CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 163.641 du 16 octobre 2006

A.173.205/VIII-5548

En cause : **CLAUDIC** Mireille,

ayant élu domicile chez
Me Pascal KESTEMAN, avocat,
avenue de l'Hôpital 3/32
7000 Mons,

contre :

l'Etat belge, représenté par le
Ministre des Finances.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIIIe CHAMBRE DES REFERES,

Vu la demande introduite le 22 mai 2006 par Mireille CLAUDIC tendant à la suspension de l'exécution de la décision prise le 20 mars 2006 par l'administrateur de l'administration des douanes et accises à Bruxelles, écartant la candidature de la requérante et conférant l'emploi de concierge à la cité administrative de Mons à Olivier MERTENS à partir du 15 septembre 2006;

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante qui demande l'annulation de la même décision;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

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

Vu l'ordonnance du 14 septembre 2006 fixant l'affaire à l'audience publique du 9 octobre 2006;

Vu la notification de l'ordonnance de fixation et du rapport aux parties;
Entendu, en son rapport, M^me^ GEHLEN, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me KESTEMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M. GROBLENY, inspecteur d'administration fiscale, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M^me^ BEECKMAN de CRAYLOO, 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 faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

1. Par une note du 20 août 2005 destinée aux agents des niveaux B, C et D, le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons annonce la vacance de l'emploi de concierge à la cité administrative de Mons à la date du 1^er^ avril 2006, en invitant les personnes désireuses d'occuper cette fonction à lui remettre leur candidature pour le 30 novembre 2005 au plus tard.

2. Le 20 septembre 2005, le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons demande aux directeurs des autres administrations fiscales dans la province de Hainaut d'annoncer la mise en compétition de l'emploi précité, n'ayant reçu aucune candidature parmi les agents de son personnel.

3. Le 9 novembre 2005, le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons transmet au directeur général du service organisation et gestion de l'administration centrale des douanes et accises les trois candidatures enregistrées à la suite de la mise en compétition effectuée par ses services :

1. CLAUDIC Mireille, assistant des finances à la deuxième cellule gestion T.V.A. à Charleroi;
2. GERIN Christian, gendarme pensionné le 1^er^ avril 2006;
3. D'AVIOLO Giuliana, vendeuse, n'ayant jamais appartenu au service public.

Le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons propose d'accepter la candidature de CLAUDIC Mireille, la seule qui puisse être prise en considération d'après le règlement d'ordre intérieur (C.D. 231.1).

4. Le 22 novembre 2005, le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons transmet au directeur général du service organisation et gestion de l'administration centrale des douanes et accises la candidature de MERTENS Olivier, et propose de modifier l'ordre de classement des candidatures comme suit :

1. CLAUDIC Mireille, assistant des finances à la deuxième cellule gestion T.V.A. à Charleroi;
2. MERTENS Olivier, collaborateur administratif au centre de documentation du précompte professionnel C.A.E. à Mons;
3. GERIN Christian, gendarme pensionné le 1er avril 2006;
4. D'AVIOLO Giuliana, vendeuse, n'ayant jamais appartenu au service public.

Le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons propose d'accepter la candidature de CLAUDIC Mireille, agent ayant la plus grande ancienneté.

5. Le 25 novembre 2005, le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons transmet au directeur général du service organisation et gestion de l'administration centrale des douanes et accises la candidature de Jean-Marie PICRON, candidat à sa propre succession à la conciergerie, en indiquant que cette candidature ne pourrait entrer en considération qu'en cas de désistement des deux premiers candidats et que ce candidat est veuf et vit seul, à la différence des troisième et quatrième candidats.

6. Le 8 décembre 2005, le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons adresse la note suivante au directeur général du service organisation et gestion de l'administration centrale des douanes et accises :

" (...) Je reviens à mes précédents rapports concernant cette affaire.

Renseignements pris auprès de mon collègue de la T.VA. dont dépend Mmc Claudic, celle-ci a introduit une demande de mutation pour Mons en même temps que sa candidature au poste de concierge.

Toujours d'après mon collègue, il n'y a pas de mutation prévue pour l'instant et de plus, l'intéressée n'est pas la première en ordre utile.

Néanmoins, l'administration centrale de la T.V.A. pourrait tenir compte que Mme Claudic relève du "cas social" et accélérer ladite procédure.

