



Cour II
B-5356/2016

Arrêt du 12 mars 2018

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),
David Aschmann, Hans Urech, juges,
Yann Grandjean, greffier.

Parties

1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,
4. D. _____,
5. E. _____,
6. F. _____,
7. G. _____,
tous agissant par D. _____ et E. _____,
et représentés par Maître François Bellanger, avocat,
recourants,

contre

Fonds National Suisse FNS,
autorité inférieure.

Objet

Fonds National Suisse FNS - décision de non-entrée en
matière.

Faits :**A.**

A une date indéterminée, D._____, *Executive manager* de la X._____, de l'Institut Y._____, a déposé en tant que *Swiss Main applicant* une demande de subsides auprès du Fonds National Suisse (ci-après : le FNS) pour le projet (...) dans le cadre du (...). Ce projet était censé débiter au plus tôt en février 2017 et durer 48 mois, à savoir jusqu'en février 2021. E._____, professeur à l'Institut Y._____, et directeur de la X._____, est inscrit en tant que *Other Swiss or (...) Applicant* dans le formulaire de la demande.

B.

Entre le 10 et le 30 juin 2016, plusieurs courriels ont été échangés entre le FNS et D._____ ou E._____, dans lesquels le FNS avait relevé que plusieurs problèmes subsisteraient dans la requête. En effet, le FNS a remis en cause l'éligibilité de D._____ du fait que celle-ci ne détiendrait pas de doctorat et n'exercerait pas d'activité scientifique. Quant à la situation de E._____, le FNS a estimé qu'il n'est pas possible pour celui-ci d'être le demandeur principal puisque sa retraite interviendrait durant le projet et qu'il aurait échoué à apporter la preuve qu'il serait engagé par l'Institut Y._____, au moins à 50 %, jusqu'à la fin du projet, à savoir en février 2021.

C.

Le 4 juillet 2016, une décision de non-entrée en matière a été rendue à l'attention de D._____ aux motifs qu'elle ne remplit pas les conditions exigées par l'art. 10 al. 6 du règlement du FNS relatif aux octrois de subsides du 27 février 2015 approuvé par le Conseil fédéral le 27 mai 2015 (état au 1^{er} janvier 2016 ; ci-après : le règlement FNS) et que E._____ ne satisfait pas aux conditions édictées par l'art. 10 al. 2 du règlement FNS.

D.

D.a Par courrier daté du 27 juillet 2016, E._____ a déposé une demande de reconsidération de la décision de non-entrée en matière du 4 juillet 2016.

D.b Le 4 août 2016, le FNS a rendu une décision de non-entrée en matière sur la demande de reconsidération du 27 juillet 2016.

E.

Par acte du 5 septembre 2016, D._____ et E._____ (ci-après : les

recourants) ont introduit un recours contre la décision de non-entrée en matière du 4 juillet 2016 auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF). Ils déposent les conclusions suivantes :

A la forme

1. **Déclarer** recevable le recours formé par [les reourants] contre la décision de non-entrée en matière [du FNS] du 4 juillet 2016.

Sur mesures provisionnelles

Principalement

2. **Suspendre** le processus de sélection par [le FNS] jusqu'à droit jugé dans la présente procédure.

Subsidiairement

3. **Autoriser** [le FNS] à continuer le processus de sélection, sans prendre de décision d'adjudication jusqu'à droit jugé dans la présente procédure.

Au fond

Principalement

4. **Dire** que le critère relatif à la durée de l'engagement du requérant figurant à l'art. 10 al. 2 du [règlement FNS] viole le principe de l'égalité de traitement.
5. **Annuler** la décision de non-entrée en matière [du FNS] du 4 juillet 2016.
6. **Débouter** [le FNS] ainsi que toute autre partie ou tout tiers, de toute autre ou contraire conclusion.
7. **Condamner** [le FNS] à tous les frais de la procédure, lesquels comprendront une indemnité valant participation aux honoraires d'avocats des recourants.

Subsidiairement

8. **Acheminer** les [r]ecourants à rapporter, par toutes voies de droit, la preuve des faits énoncés dans le présent mémoire.

Sur le fond, les recourants soutiennent principalement que l'art. 10 al. 2 du règlement FNS viole le principe d'égalité de traitement au sens de l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

(Cst., RS 101) entre les scientifiques proches de l'âge de la retraite et ceux qui sont plus jeunes. Subsidièrement, les recourants soulèvent une violation du principe de proportionnalité par le FNS en rendant une décision de non-entrée en matière sans avoir accordé à E. _____ au préalable un délai raisonnable pour régler sa situation.

Au demeurant, les recourants reprochent au FNS de ne pas avoir proposé F. _____, co-requérante de la requête de subside, en tant que requérante principale, remplaçant ainsi D. _____. Ils évoquent au surplus la question de la requête institutionnelle.

