

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 241.001 du 13 mars 2018

A. 211.620/VIII-9121

A. 211.896/VIII-9155

En cause : **DEHAM** Stéphane,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe VANDE CASTEELE, avocat,
Klamperdreef 7
2900 Schoten,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre de la Défense,
chargé de la Fonction publique.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 11 février 2014, Stéphane DEHAM demande l'annulation de "la décision par laquelle, dans la Composante des officiers de la Marine, le lieutenant de vaisseau de première classe Claude BULTOT est nommé au grade de capitaine de corvette" (A. 211.620/VIII-9121).

Par une requête introduite le 11 mars 2014, le requérant demande l'annulation de "la décision par laquelle, dans la Composante des officiers de la Marine, le lieutenant de vaisseau de première classe Jurgen HELLEBUYCK est nommé au grade de capitaine de corvette" (A. 211.896/VIII-9155).

II. Procédure

L'arrêt n° 238.630 du 27 juin 2017 a joint les deux affaires, a rouvert les débats et a chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de déposer un rapport complémentaire. Il a été notifié aux parties.

M. Patrick HERBIGNAT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport complémentaire sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 5 février 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 mars 2018 et les parties ont été informées qu'elle sera traitée par une chambre composée d'un membre.

M. Jacques VANHAEVERBEEK, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Philippe VANDE CASTEELE, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et le lieutenant Mathieu FONTAINE, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Patrick HERBIGNAT, premier auditeur chef de section, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 238.630, précité, auquel il convient de se référer.

IV. Rétroactes

L'arrêt n° 238.630, précité, se réfère à l'arrêt n° 92/2016 prononcé par la Cour constitutionnelle le 16 juin 2016, qui a répondu à la question préjudicielle que le requérant souhaitait voir posée dans les présentes causes. Cette question était la suivante :

" L'article 41, 1^{er} alinéa de la loi du 1^{er} mars 1958 relative au statut des officiers de carrière des forces armées ne méconnaît-il pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 182 de la Constitution, en ce qu'il dispose que «Les grades d'officier supérieur et général sont conférés au choix du Roi suivant les règles qu'Il détermine » ?"

La Cour y a répondu ainsi par son arrêt n° 92/2016 du 16 juin 2016 :

" [...]

Quant à la seconde question préjudicielle

B.11. Il ressort des motifs de la décision de renvoi que la seconde question préjudicielle invite la Cour à statuer sur la compatibilité, avec l'article 182 de la Constitution, de l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 1958 en ce que, en habilitant le Roi à déterminer les règles à suivre pour procéder à la nomination à un grade d'officier supérieur, cette disposition législative habilitait le Roi à régler l'avancement des militaires.

B.12. L'article 182 de la Constitution dispose :

«Le mode de recrutement de l'armée est déterminé par la loi. Elle règle également l'avancement, les droits et les obligations des militaires».

B.13. Les règles à suivre pour conférer un grade d'officier supérieur sont des règles qui sont relatives à l'avancement des militaires.

B.14.1. L'article 182 de la Constitution garantit notamment à tout militaire que les règles relatives à son avancement seront énoncées dans une loi et, par conséquent, adoptées à la suite d'une décision prise par une assemblée délibérante démocratiquement élue.

Cette disposition n'interdit cependant pas au législateur d'attribuer au Roi, par une habilitation définie de manière suffisamment précise, le pouvoir d'exécuter des mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par la loi.

B.14.2. L'article 107, alinéa 1^{er}, de la Constitution dispose :

«Le Roi confère les grades dans l'armée».

Cette disposition n'attribue pas seulement au Roi un pouvoir d'appréciation. Elle lui donne aussi un pouvoir réglementaire.

B.15.1. L'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 1958 portait notamment sur l'avancement des officiers supérieurs.

Dans sa première partie, cette disposition énonçait à ce sujet une règle essentielle : à la différence de l'avancement des officiers subalternes, qui est, en principe, fondé sur l'ancienneté (article 39, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 1958), l'avancement des officiers supérieurs était, comme celui des officiers généraux, fondé sur le «choix du Roi». Il s'agissait d'une «règle fondamentale inscrite dans les lois successives sur l'avancement des officiers [depuis 1836]» (*Doc. parl.*, Chambre, 1956-1957, n° 681/1, p. 7).