Tenant compte de ce qui précède, les "circonstances spéciales d'ordre humanitaire" reprises au paragraphe 1.9. de la circulaire 231.1. du 10 août 1976, pourraient militer en faveur de la désignation de Mme Claudic. (...)".

7. Le candidat Olivier MERTENS est invité à une audition par le directeur du service organisation et gestion de l'administration centrale des douanes et accises le 12 décembre 2005, afin de compléter son dossier.

8. Par une note du 16 décembre 2005, l'administrateur des douanes et accises à Bruxelles décide de désigner Olivier MERTENS, collaborateur administratif au centre de documentation du précompte professionnel à Mons CAE, comme concierge de l'immeuble sis chemin de l'inquiétude, 1, à Mons, à partir du 15 septembre 2006.

9. Par une lettre du 20 décembre 2005, le directeur régional de l'administration des douanes et accises à Mons informe la requérante que l'administrateur des douanes et accises à Bruxelles n'avait pu donner une suite favorable à sa candidature pour le poste de concierge précité.

10. A la suite du recours en suspension et en annulation introduit par la requérante contre la décision précitée du 16 décembre 2005, l'administrateur des douanes et accises décide le 3 mars 2006 de retirer cette décision.

11. Le 20 mars 2006, l'administrateur des douanes et accises prend la décision suivante :

" MONS - CAE - Chemin de l'Inquiétude - Concierge

L'emploi de concierge à la Cité administrative de Mons deviendra vacant à la date du 1er avril 2006.

Suite à l'appel aux candidats pour cet emploi lancé le 20 septembre 2005 par Mme le Directeur régional de l'Administration des Douanes et accises de Mons, cinq candidatures ont été introduites dans les délais requis :

1. Mme Mireille Claudic, agent de l'Etat à Charleroi, demeurant avenue Paul Pastur 370, 6032 Charleroi;
2. Mr Olivier Mertens, agent de l'Etat à Mons, demeurant avenue de la Grande Barre 155, 7033 Cuesmes;
3. Mr Jean-Marie Picron, agent de l'Etat et concierge de l'immeuble en question, dont le départ à la retraite est prévu le 31 mars 2006, demeurant Chemin de l'Inquiétude 1, 7000 Mons;
4. Mr Christian Gerin, policier prépensionné et admis à la retraite le 1er avril 2006, demeurant Green Park 77, 7000 Mons;
5. Mme Giuliana D'aviolo, vendeuse, demeurant Rue du Home 20, 7033 Cuesmes.

Les deux premiers candidats, seuls à avoir encore la qualité d'agent statutaire à la date du 1er avril 2006, sont classés conformément au point 1.6. de l'instruction du 10 août 1976 fixant le règlement d'ordre intérieur des concierges (ancienneté de service de Mme CLAUDIC : 02/90; ancienneté de service de M. MERTENS : 10/01).

Il ressort de l'instruction du 10 août 1976 (points 2.1. à 2.6.) que les concierges ont le devoir primordial d'assurer une permanence d'occupation dans l'immeuble dont ils ont la charge.

M. MERTENS ayant sa résidence administrative dans l'immeuble même où se trouve la conciergerie à attribuer et y exerçant une fonction sédentaire, il ne fait aucun doute que le service y serait assuré durant les heures de service (le point 2.1.4. de l'instruction prévoit que l'on peut considérer que le service est assuré quand le titulaire exerce une fonction sédentaire dans l'immeuble).

En revanche, Mme CLAUDIC ne peut assurer une présence permanente sur le site durant les heures de service puisqu'elle exerce ses fonctions à Charleroi. La circonstance que son époux soit actuellement au chômage n'est pas de nature à rassurer l'administration sur la condition de permanence : dès que ce dernier aura retrouvé un emploi, le service de concierge ne pourra plus être assuré durant les heures de service.

Il est vrai qu'elle a sollicité sa mutation pour Mons, mais - renseignements pris auprès de son administration - elle ne se classe pas en ordre utile pour l'obtenir dans un futur proche. A ce propos, l'instruction est claire : « 1.11. (...) On ne peut admettre, par exemple, qu'un candidat concierge obtienne sa mutation pour une résidence administrative déterminée avant son tour, de manière à satisfaire à la condition de permanence d'occupation dont question au chapitre II».

Dans sa candidature Mme CLAUDIC invoque sa « situation humanitaire », à savoir le fait qu'elle occupe depuis 4 ans un logement inconfortable et inapproprié (une seule chambre occupée par son fils, humidité dans les murs).