F.

F.a Le 6 septembre 2016, le Tribunal a invité le FNS à se déterminer sur la question de la qualité pour recourir de E. _____ et à prendre position sur la demande de mesures provisionnelles.

F.b Par prise de position du 21 septembre 2016, le FNS a refusé de reconnaître la qualité pour recourir de E. _____ en vertu de de la loi fédérale du 14 décembre 2012 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI, RS 420.1). Elle conclut pour le surplus au rejet de la demande de mesures provisionnelles.

F.c Par décision incidente en date du 30 septembre 2016, le Tribunal a prononcé le blocage d'un montant de 340'045 francs auprès du FNS dans le cadre du *Swiss-(...) Joint Research Programme* jusqu'au droit connu de la présente cause, de manière à éviter que la cause devienne sans objet.

G.

Dans une réponse au fond datée du 24 novembre 2016, le FNS a rejeté tous les griefs soulevés par les recourants et a conclu au rejet du recours. Il rappelle en premier lieu que l'octroi des subsides est éminemment liée à la personne du requérant et non pas à l'institution, et seul le Conseil de la recherche du FNS peut déroger à cette règle en accordant des subsides à des personnes morales.

Le FNS considère en outre que le délai octroyé à E. _____ pour prouver son engagement durant toute la durée du projet de recherche ne viole pas le principe de proportionnalité. Le délai accordé serait de trois semaines et non pas d'une semaine comme l'affirment les recourants. Par ailleurs, le FNS indique que les conditions d'éligibilité doivent être remplies par les requérants au moment du dépôt de la demande et que seul un bref délai

peut être accordé lorsque les lacunes ou l'irrégularité peuvent être corrigées sans autre (art. 23 al. 4 du règlement FNS).

Quant à l'éventuel remplacement de D. _____ par F. _____ en tant que requérante principale, le FNS indique que cette option n'est pas possible.

H.

Par réplique du 10 janvier 2017, les recourants ont réitéré leurs conclusions. Ils renouvellent l'argument selon lequel le critère de l'engagement pour la durée du projet n'est manifestement ni objectif, ni raisonnable et ne permet pas de justifier l'illégalité (*recte* : inégalité) de traitement subie par les personnes proches de la retraite. Au surplus, les recourants reprochent au FNS ne pas avoir tenu compte du fait qu'il s'agit d'un projet exceptionnellement long, à savoir quatre ans. Partant, l'exigence d'un engagement au sein de l'institution ne pourrait pas être appliquée de manière automatique à des projets de longue durée et, ce faisant, le FNS aurait violé le principe de la proportionnalité. En dernier lieu, les recourants relèvent que le FNS aurait dû consulter le Conseil de la recherche pour admettre au projet des personnes morales comme requérantes.

I.

Par duplique du 14 février 2017, le FNS a maintenu ses conclusions dans leur intégralité. Le FNS réitère sa position quant à la condition d'éligibilité à l'engagement durant toute la durée du projet de recherche. Elle réaffirme qu'il serait nécessaire de lier les subsides à la personne du requérant principal et il ne serait pas possible de prévoir, dès le dépôt de la requête, un changement de bénéficiaire des subsides. Le FNS soutient que si elle acceptait de financer des projets soumis par des requérants qui atteignent l'âge de la retraite en cours de projet, cela reviendrait à s'immiscer dans les rapports de travail entre le chercheur et l'institution. Le FNS estime en outre que la durée de quatre ans n'a rien d'exceptionnel et qu'il s'agit plutôt d'une durée ordinaire. Partant, elle ne justifierait en rien un traitement différencié ou une adaptation par rapport aux conditions d'éligibilité du règlement FNS. En dernier lieu, le FNS rappelle que les subsides sont étroitement liés à la personne physique du requérant et que l'admission des requêtes à des personnes morales reste exceptionnelle.

J.

J.a Par décision incidente du 22 novembre 2017, le Tribunal a demandé aux recourants de préciser leur situation professionnelle actuelle et en particulier leur qualité pour recourir.

J.b Par écriture du 21 décembre 2017, les recourants se sont déterminés quant aux questions posées par le Tribunal et ont fourni les pièces à l'appui de leur réponse. Selon les recourants, E. _____ est actuellement employé à 50 % auprès de l'Institut Y. _____ pour assurer la direction par intérim de de la X. _____ jusqu'au 1^{er} août 2018. Il conserve la direction d'un certain nombre de thèses et est impliqué dans des projets de recherches. Quant à D. _____, outre sa fonction d'*Executive manager* de la X. _____, elle aurait participé dans d'importantes activités scientifiques. Au surplus, les recourants reconfirment leur qualité pour recourir.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que de besoin, dans les considérants en droit.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.2 En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS173.32), ledit Tribunal connaît 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).

