

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 126.054 du 4 décembre 2003

A.74.519/VIII-514

En cause : **1. DUMAZY** Yves,
2. DESART Michel,
3. TAHIR Jean-Pol,
4. STILMANT Jean-Pierre,
5. TASSIN Maurice,
ayant élu domicile chez
Me Nicolas HOUSSIAU, avocat,
drève des Renards 4/29
1180 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le
Ministre de la Défense.

LE CONSEIL D'ETAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 2 juin 1997 par Yves DUMAZY, Michel DESART, Jean-Pol TAHIR, Jean-Pierre STILMANT et Maurice TASSIN qui demandent l'annulation de "la décision du 27 mars 1997, par laquelle le jury du concours de qualification au grade d'adjudant-chef - Session 1996 - groupe d'emploi 60 annule sa décision du 18 octobre 1996 concernant tous les candidats du groupe d'emploi 60 (candidats ayant réussi, classés en ordre utile ou pas, ainsi que les candidats n'ayant pas réussi), en ce compris (voir "aperçu des décisions annulées - overzicht van de ingetrokken beslissingen" en Annexe), les 29 décisions initiales du 18 octobre 1996 (...);

Vu l'arrêt n° 68.233 du 18 septembre 1997 rejetant la demande de suspension;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. HERBIGNAT, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 12 mai 2003 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 19 septembre 2003 notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 7 novembre 2003;

Entendu, en son rapport, M^{me} GEHLEN, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me HOUSSIAU, avocat, comparaissant pour les requérants, et le lieutenant DE SAEDELEER, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. HERBIGNAT, premier auditeur chef de section;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les éléments utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Au moment de l'acte attaqué, les cinq requérants étaient adjudants au service médical des Forces armées.

Ils ont participé au concours - session 1996 - de qualification au grade d'adjudant-chef en vue de l'attribution de quinze emplois déclarés vacants dans le groupe 60, c'est-à-dire le groupe des "ambulanciers, infirmiers diplômés et physiotechniciens". A l'issue de la délibération du jury du 18 octobre 1996, il s'avère que les requérants ont réussi les épreuves et sont classés en ordre utile pour être nommés.

2. L'adjudant THOMAS, candidat qui avait réussi mais n'était pas classé en ordre utile, introduit auprès du Conseil d'Etat un recours en annulation de la délibération du 18 octobre 1996; il y soutient notamment que le jury n'était pas régulièrement composé au regard des dispositions relatives à l'emploi des langues à l'armée.

Après l'introduction de ce recours, le jury prend, le 27 mars 1997, la décision suivante :

- " 1. Après analyse de la requête en Ref introduite dans les délais, dans laquelle l'annulation de notre décision concernant le groupe d'emploi 60 était demandée, il apparaît que le jury n'était pas constitué conformément à l'article 1 de l'Arrêté Royal du 31 Jul 69 (Ref...), c'est-à-dire que tous les membres siégeant ne possédaient pas la connaissance approfondie de la langue de tous les candidats, à savoir le néerlandais et le français.
2. Le jury annule ainsi sa décision concernant tous les candidats du groupe d'emploi 60 (candidats ayant réussi, classés en ordre utile ou pas, ainsi que les candidats n'ayant pas réussi) (...)"

Il s'agit de l'acte attaqué, qui a été communiqué aux intéressés par une note du 28 mars 1997.

3. Un nouveau concours de qualification au grade d'adjudant-chef dans le groupe d'emploi 60 est organisé dans le courant de l'année 1997. Les résultats en sont arrêtés par le jury le 12 décembre 1997. Les quatre premiers requérants ont réussi et sont classés en ordre utile. Le cinquième requérant a réussi, mais n'est classé qu'en dix-septième position, ce qui ne le place pas en ordre utile pour la promotion; il a introduit un recours en annulation partielle de cette décision (G/A.77.469/VIII-794).