L'on relève toutefois que Mme CLAUDIC dispose d'un toit, d'un revenu et d'allocations familiales pour son enfant, auxquels il convient d'ajouter les allocations de chômage de son mari.

Si 1'appartement de fonction semble plus confortable et approprié que son logement actuel, les circonstances invoquées par Mme CLAUDIC ne sont pas de nature à justifier une dérogation à la condition de permanence, indispensable à la bonne exécution de la mission de concierge (point 1.3., 3eme tiret, de l'instruction).

Pour ces raisons, je décide de désigner M. Olivier MERTENS, collaborateur administratif au Centre de Documentation du précompte professionnel à Mons CAE, comme concierge de l'immeuble sis Chemin de l'inquiétude 1 à Mons, à partir du 15 septembre 2006.

L'instruction du 10 août 1976 fixant le règlement d'ordre intérieur des concierges prévoit, en son point 1.5., que la charge de concierge ne pourra être confiée à des personnes extérieures au Département que dans le cas exceptionnel où aucun candidat des services extérieurs ou des services centraux ne peut être proposé.

Etant donné qu'un agent statutaire des services extérieurs du Département peut être proposé, les candidatures de Mme D'AVOLIO et de MM. GERIN et PICRON (qui sera mis à la retraite pour limite d'âge le 31 mars 2006) ne peuvent être retenues."

La décision précitée, notifiée à la requérante par un envoi recommandé du 21 mars 2006, constitue l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont

invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que la requérante prend un moyen unique "de la violation de l'article 10, alinéas 2 et 3 de la Constitution coordonnée, des principes généraux de bonne administration, et notamment du principe général d'équitable procédure et du principe de proportionnalité, des dispositions de l'instruction du 10 août 1976 fixant le règlement d'ordre intérieur des concierges, et plus particulièrement de celles reprises sous les chiffres 1.5., 1.6., 1.8., 1.9., 1.12. et 2.1.1. à 2.1.4., du défaut de comparaison effective des titres et mérites des candidats, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'absence d'examen concret et raisonnable, ainsi que de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation adéquate de tout acte administratif de portée individuelle, de l'inexactitude ou de l'insuffisance des motifs de la décision attaquée, et de l'excès ou détournement de pouvoir"; que, dans une première branche, la requérante expose que l'acte entrepris déroge en faveur d'Olivier MERTENS au classement des candidats effectué conformément au point 1.6. de l'instruction du 10 août 1976 contenant règlement d'ordre intérieur des concierges, au motif que seul le candidat choisi assurerait la permanence sur le site, puisqu'il y exerce une fonction sédentaire alors que la requérante exerce sa fonction sur le site de Charleroi; qu'elle précise que la décision critiquée refuse de prendre en considération non seulement la demande de mutation de la requérante pour Mons, mais aussi les circonstances spéciales humanitaires qu'elle invoque, au motif que ces dernières ne permettent pas de déroger à la condition de permanence, indispensable à la bonne exécution de la mission de concierge; que, dans le développement de cette première branche, elle fait valoir que la décision critiquée comporte une contradiction interne dans la mesure où, dans un premier temps, elle accepte la candidature de la requérante et la classe en première position, pour ensuite l'écarter parce qu'elle n'est pas conforme à l'exigence de permanence du service; qu'elle souligne à ce propos que le poste était ouvert au personnel en poste dans les directions de l'administration qui ont leur siège à la même résidence, ce qui, en l'espèce, vise aussi bien le personnel en fonction à Mouscron, Tournai, La Louvière, Charleroi et Mons; qu'elle en déduit que l'on ne peut légitimement considérer que la permanence du service n'est assurée que par un membre du personnel en fonction à Mons; qu'elle soutient que c'est à tort que la partie adverse a refusé de tenir compte de la présence de son conjoint, chômeur et totalement disponible; qu'elle précise qu'elle n'a sollicité aucune priorité pour sa mutation à Mons; qu'elle fait encore valoir que c'est sans pertinence que la partie adverse fait état, pour refuser de prendre en considération les circonstances humanitaires invoquées, de ce qu'elle "dispose d'un toit, d'un revenu et d'allocations familiales pour son enfant, auxquels il convient d'ajouter les allocations de chômage de

