

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 249.108 du 1^{er} décembre 2020

A. 226.413/VIII-10.969
A. 227.388/VIII-11.078

En cause : **XXXX**,
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.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 12 octobre 2018, XXXX demande l'annulation de

- « - l'arrêté royal n^o 2.342 du 29 juin 2018 par lequel :
- le lieutenant de vaisseau de première classe [C. B.] est nommé le 26 décembre 2013 dans la catégorie des officiers de carrière au grade de capitaine de corvette dans le corps du personnel de la marine
 - le lieutenant de vaisseau de première classe [J. H.] est nommé le 26 mars 2014 dans la catégorie des officiers de carrière au grade de capitaine de corvette dans le corps du personnel de la marine;
 - [...] du refus de le nommer au grade de capitaine de corvette;
 - [...] du refus de la demande d'augmenter d'une unité le nombre de places vacantes et [...] de la décision de maintenir ou fixer le nombre de places vacantes à deux unités;
 - des décisions du comité d'avancement 2013bis du 1^{er} juin 2018 (A. 226.413/VIII-10.969).

Par une requête introduite le 12 février 2019, XXXX demande l'annulation de « la date de prise d'effet de l'arrêté royal n^o 2.568 du 6 décembre 2018 portant sa nomination au grade de capitaine de corvette dans la catégorie des officiers de carrière, "Armée marine", à savoir le 26 décembre 2018 » (A. 227.388/VIII-11.078).

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé dans les deux affaires.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés dans les deux affaires.

M^{me} Claudine Mertes, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport dans chacune des deux affaires sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure. Elle suggéré que les deux affaires soient entendues à la même audience.

Les deux rapports ont été notifiés aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire dans les deux affaires.

Par des ordonnances du 22 septembre 2020, les affaires ont été fixées à l'audience du 20 novembre 2020 et les parties ont été informées qu'elles seront traitées par une chambre composée d'un membre.

M. Luc Detroux, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Philippe Vande Castele, avocat, comparaissant pour la partie requérante, le lieutenant colonel Valery De Sadeleer, et le sous-lieutenant Pieter-Jan Tuts, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Claudine Mertes, premier auditeur, a été entendue en son avis contraire.

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 lieutenant de vaisseau de première classe à la Marine. En 2008, 2009, 2010 et 2011, sa candidature pour une promotion au grade de capitaine de corvette a été examinée, sans toutefois aboutir à une nomination.

2. En 2012, sa candidature est examinée pour la cinquième fois par le comité d'avancement.

Il est classé onzième sur quinze candidats.

4. Par une note du 20 décembre 2012, il est informé du fait que sa candidature n'a pas été classée en ordre utile par le comité d'avancement, trois places seulement étant vacantes.

5. Il introduit des recours contre les trois nominations intervenues à la suite de ce classement. L'arrêt n° XXXX du 30 janvier 2018 a rejeté ces recours.

6. Par un arrêté royal du 5 décembre 2013, entré en vigueur le 16 décembre 2013, l'article 6, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 7 avril 1959 'relatif à la position et à l'avancement des officiers de carrière' est modifié pour permettre qu'un candidat puisse être porté sur sept (au lieu de cinq auparavant) listes successives des officiers dont la candidature est soumise au comité d'avancement.

6. Le 26 décembre 2013, le lieutenant de vaisseau de première classe C. B. est nommé au grade de capitaine de corvette et le 26 mars 2014, le lieutenant de vaisseau de première classe J. H. est nommé au grade de capitaine de corvette.

Le requérant ne figurait pas sur les listes de candidats soumises au comité d'avancement ayant donné son avis sur les candidatures à ces avancements.

Il introduit un recours en annulation contre ces nominations. Celles-ci ont été annulées par l'arrêt n° XXXX du 13 mars 2018, qui a jugé que la modification de l'arrêté royal du 7 avril 1959 par l'arrêté royal du 5 décembre 2013 s'appliquait immédiatement et que c'était donc irrégulièrement que la candidature du requérant n'avait pas été présentée au Roi.

7. Une note DG HR du 7 février 2018 (MITS : 18-00023090) donne instruction d'établir les dossiers d'avancement pour le « comité d'avancement 2018 ». Il y est précisé que les candidats seront entendus avant le 15 mai 2018 s'ils le souhaitent. Le requérant n'est pas répertorié comme candidat.

