

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 215.675 du 10 octobre 2011

A.184.771/VIII-6061

En cause : **HARLEZ** Claude,
rue de Lisbonne 12
1060 Bruxelles,

contre :

la Cour des comptes,
ayant élu domicile chez
Mes Éric GILLET, Pierre SLEGGERS
et Anne-Stéphanie RENSON, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 13 août 2007 par Claude HARLEZ qui demande l'annulation de "la décision prise le 6 juin 2007 par l'Assemblée générale de la Cour des comptes, par laquelle Monsieur Patrick TILLY, premier auditeur, est promu pour une période de deux ans, avec effet au 1^{er} septembre 1998, au grade de premier auditeur-réviseur";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^{me} MERTES, auditeur au Conseil d'État, établi sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure;

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

Vu l'ordonnance du 16 août 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 7 octobre 2011;

Entendu, en son rapport, M^{me} VANDERNACHT, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, Me Monique DETRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Anne-Stéphanie RENSON, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} MERTES, auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

1. La requérante, entrée au service de la Cour des comptes le 1^{er} octobre 1984, y est titulaire du grade de premier auditeur depuis le 1^{er} octobre 1996.

2. Un ordre de service du 11 août 1998 annonce la vacance d'un poste de premier auditeur-réviseur et fait appel aux candidats. Cet appel suscite dix-sept candidatures, dont celles de la requérante et de Patrick TILLY.

3. La chambre française de la Cour des comptes se réunit le 16 février 1999 pour l'examen des candidatures. Le procès-verbal de cette réunion relate notamment ce qui suit :

" M. Le greffier informe la chambre que 17 candidatures ont été déposées, celles de :

(...)

M. Patrick TILLY, premier auditeur faisant fonction de premier auditeur-réviseur,

(...)

M^{me} Claude HARLEZ, première auditrice,

(...).

En vertu de l'article 45, al. 1^{er} du statut du personnel, les promotions aux fonctions dirigeantes sont conférées par la Cour des Comptes, sur proposition de la Chambre.

La Chambre propose la candidature du membre du personnel qu'elle juge le plus apte à exercer la fonction.

M. le Greffier propose à la Chambre d'examiner les mérites respectifs des candidats pour permettre à M. Le Président de présenter une proposition à la Cour.

Il propose qu'il soit tenu compte des critères suivants :

- l'intérêt du service,
- les connaissances et l'expérience des candidats dans le domaine du droit, de l'économie, de la gestion et plus spécialement de la gestion publique, le contrôle des recettes et des dépenses de l'État;
- les aptitudes, les capacités personnelles et la motivation à assurer les fonctions de direction,
- les évaluations attribuées aux candidats,
- l'ancienneté, à titre subsidiaire lorsque plusieurs candidats possèdent le même profil.

Après avoir examiné et comparé les titres respectifs de tous les candidats et après en avoir délibéré, la Chambre française considère que M. Patrick TILLY doit être considéré comme le plus apte à exercer la fonction de premier auditeur-réviseur et elle adopte en conséquence la proposition suivante :

Considérant qu'une fonction de premier auditeur-réviseur est vacante depuis le 1^{er} août 1998 à la suite de l'élection de M. WASCOTTE, en qualité de greffier de la Cour des comptes;

Considérant qu'un appel de candidatures a été porté à la connaissance du personnel de la Cour le 11 août 1998, les candidatures devant être déposées au plus tard le 28 août 1998;

Considérant que ces candidatures sont régulières et ont été déposées dans les délais;

Considérant que la Chambre a examiné et comparé les titres et mérites des candidats;

Considérant que, dans un premier temps, en l'occurrence, les candidats qui n'ont pas subi de retard dans leur avancement doivent être préférés à ceux qui ont subi un tel retard, à défaut de posséder la mention de signalement ou d'évaluation requise pour obtenir la promotion à laquelle ils pouvaient prétendre en raison de leur ancienneté;

Considérant qu'il convient de ne pas proposer la nomination de M. THOMAS, qui, après avoir exercé les fonctions de premier auditeur-réviseur, n'a pas été nommé à titre définitif dans ce grade;

Considérant que, parmi les autres candidats, M. Patrick TILLY doit être considéré comme le plus apte à occuper l'emploi; que l'intéressé a fait preuve de cette plus grande aptitude en exerçant à la satisfaction générale les fonctions supérieures de premier auditeur-réviseur depuis le 1^{er} septembre 1997, soit depuis plus longtemps que les deux candidats qui exercent également de telles fonctions supérieures; qu'il a au surplus acquis une très longue expérience dans le domaine du contrôle des Communautés et des Régions".