4. Jean-Pierre STILMANT, Jean-Pol TAHIR ont été nommés au grade d'adjudant-chef à la date du 26 septembre 1997, Yves DUMAZY le 26 septembre 1999 et Michel DESART le 26 mars 2000;

Considérant que les quatre premiers requérants ont été nommés au grade pour l'attribution duquel le concours avait été organisé; que, comme ils l'admettent dans leur dernier mémoire, ils n'ont plus intérêt au recours;

Considérant qu'un premier moyen est ainsi libellé :

- " Méconnaissance des droits de la défense et du principe d'audition (audi alteram partem) (1^{ère} branche)

Méconnaissance des art. 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les art. 19, al. 3, 21 et 21 bis, ainsi que l'art. 87 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (2^{ème} branche)

Méconnaissance des art. 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, prise isolément et combinée avec la méconnaissance de l'art. 19, al. 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (3^{ème} branche)";

que, dans un exposé liminaire relatif aux trois branches du moyen, un parallèle est fait entre la procédure en annulation devant le Conseil d'Etat et la procédure de retrait d'un acte administratif; qu'il est soutenu que les garanties procédurales doivent être les mêmes

dans les deux cas, ce qui ne se vérifie pas en l'espèce et amène à constater "que la procédure administrative ne répond manifestement pas à ces exigences : pas d'audition, pas d'assistance d'un avocat, pas de connaissance du dossier (en ce compris la requête III-22.825), pas de traduction de cette requête pour les membres du jury néerlandophones ou pour les candidats néerlandophones. Même après la décision, aucune copie de la requête [n']est fournie aux requérants : le refus est clair"; que ces considérations sont développées dans les trois branches du moyen; que dans la première de ces branches, il est exposé que le droit d'être entendu, de consulter le dossier ou d'obtenir l'assistance d'un avocat, s'applique à la préparation d'un acte de retrait; que l'accent est spécialement mis sur la nécessité de l'assistance d'un avocat, dès lors que l'acte de retrait fait référence, dans sa motivation, à une requête en annulation; que la deuxième branche expose les droits d'une partie intervenante dans la procédure en annulation devant le Conseil d'Etat, droits qui, sous peine de discrimination, doivent également, selon les requérants, être ceux des personnes concernées par le retrait d'un acte administratif; que la troisième branche du moyen critique le refus de communication de la requête dont il est question dans l'acte attaqué, ainsi que l'analyse qui y est faite de la recevabilité, celle-ci n'ayant pas été examinée sous l'angle de l'intérêt; que la troisième branche du moyen fait également grief à la motivation de l'acte attaqué de n'avoir pas fait allusion à l'application de l'article 2 de l'arrêté royal du 31 juillet 1969;

Considérant que le mémoire en réplique développe les arguments invoqués à l'appui du moyen; que l'accent y est mis sur la contradiction qu'il y aurait à soutenir, d'une part, que les officiers néerlandophones composant le jury étaient à même de comprendre la requête en annulation introduite par l'adjudant THOMAS et, d'autre part, que ces mêmes officiers n'auraient pas été aptes à comprendre les officiers francophones; qu'il y est rappelé que les participants au concours de qualification ne connaissent pas la requête de l'adjudant THOMAS; qu'il est soutenu que les décisions individuelles contenues dans la délibération retirée étaient définitives "en ce qui concerne les relations entre les lauréats et l'Etat"; que, selon les requérants, l'application au retrait d'un acte administratif des garanties offertes par la procédure devant le Conseil d'Etat ne constitue pas une théorie novatrice mais une expression du principe constitutionnel d'égalité;

Considérant que le dernier mémoire souligne que Maurice TASSIN était classé en ordre utile par la décision du 18 octobre 1996, en sorte que celle-ci était pour lui créatrice de droit; que les requérants font valoir que l'acte attaqué devait indiquer, dans sa motivation, "les raisons pour lesquelles les résultats de tous les candidats du groupe d'emploi 60 ont été retirés et non - à l'instar d'un éventuel arrêt d'annulation - simplement les résultats des lauréats et celui de Mr THOMAS"; qu'il leur "paraît curieux

que l'autorité administrative ne doit même pas s'expliquer sur une décision qui dépasse en tout état de cause les limites assignées à un éventuel arrêt d'annulation : c'est la négation même de l'obligation de motivation formelle";

Considérant que l'acte attaqué procède au retrait de la décision du jury du concours de qualification au grade d'adjudant-chef du 18 octobre 1996 parce qu'il a été constaté, à l'occasion d'un recours en annulation introduit par un candidat non classé en ordre utile, que le jury n'était pas régulièrement composé au regard de la réglementation concernant l'emploi des langues à l'armée; que le recours au Conseil d'Etat n'est pas la cause du retrait, même s'il l'a rendu possible en faisant obstacle au caractère définitif de la décision retirée; qu'un acte administratif irrégulier, même créateur de droits, peut être retiré dans le délai de recours pour excès de pouvoir ou, si un tel recours a été introduit, avant la décision du Conseil d'Etat; qu'en l'espèce, comme l'indique l'acte attaqué, le jury n'était pas constitué conformément à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 fixant en application de la loi concernant l'usage des langues à l'armée, la composition des jurys d'examen organisés au sein des forces armées; que, s'agissant d'épreuves ouvertes indistinctement aux candidats néerlandophones et francophones, il eût été discriminatoire de retirer ou non la décision selon que les lauréats appartenaient à l'un ou l'autre groupe linguistique; que le respect de l'obligation de motivation formelle n'imposait pas d'indiquer pourquoi il n'avait pas été fait application de la dérogation prévue par l'article 2 de l'arrêté royal précité du 31 juillet 1969, d'autant que la partie adverse a démontré, sans être contredite par les requérants, que cette disposition n'était pas applicable en l'espèce;