B.15.2. En outre, l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 1958 s'inscrivait dans un ensemble de règles qui limitaient le «choix du Roi».

L'article 38*bis* de la même loi, inséré par l'article 20 de la loi du 28 décembre 1990, disposait :

«Dans les limites fixées aux alinéas 2 et 3 du présent article, le Roi détermine, pour l'avancement de grade, par corps, l'ancienneté minimum dans le grade immédiatement inférieur.

Nul ne peut être nommé au grade de major ou à un grade équivalent s'il n'a au moins onze années d'ancienneté d'officier.

Nul ne peut être nommé au grade de lieutenant-colonel, de colonel ou à un grade équivalent ou à un grade d'officier général s'il n'a pas deux ans d'ancienneté dans le grade immédiatement inférieur».

L'article 38*ter* de la même loi, remplacé par l'article 16 de la loi du 20 mai 1994 «relative aux statuts du personnel militaire», disposait :

«Nul ne peut être nommé à un grade d'officier supérieur ou général si son âge ne lui permet pas de servir pendant trois ans au moins dans son nouveau grade».

L'article 40 de la même loi, modifié par l'article 54 de la loi du 22 mars 2001, disposait :

«Nul officier ne peut être nommé au grade de major s'il n'a satisfait à des épreuves professionnelles dont le Roi fixe les règles de participation, le programme et les modalités d'organisation.

Les officiers porteurs du brevet d'État-major ainsi que les officiers porteurs d'un brevet de valeur équivalente que le Roi détermine, peuvent être dispensés de tout ou partie des épreuves professionnelles».

L'article 41, alinéa 2, de la même loi, inséré par l'article 55 de la loi du 22 mars 2001, disposait :

«Lors de l'appréciation, il est tenu compte de la potentialité du candidat par rapport aux fonctions du grade supérieur et plus spécifiquement :

1° des connaissances dont dispose le candidat, acquises à la suite de formations suivies et d'expériences vécues;

2° des compétences du candidat sur le plan caractériel, physique et professionnel;

3° des attitudes du candidat à l'égard de l'ensemble des obligations de service liées aux fonctions du grade supérieur».

L'article 44 de la même loi, modifié par l'article 139 de la loi-programme du 2 août 2002, disposait :

«§ 1^{er}. Les nominations ont lieu au sein du corps ou, le cas échéant, au sein de la spécialité auxquels les officiers appartiennent en application des dispositions de l'article 27, §§ 1^{er} et 2.

§ 2. Les officiers généraux sont nommés dans le corps visé au § 1^{er} selon des règles complémentaires que le Roi détermine et qui doivent concilier les intérêts des forces armées avec une proportion équitable entre les forces et les corps dans ces grades.

Toutefois, les officiers visés à l'article 27, § 3, sont nommés au sein de la force.

§ 3. Les officiers supérieurs sont nommés dans le corps visé au § 1^{er} selon des règles complémentaires que le Roi détermine et qui doivent concilier les intérêts des forces armées avec une proportion équitable entre les forces et les corps dans ces grades.

§ 4. Le paragraphe 3 n'est pas applicable aux corps de la force terrestre désignés par le Roi».

L'article 45 de la même loi, modifié par l'article 22 de la loi du 16 juillet 2005, disposait :

«§ 1. L'officier ne peut être promu au grade supérieur pendant qu'il est soit en non-activité, soit suspendu par mesure d'ordre, soit séparé de l'armée.

§ 2. Peut être promu avec effet rétroactif :

1° L'officier repris à l'activité après une non-activité pour motif de santé et qui n'a subi aucune perte d'ancienneté en raison de celle-ci;

2° L'officier qui a été suspendu par mesure d'ordre, compte étant tenu des pertes d'ancienneté éventuellement subies;

3° L'officier qui rejoint l'armée après en avoir été séparé;

4° L'officier dont l'examen de la candidature a été retardé pour des raisons de santé ou pour des raisons dues à l'administration.

Le Roi peut prendre des dispositions spéciales pour la régularisation de l'avancement des officiers visés au présent paragraphe.

Le présent paragraphe est également applicable à la nomination au grade de sous-lieutenant».