8. Le 22 mars 2018, la division Gestion *Human Resources* (HRB-Eval) invite le requérant à un entretien pour l'informer de l'organisation d'un nouveau comité à la suite de l'arrêt n° XXXX du 13 mars 2018.

9. Le 25 mars 2018, le conseil du requérant s'adresse au ministre de la Défense dans le cadre de l'organisation d'un nouveau comité d'avancement au grade de capitaine de corvette (CPC) pour la marine à la suite de l'annulation précitée (comité CPC 2013*bis*). Dans son courrier, il demande notamment d'ouvrir une place vacante pour que le requérant soit nommé au grade supérieur et indique : « Pour éviter tout malentendu, cette demande est également une mise en demeure. Il s'indique d'informer [le requérant] de la réponse à sa demande d'augmenter d'une unité les places vacantes ». Il réitère cette demande le 29 mars 2018.

10. Le 24 avril 2018, le chef hiérarchique du requérant émet un avis favorable à son avancement.

11. Le 24 mai 2018, le ministre de la Défense marque son accord pour la tenue d'un comité d'avancement « 2013*bis* » pour donner suite à l'arrêt n° XXXX du 13 mars 2018.

12. Le 1^{er} juin 2018, la candidature du requérant et celle de deux autres candidats sont examinées par le comité « 2013*bis* ». Après la comparaison des titres et des mérites des candidats et après que le ministre a déclaré que deux places étaient vacantes, le comité propose la nomination au grade supérieur de deux lieutenants de vaisseau. Le requérant est classé en troisième position.

13. Le 5 juin 2018, il est informé du fait que sa candidature n'a pas été classée en ordre utile par le comité d'avancement.

Il s'agit du quatrième acte attaqué dans l'affaire A. 226.413/VIII-10.969.

14. La DG HR rédige le 15 juin 2018 une note ordonnant d'établir à bref délai un dossier d'avancement « 2018 », ce « vu l'avis final [du] comité d'avancement [2013*bis*] ».

15. Le 29 juin 2018, par l'arrêté royal n° 2342, les lieutenants de vaisseau de première classe C. B. et J. H. sont nommés au grade de capitaine de corvette dans le corps du personnel de la marine (*M.B.*, 17 août 2018).

Il s'agit du premier acte attaqué dans l'affaire A. 226.413/VIII-10.969.

16. Le 8 octobre 2018, le comité d'avancement capitaine de corvette marine classe le requérant en ordre utile et décide de recommander favorablement au ministre l'accession au grade supérieur.

17. Par un courrier du 15 octobre 2018, le requérant demande au ministre de la Défense que sa nomination au grade supérieur prenne effet au 26 décembre 2013 ou au 26 décembre 2014.

18. Par un arrêté royal n° 2552 du 6 décembre 2018 (*M.B.*, 6 février 2019), le capitaine de corvette administrateur militaire C. B. est nommé au grade de capitaine de frégate administrateur militaire à la date du 26 décembre 2018.

19. Par arrêté royal n° 2568 du 6 décembre 2018 (*M.B.*, 7 février 2019), le requérant, lieutenant de vaisseau de première classe, est nommé au grade de capitaine de corvette à la date du 26 décembre 2018.

En tant que cette nomination prend effet à la date du 26 décembre 2018, cet arrêté royal constitue l'acte attaqué dans le recours A. 227.388/VIII-11.078.

IV. Connexité

Le requérant ayant été nommé au grade convoité dans le recours A. 226.413/VIII-10.969 par l'acte attaqué dans le recours A. 227.388/VIII-11.078, la recevabilité du premier de ces recours est liée à l'examen du bien-fondé du second. Par conséquent, dans l'intérêt d'une bonne justice, il y a lieu de juger les deux affaires dans un seul et même arrêt.

V. Moyen unique dans l'affaire A. 227.388/VIII-11.078

V.1. Thèses des parties

Le requérant prend un moyen unique de l'excès de pouvoir et motifs illégaux, ainsi que de la méconnaissance de l'article 65 de la loi du 28 février 2007 'fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées', des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' et des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'autorité de la chose jugée dans l'arrêt n° XXXX et des principes de bonne administration, en ce compris le principe de minutie.

