

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 163.597 du 13 octobre 2006

A. 135.208/XI-16.259

En cause :

THUNUS Marc,

ayant élu domicile chez
Me J.-P. LAGASSE, avocat,
place de Jamblinne de Meux 41
1030 Bruxelles,

contre :

1. **Le SELOR,**
ayant élu domicile chez
Mes M. UYTENDAELE & A. FEYT,
avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles
2. **L'Etat belge,** représenté par
le ministre des Affaires étrangères.
ayant élu domicile chez
Me V. DE WOLF, avocat,
avenue de la Toison d'Or 68/9
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 avril 2003 par Marc THUNUS, qui demande l'annulation de :

1. la décision prise par le SELOR de le classer dans le groupe C pour la procédure de recrutement pour l'emploi de directeur général "Affaires juridiques" pour le Service public fédéral "Affaires étrangères, commerce extérieur et coopération internationale", qui lui a été communiquée par une lettre du 11 octobre 2002;
2. l'arrêté royal du 20 décembre 2002 désignant Jan DEVADDER comme titulaire d'une fonction de management N.1 de "Directeur général Affaires juridiques", qui a fait l'objet d'une publication par extrait au Moniteur belge du 12 février 2003;

Vu l'arrêt n° 135.395 du 24 septembre 2004 rejetant la demande de suspension;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de Mme BEECKMAN de CRAYLOO, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 18 avril 2006 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

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

Vu l'ordonnance du 17 juillet 2006, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 14 septembre 2006;

Entendu, en son rapport, Mme DEBROUX, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me VANDEGEHUCHTE, loco Me J. P. LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me JASPAR, loco Me M. UYTENDAELE, avocat, comparaissant pour la première partie adverse et Me PENNINCK, loco Me V. DE WOLF, avocat, comparaissant pour la seconde partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, Mme BEECKMAN de CRAYLOO, premier auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause se présentent comme suit :

1. Un avis au Moniteur belge du 7 juin 2002 a publié un appel aux candidatures pour l'emploi de Directeur général "Affaires juridiques" du S.P.F. "Affaires étrangères, commerce extérieur et coopération au développement".

Le requérant a posé sa candidature le 20 juin 2002.

La sélection des candidats a été organisée en application de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux, tel qu'il était en vigueur avant sa modification par l'arrêté royal du 15 juin 2004.

Cet arrêté royal disposait notamment que la sélection comparative des candidats était organisée par rôle linguistique, qu'au terme des épreuves de cette sélection comparative, les candidats étaient inscrits, par rôle linguistique, en groupe A (très aptes), B (aptés), C (moins aptes) ou D (pas aptes), que seuls les candidats des groupes A et B de chaque rôle linguistique étaient classés, que seuls les candidats du groupe A, et après épuisement de ce groupe, les candidats du groupe B, subissaient un entretien complémentaire ayant pour objectif de comparer les candidats néerlandophones et francophones, et que la désignation pour une période de six ans des candidats choisis avait lieu au terme de cette dernière étape.

2. Après l'épreuve d'assessment center du 28 juin 2002, Jan DEVADDER a été déclaré apte à la fonction à exercer. Le 5 juillet 2002, il a présenté l'épreuve orale destinée à évaluer la concordance du profil du candidat avec les exigences spécifiques de la fonction.

Le rapport d'évaluation du 5 juillet 2002 de la commission de sélection néerlandophone, composée des professeurs M. BOSSUYT, M. COGEN, de G. VAN LAETHEM, directeur général de la politique sociale et des relations sociales à la banque FORTIS, M. VAN RYSELBERGHE, chef du personnel extérieur et P. BASTIAENS, conseiller de sélection SELOR, en présence de l'expert-évaluateur W. SMET, a procédé à l'évaluation suivante : un candidat classé dans le groupe A, étant Jan DEVADDER.

3. Par une télécopie du 11 juillet 2002, le requérant a signalé avoir appris incidemment que la procédure de sélection pour la fonction litigieuse était déjà très avancée alors que lui-même n'avait reçu aucune convocation.