Le recours est recevable contre les décisions des autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées (art. 33 let. h LTAF). Aucune des clauses d'exception prévues à l'art. 32 LTAF n'étant réalisée, le recours est par conséquent recevable contre la décision litigieuse du FNS (art. 7 et 13 al. 5 LERI et art. 31 du règlement FNS ; art. 5 PA).

Le Tribunal est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

1.3

1.3.1 Quant à la qualité pour recourir, l'art. 13 al. 3 LERI est une règle spéciale qui déroge au régime général de l'art. 48 al. 1 PA. En effet, cette disposition a limité le champ des personnes ayant la qualité au recours au « requérant », à savoir le destinataire de la décision (message du 9 novembre 2011 relatif à la révision totale de la loi sur l'encouragement, FF 2011 8089, 8142 ; message du 24 janvier 2007 relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2008–2011, FF 2007 1149, 1305 ; message du 18 novembre 1981 concernant la loi sur la recherche, FF 1981 III 989, 1031 s. et 1047 s. ; décision partielle du TAF B-5028/2009 du 8 mars 2010 p. 3 ; arrêts du TAF B-2184/2016 du 22 novembre 2017 consid.1.3 et B-3035/2017 du 4 octobre 2017 p. 3).

Selon la jurisprudence du Tribunal, lorsqu'il s'agit d'un groupe de recherche composé de plusieurs requérants, il convient de le considérer comme une société simple au sens des art. 530 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; CO, RS 220 ; arrêts du TAF B-2184/2016 du 22 novembre 2017 consid. 1.3 et B-3035/2017 du 4 octobre 2017 p. 3). En tant qu'elle ne constitue qu'un contrat, la société simple ne donne pas naissance à une entité juridique. Elle n'a donc pas la personnalité morale et, pour ce motif, ne peut être titulaire des droits ou d'obligations. Sur le plan procédural, elle ne possède ni la légitimation active ni la légitimation passive : les associés forment alors une consorité nécessaire et doivent donc agir ensemble (FRANÇOIS CHAIX, in : Commentaire romand, Code des obligations II, 2^e éd. 2017, art. 530 CO n^o 8 ; MARANTELLI/HUBER, in : Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2^e éd. 2016, art. 6 PA n^{os} 11 et 13 ; arrêts du TAF B-2184/2016 du 22 novembre 2017 consid. 1.3, B-3035/2017 du 4 octobre 2017 p. 3 et B-86/2007 du 11 juillet 2007 consid. 1.2). Les associés d'une société simple peuvent toutefois désigner un représentant pour les représenter (MARANTELLI/HUBER, op.cit., n^{os} 11, 13 et 21 ; arrêt du TAF B-2184/2016 du 22 novembre 2017 consid.1.3). Dans le domaine des demandes de subsides auprès du FNS, les requérants doivent désigner une personne qui les représente valablement vis-à-vis du FNS, à savoir les requérant-e-s à qui sont adressées les communications (art. 12 al. 4 du règlement FNS).

1.3.2 Dans le cas d'espèce, le FNS estime que, au vu de l'art. 31 du règlement FNS, la qualité pour recourir ne doit pas être reconnue à E._____ au motif qu'il n'est pas le destinataire de la décision attaquée. Or, le Tribunal constate que, bien que la décision attaquée ait été destinée à D._____, E._____ a été personnellement impliqué durant toute la

phase de procédure devant le FNS. En effet, il a échangé plusieurs courriels avec le FNS et a introduit la demande de reconsidération contre la décision attaquée. Par ailleurs, le Tribunal retient que la décision de non-entrée en matière sur la demande de reconsidération a été adressée directement à E._____. Partant, le Tribunal considère que les communications du FNS ont été adressées également à E._____ et qu'ensemble avec D._____, ils ont représenté devant le FNS tous les membres du groupe de recherche au sens de l'art. 12 al. 4 du règlement FNS.

Par conséquent, il n'y a aucune raison de douter que, si D._____ ainsi que E._____ ont pu représenter valablement tous les membres du groupe de recherche durant la procédure devant le FNS, ils peuvent aussi le faire devant l'instance de recours (arrêt du TAF B-2184/2016 du 22 novembre 2017 consid. 1.3). La signature du recours ou une procuration explicite de la part des autres requérants n'est pas nécessaire dans le cas d'espèce (arrêt du TAF B-3035/2017 du 4 octobre 2017 p. 4).

1.4 Cependant, dès lors que E._____ est actuellement retraité, la question de son intérêt au recours se pose. Tel n'est pas le cas pour les autres participants au projet de recherche dont la qualité pour recourir n'est pas douteuse.

