

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 217.734 du 6 février 2012

A.194.606/VIII-7136

En cause : **DELBART** Daniel,
ayant élu domicile chez
M^e Michael DONATANGELO, avocat,
rue Tumulaire 75
6000 Charleroi,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre de la Justice,
ayant élu domicile chez
M^e Évelyne DEMARTIN, avocat,
place Van Meenen 14
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 16 novembre 2009 par Daniel DELBART qui demande l'annulation :

- " de la décision signée par Monsieur Hans MEURISSE pour Monsieur le Ministre de la Justice (...) datée du 7 juillet 2009 promouvant Monsieur Dimitri MARTINET en qualité d'assistant pénitentiaire en chef à la date du 1^{er} juillet 2009" et
- " des autres promotions au grade d'assistant pénitentiaire en chef adoptées par le Ministre de la Justice";

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 5 janvier 2012, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 3 février 2012;

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

Entendu, en leurs observations, M^e Patricia MINSIER, loco M^e Michael DONATANGELO, avocat, comparaissant pour le requérant, et M^e Catherine SMEKENS, loco M^e Évelyne DEMARTIN, 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. Le requérant est entré au SPF Justice le 3 février 1987. À la suite d'un examen d'accession au niveau supérieur, il a été promu assistant pénitentiaire à la date du 1^{er} décembre 2006, par un arrêté ministériel du 9 janvier 2007.

2. Par des arrêtés ministériels du 4 décembre 2006, plusieurs assistants pénitentiaires adjoints sont nommés, par changement de grade, au grade d'assistant pénitentiaire à la date du 1^{er} juillet 2005.

3. Les nominations par changement de grade précitées suscitent le mécontentement d'un certain nombre d'assistants pénitentiaires se trouvant dans la même situation que le requérant. Ceux-ci en font part au Directeur général dans les termes suivants, après avoir rappelé leur carrière :

" (...)

(...) j'ai été promu en date du 1^{er} décembre 2006, au grade d'assistant pénitentiaire à l'établissement d'Ittre.

Plus ou moins dans le même temps, les assistants pénitentiaires adjoints ont également été nommés au grade d'assistant pénitentiaire, et ce à la date anniversaire de leur quatre ans d'ancienneté dans leur grade.

Or cette situation est en totale contradiction avec l'article 9 de l'AR du 13 octobre 2000, modifiant l'article 11 de l'AR du 23 juin 1995 (M.B.- 27.07.1995, p. 20.282).

En effet, comment peut-on concevoir une nomination - avec effet rétroactif - à un grade supérieur, alors que l'examen d'accession à ce grade n'est pas terminé et que

l'on ne peut par conséquent se prononcer sur sa réussite (le PV de nomination des APA est daté du 8 novembre 2006, certaines nomination remontent à 2005) ?

Pareille situation va avoir un impact négatif, non négligeable, sur l'obtention de mon grade d'assistant pénitentiaire en chef. En effet, outre le nombre limité de places, je serai inévitablement relégué en bas de classement (en cause mon manque d'ancienneté dans le grade) (...).

Il me semblerait donc plus équitable que les assistants pénitentiaires adjoints nommés assistants pénitentiaires et les lauréats du dernier examen d'assistant pénitentiaire soient mis sur un pied d'égalité pour ce qui est de l'ancienneté, faute de quoi ces derniers subiront un préjudice financier. En effet, ce non-respect de la législation aura pour conséquence de nous priver de l'accès possible au grade d'assistant pénitentiaire en chef.

(...)"

Cette contestation n'a pas abouti et aucun agent n'a introduit un recours en annulation devant le Conseil d'État à l'encontre des arrêtés ministériels du 4 décembre 2006.