4. Le 17 février 1999, l'assemblée générale de la Cour des comptes décide de nommer Patrick TILLY au grade de premier auditeur-réviseur pour deux ans à partir du 1^{er} septembre 1998.

5. Le 11 juin 1999, la requérante introduit un recours en annulation contre la décision précitée. Cette décision est annulée par l'arrêt n° 159.824 du 8 juin 2006.

6. Le 26 juillet 2000, l'assemblée générale de la Cour des comptes a décidé de nommer Patrick TILLY au grade de premier auditeur-réviseur à titre définitif à partir du 1^{er} septembre 2000. À cette date, la requérante a demandé l'annulation de cette décision. Celle-ci a été annulée par l'arrêt n° 159.826 du 8 juin 2006.

7. Le 5 juin 2007, la chambre française décide, après examen du rapport rédigé par le greffier en chef et après comparaison des titres et mérites, de proposer à l'assemblée générale la candidature de Patrick TILLY qu'elle juge le plus apte à occuper l'emploi de premier auditeur-réviseur.

8. Le 6 juin 2007, l'assemblée générale se rallie à la proposition de la chambre française, dont elle adopte la motivation.

Il s'agit de l'acte attaqué notifié à la requérante, avec le procès-verbal de la chambre française du 5 juin 2007, par courrier du 18 juin 2007.

9. Le 16 août 2007, l'assemblée générale de la Cour des comptes nomme définitivement Patrick TILLY au grade de premier auditeur-réviseur avec effet au 1^{er} septembre 2000. La requérante a introduit un recours en annulation de cette décision le 22 octobre 2007 (G/A-185.577/VIII-6136);

Considérant que par un courrier du 3 mai 2010, la partie adverse a indiqué que la requérante n'avait pas présenté les épreuves de l'examen de promotion au grade de premier auditeur-réviseur auquel elle s'était inscrite; qu'elle s'interroge dès lors sur la persistance de l'intérêt actuel de la requérante au présent recours;

Considérant qu'il ressort du procès-verbal de l'examen de promotion précité, dressé le 27 janvier 2010 que "M^{me} Claude HARLEZ a produit un certificat médical justifiant son absence au test de personnalité et à l'entretien aux dates auxquelles elle était convoquée"; que l'absence de la requérante à ces épreuves ne peut donc pas entraîner une perte d'intérêt dans le cadre du présent recours;

Considérant que le premier moyen est pris de l'application fausse, inexacte et abusive de l'article 45 du statut du personnel de la Cour des comptes, de la violation des principes généraux du droit et principalement du principe de bonne administration et d'équitable procédure ainsi que du principe du raisonnable, du principe de non-rétroactivité, des principes généraux d'égalité et de non-discrimination dans l'accès aux emplois publics consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, de la motivation interne fausse, inexacte et abusive et de l'excès de pouvoir; que la requérante estime que la rétroactivité de la décision attaquée rend impossible l'exécution de l'article 45 du statut du personnel précité, par l'accomplissement d'une réelle période de stage mais consacre une régularisation pro forma d'une situation acquise; qu'elle rappelle que l'acte attaqué est adopté sur la base de l'article 45, alinéa 3, du statut qui confère à la nomination un caractère provisoire portant sur une période de deux ans et qu'à l'issue de cette période, la partie adverse a le pouvoir de nommer définitivement l'agent, de proroger la durée de la période provisoire ou de remplacer l'agent dans son grade antérieur; qu'elle affirme qu'en donnant effet à l'acte attaqué au 1^{er} septembre 1998, la partie adverse rend impossible la période de stage ou d'essai puisque la période 1998-2000 est passée et ne saurait être refaite et que l'autorité ne saurait donc pas réellement

exercer son pouvoir d'appréciation sur la manière de servir de l'agent pour statuer définitivement;