1.4.1 L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 140 III 92 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_272/2012 consid. 2.1 ; arrêt du TAF B-1540/2017 du 19 octobre 2017 consid. 1.2). La qualité pour recourir suppose que l'intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de l'acte entrepris soit actuel. En principe, l'intérêt digne de protection doit exister non seulement au moment du dépôt du recours, mais encore au moment où l'arrêt est rendu (ATF 140 III 92 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_293/2016 du 19 janvier 2017 consid.1.2 ; arrêt du TAF B-1540/2017 du 19 octobre 2017 consid. 1.2). L'intérêt à recourir doit en outre être personnel, en ce sens qu'il n'est, sauf exception, pas admis d'agir en justice pour faire valoir non pas son propre intérêt mais l'intérêt de tiers, voire même l'intérêt général (arrêt du Tribunal fédéral 1C_293/2016 du 19 janvier 2017 consid.1.2 ; arrêt du TAF B-1540/2017 du 19 octobre 2017 consid. 1.2).

1.4.2 Dans le cas d'espèce, après sa retraite, E._____ continue de superviser des thèses de doctorat et de participer à des projets

scientifiques. Le Tribunal estime qu'on ne peut pas exclure qu'un professeur à la retraite puisse continuer de prendre part à un projet de recherche dans le cadre du FNS. Néanmoins, la question de son intérêt digne de protection peut être laissée ouverte, le recours devant quoi qu'il en soit être rejeté.

1.5 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11, art. 50 al. 1, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA) sont respectées.

2.

L'art. 13 al. 3 LERI expose que le requérant peut former un recours pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Il ne peut toutefois pas recourir pour inopportunité de la décision attaquée. Le Tribunal n'intervient dès lors que pour sanctionner un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation ainsi qu'en cas de comportement arbitraire ou en cas de violation des principes constitutionnels tels que le droit à l'égalité, le droit à la protection de la bonne foi ou le principe de la proportionnalité. Pour le reste, il respecte la liberté d'appréciation de l'autorité de première instance. Il tient en outre compte de l'expérience et des connaissances spécifiques des organes du FNS et des experts invités, ainsi que de l'autonomie de la politique de recherche du FNS (arrêts du TAF B-50/2014 du 10 avril 2015 consid. 4 et les références citées).

En sa qualité d'autorité judiciaire, le Tribunal n'est en effet pas une autorité supérieure d'encouragement de la recherche scientifique ni une instance de surveillance en la matière ; il ne dispose pas des connaissances techniques que requiert l'évaluation des projets soumis au FNS. Par ailleurs, par leur nature, les décisions relatives à des demandes de subsides ne se prêtent pas bien à un contrôle judiciaire, étant donné que l'autorité de recours ne connaît pas tous les facteurs d'évaluation des projets et n'est, en règle générale, pas à même de juger des qualités du projet du recourant par rapport à ceux de ses concurrents. Un libre examen des décisions en matière d'octroi de subsides à la recherche pourrait engendrer des inégalités de traitement (ATAF 2007/37 consid. 2.1).

En conséquence, pour autant qu'il n'existe pas de doutes apparemment fondés sur l'impartialité des membres du collège appelé à statuer sur la demande de subsides ni de violations caractérisées des droits d'une partie dans la procédure en cause et que l'évaluation effectuée paraisse correcte

et appropriée, le Tribunal se réfère à l'appréciation du FNS. Cette retenue n'est cependant admissible qu'à l'égard de l'évaluation proprement dite du projet présenté. Dans la mesure où le recourant conteste l'interprétation et l'application de prescriptions légales ou s'il se plaint de vices de procédure, l'autorité de recours doit examiner les griefs soulevés avec pleine cognition, sous peine de déni de justice formel (ATAF 2007/37 consid. 2.2 ; arrêt du TAF B-50/2014 du 10 avril 2015 consid. 4 *in fine* et les références citées).

3.

Après avoir rappelé les règles régissant l'octroi de subsides du FNS, en particulier les conditions relatives à la personne du requérant (consid. 4), le Tribunal examinera successivement la situation de D._____ (consid. 5), de E._____ (consid. 6) et de F._____ (consid. 7) ainsi que la possibilité de considérer la requête déposée comme institutionnelle (consid. 8).

4.

4.1 Le FNS est une fondation au sens des art. 80 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1908 (CC, RS 210), qui a pour but d'encourager la recherche en Suisse (art. 4 let. a al. 1, art. 10 al. 1 LERI ; art. 1 al. 1 des Statuts du Fonds National Suisse de la recherche scientifique du 30 mars 2007 et du 30 mars 2012, approuvés par le Conseil fédéral le 4 juillet 2007 et le 27 juin 2012). Selon l'art. 3 et l'art. 4 let. a ch.1 LERI, le FNS est soumis à la LERI dans la mesure où il utilise des moyens fournis par la Confédération pour ses activités de recherche et d'innovation. Il utilise les subventions qui lui sont allouées notamment pour soutenir des projets de recherche (art. 10 al. 2 LERI). A teneur de l'art. 6 al. 1 LERI, le FNS dans la planification des activités financées par la Confédération veille au respect des principes suivants : la liberté de la recherche, la qualité scientifique de la recherche et l'innovation et la diversité des opinions et des méthodes scientifiques (let. a) ; la liberté de l'enseignement et le lien étroit entre l'enseignement et la recherche (let. b) ; l'intégrité scientifique et l'égalité de fait entre hommes et femmes (let. c). Conformément à l'art. 13 al. 1 LERI, les institutions chargées d'encourager la recherche fixent la procédure régissant les décisions relatives aux subsides ; cette procédure doit répondre aux exigences des art. 10 et 26 à 38 PA (également art. 20 du règlement FNS).