4. Le requérant a toutefois intenté une action devant le Tribunal de première instance de Bruxelles, le 20 août 2007, afin de :

- dire pour droit que le point de départ de son ancienneté telle que visée à l'article 12bis de l'arrêté royal du 23 juin 1995 fixant des dispositions administratives en faveur de certains agents des services extérieurs de la Direction générale de l'Exécution des peines et mesures appartenant aux niveaux 2, 3 et 4 est fixé à la date du 1^{er} juillet 1994;
- en conséquence, dire pour droit que le requérant satisfait à la condition d'ancienneté visée à l'article 12bis du même arrêté royal du 23 juin 1995 fixant des dispositions administratives en faveur de certains agents des services extérieurs de la Direction générale de l'Exécution des peines et mesures appartenant aux niveaux 2, 3 et 4 pour être nommé en qualité d'assistant pénitentiaire en chef, et ce, depuis le 1^{er} juillet 1998.

D'après le requérant, le tribunal s'est déclaré incompétent par un jugement du 2 avril 2010.

5. Le 18 juin 2009, le directeur général de la Direction générale Exécution des peines et mesures adresse un ordre de service à l'attention des correspondants P&O, rédigé en ces termes :

" OBJET : VACANCE D'EMPLOIS DANS LE GRADE D'ASSISTANT PÉNITENTIAIRE EN CHEF 22A

ORDRE DE SERVICE

J'ai l'honneur de porter à la connaissance des membres du personnel concernés que 13 emplois d'assistant pénitentiaire en chef dans l'échelle 22 A sont à conférer au sein des services extérieurs de la Direction générale EPI Établissements pénitentiaires.

Il s'agit d'une promotion par avancement barémique, en application de l'article 70 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État.

En application de l'arrêté royal du 23 juin 1995 fixant des dispositions administratives en faveur de certains agents des services extérieurs de la Direction générale de l'Exécution des peines et mesures appartenant aux niveaux 2, 3 et 4, modifié par l'arrêté royal du 10 octobre 2000, l'assistant pénitentiaire qui compte au moins quatre ans d'ancienneté de grade peut obtenir, dans la limite des emplois vacants, l'échelle de traitement 22A.

Ces emplois sont accordés dans l'ordre de préférence suivant :

- au candidat qui a la plus grande ancienneté de grade;
- au candidat qui a la plus grande ancienneté de service;
- au candidat le plus âgé.

Les agents dont les noms suivent sont proposés pour une promotion comme assistant pénitentiaire en chef dans l'échelle barémique 22 A à la date qui figure devant leur nom :

(...)

Les agents peuvent refuser la promotion par lettre recommandée dans un délai de 10 jours ouvrables qui commence à courir le premier jour ouvrable qui suit celui de la notification des propositions. Lorsque le premier ou le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié légal, le délai est prolongé jusqu'au prochain jour ouvrable.

Les propositions sont communiquées par la voie hiérarchique aux agents qui satisfont aux conditions requises pour la promotion.

Les agents qui s'estiment lésés peuvent, dans les dix jours ouvrables de la notification m'envoyer par lettre recommandée une réclamation écrite. Ils sont entendus à leur demande.

La liste des agents qui remplissent les conditions réglementaires est reprise en annexe".

6. Le requérant, dont le nom ne figure pas dans la liste annexée à l'ordre de service, adresse le 30 juin 2009 au Directeur général un courrier dans lequel il expose son point de vue quant à l'injustice créée entre les assistants pénitentiaires adjoints et les chefs de quartier promus au grade d'assistant pénitentiaire. Selon lui, si les chefs de quartier lauréats du concours d'accession au niveau supérieur ont vu, à juste titre, leur ancienneté de grade fixée à la date de réussite dudit concours, il n'en a pas été de même pour les assistants pénitentiaires adjoints qui non seulement ont été promus dès qu'ils avaient acquis quatre ans d'ancienneté dans le grade d'assistant pénitentiaire adjoint mais encore à une date de promotion antérieure à celle de la réussite de l'épreuve de vérification de l'aptitude professionnelle. Ce courrier ajoute :

" Je m'estime donc lésé par le classement repris dans l'ordre de service du 18 juin 2009 puisque si ces personnes avaient bénéficié de leur promotion à une date correcte (au plus tôt à la date des PV de réussite de leur épreuve de vérification de l'aptitude professionnelle), j'aurais pu, de par ma plus grande ancienneté de service, être classé en ordre utile pour obtenir une promotion d'assistant pénitentiaire en chef.

