

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 163.598 du 13 octobre 2006

A. 135.331/XI-16.261

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
Me M. UYTTENDAELE, avocat,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles
2. **L'Etat belge,** représenté par
le ministre des Affaires étrangères.
ayant élu domicile chez
Mes V. DE WOLF & Ph. SIMONART,
avocats,
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 "Coopération internationale au développement" 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 Martine VAN DOOREN comme titulaire d'une fonction de management N.1 de Directeur général "Coopération internationale au développement", qui a fait l'objet d'une publication par extrait au Moniteur belge du 12 février 2003;

Vu l'arrêt n° 140.703 du 15 février 2005 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, comparaisant pour la partie requérante, Me JASPAR, avocat, comparaisant pour la première partie adverse et Me PENNINCK, avocat, comparaisant 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 "Coopération internationale au développement" 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 3 septembre 2002, Martine VAN DOOREN a été déclarée apte à la fonction à exercer. Le 25 septembre 2002, elle a présenté l'épreuve orale destinée à évaluer la concordance du profil du candidat avec les exigences spécifiques de la fonction.

Le requérant a été convoqué respectivement à l'épreuve d'assessment organisée le 23 septembre 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 septembre 2002.

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

3. Le rapport d'évaluation des 25 et 26 septembre 2002 de la commission de sélection francophone, composée de C. FUNES-NOPPEN, commissaire spécial à la Coopération internationale - D.G.C.I., J. MUTTON, directeur des affaires africaines du S.P.F. Affaires étrangères, L. D'HAESE, professeur aux universités de Gand et d'Anvers, G. STANGERLIN, assistant et chercheur à l'Université de Liège et C. BENHARROSH, directrice Recrutement & Sélection SELOR, en présence de l'expert-évaluateur M. GENDARME, a procédé à l'évaluation suivante : deux candidats classés ex aequo dans le groupe A, dont Martine VAN DOOREN, une

candidate classée dans le groupe B, quatre candidats, dont le requérant, classés dans le groupe C, et un candidat classé dans le groupe D.

Le rapport d'évaluation des 24 et 25 septembre 2002 de la commission de sélection néerlandophone, composée de M. VAN RYSELBERGHE, chef du personnel extérieur du S.P.F. Affaires étrangères, J. MUTTON, directeur des affaires africaines au S.P.F. Affaires étrangères, L. D'HAESE, professeur à l'université de Gand, P. ROBRECHT, professeur à l'université d'Anvers et P. BASTIAENS, conseiller de sélection - coordinateur de clients SELOR, en l'absence de l'expert-évaluateur W. SMET, a procédé à l'évaluation suivante : un candidat classé dans le groupe A, un dans le groupe B, trois candidats classés dans le groupe C et trois dans le groupe D.

4. Par un courrier du 11 octobre 2002, le SELOR a communiqué au requérant qu'il avait obtenu la mention "apte" pour l'assessment et "moins 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. Un rapport des entretiens du président du Comité de direction avec les trois candidats classés dans les groupes A, concluant à la présentation de Martine VAN DOOREN pour la fonction en cause, a été adressé au ministre des Affaires étrangères.

Un arrêté royal du 20 décembre 2002 a désigné Martine VAN DOOREN comme titulaire d'une fonction de management N.1 de Directrice générale de la Direction générale "Coopération au développement" du S.P.F. "Affaires étrangères, commerce extérieur et coopération au développement". 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 les parties adverses soulèvent une exception d'irrecevabilité en tant que le recours est dirigé contre le premier acte; qu'elles font 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 11 avril 2003 contre cet acte qui a été notifié le 11 octobre 2002 est tardif et partant, irrecevable; que la première partie adverse fait état de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat qui dénie aux requérants la possibilité de

contester la légalité d'un acte interlocutoire, par voie incidente, lorsque le délai de recours est expiré;

Considérant que les parties adverses déduisent 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 font 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;

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 répète les thèses défendues dans les mémoires en réponse, qu'elle estime que la jurisprudence existant en matière "d'opérations complexes" n'est pas transposable à l'espèce dès lors que, dans le présent litige, le premier acte attaqué a été régulièrement notifié avec indication des voies de recours, et insiste sur le fait qu' "admettre, sous prétexte que la procédure est *complexe*, qu'une nomination peut être attaquée par une personne qui s'est vu notifier une décision la privant définitivement de toute chance de nomination et a été invitée à la contester dans les formes et délais requis, revient à nier le caractère définitif d'un acte interlocutoire et à priver les autorités compétentes pour nommer de la possibilité de sécuriser juridiquement un processus de nomination";

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 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, afin que la fonction à conférer revienne de manière certaine au candidat le plus apte; 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 que la première partie adverse fait valoir qu'en l'espèce, le requérant et Martine VAN DOOREN font partie du même rôle linguistique, qu'ils ont donc suivi la même filière de sélection, qu'ils ont été soumis à la même commission de sélection qui a décidé de classer respectivement Madame VAN DOOREN dans le groupe A et le requérant dans le groupe C, de sorte que le principe de l'unicité du jury a été respecté;

Considérant que 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 D'HAESE et le directeur MUTTON étaient présents 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 souligne que la composition des deux commissions de sélection permet d'établir que les membres "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 les 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; qu'elle y revient aussi sur le fait que le requérant relève du même rôle linguistique que la personne désignée à la fonction convoitée, que tous deux ont été traités de manière exactement similaire par une même commission de sélection, de sorte que la partie adverse s'interroge quant à l'intérêt au moyen et qu'en tout état de cause, le requérant ne peut manifestement pas faire valoir une violation des dispositions citées au moyen;

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 que deux experts sont membres 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;

Considérant que dès lors que l'irrégularité de la procédure de sélection comparative par rôle linguistique est établie, l'irrégularité de la composition de la commission de sélection francophone est également acquise; que, dans cette mesure, le moyen met en cause la compétence de l'auteur de l'acte et est d'ordre public; qu'en conséquence, le deuxième moyen, seconde branche, est recevable et 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 "Coopération internationale au développement" 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 Martine VAN DOOREN comme titulaire d'une fonction de management N.1 de Directeur général "Coopération internationale au développement", qui a fait l'objet d'une publication par extrait publié au Moniteur belge du 12 février 2003.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à charge des parties adverses, à concurrence de 175 chacune.

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.