

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 245.205 du 19 juillet 2019

A. 227.937/VIII-11.137

En cause : **SANDRA** Jean,
ayant élu domicile à
la Centrale générale des services publics (C.G.S.P.)
place Fontainas 9-11
1000 Bruxelles,

contre :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 avril 2019, Jean SANDRA demande, d'une part, la suspension de l'exécution de "la décision adoptée le 14 janvier 2019, lui faisant perdre la qualité de militaire" et d'autre part, l'annulation de la même décision.

II. Procédure

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. Patrick HERBIGNAT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

Par une ordonnance du 20 juin 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 juillet 2019 et le rapport a été notifié aux parties.

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

M^e Monique DETRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M. Mathieu FONTAINE, capitaine, comparaissant 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

1. Le requérant est sous-officier de musique et revêtu du grade d'adjudant.

Il indique que depuis 2015, il a subi un sérieux problème de déchaussement des dents qui l'a contraint à porter une prothèse dentaire et que cette considérable modification de la structure de sa cavité buccale a entraîné une grave altération de sa capacité à jouer correctement de la trompette.

2. Le 5 juillet 2016, se tient un entretien de fonctionnement entre le requérant et ses premier et deuxième évaluateurs.

Selon l'article 4/1 de l'arrêté royal du 28 juillet 1995 relatif à la procédure d'appréciation des militaires du cadre actif et du cadre de réserve, un entretien de fonctionnement a lieu au plus tard trois mois avant l'entretien d'évaluation si le militaire risque d'y recevoir une mention finale "insuffisant".

Il ressort de l'entretien de fonctionnement les points suivants :

- " Enumération des critères d'évaluation qui risquent une qualification < 3 au prochain entretien d'évaluation :
 - Autonomie et initiative
 - Connaissances professionnelles
 - Disponibilité
 - Endurance physique
 - Qualité du travail fourni
 - Rendement
 - Résistance au stress
 - Leadership*
 - Sens d'amélioration
- Identification des objectifs à atteindre définis lors du dernier entretien d'évaluation et qui sont en rapport avec les critères énumérés ci-dessus :
- Résoudre le problème des dents

Travailler l'embouchure
Endurance physique
Qualité du travail fourni

Mesures et nouveaux objectifs convenus entre l'évaluateur en concertation avec le militaire évalué :

Rester les après-midi pour étudier l'instrument et retrouver le niveau requis par sa fonction".

3. Le 14 novembre 2016, le requérant obtient une mention "insuffisant" pour son évaluation 2016. Il est indiqué parmi les points à améliorer : "travailler l'embouchure, endurance physique, qualité du travail fourni".

Le requérant ne fait valoir aucun mémoire contre cette évaluation.

Précédemment à son évaluation de 2016, le requérant avait obtenu une mention "suffisant" en 2015 et en 2014 avec, respectivement, comme points à améliorer : "résoudre le problème des dents" et "professionnalisme en général et répéter plus sur l'instrument".

4. Le 16 novembre 2016, le requérant est déclaré apte pour exercer sa fonction de "Musicien (Trompet)" pour un an par le médecin du travail.

5. Le 27 juin 2017, un nouvel entretien de fonctionnement a lieu entre le requérant et ses premier et deuxième évaluateurs.

Il en ressort les points suivants :

- " Énumération des critères d'évaluation qui risquent une qualification < 3 au prochain entretien d'évaluation :
- Autonomie et initiative
 - Connaissances professionnelles
 - Disponibilité
 - Endurance physique
 - Qualité du travail fourni
 - Rendement
 - Résistance au stress
 - Sens de responsabilités
 - Flexibilité
 - *Leadership*
 - Volonté de perfectionnement

Identification des objectifs à atteindre définis lors du dernier entretien d'évaluation et qui sont en rapport avec les critères énumérés ci-dessus :

Travailler l'embouchure
Endurance physique
Qualité du travail fourni

Mesures et nouveaux objectifs convenus entre l'évaluateur en concertation avec le militaire évalué :

Rester les après-midi pour étudier l'instrument et retrouver le niveau requis par sa fonction".

6. Le 10 octobre 2017, le requérant obtient une nouvelle fois une mention "insuffisant". Il est indiqué parmi les points à améliorer : "Travailler l'embouchure, endurance physique, qualité du travail fourni".

Le requérant ne fait de nouveau valoir aucun mémoire à l'encontre de cette évaluation.

7. Le 13 août 2018, la direction générale *Human resources* (DGHR) lui indique qu'il fait désormais partie de la catégorie d'aptitude D et qu'il peut perdre d'office la qualité de militaire.