Aussi, je souhaiterais être entendu afin de pouvoir vous exposer plus spécifiquement les arguments.

(...)"

Aucune réponse n'y sera réservée.

7. Huit assistants pénitentiaires du rôle francophone sont promus par arrêtés ministériels du 7 juillet 2009 à la date du 1^{er} juillet 2009 et du 1^{er} août 2009. Cinq assistants pénitentiaires du rôle néerlandophone sont promus par arrêtés ministériels du 15 juillet 2009 à la date du 1^{er} juillet 2009.

Il s'agit des actes attaqués.

8. Après avoir interpellé sans succès le directeur général et le ministre par des courriers des 2 septembre et 28 octobre 2009, le conseil du requérant adresse, le 5 novembre 2009, un courriel à un collaborateur du SPF Justice et il reçoit, le 10 novembre 2009, la réponse suivante :

" (...)

Nous avons effectivement un contentieux ouvert au nom de Monsieur DELBART devant le TPI de Bruxelles au sujet des modalités d'obtention du grade d'assistant pénitentiaire. (...)

Cette affaire est toujours pendante. (...)

Les arguments invoqués dans votre citation du courrier de Monsieur DELBART adressé à Monsieur le Directeur général ne sont autres que ceux invoqués dans cette affaire.

Or, les promotions et changements de grades intervenus n'ont fait l'objet d'aucun recours en suspension et/ou annulation devant le Conseil d'État et sont donc définitifs.

La compétence de l'autorité est donc entièrement liée en cette matière dans la mesure où l'ordre de classement est déterminé par la réglementation.

Vous trouverez, en annexe, comme demandé la liste des promotions intervenues".

9. Une copie des promotions attaquées lui est encore transmise par courrier le 6 janvier 2010;

Considérant que la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État pour connaître du recours; qu'elle fait valoir que sa compétence pour procéder aux nominations attaquées est liée par l'article 12bis de l'arrêté royal du 23 juin 1995 précité; qu'elle considère que cette disposition lui laisse un pouvoir d'appréciation quant au principe des promotions, mais non quant au choix des candidats, lequel est réglé par l'ordre de service du 18 juin 2009 du Directeur général de la Direction générale Exécution des peines et mesures; qu'elle affirme donc s'être bornée à

attribuer les promotions aux assistants pénitentiaires qui disposaient de l'ancienneté requise et dans l'ordre de préférence indiqué par l'ordre de service précité; qu'elle souligne que le requérant n'a introduit aucun recours devant le Conseil d'État, ni contre l'arrêté par lequel il a lui-même été promu au grade d'assistant pénitentiaire avec effet au 1^{er} décembre 2006, ni contre les arrêtés ministériels du 4 décembre 2006 par lesquels ses concurrents ont été promus à ce même grade, par changement de grade, avec effet au 1^{er} juillet 2005;

Considérant que l'article 12bis de l'arrêté royal du 23 juin 1995 précité dispose : "L'assistant pénitentiaire qui compte au moins quatre ans d'ancienneté de grade peut être promu au grade d'assistant pénitentiaire en chef"; que cette disposition n'instaure nullement une compétence liée, puisqu'elle laisse à l'autorité administrative tant l'appréciation du principe de l'octroi de promotions que le soin de déterminer les critères d'attribution de celles-ci; que la compétence liée dont la partie adverse se réclame quant au classement des candidats trouve son origine non dans l'article 12bis, précité, mais bien dans l'ordre de service du 18 juin 2009, qui n'a pas de valeur réglementaire et ne constitue qu'une ligne de conduite qu'elle s'est donnée à elle-même avant l'adoption des actes attaqués; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant qu'à juste titre, la partie adverse conteste l'intérêt du requérant, francophone, à l'annulation des arrêtés ayant promu les assistants pénitentiaires du rôle néerlandophone puisqu'il n'a pas vocation aux emplois occupés par ces derniers; que le requérant s'en réfère sur ce point à la sagesse du Conseil d'État; que le recours est irrecevable en tant qu'il poursuit l'annulation des promotions accordées à Joris VIANE, Luc COOPMAN, Marnix MOERMAN, Pascal MUYLLE et Steve POPPE;

