

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 242.463 du 28 septembre 2018

A. 221.732/VIII-10.426

En cause : **BAILLY** Pierre,
ayant élu domicile chez
M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre des Finances,
ayant élu domicile chez
M^{es} Emmanuel JACUBOWITZ et
Diego GUTIERREZ CACERES, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 mars 2017, Pierre BAILLY demande l'annulation de "l'arrêté royal du 18 décembre 2016, produisant ses effets le 1^{er} janvier 2017, le nommant dans la classe A3-conseiller auprès du SPF Finances, en tant que cet arrêté produit ses effets le 1^{er} janvier 2017".

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Claudine MERTES, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 12 juillet 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 septembre 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 Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Diego GUTIERREZ CACERES, avocats, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Claudine MERTES, premier auditeur, a été entendue 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

1. Le requérant est attaché au service juridique central du SPF Finances.

2. Le *Moniteur belge* du 1^{er} juillet 2014 annonce la mise en compétition de divers emplois dans la classe A3-conseiller, auprès des services du SPF Finances et notamment de deux emplois auxquels "est attachée la fonction de Conseiller Affaires juridiques et contentieux (classification de fonctions : DJU005) auprès des Services au niveau du Président (Service juridique central)".

La "procédure de sollicitation" prévoit trois étapes dont les deux premières sont éliminatoires : l'"Examen de la recevabilité de la candidature", l'"Évaluation des compétences génériques" et l'"Évaluation du fonctionnement général". La deuxième étape, intitulée "Évaluation des compétences génériques", se fait "sur base d'un test informatisé de jugement de situations (*Situational Judgement Test*)". Pour être admis à la suite de la procédure les candidats doivent obtenir 60 % minimum pour cette épreuve du test laquelle comptera pour 30 % dans le résultat final. La troisième étape, intitulée "Évaluation du fonctionnement général", est réalisée sur la base d'un exercice d'*assessment* suivi d'un entretien.

3. Le 11 août 2014, le requérant se porte candidat à l'emploi de conseiller affaires juridiques et contentieux (classification de fonction : DJU005) auprès des services au niveau du Président (service juridique central).

4. Il est accusé réception de sa candidature le 22 août 2014.

5. Le 21 novembre 2014 le requérant passe le test informatisé de la deuxième étape.

6. Le 26 janvier 2015, il lui est fait connaître, sous la signature du directeur du service d'encadrement P&O, signant pour le Président du comité de direction, que les résultats qu'il a obtenus à l'évaluation des compétences génériques sont insuffisants, sa note étant de 11,97 points sur 20, le minimum requis étant de 12 points sur 20.

Il est précisé que l'évaluation des compétences génériques était une étape éliminatoire de sorte que "le Comité de direction a décidé de vous exclure de la suite de la procédure".

7. Le requérant introduit un recours en annulation de cette décision.

La partie adverse n'ayant pas demandé la poursuite de la procédure, à la suite d'un rapport concluant à l'annulation, cette décision est annulée par l'arrêt n° 235.123 du 17 juin 2016.

8. Le 16 septembre 2015, F. Gr. est nommé à partir du 1^{er} octobre 2015 attaché auprès du service public fédéral Finances dans la classe A3-conseiller.

Celui-ci est ensuite désigné dans un emploi auprès du service juridique central.

9. Suite à l'arrêt n° 235.123 du 17 juin 2016, le requérant est convoqué le 16 septembre 2016 en vue d'un *assestement* le 26 septembre 2016 et d'un entretien le 27 septembre 2016.

Les épreuves font l'objet d'un procès-verbal d'évaluation du fonctionnement pour la fonction "Conseiller Affaires juridiques et contentieux auprès des Services au niveau du Président (Service juridique central)".

10. Par une note du 10 octobre 2016 de son président destinée au comité de direction, celui-ci propose de nommer le requérant.

Le 26 octobre 2016, le comité de direction propose à son tour la nomination du requérant. Cette réunion fait l'objet d'un procès-verbal n° 2016-31.

La proposition de nomination du comité de direction est notifiée au requérant le 26 octobre 2016.