Selon l'art. 9 al. 3 LERI, le FNS doit édicter les dispositions nécessaires à l'encouragement de la recherche dans son statut et le règlement FNS.

Ceux-ci doivent être par la suite approuvés par le Conseil fédéral lorsqu'ils régissent des tâches pour lesquelles les moyens de la Confédération sont utilisés.

4.2 S'agissant de l'encouragement dans le cadre de programmes – comme c'est le cas en l'espèce – il convient donc de se référer au règlement FNS ainsi qu'au règlement d'exécution général relatif au règlement des subsides du 9 décembre 2015 (ci-après : règlement d'exécution). Au chapitre 2 du règlement FNS ainsi qu'au chapitre I du règlement d'exécution, le FNS a fixé les conditions pour les requérants et la soumission des requêtes. Il s'agit donc des conditions formelles que les personnes ainsi que les projets doivent remplir avant que le FNS ne procède à l'évaluation scientifique. Partant, le FNS n'entre pas en matière sur les requêtes si ces conditions ne sont pas réunies (art. 22 du règlement FNS).

4.3 Ainsi, les dispositions applicables principalement dans le cas d'espèce sont les suivantes :

Règlement FNS

Article 10 Conditions fixées pour les requérant-e-s

¹ Les personnes physiques qui exercent une activité de recherche scientifique en Suisse ou étroitement liée à la Suisse sont habilitées à déposer une requête.

² Une activité de recherche scientifique en Suisse ou étroitement liée à la Suisse existe lorsque la ou le requérant-e est engagé, selon le droit suisse pour la durée du projet de recherche concerné auprès d'un établissement de recherche du domaine des hautes écoles ou d'un établissement de recherche à but non lucratif situé en dehors des hautes écoles dont le siège est situé en Suisse et dont le financement de base est majoritairement suisse, ou qu'un tel engagement lui a été confirmé par écrit. Le lieu d'engagement peut être à l'étranger.

³ L'activité de recherche scientifique, y compris une éventuelle activité d'enseignement, doit correspondre au moins à un volume de travail de 50 %. Les chercheuses et chercheurs dont le taux d'activité scientifique est plus bas sont autorisés à déposer une requête si leur activité de recherche scientifique et d'enseignement s'exerce habituellement dans le cadre d'une autre activité professionnelle. Le Conseil de la recherche définit des modalités d'application dans les dispositions d'exécution.

⁴ Les chercheuses et chercheurs indépendants doivent remplir par analogie toutes les conditions visées aux chiffres 1 à 3 ; par ailleurs, ils doivent justifier de leur activité de recherche indépendante en Suisse.

⁵ Dans les dispositions d'exécution, le Conseil de recherche peut prévoir des conditions supplémentaires spécifiques pour chaque instrument d'encouragement. Concernant l'admission à soumettre des requêtes, il peut notamment :

[...]

- d. délivrer l'admission à titre exceptionnel, également lorsque l'engagement n'est pas assuré pour la durée totale du projet de recherche concerné, en particulier dans le cas de poste visant une qualification scientifique.

⁶ Les requérant-e-s doivent justifier d'une activité et d'une qualification scientifique correspondant aux conditions de l'instrument d'encouragement concerné, et démontrer qu'ils apportent une contribution substantielle au projet de recherche sollicité.

Art. 12 Requêteur-e-s multiples

[...]

⁴ Si plusieurs requérant-e-s déposent ensemble une requête, chacun d'entre eux doit remplir les conditions d'admission à la soumission de requêtes. Ils assument personnellement la responsabilité du projet. Si un-e requérant-e ne remplit pas les conditions d'admission, cela entraîne en principe une non-entrée en matière sur la demande pour tous les requérant-e-s, sauf si le traitement de la requête peut se poursuivre aisément sans considération de cette personne.

Règlement d'exécution

Art. 1.1 Justification, garantie d'engagement

¹ Les requérant-e-s doivent justifier d'un engagement pour la durée du projet de recherche déposé.

[...]