Considérant que la partie adverse soulève encore le défaut d'intérêt du requérant au recours, dans la mesure où il n'a attaqué ni l'arrêté par lequel il a lui-même été promu au grade d'assistant pénitentiaire avec effet au 1^{er} décembre 2006, ni les arrêtés ministériels du 4 décembre 2006 par lesquels ses concurrents ont été promus à ce même grade, par changement de grade; que, selon elle, ces actes sont devenus définitifs de sorte qu'en cas d'annulation des promotions attaquées, elle n'aurait d'autre choix que de fonder de nouvelles promotions sur l'article 12bis de l'arrêté royal du 23 juin 1995 précité et de tenir compte de l'ancienneté ainsi fixée définitivement; que, subsidiairement, elle fait valoir que le requérant ne comptait pas quatre années d'ancienneté de grade au moment de la procédure de promotion querellée, et que l'ordre de service du 18 juin 2009, cité au point 5 de l'exposé des faits, l'a écarté définitivement, pour cette raison, de la procédure de promotion ainsi que de la faculté de réclamation instaurée; que, selon elle, cet ordre de service

constituait un acte interlocutoire à l'égard du requérant qui, faute de l'avoir attaqué, ne serait plus recevable à contester les promotions intervenues par la suite;

Considérant que l'ordre de service du 18 juin 2009 a pour finalité la préparation des actes attaqués, et que sa légalité peut donc être contestée à l'appui du recours dirigé contre ceux-ci, même s'il revêt à l'égard du requérant un caractère interlocutoire qui pouvait justifier également qu'un recours soit introduit directement pour obtenir son annulation; que le recours est à cet égard recevable; que, pour le surplus, l'article 12bis de l'arrêté du 23 juin 1995 précité, interdit à la partie adverse de nommer assistant pénitentiaire en chef un agent qui ne compte pas quatre ans d'ancienneté de grade comme assistant pénitentiaire; que contrairement à ses concurrents, le requérant ne répondait pas à cette condition au moment de l'adoption des actes attaqués, ce qui met en cause la recevabilité du recours; que, toutefois, le requérant demande en son deuxième moyen que l'application de l'article 12bis soit écartée en vertu de l'article 159 de la Constitution, de sorte qu'on ne peut lui opposer cette disposition sans examiner le bien-fondé de ce moyen;

Considérant que le deuxième moyen de la requête est pris de la violation des articles 10, 11 et 159 de la Constitution; que le requérant rappelle tout d'abord que les articles 7 et 11 de l'arrêté royal du 23 juin 1995 précité, prévoient deux modes d'obtention de la qualité d'assistant pénitentiaire, à savoir le concours d'accession au niveau supérieur (art. 7) et le changement de grade (art. 11); qu'il souligne avoir été promu, par accession au niveau supérieur, par un arrêté du 9 janvier 2007, à la date du 1^{er} décembre 2006, et constate que certains assistants pénitentiaires adjoints ont été nommés par changement de grade au grade d'assistant pénitentiaire à la date de leur nomination en qualité d'adjoint; qu'il conteste la légalité des actes attaqués au motif que la condition liée à l'ancienneté de grade n'est pas respectée; que, selon lui, ces arrêtés de nomination par changement de grade adoptés sur la base de l'article 11 de l'arrêté royal précité, ont fixé illégalement le point de départ de l'ancienneté de quatre ans, nécessaire pour obtenir la promotion au grade d'assistant pénitentiaire en chef; qu'il dénonce une discrimination entre les assistants pénitentiaires adjoints, qui ont été ainsi nommés assistants pénitentiaires rétroactivement, à la date où ils ont atteint quatre ans d'ancienneté en tant qu'assistants pénitentiaires adjoints, et lui-même, qui a été nommé sans effet rétroactif; qu'il demande au Conseil d'État de constater la violation des principes d'égalité et d'écarter pour cette raison l'application des articles 11 et 12bis de l'arrêté royal du 23 juin 1995 précité; que dans son mémoire en réplique, il développe son argumentation en précisant qu'il est indifférent que les grades d'assistant pénitentiaire adjoint et d'assistant pénitentiaire soient de même rang, et que la notion d'ancienneté de grade au sens de l'article 12bis ne se confond pas avec celle d'ancienneté de rang, de sorte que c'est à tort que la partie adverse a pris en