Il expose qu'en 2006, il était officier de carrière, titulaire du grade de lieutenant de vaisseau de première classe. Il rappelle le dispositif des articles 40 et 45, § 2, alinéa 2, 4°, de la loi du 1^{er} mars 1958 'relative au statut des officiers de carrière des forces armées', ainsi que de l'article 21 de l'arrêté royal du 7 avril 1959

‘relatif à la position et à l’avancement des officiers de carrière’ qui fixe à deux ans l’ancienneté minimum requise dans le grade pour l’avancement au grade de major (ou de capitaine de corvette). Il expose encore qu’en 2006, il avait satisfait aux épreuves professionnelles requises pour pouvoir être nommé au grade de capitaine de corvette, qu’en 2008, 2009, 2010, 2011 et 2012, sa candidature pour une promotion au grade de capitaine de corvette a été examinée, sans toutefois aboutir à une nomination et qu’ensuite, sa candidature n’a pas été examinée en 2013, au motif que l’arrêté royal du 7 avril 1959 ne permettait à un officier que de participer cinq fois à l’avancement. Il souligne que, à la suite des recours qu’il a introduit contre les nominations comme capitaine de corvette de C. B. et J. H. en y exposant que l’arrêté royal du 5 décembre 2013 modifiant celui du 7 avril 1959 disposait que les candidats seraient portés sur sept listes successives, le Conseil d’État a annulé par l’arrêt n° XXXX du 13 mars 2018 les deux nominations contestées en relevant que sa candidature aurait dû être examinée, l’arrêté royal du 5 décembre 2013 étant d’application immédiate dès son entrée en vigueur. Il constate que le « comité d’avancement 2013bis », tenu le 1^{er} juin 2018, n’a pas retenu sa candidature et a proposé une nouvelle nomination de C. B. et J. H. qui ont été nommés au grade de capitaine de corvette par l’arrêté royal n° 2.342 du 29 juin 2018, ce avec effet au 26 décembre 2013 et 26 mars 2014, nominations qu’il conteste dans l’affaire A. 226.413/VIII-10.969. Il observe que le « comité d’avancement 2018 » a retenu sa candidature et que, par un courrier du 15 octobre 2018, il a demandé au ministre que sa nomination prenne effet en 2013 ou à défaut en 2014. Or, il constate qu’en décembre 2018, il a été nommé au grade supérieur avec effet au « 26 décembre 2018 ». Il estime qu’en fixant cette date de prise d’effet de la nomination au 26 décembre 2018, le Roi a perdu de vue que l’examen de sa candidature a été retardé pour des raisons dues à l’administration puisque, alors même que l’arrêté royal du 5 décembre 2013 modifiant l’arrêté royal du 7 avril 1959 disposait que les candidats seraient portés sur sept listes successives au lieu de cinq listes successives et était d’application immédiate dès son entrée en vigueur, son dossier d’avancement n’avait pas été présenté et examiné en 2013, 2014, 2015, 2016 et 2017. Il fait valoir que l’article 65 de la loi du 28 février 2007 reproduit la règle contenue auparavant dans l’article 45, § 2, 4° de la loi du 1^{er} mars 1958 et se référant à la jurisprudence du Conseil d’État, soutient qu’il n’y a pas de motifs pour lui refuser une nomination rétroactive. Il soutient qu’en le nommant sans effet rétroactif, le Roi a ainsi perdu de vue que l’examen de sa candidature avait été retardé pour des raisons dues à l’administration, et que l’arrêt n° XXXX a annulé les nominations alors contestées en constatant que sa candidature n’avait indûment pas été examinée en 2013 ni même en 2014 ou ultérieurement. Selon lui, l’excès de pouvoir décrit ci-dessus comporte aussi une méconnaissance des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et des articles 10 et 11 de la Constitution puisque, nonobstant l’autorité de la chose

jugée de l'arrêt d'annulation n° XXXX et sa demande ultérieure explicite d'être nommé avec effet rétroactif, le Roi a également omis de motiver formellement pourquoi Il fixait la date de prise d'effet de la nomination au 26 décembre 2018 et non au 26 décembre 2013, (ou à défaut en 2014), alors même qu'Il n'ignorait ni l'arrêt n° 241.001, ni l'obligation corrélative de reconstituer la carrière du requérant comme si les irrégularités constatées ne s'étaient pas produites. Sous peine de méconnaître le principe d'égalité, le requérant estime aussi que le Roi ne saurait par ailleurs pas fixer la date de prise d'effet contestée à l'instar de tous les autres candidats nommés en décembre 2018. Il fait état de diverses nominations avec effet rétroactif intervenues par le passé, notamment celles de C. B. et J. H. qui sont nommés par l'arrêté royal n° 2342 du 29 juin 2018 respectivement au 26 décembre 2013 et au 26 mars 2014.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse rappelle que selon l'article 107 de la Constitution, le Roi confère les grades dans l'armée et que l'article 8 de l'arrêté royal du 7 avril 1959 énonce que :