⁴ Si la justification ou la garantie d'engagement apportée ne couvre pas l'ensemble de la durée du projet de recherche déposé, le FNS entre en matière sur la requête si le projet de recherche déposé doit démarrer dans le cadre d'un engagement à un poste menant à une qualification scientifique dont la durée est fixée en fonction de la procédure de qualification en vigueur dans l'institution de recherche.

Art. 1.4 Eméritat, départ à la retraite

¹ Après l'obtention d'un éméritat ou un départ à la retraite, les scientifiques ne sont plus admis à déposer une requête auprès du FNS. Le FNS n'entre pas en matière sur les requêtes correspondantes.

[...]

Art. 1.5 Engagement dans un établissement de recherche

¹ Une requête ne peut être déposée que lorsqu'il existe un engagement au sens juridique du terme, dans un établissement de recherche autorisé, à raison d'un taux d'activité d'au moins 50 %.

² Les autres relations entretenues avec un établissement de recherche, qu'il s'agisse de personnes engagées avec un taux d'occupation inférieur à 50 %, de chargés de cours, de professeurs titulaires ou d'autres titres, de relations entretenues dans le cadre de coopérations ou d'invitations ne permettent pas en tant que telles le dépôt d'une requête lorsqu'il n'existe pas simultanément d'engagement au sens de l'alinéa 1.

4.4 Ainsi, il ressort des dispositions précitées que le requérant doit exercer une activité de recherche scientifique à un taux d'au moins 50 % et il doit être engagé auprès d'un établissement de recherche pour toute la durée du projet de recherche et, de plus son activité ainsi que sa qualification scientifique doivent correspondre aux conditions de l'instrument d'encouragement concerné.

5.

Le Tribunal va s'intéresser en premier lieu au cas de D._____.

5.1 Dans le cas présent, elle est inscrite en tant que *Main Applicant* sur le formulaire de la requête. Le FNS a estimé qu'elle n'était pas éligible du fait qu'elle ne remplit pas les conditions exigées par l'art. 10 al. 6 du règlement FNS. Cette disposition exige que les requérants doivent justifier d'une activité et d'une qualification scientifique correspondant aux conditions de l'instrument d'encouragement concerné, et démontrer qu'ils apportent une contribution substantielle au projet de recherche sollicité.

5.2 D._____ a reconnu elle-même dans un courriel daté du 21 juin 2016 échangé avec le FNS qu'elle n'était pas éligible en tant que requérante principale du fait qu'elle n'a ni doctorat ni parcours professionnel académique (« ...*I am not eligible as MAIN applicant. I have no PhD or academic career track* »). A cela s'ajoute que les recourants ne contestent pas dans leur recours le fait que D._____ ne remplit pas les conditions de l'art. 10 al. 6 du règlement FNS (recours p. 9).

5.3 En outre, D._____ est employée en tant qu'*Executive manager* de la X._____. Au vu de son *curriculum vitae* (pce 9), le Tribunal constate que, parmi les activités qui lui ont été confiées au sein de la X._____, la majorité consiste à des tâches administratives. De plus, D._____ avance

qu'elle « a développé ces dernières années une importante activité scientifique » (réponse aux questions du Tribunal, p. 3). Elle n'a cependant pas démontré quel taux représenteraient ces activités scientifiques.

5.4 Partant, au vu de ce qui précède, les conditions exigées par l'art. 10 al 1, 3 et 6 du règlement FNS ne sont pas remplies et la décision attaquée doit être confirmée s'agissant de D._____.

6.

Le Tribunal va examiner maintenant la situation de E._____.

6.1 La jurisprudence précise que l'autorité de recours fonde sa décision sur l'état de fait au moment où elle est appelée à rendre sa décision, à savoir aussi sur les événements qui se sont déroulés entre la décision querellée et l'arrêt sur recours (ATAF 2011/43 consid. 6.1). Le Tribunal se réfère ainsi également à l'évolution de la situation de fait jusqu'à sa décision (HANSJÖRG SEILER, in : Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2^e éd. 2016, art. 54 PA n° 19).

6.2 Dans le cas d'espèce, au moment de la décision attaquée, à savoir le 4 juillet 2016, E._____ était encore professeur ordinaire auprès de la Faculté de droit de l'Université de Genève ainsi que directeur de la X._____. Cependant, après avoir atteint l'âge de la retraite en septembre 2017, il a rejoint le rang des professeurs honoraires de la Faculté de droit de l'Université de Genève ([...], consulté le 21 février 2018 ; voir également l'art. 113 du règlement de l'Université de Genève entré en vigueur le 17 mars 2009, http://www.unige.ch/rectorat/static/reglement_personnel.pdf, consulté le 21 février 2018). A partir du 1^{er} octobre 2017 et jusqu'au 30 juillet 2018, E._____ a pour mission d'assumer la direction par intérim de la X._____. Peu importe donc que E._____ ait eu, oui ou non, assez de temps pour régler sa situation durant l'instruction devant le FNS, dès lors que son statut a radicalement changé depuis lors.