Considérant que l'acte attaqué est un acte de l'administration active; qu'il diffère en cela d'un arrêt d'annulation qui est un acte juridictionnel; que, certes, le retrait comme l'annulation ont pour effet de mettre un acte à néant; que cette identité de résultat ne suffit pas à imposer le respect de procédures identiques; que les garanties qui s'attachent à la procédure en annulation sont liées à son caractère juridictionnel; que la partie adverse n'avait aucunement l'obligation de les respecter; que l'acte attaqué n'est pas une décision disciplinaire et que ses destinataires ne pouvaient donc pas se prévaloir des droits de la défense; qu'il n'a pas été pris en raison du comportement desdits destinataires et ne constituait pas une mesure grave à leur égard dès lors que, d'une part, il n'était pas définitif et que, d'autre part, l'occasion de représenter les épreuves dans des conditions régulières leur a été donnée; qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe *audi alteram partem*;

Considérant que le premier moyen n'est fondé dans aucune de ses branches;

Considérant qu'un deuxième moyen est libellé de la manière suivante :

" Excès de pouvoir et motifs illicites (1^{ère} branche)

Méconnaissance des principes généraux de droit de la sécurité juridique et de l'interdiction de la rétroactivité et des art. 14 et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (2^{ème} branche)

Méconnaissance du principe général de proportionnalité, du principe de la continuité du service public, du principe de prudence et du principe général, décrit sous le nom de "zuinigheidsbeginsel" (3^{ème} branche)";

qu'après un très long exposé de doctrine et de jurisprudence, les requérants soutiennent en premier lieu que la composition du jury était connue depuis longtemps, qu'elle n'a suscité aucun recours et que l'acte l'arrêtant est un acte individuel définitif sur lequel la partie adverse ne pouvait pas revenir; qu'ils exposent ensuite que le retrait de la décision du 18 octobre 1996 ne pouvait pas être opéré à l'égard de tous les candidats, mais ne pouvait intervenir que dans les limites de l'intérêt de celui qui en avait demandé l'annulation, c'est-à-dire un intérêt très limité, sinon inexistant; qu'ils font encore valoir que la partie adverse connaissait depuis longtemps l'illégalité qu'elle invoque à l'appui de la décision de retrait et que, ayant omis de modifier la composition du jury en temps opportun, elle "ne peut donc pas par après retirer des actes en se fondant sur cette composition (prétendument) illicite"; qu'ils estiment que, de même, l'adjudant THOMAS ne pouvait pas invoquer à l'appui de son recours une illégalité qu'il connaissait lorsqu'il a participé aux épreuves; qu'ils expliquent enfin que "dès lors que les relations juridiques entre les lauréats et les candidats sont incontestées et définitives, le jury ne saurait revenir sur ces droits acquis" et que "L'acte de retrait dépasse manifestement ce qui est nécessaire pour donner satisfaction à l'adjudant THOMAS";

Considérant que, dans le mémoire en réplique, les requérants font état de la correspondance échangée entre le président du jury et l'état-major à propos de la composition du jury; qu'ils soutiennent que, parmi les candidats non classés en ordre utile, il y a deux catégories, à savoir l'adjudant THOMAS qui a introduit un recours au Conseil d'Etat, et les autres; qu'ils considèrent qu'il est insensé de prétendre que la méconnaissance de la législation linguistique était à ce point évidente qu'elle pouvait être invoquée à tout instant; que, selon eux, l'action de l'adjudant THOMAS ne pouvait pas bénéficier aux candidats "passifs";

Considérant que le dernier mémoire répète ce qui a été dit dans les développements du premier moyen à propos du classement en ordre utile de Maurice TASSIN et de l'obligation de motiver spécialement le retrait de tous les résultats;