considération, dans le calcul des quatre ans, la période pour laquelle les assistants pénitentiaires adjoints ont été rétroactivement nommés assistants pénitentiaires; que, quant à l'absence de recours contre les arrêtés ministériels du 4 décembre 2006, il expose qu'il n'aurait pas eu un intérêt né, certain et actuel à l'annulation de ces désignations, qu'un tel recours aurait été prématuré et que c'est seulement dans le cadre des actes attaqués que leur effet rétroactif lui cause grief;

Considérant que les articles 11 et 12bis de l'arrêté royal du 23 juin 1995, précité, disposent :

" Art. 11 : Par dérogation à l'article 66, alinéa 2, de l'arrêté royal du 7 août 1939 précité, l'agent, titulaire du grade d'assistant pénitentiaire adjoint qui compte au moins quatre ans d'ancienneté de grade, ainsi que l'assistant technique, peuvent être nommés, par changement de grade, au grade d'assistant pénitentiaire. Ce changement de grade est subordonné à une vérification de l'aptitude professionnelle dont le programme est identique à celui de la deuxième épreuve du concours d'accession au niveau supérieur au grade d'assistant pénitentiaire.

Art. 12 : L'assistant pénitentiaire qui compte au moins quatre ans d'ancienneté de grade peut être promu au grade d'assistant pénitentiaire en chef".

Considérant que le requérant n'invoque aucune illégalité des articles 11 et 12bis de l'arrêté royal du 23 juin 1995 précité, en eux-mêmes, et soutient au contraire que la partie adverse a fait une mauvaise application de la notion d'ancienneté de grade figurant dans l'article 12bis; qu'il n'y a donc pas lieu d'écarter l'application de ces dispositions réglementaires; que le moyen est en réalité dirigé contre la rétroactivité de la prise d'effet des promotions accordées par les arrêtés ministériels du 4 décembre 2006 aux assistants pénitentiaires adjoints; que le requérant n'a cependant pas introduit de recours contre ces arrêtés, alors même qu'il pouvait faire valoir un intérêt à leur annulation puisque leur rétroactivité permettait à leurs bénéficiaires de le devancer dans le classement par ancienneté; qu'un tel intérêt n'était pas éventuel, la condition d'ancienneté de grade prévue pour l'accès au grade immédiatement supérieur indiquant clairement la probabilité d'une compétition entre le requérant et les assistants pénitentiaires adjoints; que ces actes, qui lui faisaient grief, sont ainsi devenus définitifs; que, dès lors, à la différence du requérant, les personnes nommées par les actes attaqués répondaient à la condition d'ancienneté requise pour accéder à la promotion en tant qu'assistant pénitentiaire en chef; que le recours est irrecevable,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le six février deux mille douze par :

M ^{me} VANDERNACHT,	président de chambre f.f.,
M. CAMBIER,	conseiller d'État,
M ^{me} DÉOM,	conseiller d'État,
M ^{me} VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Fl. VAN HOVE.

P. VANDERNACHT.