6.3 Durant la phase d'instruction devant le FNS, les recourants ont requis la désignation de E._____ en tant que *Main Applicant*, en lieu et place de D._____. Dans la décision attaquée du 4 juillet 2016, le FNS a refusé d'effectuer une telle modification au motif que E._____ ne remplissait pas les conditions d'éligibilité du règlement FNS, en particulier l'art. 10 al. 2. Ladite disposition exige qu'une activité de recherche scientifique en Suisse ou étroitement liée à la Suisse doit exister lorsque le requérant est engagé, selon le droit suisse pour la durée du projet de recherche concerné

après d'un établissement de recherche, ce qui n'est pas le cas d'un professeur approchant l'âge de la retraite.

Dans le recours introduit auprès du Tribunal, les recourants estiment que l'art. 10 al. 2 du règlement FNS violerait le principe d'égalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst. Ils arguent que l'exigence posée par cette disposition créerait une inégalité de traitement fondée sur aucun fait pertinent entre les scientifiques proches de l'âge de la retraite et ceux qui sont plus jeunes. De plus, cette condition se poserait en contradiction avec le but d'encouragement à la recherche poursuivi par le FNS. Cependant, cette question peut être laissée ouverte, car, par l'écoulement du temps, deux autres conditions de l'art. 10 du règlement FNS ne sont plus remplies par E._____, désormais retraité.

6.4

6.4.1 Invités à se déterminer sur leur qualité pour recourir, les recourants ont indiqué que le taux d'activité de E._____ est de 50 %. Il ressort du contrat qui le lie à l'Institut Y._____ que son cahier des charges comprend, outre l'organisation d'événements publics et privés dont on peut douter qu'ils relèvent *stricto sensu* d'une activité scientifique, la gestion du budget et des comptes, qui ne sont clairement pas des activités scientifiques. De plus, son contrat actuel mentionne qu'il n'exerce plus aucune activité d'enseignement ni de recherche à l'Institut Y._____, sans précision – il est vrai – quant à la X._____. Par conséquent, en toute hypothèse, E._____ consacre moins de 50 % de son temps à une activité scientifique. Cela le rend donc inéligible aux subsides du FNS. E._____ évoque certes les thèses dont il assure encore le suivi et d'autres projets et recherches scientifiques. Il ne documente cependant pas cet allégué et ne chiffre aucunement le temps qu'il consacrerait à cette activité. Partant, le Tribunal retient que les conditions fixées par l'art. 10 al. 1 et 3 du règlement FNS ne sont pas remplies. Aussi la décision doit être confirmée par substitution de motif en ce qui concerne E._____.

6.4.2 Par surabondance, il ressort de la détermination des recourants datée du 21 décembre 2017 qu'un nouveau directeur de la X._____ entrera en fonction le 1^{er} août 2018 et prendra en charge la responsabilité du projet de recherche dans le cadre du *Swiss-(...) Joint Research Programme*. A cela s'ajoute que E._____ a affirmé lui-même dans un courriel à l'attention du FNS daté du 28 juin 2016 qu'« il est hors de question que je reste engagé à l'Université ou à l'Institut Y._____ une fois le nouveau directeur entré en fonction ». Partant, E._____

n'exercera plus aucune activité scientifique à partir du 1^{er} août 2018. Celui-ci n'apporte aucune indication permettant d'aboutir à une autre conclusion. Il s'ensuit que si le Tribunal en arrivait à casser la décision attaquée et renvoyer la cause devant le FNS, celui-ci serait probablement amené à statuer à une date où E._____ ne remplira pas, sans aucune contestation possible, les conditions requises. Autrement dit, un renvoi devant le FNS à ce stade ne permettrait en aucune manière aux recourants d'obtenir gain de cause à l'issue de la procédure.

7.

Le Tribunal va examiner la situation de F._____ qui figure sur le formulaire de requête de subsides au même titre que E._____, à savoir *Other Swiss or (...) Applicant*.

7.1 Durant la phase d'instruction devant le FNS, celui-ci a soutenu que l'engagement de F._____ ne couvrirait pas toute la durée du projet, mais que d'après l'art. 10 al. 5 let. e du règlement FNS, une admission exceptionnelle reste possible s'il s'agit d'un cas de poste visant une qualification scientifique. Au stade du recours, les recourants reprochent au FNS de ne pas avoir proposé cette alternative durant la phase d'instruction et suggèrent la possibilité de désigner F._____ en tant que requérante principale.

7.2 Le Tribunal estime tout d'abord qu'il appartenait aux requérants d'introduire une telle demande auprès du FNS. Sur la base du dossier, le sujet a été évoqué, mais aucune requête explicite en ce sens n'avait été faite. Partant, le Tribunal ne saurait reprocher au FNS de ne pas avoir examiné cette possibilité, notamment au vu des explications qu'il a apportées dans l'échange d'écritures.