« Le comité d'avancement donne son avis quant à l'aptitude des candidats à exercer l'emploi du grade supérieur.

Le mérite respectif des candidats est comparé sur base de l'avis motivé de l'officier chargé de la présentation des candidatures.

Les candidats les plus méritants sont recommandés dans le cadre du nombre maximum des places ouvertes fixé par le ministre de la Défense.

Les étapes successives dans la constitution des avis du comité d'avancement sont sanctionnées par un ou plusieurs votes.

Les délibérations du comité d'avancement sont secrètes ».

Elle ajoute que l'article 17 de l'arrêté ministériel du 31 mars 1971 'relatif à la composition et au fonctionnement des comités d'avancement' dispose :

« Les comités d'avancement sont chargés de désigner parmi les candidats examinés, ceux qu'ils jugent les plus aptes à exercer les fonctions du grade supérieur. À cette fin, les membres apprécient les aptitudes professionnelles, morales, caractérielles et physiques des candidats en vue d'estimer leur rendement dans les fonctions supérieures qui pourraient leur être confiées dans leur filière de métiers militaires, dans un organisme interfilières de métiers ou interforces, dans les quartiers généraux ou organismes nationaux et interalliés.

Les dossiers personnels et les propositions d'avancement des candidats sont tenus à la disposition des membres du comité, préalablement à la réunion de celui-ci ».

Elle explique que le fonctionnement détaillé du comité d'avancement est expliqué de manière précise aux articles 22 à 24 de l'arrêté ministériel précité du 31 mars 1971. Elle souligne que le requérant invoque l'article 65 de la loi du 28 février 2007 et elle expose que la disposition en cause est issue de l'article 45 de

la loi du 1^{er} mars 1958 (abrogée par la loi du 28 février 2007 précitée) et que l'article 46 du projet de loi relatif au statut des officiers de carrière et de réserve disposait en son paragraphe 4 que : « Le Roi peut également nommer un officier avec effet rétroactif lorsque l'examen de sa candidature n'a pas eu lieu en même temps que celui de ses contemporains pour toute raison de force majeure ou pour tout raison due à l'administration ». Elle ajoute encore que l'avis du Conseil d'État du 18 janvier 1957 sur ce projet de loi propose que la disposition en question soit rédigée de la manière suivante : « Le Roi peut également nommer un officier avec effet rétroactif lorsque l'examen de sa candidature a été retardée pour des raisons indépendantes de sa volonté » et que « La possibilité de procéder à des nominations rétroactives soulève, en ce qui concerne les nominations aux grades d'officier général ou supérieur, le problème de l'examen des candidatures. Ce problème n'est résolu par le paragraphe 3 qu'en ce qui concerne les officiers qui ont été séparés de l'armée pendant un certain temps. Une disposition analogue serait utilement prise pour l'examen des autres candidatures à des nominations rétroactives. L'article 46, § 2 et [§ 4], devrait être modifié en conséquence ». Elle rappelle que la proposition du Conseil d'État n'a pas été suivie car selon le ministre de l'époque « le texte du Conseil n'est pas très clair et qu'il donnerait lieu à des contestations sans fin ». Elle indique que l'article 65 de la loi du 28 février 2007 précité n'a pas fait l'objet de discussions particulières et reprend essentiellement les dispositions de l'ancien article 45 de la loi du 1^{er} mars 1958. Selon elle, d'une part le résultat de l'examen de la candidature du requérant par le comité 2018 ne peut être transposé au comité 2013 ou 2013bis et, d'autre part, le retard dans l'examen de sa candidature au grade de capitaine de corvette n'a pas eu d'impact sur le résultat du comité. Elle constate que, dans un arrêt n° 218.665 du 27 mars 2012, le Conseil d'État a considéré que « les candidats qui se présentent à chaque promotion diffèrent et aucun candidat ne peut prétendre conserver, d'une candidature à l'autre, la même appréciation sur chacun de ses mérites, tant cette appréciation peut varier dans le temps et en fonction de la valeur des candidats en présence » et qu'il a ainsi reconnu la spécificité propre des différents comités et la possibilité qu'il existe une différence de classement des candidats entre comités. Elle observe que la spécificité propre des différents comités et le risque qu'il existe une variation du niveau des candidats aux différents comités ont d'ailleurs poussé le législateur d'après-guerre à modifier la procédure de promotion au sein de l'armée puisque, préalablement à la modification introduite par l'arrêté royal du 7 avril 1959, le candidat au grade d'officier supérieur ne pouvait être repris que sur une liste à l'avancement, ce qui signifiait qu'il ne disposait que d'une chance de promotion issue d'un examen unique par un comité. Elle indique que la possibilité d'être porté sur trois listes successives en vue de l'avancement (être examiné par trois comités successifs) a été introduite par l'article 10 de l'arrêté royal du 7 avril 1959 précité et que la possibilité limitée d'être inscrit