Considérant que l'argumentation développée à propos du deuxième moyen reproduit largement la thèse soutenue dans le premier moyen et que les motifs du rejet de ce premier moyen s'appliquent au deuxième; que la circonstance que la composition du jury était connue avant les épreuves et n'a pas suscité de recours est dépourvue de pertinence; qu'en effet, la décision arrêtant la composition du jury est un élément d'une opération complexe et que les vices dont elle était entachée pouvaient être invoqués à l'encontre de la décision finale; qu'en admettant même que la partie adverse a contribué à créer la situation illicite dénoncée par l'acte attaqué, cette constatation ne pouvait pas avoir pour conséquence l'obligation de maintenir une situation contraire à une législation d'ordre public; qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'opérer entre les candidats la distinction préconisée par les requérants; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches;

Considérant qu'un troisième moyen est libellé en ces termes :

" Méconnaissance de la règle *pater legem quam ipse fecisti* et de l'art. 2 de l'A.R. fixant en application de la loi concernant l'usage des langues à l'armée la composition des jurys d'examen organisés au sein des Forces armées (1^{ère} branche)

Application de l'art. 159 de la Constitution (exception d'inexécution à l'égard des actes réglementaires) et méconnaissance de l'art. 7 de l'A.R. du 20 octobre 1964 instituant une commission consultative du personnel militaire (CCPM - CAMP) (2^{ème} branche)

Méconnaissance des art. 30 et 182 de la Constitution, pris séparément et combinés avec les art. 10 et 11 de la Constitution (3^{ème} branche)";

qu'après un exposé des textes applicables, des brevets linguistiques dont les membres du jury étaient titulaires et de la première partie de la motivation de l'acte attaqué, les requérants développent la première branche du moyen en expliquant que, puisqu'il n'était pas possible de constituer un jury répondant au prescrit de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 31 juillet 1969, il y avait lieu d'appliquer l'article 2 du même arrêté royal qui, selon les requérants, "constitue le fondement légal pour asseoir la compétence du jury"; que les requérants exposent, dans la deuxième branche, que l'avis de la commission consultative du personnel militaire était requis préalablement à l'adoption de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 et qu'il résulte du préambule dudit arrêté royal que l'avis de cette commission n'a pas été sollicité; qu'ils en déduisent que l'application de cet acte réglementaire doit être écartée en vertu de l'article 159 de la Constitution; qu'ils soutiennent, dans la troisième branche que l'emploi des langues est une matière essentielle et qu'en habilitant le Roi à fixer le nombre de membres du jury qui doivent justifier de la connaissance approfondie de la seconde langue, l'article 31 de la loi du 30 juillet 1938 a privé les militaires d'une garantie essentielle, ce qui conduit à la violation des articles 30 et 182 de la Constitution et à une discrimination à soulever d'office; qu'ils invitent le Conseil d'Etat à poser à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle suivante :

"L'art. 31 de la loi du 30 juillet 1938 concernant l'usage des langues à l'armée, modifiée par la loi du 13 novembre 1974, méconnaît-il les art. 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les art. 30 et 182 de la Constitution ?";

Considérant qu'en réplique, les requérants exposent, à propos de la première branche du moyen, que le dossier administratif ne contient pas les pièces démontrant que le président du jury aurait sollicité un remplacement en prévision d'éventuelles contestations et qu'il était impossible de constituer le jury autrement; qu'ils affirment, à propos de la deuxième branche, avoir intérêt à exciper de l'illégalité de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 parce que, si celui-ci n'était pas appliqué, il y aurait lieu de constater que la composition du jury ne pourrait plus être critiquée, tous ses membres ayant une connaissance - fût-ce à un degré moindre que la connaissance approfondie - des deux langues nationales; qu'il n'existe, selon eux, aucun principe général imposant que tous les membres du jury aient une connaissance approfondie des deux langues nationales; qu'ils font état du même intérêt à propos de la troisième branche, et justifient l'utilité d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage en faisant valoir qu' "il n'est pas établi que l'option, retenue par le Roi dans les art. 1^{er} et 2 de l'A.R. du 31 juillet 1969, sera retenue par le législateur lui-même" et que "Celui-ci exigera probablement qu'au moins un officier possède la connaissance approfondie des deux langues nationales, les autres officiers devant posséder un autre niveau de connaissance";

Considérant que, dans le dernier mémoire, les requérants regrettent que la correspondance du président du jury avec l'état-major général ne soit pas versée au dossier administratif; qu'ils font état du rapport dans l'affaire G/A.74.520/IX-96 qui conclut à la nécessité de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage;