son mari", puisqu'Olivier MERTENS bénéficie des mêmes circonstances, à ces différences près qu'elle-même ne bénéficie pas d'un logement décent et que l'épouse d'Olivier MERTENS bénéficie des revenus de sa charge d'enseignante; que dans la seconde branche du moyen, la requérante constate que seul Olivier MERTENS a été invité à se présenter auprès du directeur du service secrétariat et logistique de l'administration centrale des douanes et accises et qu'il a pu, à cette occasion, accomplir une formalité qui ne l'avait pas été lors de l'introduction de sa candidature; qu'elle y voit une violation du principe d'égalité, elle-même n'ayant pas eu l'occasion, comme son concurrent, d'appuyer sa candidature à l'occasion d'un entretien;

Considérant que la partie adverse répond que la requérante a été classée première, sans qu'il soit nécessaire d'utiliser la possibilité de dérogation prévue par le point 1.9. de l'instruction du 10 août 1976; qu'elle déclare avoir fait application du point 1.3. de cette instruction qui exige que les candidats concierges donnent de bonnes garanties quant à l'exécution de la mission à conférer et déduit de la description de la mission des concierges que ceux-ci ont le devoir primordial d'assurer une permanence d'occupation dans l'immeuble dont ils ont la charge; qu'elle estime, en se fondant sur l'arrêt du Conseil d'Etat n° 136.801 du 27 octobre 2004, qu'il n'y a aucune contradiction entre le classement des candidats et la constatation de ce que seul l'un d'entre eux peut assurer cette permanence; qu'elle explique que le conjoint de la requérante est chômeur, c'est-à-dire demandeur d'emploi, et que sa situation d'homme au foyer est donc temporaire et qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il ne pourra plus assurer le service pendant les heures de bureau lorsqu'il aura retrouvé un emploi; qu'elle affirme de même n'avoir commis aucune erreur manifeste d'appréciation en ne dérogeant pas à la condition de permanence; qu'à propos de la seconde branche du moyen, la partie adverse affirme que le fait qu'Olivier MERTENS a rencontré le directeur du service secrétariat et logistique de l'administration centrale des douanes et accises n'a eu aucune influence sur le rejet de la candidature de la requérante, ce rejet ayant pour seule cause l'impossibilité pour cette dernière de satisfaire à la condition de permanence; qu'elle expose que la requérante a eu la possibilité de compléter son dossier et de faire valoir ses arguments qui ont été examinés et auxquels il a été répondu dans l'acte critiqué; qu'elle ajoute que si seul un candidat masculin a été reçu par l'administration centrale, y voir une discrimination sexiste relève du procès d'intention;

Considérant que, pour donner la préférence à Olivier MERTENS au détriment de la requérante pourtant classée première, la partie adverse se fonde sur l'instruction du 10 août 1976 fixant le règlement d'ordre intérieur des concierges; que cette instruction est un arrêté ministériel qui ne se limite pas à établir des règles d'ordre

intérieur, mais qui a un caractère réglementaire dans la mesure où il fixe notamment des règles générales quant au recrutement des concierges; qu'en raison de ce caractère réglementaire, il eût dû, à première vue, être soumis en projet à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, ce qui n'a apparemment pas été le cas; que cette circonstance conduit à en écarter l'application au stade actuel de la procédure, en manière telle qu'à titre principal, la motivation et la défense fondées sur cette instruction sont dépourvues de pertinence;

Considérant en outre qu'à supposer l'instruction du 10 août 1976 applicable, celle-ci exige que les concierges puissent donner "de bonnes garanties quant à l'exécution de la mission à conférer"; que cette condition est rédigée en termes généraux et que, si l'exercice d'une autre fonction sédentaire dans l'immeuble constitue une manière de s'assurer de ces bonnes garanties, elle n'est pas érigée en exigence dans le chapitre consacré à la désignation des concierges, pas plus que dans celui qui décrit la mission et les devoirs des concierges; qu'en effet, l'exercice par le titulaire ou son conjoint d'une fonction sédentaire dans l'immeuble est cité "à titre d'exemple" par l'article 2.1.4.; qu'il s'ensuit que le service pourrait être assuré même si aucun des conjoints n'exerce une telle fonction; que rien n'indique que celui qui exerce une fonction sédentaire serait déchargé des obligations inhérentes à cette fonction et pourrait à tout moment obtenir des dispenses de service pour exercer celle de concierge; qu'il résulte du dossier déposé par la partie adverse que le précédent concierge était, à tout le moins au moment de son engagement en cette qualité en 1985, un agent itinérant du service des recherches de la TVA; qu'il ressort d'une note du 22 novembre 1985 qu'à l'époque, la partie adverse a considéré : "Pour ce qui est des événements pouvant se produire durant les heures d'ouverture des bureaux, ceux-ci relèvent de la compétence du fonctionnaire-économe du complexe ou en cas de son absence, de l'agent qu'il a désigné pour le remplacer. Il en résulte que ce sont ces derniers qui doivent prendre les mesures qui s'imposent pour remédier aux désagréments constatés"; que l'on n'aperçoit pas pourquoi le même raisonnement n'a pas été tenu pour la requérante dans l'hypothèse où son conjoint, actuellement chômeur et disponible pour l'assister dans la tâche de concierge, viendrait à trouver un emploi qui l'occuperait pendant les heures de bureaux; que la première branche du moyen est sérieuse;