Par deux lettres du 12 juillet 2002, il a été convoqué respectivement à l'épreuve d'assessment organisée le 22 juillet 2002 et à l'épreuve orale destinée à évaluer la concordance du profil du candidat avec les exigences spécifiques de la fonction organisée le 25 juillet 2002.

Il a été déclaré apte au terme de l'épreuve d'assessment et "pas apte" pour l'épreuve orale.

4. Le rapport d'évaluation du 12 juillet 2002 de la commission de sélection francophone, composée des professeurs M. BOSSUYT, E. DAVID, C. ROOSENS, de R. FOUCART, directeur général au Secrétariat général du S.P.F. Affaires étrangères, et C. BENHARROSH, conseillère de sélection SELOR, en présence de l'expert-évaluateur M. HORION, a procédé à l'évaluation suivante : aucun candidat classé dans le groupe A ni dans le groupe B, une candidate classée dans le groupe C et un candidat, dans le groupe D.

Après s'être réunie le 25 juillet 2002, la commission de sélection francophone a décidé d'ajouter le requérant dans le groupe C. L'addendum au rapport de la commission de sélection est signé par les professeurs E. DAVID, C. ROOSENS, par R. FOUCART, C. BENHARROSH et M. HORION.

Par un courrier du 11 octobre 2002, le SELOR a communiqué au requérant qu'il avait obtenu la mention "apte" pour l'assessment et "pas apte" pour l'interview, ce qui a conduit à la mention finale "moins apte", après délibération de la commission de sélection et des experts-évaluateurs de l'assessment, en sorte que sa candidature ne pouvait être prise en considération.

Il s'agit du premier acte attaqué.

5. Le 21 octobre 2002, il a été proposé au ministre des Affaires étrangères de retenir la candidature de Jan DEVADDER, seul candidat classé dans le groupe A, pour la fonction en cause.

Un arrêté royal du 20 décembre 2002 a désigné Jan DEVADDER comme titulaire d'une fonction de management N.1 de "Directeur général Affaires juridiques" du S.P.F. "Affaires étrangères, commerce extérieur et coopération internationale". Cet arrêté royal, qui a fait l'objet d'une publication par extrait au Moniteur belge du 12 février 2003, constitue le second acte attaqué;

Considérant que la seconde partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité en tant que le recours est dirigé contre le premier acte; qu'elle fait valoir, en substance, que la décision de classer le requérant dans le groupe C est, à son égard, un acte de clôture de la procédure, qu'elle est donc un acte "interlocutoire" susceptible

de recours, et que le recours introduit le 9 avril 2003 contre cet acte qui a été notifié le 11 octobre 2002 est tardif et partant, irrecevable;

Considérant que la seconde partie adverse déduit de ce qui précède que le premier acte attaqué étant devenu définitif, le requérant n'est plus recevable à poursuivre l'annulation du second acte attaqué, à défaut d'établir l'existence d'un intérêt actuel; qu'elle fait valoir qu'à supposer que le recours soit considéré comme fondé en ce qui concerne le second acte attaqué, cela ne pourra jamais permettre au requérant d'être en lice pour la fonction convoitée, dès lors que son classement dans le groupe C l'a définitivement écarté de la procédure de sélection;

Considérant que le requérant réplique que le 11 octobre 2002 ne constitue pas la date à laquelle le courrier lui a été notifié mais tout au plus la date d'envoi, encore qu'il n'est pas établi que le courrier litigieux ait été envoyé le jour même, qu'en tout état de cause, ledit courrier ne fait pas mention de l'existence de voies de recours, en sorte que le délai de recours n'a pas commencé à courir, et que, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, il lui était loisible de faire valoir ses griefs contre le premier acte à l'occasion de son recours contre l'acte final; qu'il relève incidemment que la première partie adverse, auteur de la première décision attaquée, ne prétend pas que son recours serait tardif en tant qu'il est dirigé contre sa décision;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la seconde partie adverse affirme en substance que le SELOR adresse de manière constante ses courriers sur un papier indiquant les voies de recours au verso, de manière pré-imprimée, qu'à supposer que cela n'ait pas été le cas en l'espèce, les pièces jointes à la requête établissent que le requérant, particulièrement expérimenté en matière de recours au Conseil d'Etat, a eu dûment connaissance de la décision litigieuse au plus tard le 15 novembre 2002, et que celui-ci ne peut abuser d'une prétendue inexpérience pour tenter d'allonger le délai qui lui est légalement imparti pour introduire le recours en annulation;