Il est informé qu'il peut interjeter appel de cette attribution de la catégorie d'aptitude D par un envoi recommandé à la DGHR au plus tard le dixième jour ouvrable qui suit le jour de la notification.

8. Le 27 août 2018, le requérant prend connaissance de la note de la DGHR, mais n'introduit aucun recours.

9. Le 23 novembre 2018, le ministre de la Défense informe le chef de corps du requérant de son intention de prononcer la perte de sa qualité de militaire, considérant son inaptitude professionnelle et le manque de perspective d'amélioration après plusieurs entretiens de fonctionnement et considérant qu'il n'a pas interjeté appel de la décision d'attribution de la catégorie d'aptitude D.

Le requérant est informé qu'il peut introduire un dernier mémoire afin de faire valoir d'éventuels nouveaux éléments ou moyens de défense.

10. Le 30 novembre 2018, le requérant introduit le mémoire suivant :
" [...]

Suite à votre demande, veuillez trouver, ci-dessous, mon mémoire.

Ayant eu un problème de déchaussement des dents et un problème à la gencive, on a dû m'extraire quelques dents.

Suite à cette extraction, j'ai dû porter une prothèse dentaire.

À cause de cette prothèse dentaire, j'ai fortement été diminué et je ne savais plus assurer correctement mon travail.

Voyant cela, j'ai demandé au Commandant [S.] de me diriger vers la bibliothèque, cette demande m'a été refusée.

J'ai essayé de revenir à un niveau respectable, suite au travail fourni, mon chef (tambour major) m'a autorisé à refaire des services individuels et j'aimerais continuer cette manière de servir jusqu'au 30 septembre 2019, date de ma mise en retraite.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Directeur Général des ressources humaines, mes salutations distinguées".

11. Le 2 janvier 2019, la DGHR transmet au ministre de la Défense un dossier relatif à la perte de qualité de militaire du requérant.

12. Le 8 janvier 2019, le requérant est déclaré apte pour exercer sa fonction de "Musicien" pour un an par le médecin du travail.

13. Le 14 janvier 2019, le ministre de la Défense prononce la perte de qualité de militaire du requérant. Il s'agit de la décision attaquée, laquelle est rédigée comme suit :

" Vu la loi du 27 mars 2003 relative au statut des musiciens militaires et modifiant diverses lois applicables au personnel de la Défense, l'article 23, alinéa 1^{er} ;

Vu la loi du 28 février 2007 fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées, l'article 69, alinéa 7, 1^o, remplacé par la loi du 31 juillet 2013, l'article 71, remplacé par la loi du 31 juillet 2013 et modifié par l'arrêté royal du 10 avril 2014 et l'article 178/2, inséré par la loi du 31 juillet 2013;

Vu l'arrêté royal du 10 avril 2014 portant exécution de l'article 271/5 de la loi du 28 février 2007 fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des forces armées, l'article 1^{er}, remplacé par l'arrêté royal du 19 juillet 2018;

Considérant que l'adjudant Jean SANDRA a obtenu deux mentions «insuffisant» à ses deux dernières appréciations de poste et appartient par conséquent à la catégorie d'aptitude D depuis le 1^{er} janvier 2018;

Considérant la notification du 27 août 2018 relative à l'appartenance à la catégorie d'aptitude D à l'intéressé;

Considérant que l'intéressé n'a pas introduit de recours;

Considérant la notification du 28 novembre 2018 proposant la perte de qualité de militaire à l'intéressé;

Considérant que l'intéressé a introduit un mémoire le 4 décembre 2018;

Considérant que ce mémoire ne contient pas d'éléments probants face aux manquements constatés;

Considérant l'inaptitude professionnelle de l'intéressé et le manque de perspective d'amélioration;

Considérant que faisant partie du cadre des sous-officiers d'élite, l'intéressé montre un exemple néfaste pour ses collègues;

ARRÊTE :

Article unique

L'adjudant sous-officier musicien

Perd d'office la qualité de militaire".

Le requérant prend connaissance de cette décision le 7 mars 2019.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient, dans sa note d'observations, que le recours est irrecevable. Elle fait valoir qu'en vertu de l'article 178/2 de la loi du 28 février 2007 fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées (ci-après: la loi du 28 février 2007), les décisions d'appartenance à la catégorie d'aptitude D sont susceptibles d'un recours organisé auprès de l'instance d'appel. Elle relève, qu'en l'espèce le requérant est resté en défaut d'introduire un tels recours. Elle estime qu'il y a dès lors lieu d'opposer l'exception d'irrecevabilité d'*omisso medio* au présent recours.