Enfin, il ressort des articles 5 et 6 de la loi du 30 juillet 1938, reproduits en B.1.1, qu'un grade d'officier supérieur ne peut être conféré à un candidat qui n'a pas démontré sa connaissance effective de la langue de l'autre régime linguistique que celui auquel il appartient.

B.15.3. Compte tenu de ce qui précède et du pouvoir que l'article 107, alinéa 1^{er}, de la Constitution confère au Roi, le pouvoir d'exécution que l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 1958 Lui attribue concerne une mesure dont les éléments essentiels sont fixés par la loi et résulte d'une habilitation définie de manière suffisamment précise.

B.16. La seconde question préjudicielle appelle une réponse négative".

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

Le requérant prend un moyen unique de l'excès de pouvoir, de l'illégalité des motifs, de la violation des articles 10, 11, 105, 107, 108 et 182 de la Constitution, de l'article 41 de la loi du 1^{er} mars 1958 relative au statut des officiers de carrière des forces armées, de l'arrêté royal du 5 décembre 2013 modifiant l'arrêté royal du 7 avril 1959 relatif à la position et à l'avancement des officiers de carrière ainsi que du principe de bonne administration, consacré dans l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

Il fait valoir, dans une première branche, que jusqu'à sa modification par l'arrêté royal du 5 décembre 2013, entré en vigueur lors de sa publication au Moniteur belge le 16 décembre 2013, l'arrêté royal du 7 avril 1959 relatif à la position et à l'avancement des officiers de carrière ne permettait à un officier que de participer cinq fois à l'avancement, alors que la modification intervenue a porté ce nombre à sept.

Il estime que sa candidature aurait donc dû être examinée une nouvelle fois, puisqu'il n'avait encore été candidat que cinq fois.

Dans le cadre de la seconde branche, le requérant demandait qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle quant à l'inconstitutionnalité de l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 1958 relative au statut des officiers de carrière des forces armées.

La partie adverse répond que selon le principe *tempus regit actum*, la procédure et l'organisation du comité d'avancement qui a eu lieu le 3 décembre 2013 devait se dérouler selon les règles en vigueur à cette époque et qu'un candidat pouvait jusqu'à cette date être porté sur cinq listes successives.

Elle précise que le requérant, qui a été porté successivement cinq fois sur une liste, n'a plus été repris sur la liste, établie par le ministre de la Défense et envoyée le 1^{er} avril 2013 à toutes les autorités militaires en vue du comité 2013, et ne pouvait donc plus être examiné par le comité d'avancement qui s'est tenu le 3 décembre 2013.

Elle rappelle que l'arrêté royal du 5 décembre 2013 est entré en vigueur le 16 décembre 2013, et que tant la procédure que l'organisation du comité de 2013 ont eu lieu avant l'adoption, la publication et l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 5 décembre 2013.

Elle se réfère au rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 5 décembre 2013 lequel précise que la date d'entrée en vigueur de l'arrêté permet d'octroyer deux chances supplémentaires aux candidats qui en sont à leur cinquième et dernière chance lors des comités d'avancement organisés fin 2013, ce qui démontre que l'intention du Roi n'était donc pas de récupérer des candidats qui en étaient à leur dernière chance au comité 2012.

Elle ajoute que selon l'article 11 de l'arrêté royal du 7 avril 1959, précité, la nomination par le Roi s'opère sur proposition du ministre de la Défense, dans l'ordre de succession des listes de candidats et, dans chacune des listes, à concurrence au maximum du nombre d'emplois attribués par le ministre de la Défense lors de l'examen en comité et qu'en l'espèce, la liste qui a été présentée au Roi a été établie le 3 décembre 2013, à un moment où les candidats pouvaient être inscrits au maximum sur cinq listes successives.

Elle en déduit qu'ayant été inscrite précédemment sur cinq listes successives, la candidature du requérant ne pouvait plus être examinée par le comité d'avancement qui s'est réuni le 3 décembre 2013 et que son nom ne pouvait par conséquent pas non plus se trouver sur le classement qui a été proposé au Roi.

Elle réitère ses arguments dans son dernier mémoire. Elle ajoute qu'il est illusoire de penser que la candidature du requérant aurait pu être présentée alors qu'aucun dossier d'avancement n'avait été constitué rendant impossible la comparaison des titres et mérites du requérant avec les autres candidats.