11. Par un arrêté royal du 18 décembre 2016, produisant ses effets le 1^{er} janvier 2017, le requérant est nommé dans la classe A3-conseiller auprès du SPF Finances.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Par une décision n° 7 du président du Comité de direction du SPF Finances du 9 janvier 2017, le requérant est désigné dans un emploi auprès du Service juridique central, avec effet au 1^{er} janvier 2017.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

Le requérant prend un moyen unique de la violation des règles et principes du droit et notamment du principe d'égalité et de non-discrimination, du défaut de motivation et de l'excès de pouvoir.

Il rappelle que l'acte attaqué est pris à la suite d'un ordre de service publié au *Moniteur belge* du 1^{er} juillet 2014 qui avait mis en compétition deux emplois identiques, un de ses collègues étant nommé à un des deux emplois avec effet au 1^{er} octobre 2015 et lui ne l'étant qu'avec effet au 1^{er} janvier 2017. Il fait valoir que le seul motif justifiant cette différence de traitement réside dans le fait que par une décision illégale, le comité de direction du SPF Finances l'avait exclu de la suite de la procédure de mise en compétition, l'illégalité résidant dans le caractère manifestement erroné de l'appréciation de l'autorité. Il soutient que la circonstance qu'il ait fait l'objet d'une telle décision illégale ne pourrait justifier la différence de traitement. Il ajoute qu'il en est d'autant plus ainsi lorsque, comme en l'espèce, la promotion ne change en rien les attributions de la personne qui en bénéficie et qui continue à exercer les fonctions d'expert qu'elle exerçait avant la promotion.

Il fait valoir, dans son mémoire en réplique, qu'il n'a jamais soutenu avoir un droit subjectif à être promu ou encore n'a jamais soutenu que telle ou telle disposition ou principe consacrait son droit à une nomination avec effet rétroactif. Il souligne que son recours n'a pas pour objet de faire valoir un droit à la nomination à une date déterminée et que si tel avait été le cas, la contestation eût dû être portée devant les cours et tribunaux. Il explique que s'il n'y a pas de droit à la rétroactivité, il n'y a pas, non plus, une interdiction, pour l'autorité administrative, de prendre en l'espèce une décision rétroactive puisque le principe de non-rétroactivité n'est pas absolu et que la section du contentieux administratif a, à plusieurs reprises, admis la réfection avec effet rétroactif d'une décision qui avait été annulée ou retirée par son auteur. Il soutient que la réfection d'actes administratifs assortie d'un effet rétroactif peut également être admise lorsqu'il s'agit de constater une situation de fait ou encore lorsque la rétroactivité est nécessaire au plein rétablissement de la légalité (arrêt n° 236.518 du 24 novembre 2016). Parmi les tempéraments que l'on trouve au principe de non-rétroactivité, il souligne qu'il est admis qu'une décision administrative relative à une promotion rétroagisse à la date de l'entame de la procédure de promotion (arrêt n° 204.924 du 8 juin 2010), ou encore qu'on admet la rétroactivité d'un arrêté de promotion à la date à laquelle les candidats devaient remplir les conditions statutaires requises pour pouvoir être promus (arrêt n° 81.582 du 1^{er} juillet 1999). Il rappelle encore que les articles 10 et 11 de la Constitution requièrent que des personnes ou des catégories de personnes qui se trouvent dans une même situation soient traitées de la même manière et s'opposent à ce que des personnes qui se trouvent dans des situations de fait identiques ou à tout le moins comparables fassent l'objet d'un traitement différent sans justification objective et raisonnable. Il soutient que la mise en œuvre de ce principe suppose donc une comparaison entre deux ou plusieurs personnes ou catégories de personnes. Il estime que la question est de savoir si lui et F. Gr. étaient dans la même situation ou à tout le moins dans une situation comparable. Il fait valoir, à cet égard, qu'ils étaient tous deux candidats à l'un des deux emplois auxquels est attaché la fonction de conseiller-affaire juridique et contentieux auprès des services du président, au service juridique central, qu'ils se sont tous deux portés candidats à la suite du même appel aux candidats, que par un arrêté royal du 16 septembre 2015, produisant ses effets au 1^{er} octobre 2015, F. Gr. fut nommé à l'emploi de conseiller (classe A3-conseiller) et a poursuivi l'exercice des fonctions d'expert juriste qu'il exerçait antérieurement, que sa nomination n'est intervenue que par **un** arrêté royal du 18 décembre 2016 produisant ses effets le 1^{er} janvier 2017 et qu'il n'est pas contesté que le seul motif qui a justifié le retard dans la procédure de promotion est l'illégalité de son exclusion de la suite de la procédure de mise en compétition de l'emploi. Il rappelle que selon la partie adverse, sa situation n'est pas comparable à celle de F. Gr. dès lors qu'il n'a présenté ses examens que postérieurement à celui-ci. Il soutient