IV.2. Appréciation

Le recours que n'a pas exercé le requérant ne pouvait, selon l'article 178/2, 2°, de la loi du 28 février 2007, être dirigé que contre la décision le classant dans la catégorie d'aptitude D, en raison des évaluations "insuffisant" obtenues, et non contre la décision lui retirant sa qualité de militaire.

Selon l'article 71, alinéa 1^{er}, de la même loi, le militaire qui appartient à la catégorie d'aptitude D peut perdre d'office la qualité de militaire.

Il ne s'agit toutefois pas d'une conséquence nécessaire puisque la loi prévoit que le militaire concerné peut être autorisé à conserver la qualité de militaire pour une période de deux ans ou trois ans selon son ancienneté (art. 72), qui peut être prolongée (art. 72/1, 2°).

Il ressort de l'article 72/1 que le militaire peut aussi cesser d'appartenir à la catégorie d'aptitude D, à la suite d'une amélioration des évaluations.

Aucun recours n'était donc ouvert au requérant contre la décision de perte de qualité ou contre une décision antérieure la commandant nécessairement.

L'exception n'est pas fondée et doit dès lors être rejetée.

V. Conditions de la suspension

Conformément à l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la suspension de l'exécution d'une décision administrative suppose deux conditions, une urgence incompatible avec le délai de traitement de l'affaire en annulation et l'existence d'au moins un moyen sérieux susceptible, *prima facie*, de justifier l'annulation de cette décision.

VI. Exposé de l'urgence

VI.1. Thèses des parties

Le requérant décrit ainsi qu'il suit l'urgence à agir :

" Âgé de 56 ans, le requérant est militaire depuis 1982.

Il n'a encouru aucune sanction disciplinaire et a eu, jusqu'à l'apparition de ses problèmes bucco-dentaires, de bonnes évaluations.

L'acte attaqué est fortement stigmatisant pour lui, alors qu'il estime avoir mené pendant 36 ans une carrière irréprochable de musicien militaire.

Les dépenses minimales mensuelles du requérant peuvent être évaluées comme suit : loyer 400 €, eau 21,12 €, plan de paiement d'indemnités [...] 150 €, télécommunications 95,43 €, électricité 124,21 €, pensions alimentaires 500 €, remboursement de prêts à tempérament 618,75 €, pour un total de 1.909,51 € sans compter les dépenses de nourriture et d'habillement.

Le requérant percevait un traitement net mensuel de 2.615 €.

Ayant perdu son emploi, le requérant émargera à l'assurance chômage ou à l'assurance maladie-invalidité et ne percevra plus qu'un revenu nettement inférieur à ses dépenses fixes mensuelles.

À son âge, tenant compte de son handicap et de la spécialisation de sa profession, un espoir de retrouver un jour un emploi convenable serait illusoire.

La perte de revenus entraînée par l'acte attaqué sera donc importante, prolongée et ne lui permettra plus pendant longtemps de mener une vie conforme à la dignité humaine.

Seul un arrêt de suspension offrirait au requérant une solution temporaire lui permettant de vivre dans la dignité."

Dans sa note d'observation la partie adverse s'en réfère, sur ce point, à la sagesse du Conseil d'État.

VI.2. Appréciation

L'urgence, qui est à la base du référé ordinaire, suppose qu'il y ait une crainte d'un dommage irréparable, que subirait le requérant s'il devait attendre l'issue de la procédure en annulation. Cette crainte doit porter sur une atteinte aux intérêts dont le requérant se prévaut. Il est raisonnable de considérer qu'en principe, lorsqu'elle est invoquée à l'appui d'une requête en suspension ordinaire et sauf éléments contraires qu'il appartient à la partie adverse de rapporter, la perte totale de rémunération d'un agent en raison de la démission d'office porte atteinte à son standard de vie et est de nature à le placer dans une situation pécuniaire substantiellement difficile si, privé de tout revenu professionnel alors que ses charges financières demeurent, il doit attendre l'issue d'une procédure en annulation qui, au contentieux de la fonction publique et en l'état actuel, varie entre douze et quinze mois compte tenu notamment des délais de procédure légalement imposés.

En l'espèce, le requérant fait valoir que la perte de revenus entraînée par l'acte attaqué sera importante, prolongée et ne lui permettra plus, pendant longtemps, de mener une vie conforme à la dignité humaine. Cette constatation suffit pour conclure que l'exigence légale de l'urgence est rencontrée.