Considérant qu'en son dernier mémoire, la première partie adverse soutient les thèses défendues par la seconde partie adverse et, rappelant la jurisprudence constante du Conseil d'Etat selon laquelle un requérant ne peut, par voie incidente, solliciter qu'une décision individuelle lui faisant grief soit écartée en application de l'article 159 de la Constitution, souligne que "parce qu'il n'a pas agi dans le délai requis à l'encontre du premier acte attaqué, le requérant n'a pas d'intérêt à l'annulation du second et qu'il ne peut retrouver cet intérêt en incluant dans le débat sur la légalité du second acte attaqué des critiques relatives au premier puisqu'il est devenu définitif et non susceptible de recours", ayant été régulièrement notifié avec indication des voies de

recours; qu'elle considère qu'en décider autrement revient à remettre en cause la jurisprudence précitée et à porter gravement atteinte à la sécurité juridique;

Considérant qu'en ses arrêts n°s 152.173 et 152.174 du 2 décembre 2005, l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'Etat s'est prononcée, dans une autre matière, sur des questions similaires à celles ainsi posées par les parties adverses; qu'elle a considéré ce qui suit:

« [...]

Considérant qu'un candidat à la sélection permettant de participer à une procédure restreinte d'attribution d'un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de ne pas le sélectionner parce que cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce candidat comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; qu'en effet, cette décision le prive de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et lui fait dès lors directement grief;

Considérant que la faculté pour un candidat d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision de non sélection de sa candidature n'empêche pas que les irrégularités que ce candidat reproche à cette décision puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure restreinte de passation; qu'à l'appui de son recours contre de telles décisions, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de non sélection de sa candidature, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle cette décision;

[...]»;

et :

« [...]

Considérant qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief; [...]

Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des

charges, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges;

[...]»;

Considérant que conformément à cette jurisprudence de l'assemblée générale de la section d'administration, et en vue d'éviter des divergences de jurisprudence nuisibles à la sécurité juridique, force est de constater qu'il est sans intérêt, en l'espèce, de s'interroger sur le caractère éventuellement tardif du recours en ce qui concerne son premier objet, dès lors que le requérant, n'eût-il même pas attaqué en tant que telle la décision prise par le SELOR de le classer dans le groupe C pour la procédure de recrutement, est recevable à invoquer l'illégalité de la "décision préalable" à l'appui de son recours contre la décision ultérieure désignant un autre candidat à la fonction de management convoitée; que l'exception d'irrecevabilité est dès lors rejetée;

Considérant qu'à l'audience, la seconde partie adverse dépose une copie d'un arrêté royal du 5 août 2006 désignant Jan DEVADDER à la fonction de représentant permanent de la Belgique auprès du Conseil de l'Europe à Strasbourg et le désignant également à la fonction de Consul-général de Belgique à Strasbourg dans le ressort des départements du Doubs, du Jura, de la Haute -Marne, de Meurthe-et-Moselle, de la Meuse, de la Moselle, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin, de la Haute-Saône, des Vosges et du territoire de Belfort; qu'elle en conclut que Jan DEVADDER n'exercera donc plus la fonction de "Directeur général Affaires juridiques" pour le Service public fédéral "Affaires étrangères, commerce extérieur et coopération internationale" et que le recours serait devenu sans objet ou qu'à tout le moins, le requérant n'a plus d'intérêt à attaquer la désignation de Jan DEVADDER comme titulaire de la fonction de management précitée;