que s'il n'a pu présenter ses examens que postérieurement à son collègue c'est précisément parce que la partie adverse l'avait illégalement exclu de la possibilité de le faire au même moment que lui et que, sans cette illégalité, vu les résultats qu'il a obtenus (note globale de 82/100) pour les mêmes épreuves dans le cadre de la même mise en compétition pour un emploi en tout point identique au sein du même service, il ne fait aucun doute que sa promotion serait intervenue à la même date que celle de son collègue, soit au 1^{er} octobre 2015. Il ajoute que la justification proposée par la partie adverse doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes mis en cause. Il estime, à cet égard, que le but poursuivi par l'autorité serait qu'une promotion produise ses effets après que le candidat ait présenté ses examens, mais que la distinction qu'en l'espèce l'autorité a entendu instaurer entre les deux lauréats des épreuves se fonde sur des critères déraisonnables puisqu'il est, en effet, déraisonnable de justifier la différence de traitement par l'illégalité que l'on a soi-même commise et il en est d'autant plus ainsi lorsque, comme en l'espèce, c'est en raison d'une appréciation manifestement erronée de l'autorité que le requérant avait été exclu de la procédure de promotion. Il relève qu'en tout état de cause, dès lors que les deux candidats ont continué, au sein des mêmes services, d'exercer les mêmes fonctions après leur promotion, la discrimination dénoncée non seulement est déraisonnable mais elle est, au surplus, disproportionnée au regard du but poursuivi. Il estime enfin que la motivation que la partie adverse propose à cette entrée en vigueur est déficiente puisqu'il a été constaté avec un retard par rapport à son collègue qu'il s'indiquait qu'il soit promu mais que personne ne conteste que les qualités du requérant existaient déjà au moment où il fut exclu de la procédure tandis que les fonctions qu'il devait exercer quotidiennement n'étaient pas différentes avant et après la promotion.

Il soutient, dans son dernier mémoire, qu'avant d'examiner si le principe de la non-rétroactivité pouvait s'opposer à une nomination avec effet au 1^{er} octobre 2015, il convient d'examiner si le principe d'égalité n'était pas méconnu lorsque la nomination de son collègue intervenait avec effet au 1^{er} octobre 2015 et la sienne avec effet au 1^{er} janvier 2017. Il précise que si l'on examine une problématique sous l'angle du principe d'égalité, la question n'est pas de savoir si deux situations sont "totalement comparables" mais si des situations semblables sont traitées de manière semblable et si des situations essentiellement différentes sont traitées de manière différente. Il affirme que sa situation et celle de F. Gr. étaient manifestement comparables et que la seule différence entre les deux situations est que F. Gr. a réussi la troisième et dernière étape des épreuves en 2015 alors qu'il ne l'a réussie qu'en 2016. Il estime que cette différence est due au seul fait d'une illégalité affectant la deuxième étape éliminatoire de la procédure et censurée par le Conseil d'État, que s'il n'a pu réussir la troisième étape que postérieurement à, F. Gr. c'est