Elle s'interroge enfin sur l'intérêt du requérant à poursuivre l'annulation des nominations attaquées. Elle fait, à cet égard, valoir qu'il est de jurisprudence constante qu'en cas de réfection de l'acte annulé, il y a lieu de recommencer la procédure d'examen à partir du moment où elle a été viciée en se replaçant fictivement à cette époque, mais que le vice dans la procédure n'étant survenu que postérieurement à la proposition de classement du comité, il n'y aurait pas lieu de rappeler le comité mais uniquement de laisser au Roi la possibilité de nommer le requérant. Elle estime qu'il serait impossible d'assurer dans ces circonstances que l'autorité fonde sa décision sur une information complète et exacte.

Elle ajoute qu'il serait matériellement impossible de procéder à un nouvel examen de la candidature du requérant en raison de l'impossibilité de donner, fictivement, un avis rétroactif sur l'aptitude présumée à l'exercice des fonctions du grade supérieur à partir de 2013 et que si tel devait néanmoins être le cas, il y aurait nécessairement lieu à établir une nouvelle proposition d'avancement pour les candidats, sur la base des titres et mérites de ceux-ci tels qu'ils se présentent au moment où l'autorité (re)statuerait.

V.2. Appréciation

Avant sa modification par l'arrêté royal du 5 décembre 2013, l'article 6 de l'arrêté royal du 7 avril 1959, précité, disposait :

" Art. 6. § 1. Pour autant que des comités soient organisés conformément à l'article 1^{er}, 1°, le Ministre de la Défense établit, pour chaque comité et dans l'ordre de leur ancienneté dans le dernier grade, la liste de tous les officiers dont la candidature sera soumise au comité d'avancement.
§ 2. Un candidat est inscrit pour la première fois sur une liste si, à la date prévue pour la nomination, il satisfait aux conditions d'ancienneté pour son grade et pour son corps fixées à l'article 21.
Tant qu'il continue à répondre aux conditions d'avancement, chaque candidat est porté sur cinq listes successives.
[...]".

À la suite de cette modification, le nombre de listes a été porté de cinq à sept.

La modification intervenue signifie qu'un officier peut dorénavant être candidat sept fois au lieu de cinq auparavant à la promotion à un grade supérieur. La formulation choisie s'explique par l'intervention obligatoire du comité d'avancement, même si son avis n'est pas contraignant pour le Roi.

Cet avis n'ayant aucun caractère contraignant, il n'a d'autre portée que celle d'un simple acte préparatoire de la décision finale de nomination, qui clôt la procédure de promotion.

En effet, tous les candidats portés sur les listes continuent à concourir à l'avancement, même s'ils ne sont pas retenus par le comité d'avancement, ainsi que le prévoit l'article 11 de l'arrêté royal du 7 avril 1959, précité :

" Art. 11. Notre choix s'opère sur proposition du Ministre de la Défense, dans l'ordre de succession des listes de candidats, et, dans chacune des listes, à concurrence au maximum du nombre d'emplois attribués par le Ministre de la Défense lors de l'examen en comité.
Le Ministre de la Défense n'est pas tenu de se rallier aux avis du comité.
[...]".

Ce n'est donc que la nomination du dernier candidat qui referme le cycle de promotion.

La circonstance qu'une condition de nomination est modifiée en cours de procédure n'a pas pour conséquence que ne pourraient bénéficier de la réforme ceux qui ne participaient pas à la procédure en cours parce que précisément le texte ancien ne le leur permettait pas : rentrant dans le champ des nouvelles conditions de promotion, leur candidature pourrait être présentée au Roi.

La partie adverse objecte que le comité d'avancement avait terminé ses travaux le 3 décembre 2013 et qu'il s'ensuivait que le requérant ne pouvait plus être porté sur les listes mais le calendrier administratif fixé pour la procédure ne saurait faire obstacle au respect des droits que les officiers pouvaient retirer de la modification de leur statut.

À défaut de dispositions spécifiques, comme c'est le cas en l'espèce, la modification apportée à l'article 6, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 7 avril 1959, précité, par l'arrêté royal du 5 décembre 2013 s'applique immédiatement.