Considérant qu'il est établi que le concurrent de la requérante a été reçu par le directeur du service secrétariat et logistique de l'administration centrale des douanes et accises et que cette possibilité n'a pas été donnée à la requérante; que, même si cette dernière a pu faire valoir ses arguments par écrit, elle a été privée de la possibilité de les défendre directement auprès dudit directeur, alors que cette possibilité a été donnée à son concurrent; que, sans y voir une "discrimination sexiste", il y a lieu de constater tout

simplement que deux candidats n'ont pas été traités de la même manière, sans qu'il y ait, à cette différence de traitement, une justification objective; que la deuxième branche du moyen est également sérieuse;

Considérant, quant au risque de préjudice grave difficilement réparable, que la requérante expose que c'est de manière irrégulière qu'elle a été écartée du poste de concierge; qu'elle fait valoir que l'acte critiqué a de graves répercussions sur sa situation, dans la mesure où, se trouvant dans une situation matérielle extrêmement difficile, notamment sur le plan du logement, elle perd l'opportunité, exceptionnelle pour son bien-être matériel et moral et celui de sa famille, d'occuper à titre gratuit un logement décent; qu'elle fait également valoir que son éviction risque de provoquer des rumeurs qui pourraient porter atteinte à sa réputation professionnelle;

Considérant que la partie adverse répond que, si l'acte critiqué prive bien la requérante d'une opportunité de bénéficier d'un logement gratuit, il n'est en rien à l'origine de la situation dans laquelle elle se trouve depuis quatre ans; que, selon elle, une suspension ne changerait rien à cette situation et que le préjudice résultant de la perte d'une opportunité d'obtenir un logement décent serait adéquatement réparé par un arrêt d'annulation; qu'elle conteste le caractère grave et difficilement réparable de ce préjudice; qu'elle conteste également que l'acte critiqué ait pu porter atteinte à la réputation professionnelle de la requérante;

Considérant qu'en principe et sauf circonstances exceptionnelles, toute compétition en vue de l'attribution d'un emploi entraîne un risque d'échec et que la perte d'une chance d'obtenir cet emploi n'est en général pas qualifiée de préjudice grave difficilement réparable; qu'il est d'autre part exact que la situation matérielle extrêmement difficile dans laquelle se trouve la requérante n'a pas pour cause l'acte critiqué; que, quelle que soit son origine et sauf à admettre que la précarité et l'insalubrité constituent la norme, cette situation, démontrée par les pièces que la requérante dépose, doit être qualifiée de circonstance exceptionnelle; que, dans ce contexte très particulier, la perte d'une chance raisonnable d'accéder sans contrepartie pécuniaire à un logement décent et à une qualité de vie acceptable - perte qui, elle, résulte directement de l'acte critiqué - constitue un préjudice grave pratiquement irréparable non seulement pour la requérante elle-même, mais aussi pour sa famille et, spécialement pour son enfant;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, des lois coordonnées pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué sont réunies,

D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 20 mars 2006 par l'administrateur de l'administration des douanes et accises à Bruxelles, écartant la candidature de Mireille CLAUDIC et conférant l'emploi de concierge à la cité administrative de Mons à Olivier MERTENS, à partir du 15 septembre 2006.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

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

Mme	GEHLEN,	conseiller d'Etat, président f.f.,
Mme	LEJEUNE,	greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

L. LEJEUNE. S. GEHLEN.