Considérant que la partie adverse répond que la requérante n'indique pas en quoi le fait de procéder rétroactivement à la nomination de Patrick TILLY pour une durée de deux ans, empêcherait la Cour des comptes de choisir librement la suite qu'elle donnerait à cette nomination; qu'elle souligne qu'à l'issue d'un terme de deux ans, la Cour dispose de trois possibilités : la nomination définitive, l'abrogation de la promotion ou la prorogation de la nomination provisoire pour deux ans; que selon elle, ces trois possibilités restent intactes, même après une nomination provisoire rétroactive; qu'elle ajoute que le fait que la Cour ait, in fine, procédé à la nomination définitive de Patrick TILLY est sans incidence sur la liberté de choix dont elle disposait; qu'elle indique que la nomination initiale de Patrick TILLY au grade de premier auditeur-réviseur répondait à un besoin, à savoir la vacance d'un poste de premier auditeur-réviseur et qu'en annulant cette décision, le Conseil d'État a fait resurgir ce besoin; que dans ces circonstances, elle explique qu'elle a décidé de procéder à la réfection de l'acte en effectuant une comparaison des titres et mérites telle qu'elle avait été réalisée en 1998 mais en l'appuyant sur une motivation complète et adéquate; qu'elle soutient qu'il n'y a pas eu de nouvelle comparaison des titres et mérites; qu'elle fait enfin valoir que le Conseil d'État admet la réfection rétroactive d'un acte pour autant que l'acte eût pu être régulièrement établi en son temps, qu'il ne porte pas atteinte aux droits de quiconque et qu'il réponde à une nécessité bien établie; qu'elle soutient que la réfection répond à ces trois conditions;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la requérante indique que dans le recours qu'elle a introduit contre la nomination définitive de Patrick TILLY intervenue par une décision du 16 août 2007, rétroagissant au 1^{er} septembre 2000, elle démontre que la nomination provisoire ne répond pas au prescrit de l'article 45 du statut puisque la nomination définitive intervient trois mois après la nomination provisoire et non après deux ans; qu'elle relève également que la nomination définitive se fonde sur les prestations fournies entre 1998 et 2000, c'est-à-dire dans le cadre de la nomination provisoire annulée par l'arrêt n° 159.824 et en déduit que l'acte attaqué vise uniquement à donner aux nominations annulées une régularité de façade;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient que l'arrêt n°159.824, précité a annulé la nomination provisoire du 17 février 1999 de Patrick TILLY au grade de premier auditeur-réviseur à la date du 1^{er} septembre 1998 au seul motif, selon elle, que la comparaison des titres et mérites opérée à l'époque ne reposait pas sur une motivation suffisamment étayée; qu'elle en conclut qu'elle ne devait pas procéder à une nouvelle comparaison des titres et mérites mais

uniquement renforcer la motivation quant au choix opéré du candidat retenu; qu'elle est d'avis que dans un tel cas de figure, la rétroactivité est tolérée; que, quant aux motifs de cette rétroactivité, elle affirme qu'elle n'avait pas d'autre choix que de procéder de la sorte sous peine de porter atteinte aux droits de Patrick TILLY, cette rétroactivité allant de soi, selon elle; qu'elle relève que tant la décision attaquée que la proposition formulée par la chambre française de la Cour des comptes motivent à suffisance les raisons de cette portée rétroactive dès lors que le besoin de nommer à un poste de premier auditeur-réviseur ressortait de la déclaration de vacance intervenue le 1^{er} août 1998 et qu'en annulant les nominations successives de Patrick TILLY, le Conseil d'État a replacé la partie adverse dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant les décisions annulées, à savoir dans le cadre d'une vacance de poste de premier auditeur-réviseur; qu'enfin, elle souligne que la décision attaquée n'a nullement tenu compte de l'expérience acquise par Patrick TILLY au cours de ses nominations annulées;

Considérant que l'arrêt n° 159.824 du 8 juin 2006 a jugé ce qui suit :

" Considérant, sur les deux moyens réunis, que le dossier administratif ne contient aucune pièce relative aux titres, aux mérites et à la carrière des candidats; que la proposition faite par la chambre française indique les critères sur la base desquels elle entendait examiner les candidatures, affirme qu'elle a examiné et comparé les titres respectifs de tous les candidats et énonce des motifs, essentiellement liés au deuxième des critères retenus, pour lesquels son choix s'est porté sur Patrick TILLY; que l'assemblée générale de la Cour des comptes n'affirme pas avoir elle-même examiné et comparé les titres et mérites des candidats, mais se borne à se rallier aux motifs de la proposition; que comparer les titres et mérites des candidats signifie les rapprocher les uns des autres en vue de mettre en évidence leurs similitudes et leurs différences et d'ainsi justifier la préférence accordée à l'un d'eux; que le dossier administratif doit démontrer l'existence d'une comparaison effective; que cette démonstration n'est pas faite en l'espèce; que, par ailleurs, la motivation formelle d'un acte de nomination n'a pas pour seul but d'informer le candidat nommé des raisons du choix opéré par l'autorité, mais aussi de permettre aux candidats évincés de savoir pourquoi ils n'ont pas été retenus; que ni la proposition, ni l'acte de nomination ne permettent de savoir pourquoi les concurrents de Patrick TILLY, et spécialement la requérante, ont été évincés; que les deux moyens sont fondés";

