant présente un décompte pour un montant total de 70'707.90 francs ("Honoraires de base" 64'846 francs + "Débours nets soumis à TVA [copies, frais de vacation]" 733 francs + "TVA" 4'984 francs + "Débours TVA incluse [tél., fax, e-mails, ports]" 144.90 francs = 70'707.90 francs).

A l'évidence, du fait des liens qui unissent le recourant au mandataire, celui-ci a consacré beaucoup d'efforts à défendre la présente cause. De sorte que, selon toute vraisemblance, il n'aurait pas passé autant de temps pour un client ordinaire. Cela étant, il apparaît que l'essentiel de ses – abondants – moyens de preuve et de sa – prolix – argumentation n'ont pas nécessairement été ceux qui ont conduit le Tribunal à prendre les conclusions du présent arrêt. Il sera également tenu compte du fait que certaines conclusions du recourant sont déclarées irrecevables et que le recours n'est que partiellement admis.

Ainsi, le recourant recevra du DDPS une indemnité de dépens de 3'000 francs (TVA comprise). Ce montant englobe aussi les honoraires de son mandataire pour le temps nécessaire qui aurait dû être – raisonnablement – consacré à la procédure de recours interne devant l'autorité inférieure (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., p. 221 s, n. 4.87, et les références citées).

Le dispositif se trouve à la page suivante.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours de A._____ est partiellement admis.

2.

La décision du 6 juillet 2010 est réformée, en ce sens que la résiliation du 23 février 2010 est annulée.

3.

Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées pour autant que recevables.

4.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

5.

Une indemnité à titre de dépens de 3'000 francs (TVA comprise) à la charge du DDPS est allouée à A._____.

6.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'instance inférieure (n° de réf. 04-14 / 05-2010 ; Acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

La présidente du collège :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Yanick Felley

Indication des voies de droit :

Les décisions du Tribunal administratif fédéral concernant les rapports de travail de droit public peuvent être contestées auprès du Tribunal fédéral, pourvu qu'il s'agisse d'une contestation pécuniaire dont la valeur litigieuse s'élève à Fr. 15'000.- au minimum ou qui soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. b et al. 2 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). S'il s'agit d'une contestation non pécuniaire, le recours n'est recevable que si celle-ci touche à la question de l'égalité des sexes (art. 83 let. G LTF). Les décisions incidentes peuvent être contestées dans ces cas, pour autant que les conditions prévues à l'art. 93 LTF soient remplies.

Si le recours en matière de droit public est ouvert, il doit être déposé dans un délai de 30 jours dès la notification de la décision contestée. Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle et doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Il doit être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 42, 48, 54 et 100 LTF).