exclusivement en raison d'une illégalité commise par la partie adverse et que ce seul élément ne suffit à l'évidence pas à juger que les deux situations ne sont pas suffisamment comparables. Il rappelle, en outre, que la décision annulée par l'arrêt du 17 juin 2016 est "la décision du comité de direction du SPF Finances d'exclure Pierre BAILLY de la suite de la procédure [...]" et que, comme la partie adverse l'a admis, sans le moindre doute, pour se conformer à cet arrêt, il devait être considéré qu'il avait réussi l'épreuve éliminatoire relative aux compétences génériques, au même moment que F. Gr. puisqu'il a dû repasser exclusivement l'épreuve d'évaluation du fonctionnement général. Il relève, à cet égard, qu'il n'a été convoqué qu'à l'épreuve d'évaluation du fonctionnement général et que la note du 10 octobre 2016 du président du comité de direction proposant sa promotion est dépourvue de toute ambiguïté lorsqu'elle rappelle que l'évaluation du fonctionnement général est composée de deux parties à savoir "une première partie consistant en un *assessment* [...]" et "une seconde partie consistant en une évaluation de la motivation du candidat", de sorte qu'il n'a jamais été question de lui faire repasser une quelconque épreuve de compétences génériques suite à l'arrêt du 17 juin 2016. Il soutient, qu'en tout état de cause, la seule différence entre les situations autant que le seul motif de nature à justifier la différence de traitement est qu'il n'a pas passé la troisième étape de la procédure en même temps que son collègue, ce retard ne résultant que d'une illégalité affectant une étape éliminatoire de la procédure. Il estime que la distinction n'est en rien raisonnable et qu'elle n'est pas pertinente au regard du but poursuivi qui est de s'assurer de la collaboration d'un conseiller compétent.

IV.2. Appréciation

Pour rappel, l'arrêt n° 235.123 du 17 juin 2016 a annulé la décision d'exclure le requérant de la procédure de mise en compétition dans la classe A3 d'emplois auxquels est attaché le titre de conseiller - conseiller Affaires juridiques et contentieux au motif qu'il a obtenu à l'épreuve des compétences génériques la note de 11,27 points sur 20, le minimum requis étant de 12 points sur 20.

Le rétablissement de la légalité, à la suite de cet arrêt, n'impliquait nullement que le requérant soit promu au second poste vacant de conseiller Affaires juridiques et contentieux, mais de lui permettre de poursuivre la procédure de sélection.

C'est ce qu'a fait la partie adverse en convoquant le requérant, le 16 septembre 2016, aux deux épreuves qui composent la troisième étape de la procédure de sélection intitulée "Évaluation du fonctionnement général", à savoir un exercice d'*assessment* (le 26 septembre 2016) et un entretien (le 27 septembre 2016).

Au vu des résultats obtenus par le requérant à ces deux épreuves (18/30 et 64/70 soit un total de 82/100), elle a décidé de le promouvoir au second poste vacant.

Le droit du requérant d'être promu ne se déduit donc pas de l'arrêt n° 235.123 précité mais de ce que le requérant a passé avec succès les trois étapes de la procédure de sélection. Avant d'avoir réussi cette troisième étape, le requérant ne remplissait pas les conditions pour être promu de sorte qu'aucun effet rétroactif antérieur à la réussite de cette étape ne pouvait être donné à l'acte attaqué.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'égalité, contrairement à ce que soutient le requérant, sa situation n'est pas totalement comparable à celle de F. Gr. En effet, s'ils ont posé leurs candidatures à la suite du même appel à candidature, force est de constater que F. Gr. a réussi les épreuves en 2015 alors que le requérant les a réussies en septembre 2016. Même si le retard dans la présentation des épreuves est dû à l'irrégularité affectant l'épreuve des compétences génériques de novembre 2014, l'on ne peut se baser sur le constat de la réussite, par le requérant, des épreuves relatives à l'évaluation du fonctionnement général en septembre 2016 pour en déduire qu'en 2014-2015, il aurait également réussi ces épreuves.

Il ressort de ce qui précède que le moyen unique n'est pas fondé.

V. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de sept cents euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

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

Jacques VANHAEVERBEEK,	président de chambre,
Nathalie ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie ROBA.

Jacques VANHAEVERBEEK.