VII. Premier moyen, deuxième branche

VII.1. Thèses des parties

Le requérant prend un premier moyen de l'application abusive et de la violation des articles 68, § 3, 69, 71 et 72 de la loi du 28 février 2007, de la motivation interne fausse et abusive, de la violation de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre certaines formes de discrimination, des principes généraux de droit administratif et de bonne procédure, en particulier du devoir de minutie, des principes de l'exercice effectif du pouvoir d'appréciation et du raisonnable, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Il fait valoir, dans une deuxième branche, qu'il a dans son mémoire du 30 novembre 2018, demandé le maintien de sa qualité de militaire pour la période de neuf mois précédant sa mise à la retraite, mais que cette demande n'a manifestement pas été examinée.

La partie adverse répond, dans sa note d'observation que bien que le requérant n'a jamais remis en question ses entretiens de fonctionnement et ses évaluations insuffisantes, ni exercé le recours organisé prévu par la loi, l'autorité

compétente a bien examiné sa demande, formulée dans son mémoire du 30 novembre 2018, de conserver sa qualité de militaire jusqu'à sa mise à la pension. Elle ajoute qu'elle a toutefois considéré que la décision à prendre était celle de la perte de qualité de militaire eu égard aux manquements constatés, connus du requérant, au manque de perspective d'amélioration, puisque les points à améliorer du requérant sont restés les mêmes en 2016 et en 2017, et à la circonstance qu'il fait partie du cadre des sous-officiers d'élite et montre un exemple néfaste pour ses collègues en agissant de la sorte.

VII.2. Appréciation

Dans son mémoire en défense du 30 novembre 2018, le requérant faisait valoir ce qui suit :

" J'ai essayé de revenir à un niveau respectable, suite au travail fourni, mon chef (tambour major) m'a autorisé à refaire des services individuels et j'aimerais continuer cette manière de servir jusqu'au 30 septembre 2019, date de ma mise en retraite".

Différentes dispositions de la loi du 28 février 2007 précitée, traitent du passage dans la catégorie D et de l'éventualité de la perte de la qualité de militaire et pouvaient concerner la situation du requérant :

" Art. 72. Le militaire qui appartient à la catégorie d'aptitude D peut, sur décision de l'autorité désignée par le Roi ou de l'instance d'appel visée à l'article 178/2, conserver la qualité de militaire pour une période de :
1° deux ans, si le militaire concerné a accompli moins de huit ans de service actif;
2° trois ans, si le militaire concerné a accompli au moins huit ans de service actif.

Art. 72/1. Le militaire qui, à la fin de la période visée à l'article 72, continue à appartenir à la catégorie d'aptitude D, peut, selon le cas :

1° perdre la qualité de militaire conformément à l'article 71;
2° sur décision de l'autorité désignée par le Roi ou de l'instance d'appel visée à l'article 178/2, conserver à nouveau la qualité de militaire pour une période identique à celle visée à l'article 72.

Art. 72/3. Perd de plein droit la qualité de militaire :

1° le militaire qui, à la fin de la période visée à l'article 72/1, 2°, continue à appartenir à la catégorie d'aptitude D;
2° le militaire visé à l'article 72/2 qui obtient la mention «insuffisant» lors d'une appréciation de poste ultérieure".

Il ressort de l'articulation de ces dispositions que le législateur a voulu donner au militaire dont l'évaluation est insuffisante la possibilité de s'amender et d'obtenir une évaluation plus favorable.

Il ne s'agit nullement d'une obligation et l'autorité peut estimer que le militaire concerné ne peut bénéficier de cette faveur.

Toutefois, dès lors que cette faculté existe et qu'elle constitue une garantie au profit du militaire, l'autorité doit examiner dans chaque cas la possibilité de son application et en particulier lorsque le militaire en a fait la demande dans son mémoire en défense.

L'acte attaqué a répondu à la demande du requérant de la manière suivante :

" [...]

Considérant que ce mémoire ne contient pas d'éléments probants face aux manquements constatés;

Considérant l'inaptitude professionnelle de l'intéressé et le manque de perspective d'amélioration;

[...]".

Le premier constat est la démonstration que la possibilité d'un maintien en service n'a pas été examinée puisque la loi établit un système ultime d'amendement et que l'acte attaqué considère que les éléments apportés en défense par le requérant ne remettent pas en question les manquements constatés, ignorant ainsi sans justification la possibilité pour le requérant d'encore modifier son comportement.

Le considérant suivant de l'acte attaqué évoque le manque de perspective d'amélioration, sans s'expliquer à ce sujet, mais on ne saurait déduire ce manque de perspective des évaluations successives obtenues puisqu'elles sont précisément la cause de l'appartenance du requérant à la catégorie D.

Le moyen est sérieux en cette branche.