successivement sur une liste pour l'avancement avait pour but, d'une part, de maintenir constant l'âge moyen pour la nomination aux différents grades, et d'autre part, de donner aux promotions successives des chances d'avancement comparables. Elle ajoute que cette disposition consacre le principe selon lequel seuls les officiers les plus capables accèdent aux emplois supérieurs de la hiérarchie et que le choix des meilleurs candidats est le principe de base mais le système de listes successives de candidats peut présenter l'inconvénient de faire varier la qualité moyenne de ces différentes listes, c'est pourquoi la réinscription de bons candidats qui n'ont pu obtenir de promotion a été autorisée. Elle poursuit en indiquant que si le requérant a été proposé favorablement à l'avancement par le comité 2018 lors de sa septième présentation, il ne peut être raisonnablement affirmé qu'il aurait été retenu par le comité 2013 puisqu'il n'existe en effet pas de comparaison possible entre les candidats repris sur la liste à l'avancement en 2013 et ceux repris sur la liste à l'avancement en 2018, la valeur moyenne de candidats n'étant pas transposable d'un comité à l'autre. En tout état de cause, elle expose que le grief du requérant selon lequel elle a persisté dans le refus d'examiner la candidature de celui-ci pour le grade supérieur, que ce soit en 2013, 2014, 2015, 2016 ou 2017 n'a pas lieu d'être puisque :

- en ce qui concerne le comité 2013, à la suite de l'arrêt n°XXXX du 18 mars 2018, un comité 2013*bis* a bien été organisé et qu'à l'issue de ce comité, le requérant, n'ayant pas été proposé favorablement, n'a pas été nommé au grade supérieur;
- aucun comité d'avancement n'a été organisé en 2014 et 2015;
- en ce qui concerne les nominations issues des comités 2016 et 2017, elles sont devenues définitives à défaut pour le requérant de les avoir contestées et qu'il n'existe aucune certitude qu'il aurait été proposé favorablement en vue de sa nomination au grade supérieur par le comité d'avancement de 2016 ou de 2017.

Elle soutient que quoi qu'il en soit, l'hypothétique retard dans l'examen de la candidature du requérant n'a en réalité pas eu d'impact sur sa nomination au grade de capitaine de corvette car, pour les raisons précitées, il est impossible d'établir une comparaison entre les résultats de différents comités.

Dans son dernier mémoire, elle indique se rallier au rapport de l'auditeur rapporteur et confirme qu'aucune nomination d'officiers supérieurs avec effet rétroactif n'a eu lieu en 2014 et 2015.

V.2. *Appréciation*

L'article 65, § 2, de la loi du 28 février 2007 'fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées' dispose :

« § 2. Peut être nommé ou commissionné avec effet rétroactif :

[...]

5° le militaire dont la candidature n'a pas été examinée en temps voulu pour des raisons de santé ou pour des raisons dues à l'administration;

[...]

Le Roi pour les officiers et l'autorité désignée par le Roi pour les autres militaires peuvent prendre des dispositions spéciales pour la régularisation de l'avancement des militaires visés au présent paragraphe ».