Considérant, quant à la première branche, que l'article 2 de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 fixant en application de la loi concernant l'usage des langues à l'armée, la composition des jurys d'examen organisés au sein des forces armées dispose que "En cas d'impossibilité de constituer un jury d'examen en respectant la règle prescrite par l'article premier, le nombre d'officiers, membres du jury, qui remplissent la condition prévue à cet article peut être réduit sans toutefois être inférieur aux trois quarts, arrondis au nombre entier inférieur, du total des officiers qui font partie de ce jury"; qu'à supposer que cette disposition ait été d'application, la règle qu'elle énonce ne serait pas susceptible de rendre en l'espèce la composition du jury régulière, puisqu'un seul de ses trois membres justifiait de la connaissance approfondie des deux langues; que la première branche du moyen n'est pas fondée;

Considérant, quant à la deuxième branche, que l'arrêt n° 77.263 du 27 novembre 1998 a constaté l'inconstitutionnalité de l'arrêté royal du 20 octobre 1964 organique de la commission consultative du personnel militaire; que l'absence de consultation de cette commission n'est donc pas susceptible d'affecter la légalité de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 précité; que la deuxième branche du moyen n'est pas fondée;

Considérant, quant à la troisième branche du moyen, que l'arrêt VANDER SNICKT et consorts, n° 120.621 du 16 juin 2003 (affaire G/A.74.520/IX-96) a rejeté en ces termes une branche formulée de manière identique à propos du même acte : (traduction libre)

" 3.4.4. Considérant que le Conseil d'Etat ne peut pas constater de son propre chef qu'une disposition législative viole la Constitution; qu'il peut seulement, après une réponse affirmative de la Cour d'arbitrage à une question préjudicielle qui lui est posée à ce propos, constater que cette disposition est inconstitutionnelle et que les dispositions réglementaires qui y trouvent leur fondement ne peuvent pas être appliquées; qu'en l'espèce, cela peut être le cas de l'arrêté royal du 31 juillet 1969;

3.4.5. Considérant que si la Cour d'arbitrage répond positivement à la question de savoir si l'article 31, § 2, de la loi du 30 juillet 1938 viole le principe constitutionnel d'égalité, le Conseil d'Etat devra décider que l'arrêté royal du 31 juillet 1969 n'a pas de fondement légal valable; que la partie adverse ne pouvait pas l'appliquer et qu'elle ne pouvait pas s'appuyer sur cet arrêté royal pour retirer sa décision du 18 octobre 1996;

3.4.6. Considérant cependant que même dans cette hypothèse, il reste que l'article 31, § 1^{er}, de la même loi - disposition qui n'est pas comprise dans la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage - impose aux examinateurs qui opèrent dans les forces armées d'avoir la connaissance approfondie de la langue dans laquelle les récipiendaires doivent être interrogés - en l'espèce donc le néerlandais et le français - et que l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 - disposition sur laquelle la commission d'examen s'est fondée pour retirer sa décision du 18 octobre 1996 - n'est que la reformulation de cette disposition législative";

Considérant que les requérants ne contestent pas que la commission d'examen [qui a pris la décision] du 18 octobre 1996 devait interroger les candidats néerlandophones et francophones, alors que seul un des trois membres de la commission - le président, médecin major GOOSSENS - avait la connaissance approfondie du néerlandais et du français; qu'il s'ensuit que la constatation que l'article 31, § 2, de la loi du 30 juillet 1938 méconnaît la Constitution et que l'arrêté royal du 31 juillet 1969 ne pourrait pas s'appliquer, n'empêcherait pas que la commission d'examen ne répondait toujours pas le 18 octobre 1996 à l'obligation imposée par l'article 31, § 1^{er}, de la même loi; que la non-application de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 ne change rien non plus à l'obligation que le législateur lui-même a imposée à l'administration; que, dans ce sens, l'admission du bien-fondé de la troisième branche

du moyen ne signifie pas pour autant que la commission d'examen qui a interrogé les requérants le 18 octobre 1996 était valablement composée; que de ce point de vue, les requérants n'ont pas d'intérêt au moyen et qu'il n'y a pas de raison de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage";

Considérant qu'il n'existe pas de motif de s'écarter de ce qui a ainsi été jugé; que la troisième branche du moyen est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 1.735,30 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le quatre décembre deux mille trois par :

M ^{me}	DAURMONT,	conseiller d'Etat, président f.f.,
M ^{me}	GEHLEN,	conseiller d'Etat,
M ^{me}	DEBROUX,	conseiller d'Etat,
M ^{me}	SCHMITZ,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

O. DAURMONT.