VIII. Second moyen

VIII.1. Thèses des parties

Le requérant prend un second moyen de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir.

Il soutient que l'acte attaqué ne mentionne nullement les raisons pour lesquelles la partie adverse n'a tenu compte ni de son état de santé, ni de son amélioration dans les prestations, ni de sa demande de maintien de la qualité de militaire, alors que toute autorité doit motiver formellement ses décisions en fait et

en droit, par des motifs adéquats et pertinents, afin de permettre à leur destinataire d'en comprendre les motifs. Il rappelle qu'il a, dans son mémoire du 30 novembre 2018, invoqué ses problèmes de santé, indiqué qu'il connaissait une amélioration de ses prestations et demandé le maintien de la qualité de militaire jusqu'au 30 septembre 2019. Il relève que le seul élément de réponse apporté à ce mémoire par la partie adverse a été la considération selon laquelle le mémoire ne contenait pas d'éléments probants face aux manquements constatés. Il estime qu'une telle motivation tient de la clause de style et par-dessus tout, qu'elle est dépourvue de toute pertinence par rapport au mémoire du 30 novembre 2018. Il reconnaît que le mémoire n'apportait pas d'éléments de nature à démontrer que les reproches qui lui étaient adressés quant à sa manière de servir n'étaient pas fondés, mais qu'il était de toute manière trop tard pour apporter de tels éléments, sachant qu'il se trouvait en catégorie D et ne pouvait plus introduire de recours contre cette décision préalable. Il soutient, qu'en revanche, le mémoire présentait des éléments de fait dont la prise en considération pouvait amener l'autorité à ne pas lui faire perdre la qualité de militaire avant qu'il atteigne l'âge de la retraite.

La partie adverse rappelle que l'acte attaqué est motivé par la considération que le "mémoire ne contient pas d'éléments probants face aux manquements constatés", en raison de "l'inaptitude professionnelle de l'intéressé et [du] manque de perspective d'amélioration" et par la circonstance que, "faisant partie du cadre des sous-officiers d'élite, l'intéressé montre un exemple néfaste pour ses collègues". Elle en déduit que la décision de perte de la qualité de militaire est prise en raison de trois motifs. Elle fait valoir que le premier motif est lié aux manquements constatés qui sont connus, non contestés par le requérant, et qui n'ont rien à voir avec ses problèmes de santé puisqu'il n'en est plus question ni dans son entretien de fonctionnement de 2017 ni dans son évaluation de 2017 et qu'il est, par ailleurs, déclaré apte à exercer sa fonction de musicien par la médecine du travail, que le deuxième motif a trait au manque de perspective d'amélioration étant donné que rien ne démontre dans le dossier du requérant une quelconque amélioration, l'évaluation de 2017 étant même plus mauvaise que celle de 2016 et que le troisième motif se rapporte à la circonstance que, faisant partie du cadre des sous-officiers d'élite, le requérant montre un exemple néfaste pour ses collègues en agissant de la sorte. Elle estime dès lors que l'autorité compétente a répondu aux arguments du requérant et que c'est à bon droit qu'elle a pris la décision de perte de la qualité de militaire.

VIII.2. *Appréciation*

Comme cela ressort du dossier, le requérant a toujours été considéré comme médicalement apte, sans restriction, à l'exercice de sa fonction. L'autorité ne devait dès lors pas tenir compte dans son appréciation et dans la motivation de sa décision d'une circonstance mise en avant par le requérant qui n'avait pas été attestée suivant les formes prévues par la réglementation.

Par ailleurs, comme le requérant le reconnaît lui-même, il n'était plus temps de démontrer que les reproches adressés à sa manière de servir n'étaient pas fondés et la référence aux évaluations insuffisantes ne peut être critiquée.

Par contre, comme cela a été indiqué lors de l'examen de la deuxième branche du premier moyen, l'autorité devait examiner la possibilité d'un maintien en activité et la motivation de sa décision devait le refléter. Cette motivation était d'autant plus nécessaire que le requérant indiquait qu'il se trouvait à neuf mois de la date normale de son admission à la retraite et que les conséquences d'une perte de la qualité de militaire dans de telles conditions étaient particulièrement graves.

Le moyen est, dans cette mesure, sérieux.

Les conditions requises par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, sont réunies.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de l'arrêté du ministre de la Défense du 14 janvier 2019 par lequel Jean SANDRA perd d'office la qualité de militaire est ordonnée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre
siégeant en référé, le dix-neuf juillet deux mille dix-neuf, par :

Jacques VANHAEVERBEEK,
Florence VAN HOVE,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence VAN HOVE.

Jacques VANHAEVERBEEK.