Il résulte de cette disposition que le militaire dont la candidature n'a pas été examinée en temps voulu pour des raisons dues à l'administration peut être nommé rétroactivement. Même si cette disposition est exprimée sous la forme d'une faculté, ce qui laisse à l'autorité un certain pouvoir discrétionnaire, il est toutefois requis, dans un tel cas, que cette autorité examine si ce retard ne justifie pas qu'il soit fait usage de la possibilité de nommer rétroactivement le militaire qui en est victime et que celui-ci ne soit pas privé de manière discriminatoire de cette possibilité expressément prévue par le législateur. Il en est d'autant plus ainsi, lorsque, comme en l'espèce, le militaire en fait expressément la demande, même si une telle demande expresse n'est pas requise.

En l'espèce, il résulte de l'arrêt n° XXXX du 13 mars 2018 que c'est en méconnaissance de l'article 6, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 7 avril 1959, tel que modifié par l'arrêté royal du 5 décembre 2013, que la candidature du requérant n'a pas été prise en considération lors de l'adoption des actes annulés par cet arrêt. Selon ce dernier, il résultait de cette modification que la candidature du requérant, qui avait déjà été examinée cinq fois (en 2008, 2009, 2010, 2011 et 2012), pouvait être encore prise en considération à deux reprises. On se trouve donc bien dans une hypothèse où c'est en raison d'une erreur imputable à l'administration que la candidature n'a pas été examinée en temps voulu, à savoir lors de la procédure d'examen des candidatures qui a amené à l'adoption des actes annulés par l'arrêt n° 241.001, mais seulement lors de la procédure qui a été entamée pour la réfection de ces actes annulés, laquelle procédure a conduit aux actes attaqués dans le recours A. 226.413/VIII-10.969, adoptés le 29 juin 2018. Il est indifférent à cet égard que le candidat n'ait pas été nommé lors de cette procédure, mais bien lors de la procédure suivante. Il suffit en effet de constater que le retard dans l'examen de la candidature du requérant est dû à l'administration qui a omis de la prendre en considération alors qu'elle aurait dû le faire en 2013, ainsi que lors de la procédure d'avancement subséquente.

Dès lors qu'étaient réunies les conditions pour que le Roi fasse usage de la faculté que Lui offre l'article 65, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 28 février 2007 pour qu'Il nomme le requérant avec effet rétroactif, Il Lui appartenait d'examiner s'il se justifiait en l'espèce de faire usage de cette faculté, en nommant le requérant au grade de capitaine de corvette, avec un effet rétroactif qui tienne compte du retard que l'erreur de l'administration a causé pour l'examen de sa candidature et, dans le cas contraire, d'exposer les motifs exacts, pertinents et légalement admissibles pour lesquels Il renonçait à faire usage de cette faculté. Cette justification s'imposait d'autant plus que d'une part, le requérant en avait expressément fait la demande, et que, d'autre part, le Roi a précisément fait usage de cette faculté en faveur des bénéficiaires des actes attaqués dans le recours A. 226.413/VIII-10.969.

Le moyen unique dans l'affaire A. 227.388/VIII-11.078 est en conséquence fondé.

VI. Recevabilité du recours A. 226.413/VIII-10.969

VI.1. Thèses des parties

Dans son mémoire en réponse, s'agissant du deuxième acte attaqué (refus de nommer le requérant au grade de capitaine de corvette), la partie adverse rappelle qu'il est de jurisprudence constante que le recours dirigé contre un refus implicite de nommer l'agent requérant est irrecevable, lorsque celui-ci ne peut faire valoir aucun droit de priorité à la nomination litigieuse, ce qui est le cas en l'espèce. À l'égard du troisième acte attaqué (refus d'augmenter d'une unité le nombre de places vacantes), la partie adverse souligne que les procédures de promotion dans les Forces armées sont des opérations complexes dans lesquelles plusieurs actes sont adoptés successivement pour aboutir à la nomination dans le grade supérieur. Elle expose que tous les actes accomplis lors de ces phases préparatoires ne sont cependant pas tous susceptibles de recours devant le Conseil d'État et que c'est le cas notamment de l'ouverture de places qui doit être considéré comme un acte préparatoire. Elle se réfère à cet égard à l'arrêt n° 76.831 du 10 novembre 1998. Elle ajoute que, selon l'article 35, dernier alinéa, de la loi du 28 février 2007, les grades ne peuvent être conférés qu'à concurrence du nombre d'emplois correspondants, que suivant l'article 8, alinéa 3, de l'arrêté royal du 7 avril 1959, les candidats les plus méritants sont recommandés dans le cadre du nombre maximum des places ouvertes fixé par le ministre de la Défense et que le Conseil d'État ne peut connaître que de l'acte qui modifie l'ordonnancement juridique de manière certaine et qui est de nature à faire grief. Or, elle constate que la contestation relative à une décision préparatoire ne peut être admise que pour autant que l'acte en question emporte des