Aux termes de l'art. 10 al. 6 *in fine* du règlement FNS, les requérants doivent démontrer qu'ils apportent une contribution substantielle au projet de recherche sollicité. Ainsi que le relève l'autorité inférieure (réponse p. 10), le plan de recherche du projet en question a été élaboré par E._____, du côté suisse ; F._____ n'intervenait que comme *Other Applicant*. Ce plan de recherche ne présente F._____ que comme conseillère dans la direction du projet qui était assurée par E._____ et son homologue (...). Les recourants n'ont pas contesté ce point dans leur réplique. Dès lors que E._____ ne peut plus être requérant (consid. 6), le projet a perdu sa direction suisse et a changé de nature. Rien n'indique que F._____ puisse apporter une contribution substantielle au projet comme l'exige le règlement FNS et, à plus forte raison, qu'elle puisse se

substituer à E._____ et à son expertise dans ce projet. Les recourants n'apportent en toute hypothèse aucun élément concret dans ce sens.

Il est dès lors sans incidence que F._____ soit engagée, à un titre ou à un autre, pour la durée du projet auprès d'un établissement de recherche suisse.

7.3 Partant, au vu de ce qui précède, F._____ ne remplit pas les conditions exigées par l'art. 10 al. 6 du règlement FNS et ne peut être vue comme *Main Applicant* dans ce projet.

8.

En dernier lieu, le Tribunal va analyser la possibilité de considérer la requête de subsides en tant que requête institutionnelle.

8.1 Dans les échanges de courriels avec le FNS, les recourants avaient suggéré de considérer la requête déposée comme une demande dite institutionnelle, c'est-à-dire de considérer la X._____ comme requérante à titre de personne morale. Le FNS a répondu négativement au motif que seules des personnes physiques pouvaient être bénéficiaires des subsides.

Les recourants reviennent par la suite de manière implicite sur cette possibilité au stade du recours (recours p. 8). Selon le FNS, l'admission à soumettre des requêtes à des personnes morales reste très exceptionnelle et ne concerne que des domaines très spécifiques. De plus, il indique que, dans le cadre du *Swiss-(...) Joint Research Programme*, aucune admission à soumettre des requêtes par des personnes morales n'avait été décidée par le Conseil de la recherche. Il rappelle en outre que la garantie de la bonne exécution d'un projet ainsi que celle de tous les devoirs qui en découlent sont intimement liées au chercheur bénéficiaire des subsides. Partant, le FNS estime qu'une demande institutionnelle n'est pas possible dans le cas d'espèce.

8.2 L'art. 10 al. 5 let. c du règlement FNS prévoit que le Conseil de la recherche peut accorder l'admission à soumettre des requêtes à des personnes morales. Or, le Tribunal constate que cette possibilité n'a pas été expressément prévue par le FNS dans le cadre du programme de collaboration avec (...). En effet, il ne ressort pas du document d'appel à projets du *Swiss-(...) Joint Research Programme* (pce 5) que des personnes morales pourraient être requérantes et déposer des requêtes. Il n'y avait dès lors aucune raison de solliciter une nouvelle fois le Conseil

de la recherche comme suggèrent les recourants pour tenir compte de la longueur du projet.

8.3 Au vu de ce qui précède, les personnes morales ne sont pas éligibles pour introduire une requête de subsides dans le cadre du programme Suisse-(...). Partant, la requête déposée par les recourants ne peut être considérée comme une demande institutionnelle.

9.

Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, la décision attaquée doit être confirmée par substitution partielle de motifs. Partant, le recours doit être rejeté. Les mesures provisionnelles prises le 30 septembre 2016 tombent avec le présent arrêt.

10.

10.1 Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge des recourants qui succombent (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al.1 et art. 4 FITAF).

En l'espèce, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, qui, au vu de la valeur litigieuse de près de 350'000 francs, s'élèvent à 7'000 francs, doivent être intégralement mis à leur charge. Ils sont compensés par l'avance sur les frais de procédure du même montant versée par les recourants durant l'instruction.

10.2 Compte tenu de l'issue de la procédure, les recourants n'ont pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*). Le FNS n'y a, quoi qu'il en soit, pas droit (art. 7 al. 3 FITAF).

11.

Selon l'art. 83 let. k. de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions en matière de subventions auxquelles la législation ne donne pas droit. Partant, le présent arrêt est définitif.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 7'000 francs, sont mis à la charge des recourants. Ils sont entièrement compensés par l'avance de frais déjà versées durant l'instruction.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (recommandé ; annexes : pièces en retour)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...]; recommandé ; annexe : dossier en retour)

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Yann Grandjean

Expédition : 15 mars 2018