Considérant que l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 5 août 2006 précité désigne "De heer Jan DEVADDER, Directeur-generaal" aux fonctions visées, et précise que c'est "durant le temps de sa mission" qu'il est autorisé à porter le titre d'Ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire; qu'aux termes de l'article 2 du même arrêté royal, il bénéficiera, dans cette circonstance, du traitement "lié à son grade" outre une indemnité de poste déterminée par le ministre des Affaires étrangères; que la seconde partie adverse reste en défaut d'établir que ledit arrêté royal aurait notamment pour objet de mettre fin anticipativement à la fonction dont Jan DEVADDER a été désigné comme titulaire par l'arrêté royal du 20 décembre 2002 attaqué; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que le requérant invoque un moyen, le deuxième de la requête, pris de l'excès de pouvoir, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, et du principe général de droit d'égal accès aux emplois publics; que la seconde branche du moyen fait valoir qu'il résulte des articles 5, § 1^{er}, et 8, § 2, de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux - tel qu'il était en vigueur au moment de la procédure de sélection litigieuse -, que la sélection comparative est organisée par rôle linguistique, alors que l'ensemble des candidatures à une fonction doit être apprécié par un jury dont la stabilité de la composition est un élément essentiel, que l'unité dans l'appréciation est essentielle pour prévenir toute discrimination et que cette exigence suppose que tous les candidats soient interrogés par un même jury; qu'il en conclut qu'en soumettant les candidats à une fonction de management à des procédures de sélection distinctes et à des jurys dont la composition est différente, l'arrêté royal du 29 octobre 2001 précité viole les principes visés au moyen, que cette illégalité a pour conséquence d'invalidier la procédure de sélection qui a abouti à son classement dans le groupe C, et que les vices relevés à propos du déroulement de la procédure de sélection entachent la légalité de l'arrêté royal de nomination attaqué;

Considérant qu'en son mémoire en réponse, la seconde partie adverse fait valoir que l'article 8, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 précité organise une concertation entre les présidents de la commission de sélection francophone et de la commission de sélection néerlandophone, afin d'avoir une approche équivalente, et souligne, citant le rapport au Roi précédant l'arrêté royal, qu'ainsi, "les deux commissions de sélection s'appuient sur la même description de fonction, le même profil de compétences et le même cadre de compétence qui en découle", de sorte que le système mis en place ne pourrait être discriminatoire de manière déraisonnable ou disproportionnée; qu'elle soutient encore que le professeur BOSSUYT, juge à la Cour d'arbitrage, était présent au sein des deux commissions de sélection, ce qui permet de considérer qu'il n'y a eu aucune nuance préjudiciable dans les critères d'évaluation et aucune différence d'appréciation lors de l'évaluation elle-même; qu'au surplus, elle rappelle les identité et qualité des membres respectifs des commissions de sélection qui, selon la partie adverse, "affichent des qualités et compétences comparables", en sorte que "la crainte d'un prétendu traitement discriminatoire dépourvu de raison objective et raisonnable, n'est pas sérieuse", et soutient que le requérant ne démontre pas en quoi cette différence lui aurait été préjudiciable; qu'enfin, elle constate que, sans l'invoquer, le requérant paraît fonder sa critique sur l'article 159 de la Constitution et le principe général de la hiérarchie des normes alors que, pour être pertinente, une telle critique doit concrètement établir qu'une norme supérieure à l'arrêté royal mis en cause aurait été

violée, ce que le requérant reste en défaut de faire; que, sur ce point, dans le dernier mémoire, elle “s’interroge [...] quant à la possibilité de retenir, à ce stade de la procédure, un moyen tiré de la référence à l’article 159 de la Constitution”, alors que l’inapplicabilité du règlement mis en cause n’a pas été réclamée dès le dépôt de la requête;

Considérant que l’arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l’exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux, tel qu’il était en vigueur avant sa modification par l’arrêté royal du 15 juin 2004, instaure une sélection comparative séparée selon qu’il s’agit de candidats néerlandophones ou de candidats francophones; qu’il prévoit que, par rôle linguistique, après l’étape d’admissibilité de leur candidature, un “assessment” destiné à évaluer les aptitudes à diriger requises pour exercer une fonction de management, et après une épreuve orale destinée à évaluer les compétences spécifiques à la fonction, les candidats sont répartis en groupe A, B, C ou D; que seuls les candidats des groupes A et B font l’objet d’un classement par rôle linguistique, et que seuls les candidats du groupe A et, après épuisement de celui-ci, les candidats du groupe B sont susceptibles de subir un entretien complémentaire ayant “pour objectif de comparer les candidats néerlandophones et francophones en ce qui concerne leurs compétences, aptitudes relationnelles et de management fixées dans la description de fonction et dans le profil de compétence afférents à la fonction de management à conférer préétablis” (article 9, § 2, alinéa 2);