qu'à la suite des annulations des nominations de Patrick TILLY, la partie adverse s'est trouvée en présence d'une procédure de promotion entamée en 1998 et au terme de laquelle aucune décision n'a été prise; qu'elle pouvait dès lors décider d'entamer une nouvelle procédure ou de statuer à nouveau et de mener la procédure entamée en 1998 à son aboutissement; qu'en présence d'une réfection facultative, la partie adverse devait néanmoins s'interroger sur les possibilités d'opérer celle-ci avec un effet rétroactif, eu égard aux spécificités de la procédure de promotion au grade de premier auditeur-réviseur; qu'il ressort de l'article 45 du statut que la promotion au grade de premier auditeur-réviseur est d'abord conférée provisoirement pour un terme de deux ans; que cette nomination a ainsi clairement pour but de permettre une évaluation des compétences de la personne désignée afin de déterminer si elle

peut ou non être définitivement nommée; que pour prendre une décision à l'issue du délai de deux ans, la partie adverse doit se baser sur la manière dont l'agent nommé provisoirement a exercé ses fonctions; qu'en l'espèce, en faisant rétroagir l'acte attaqué au 1^{er} septembre 1998, la partie adverse ne pouvait que fonder son appréciation sur la manière dont Patrick TILLY avait exercé ses fonctions de premier auditeur-réviseur à la suite de la nomination provisoire déclarée illégale par l'arrêt n° 159.824 du Conseil d'État; que, cependant, cette annulation emporte que la nomination provisoire du 17 février 1999 produisant ses effets au 1^{er} septembre 1998 est censée n'avoir jamais existé; que la partie adverse devait donc savoir qu'elle ne pouvait pas prendre en considération, ni en droit, ni en fait l'expérience acquise grâce à une telle nomination;

Considérant qu'il est de jurisprudence constante que le principe de non-rétroactivité des actes administratifs peut être écarté lorsque cela s'avère indispensable au bon fonctionnement et à la continuité du service public; qu'il appartient toutefois à l'auteur de l'acte de justifier de manière formelle les circonstances exceptionnelles pouvant justifier qu'il le fasse rétroagir; que par ailleurs de tels motifs doivent être pertinents et légalement admissibles;

Considérant qu'en l'espèce la décision de la partie adverse du 6 juin 2007, de même que la proposition de la chambre française du 5 juin 2007, ne mentionnent aucune justification quant à la rétroactivité; que les motifs fournis a posteriori dans le cadre du mémoire en réponse et du dernier mémoire ne peuvent légalement justifier une quelconque rétroactivité; qu'enfin, il ressort de l'arrêt n° 159.826 que la nomination provisoire du 17 février 1999, produisant ses effets le 1^{er} septembre 1998, a été annulée non seulement pour un vice de motivation, mais aussi parce que rien ne permettait de démontrer l'existence d'une comparaison effective des titres et mérites des candidats; que la cause d'annulation tient également à la légalité interne de l'acte; que lorsque la partie adverse a procédé à la réfection de la nomination provisoire, elle a dû reprendre l'examen du dossier, même s'il ne s'imposait pas que la procédure soit entièrement recommencée; que le dossier administratif démontre à cet égard que la chambre française a effectué, le 5 juin 2007, une comparaison des titres et mérites de la requérante et de Patrick TILLY et que dans ces circonstances, cette nouvelle décision ne rentre pas dans la catégorie des actes dont la rétroactivité est tolérée de sorte que cet acte ne peut pas produire d'effets à une date antérieure à son adoption; que le premier moyen est fondé,

D É C I D E :

Article 1^{er}

Est annulée la décision prise le 6 juin 2007 par l'assemblée générale de la Cour des comptes, par laquelle Patrick TILLY, premier auditeur, est promu pour une période de deux ans, avec effet au 1^{er} septembre 1998, au grade de premier auditeur-réviseur.

Article 2

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le dix octobre deux mille onze par :

M. GEUS,	président de chambre,
M ^{me} VANDERNACHT,	conseiller d'État,
M. HOUYET,	conseiller d'État,
M ^{me} HONDERMARCQ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M.-Cl. HONDERMARCQ.

J.-Cl. GEUS.