De plus, les candidats présentés par le comité d'avancement ne tirent aucun droit de leur classement, puisque celui-ci n'est qu'indicatif et que tout autre officier porté sur les listes d'avancement pourrait tout aussi bien être promu et il n'existe donc pas d'obstacle à ce que les officiers tombant sous le coup de la réglementation modifiée entrent en concours avec eux.

La partie adverse objecte aussi que le rapport au Roi, joint au dossier administratif, limite le champ d'application *ratione personae* de la modification réglementaire intervenue, qui ne bénéficierait qu'à ceux qui en étaient en 2013 à leur cinquième candidature.

Il y a lieu à cet égard de rappeler que le rapport au Roi reste distinct de l'arrêté lui-même, que pas plus que le législateur ne vote l'exposé des motifs, le Roi ne se prononce sur le rapport qui précède l'arrêté, ou ne l'adopte et que s'il est légitime d'interpréter un arrêté royal d'après le rapport au Roi, celui-ci ne peut cependant prévaloir contre des textes qui sont clairs et ne nécessitent, dès lors, aucune interprétation.

En l'espèce, le texte est parfaitement clair et lui donner le sens que lui prête la partie adverse d'après le rapport au Roi revient à y ajouter une exclusion qui n'y figure pas.

Le texte modificatif ne requiert aucune interprétation parce qu'il signifie de manière non ambiguë que l'officier qui répond aux conditions d'avancement peut y participer sept fois, au lieu de cinq auparavant, dès son entrée en vigueur. En tout état de cause, aucune des parties n'a, conformément à l'article 35/1 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, demandé, au plus tard dans leurs derniers mémoires, que les mesures à prendre pour remédier à l'illégalité ayant conduit à l'annulation soient précisées dans les motifs de l'arrêt.

Les difficultés pratiques qu'engendrerait cette situation ne représentent pas un motif permettant d'en refuser l'application aux bénéficiaires potentiels.

Il résulte de ce qui précède que la première branche du moyen est fondée.

Quant à la seconde branche, la Cour constitutionnelle ayant jugé que la violation suggérée n'était pas établie, elle est dépourvue de fondement.

VI. Indemnité de procédure

VI.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante sollicite, dans son "dernier mémoire et demande de poursuite de la procédure" après réouverture des débats, une indemnité de procédure de sept cents euros dans chacune des deux affaires.

VI.2. Appréciation

Conformément à l'article 39 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, modifié par la loi du 10 avril 2014, l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État s'applique "à toute demande de suspension ou de mesures provisoires introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence, à compter de [la date de l'entrée en vigueur de l'article 30/1], et qui n'est pas l'accessoire d'un recours en annulation introduit avant cette date, ainsi qu'à toute demande, difficulté et recours, visé aux articles 11, 12, 13, 14 et 16, 1° à 8°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, introduit à compter de cette date, et aux demandes qui lui sont accessoires et concomitantes ou postérieures".

En l'espèce la partie requérante a introduit ses recours en annulation le 11 février et le 11 mars 2014, soit avant la date de l'entrée en vigueur, le 2 avril 2014, de l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. La demande de poursuite de la procédure n'est, par ailleurs, pas une demande, une difficulté ou un recours visé par les articles 11, 12, 13, 14 et 16, 1° à 8°, des lois sur le Conseil d'État précitées. La circonstance qu'elle a été introduite après l'entrée en vigueur de l'article 30/1 précité est par conséquent sans incidence sur l'applicabilité de cette disposition aux cas d'espèce.

La demande de la partie requérante est par conséquent irrecevable.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Les décisions suivantes sont annulées :

- l'arrêté royal du 21 décembre 2013 nommant, à la marine le lieutenant de vaisseau de première classe, Claude BULTOT, capitaine de corvette dans le corps du personnel de la marine;
- l'arrêté royal du 3 février 2014 nommant, dans la filière de métier "techniques du matériel naval", le lieutenant de vaisseau de première classe Jurgen HELLEBUYCK, capitaine de corvette.

Article 2.

Le présent arrêt sera publié par extrait au Moniteur belge dans les mêmes formes que les arrêtés annulés.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 375 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre,
le treize mars deux mille dix-huit, par :

Jacques VANHAEVERBEEK,
Caroline HUGÉ,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques VANHAEVERBEEK.