Considérant qu’en dehors de l’hypothèse, non applicable en l’espèce, où des dispositions impératives de la législation linguistique réservent la désignation à un candidat francophone ou à un candidat néerlandophone, celle-ci doit revenir au candidat le plus apte; qu’en ce cas, un système de sélection parallèle des candidats francophones, d’une part, et des candidats néerlandophones, d’autre part, ne permet pas à l’autorité investie du pouvoir de nomination de mettre en balance les aptitudes de tous les candidats d’une manière tout à fait objective et égale; que la composition différente des deux commissions de sélection comporte inévitablement la possibilité de nuances dans les critères d’évaluation et de différences d’appréciation dans l’évaluation elle-même, tandis que le fait qu’un classement des candidats n’est prévu qu’à l’intérieur de chaque groupe linguistique complique toute comparaison entre candidats de groupes linguistiques différents; que la circonstance que les présidents des commissions de sélection sont désignés par SELOR, première partie adverse, et se concertent, que les deux commissions de sélection se fondent sur les mêmes descriptions de fonctions, le même profil de compétences et le même cadre de compétence qui en découle, ou encore qu’un des experts est membre des deux commissions de sélection, n’empêche pas que

seuls les candidats francophones et néerlandophones considérés les plus aptes après deux procédures de sélection distinctes, sont susceptibles d'être comparés au terme de l'entretien complémentaire visé à l'article 9, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 précité; que le choix pour l'acte final de désignation à la fonction de management en cause se limite donc toujours aux candidats qui, au préalable, ont été classés en ordre utile par les commissions de sélection; que si certaines balises ont certes été prévues pour garantir l'approche la plus similaire possible de chaque candidature, il reste que l'appréciation des compétences comporte nécessairement une certaine part de subjectivité, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'évaluer des compétences de management ou de direction, à propos desquelles la commission de sélection dispose d'un large pouvoir d'appréciation, en sorte qu'une certaine subjectivité dans l'appréciation ne peut être exclue; qu'en conséquence, l'égalité ne peut être garantie que si tous les candidats sont évalués par le même jury, soit, en l'espèce, par la même commission de sélection dès le début de la procédure;

Considérant que l'article 159 de la Constitution s'impose à toute juridiction et donc au Conseil d'Etat, sans que le requérant doive expressément le viser à l'appui des moyens invoqués; que l'application de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux, tel qu'il était en vigueur avant sa modification par l'arrêté royal du 15 juin 2004, qui constitue le fondement des actes attaqués, doit être écartée, en ce qu'il prévoit l'organisation de la sélection comparative des candidats par rôle linguistique et en tire des conséquences pour les étapes ultérieures de la procédure de sélection; qu'en conséquence, le deuxième moyen, seconde branche, est fondé;

Considérant qu'il est sans intérêt d'examiner les autres moyens de la requête, ceux-ci ne pouvant conduire à une annulation plus étendue,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Sont annulées :

1. la décision prise par le SELOR de classer Marc THUNUS dans le groupe C pour la procédure de recrutement pour l'emploi de directeur général "Affaires juridiques" pour le Service public fédéral "Affaires étrangères, commerce extérieur et coopération internationale", qui lui a été communiquée par une lettre du 11 octobre 2002;

2. l'arrêté royal du 20 décembre 2002 désignant Jan DEVADDER comme titulaire d'une fonction de management N.1 de "Directeur général Affaires juridiques", qui a fait l'objet d'une publication par extrait au Moniteur belge du 12 février 2003;

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à charge de l'Etat belge.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le treize octobre deux mille six par :

M. MESSINNE,	président de chambre,
M. VANHAVERBEEK,	conseiller d'Etat,
Mme DEBROUX,	conseiller d'Etat,
M. GAYIBOR,	greffier assumé.

Le Greffier ass.,

Le Président,

K. T. GAYIBOR.

J. MESSINNE.