effets définitifs et qu'il cause directement grief et lèse de manière définitive le requérant. Selon elle, tel n'est cependant pas le cas de la décision d'ouverture de deux places vacantes dans le cadre du comité d'avancement capitaine de corvette 2013*bis* puisque tant le comité d'avancement que le Roi étaient libres d'attribuer les places disponibles aux candidats les plus méritants. Dès lors, elle estime que l'ouverture de deux places pour trois candidats ne produit pas, par elle-même, des effets de droit susceptibles de faire immédiatement grief au requérant. En ce qui concerne la recevabilité à l'égard du quatrième acte attaqué (avis du comité d'avancement), elle expose que les avis des comités d'avancement sont des actes préparatoires non susceptibles de recours, parce qu'ils ne lient ni le ministre ni le Roi. Elle rappelle que le Conseil d'État ne peut connaître que de l'acte qui modifie l'ordonnancement juridique de manière certaine et qui est de nature à faire grief. Selon elle, tel n'est cependant pas le cas de la décision d'ouverture de deux places vacantes dans le cadre du comité d'avancement capitaine de corvette 2013*bis* puisque tant le comité d'avancement que le Roi étaient libres d'attribuer les places disponibles aux candidats les plus méritants.

Dans son mémoire en réplique, le requérant étend l'objet de la requête aux nouvelles nominations du capitaine de corvette C. B. et du capitaine de corvette J. H. au grade supérieur de capitaine de frégate. Il estime que cette extension est recevable puisqu'il n'avait pas connaissance de ces nouveaux actes lors de l'introduction de la requête et que le mémoire en réponse a été déposé le 20 décembre 2018 et lui a été notifié le 10 janvier 2019. Il soutient que vu l'illégalité du refus de la demande d'augmenter d'une unité le nombre de places vacantes et de la décision de maintenir ou fixer le nombre de places vacantes à deux unités, il peut d'autant plus demander l'annulation du refus de le nommer au grade de capitaine de corvette (« 2013*bis* ») puisque la partie adverse devra alors fixer le nombre de places vacantes à trois unités, étant entendu qu'il y a par hypothèse trois candidats. Il estime que son droit à la nomination est d'autant plus établi au vu des éléments particuliers du dossier et indique que l'examen de l'exception (à l'égard du deuxième acte attaqué) est lié à l'examen du fond. Il ajoute que son conseil s'est adressé au ministre par un courrier du 25 mars 2018 pour lui demander d'augmenter d'une unité les places vacantes afin de permettre au Roi de nommer les lauréats des arrêtés royaux des 21 décembre 2013 et 3 février 2014, évoqués dans l'arrêt n° XXXX, et lui-même. Selon lui, le prescrit du principe d'égalité commande aussi d'agir de la sorte sauf à considérer qu'il ne pourra en tout état de cause pas être nommé dans le grade supérieur, alors même qu'il exerce une fonction de ce grade. Il ajoute que l'exception, même à la supposer fondée, n'empêche pas le Conseil d'État d'examiner les moyens. Il estime encore que l'ouverture de places vacantes est plus qu'un simple acte préparatoire lorsque la législation dispose que les grades ne

peuvent être conférés qu'à concurrence du nombre d'emplois correspondants. À son avis, la question n'est pas de savoir si « tant le comité d'avancement que le Roi étaient libres d'attribuer les places disponibles aux candidats les plus méritants » mais de savoir si l'ouverture de trois places pour trois candidats produit des effets de droits susceptibles de faire grief. Or, il soutient que le droit à sa nomination au grade supérieur est établi si trois places vacantes avaient été ouvertes et le refus de fixer le nombre de places à trois unités est donc *in casu* un acte annulable. Selon lui, la procédure « comité d'avancement 2018 », initiée le 7 février 2018, confirme le détournement de pouvoir et l'illégalité des motifs qui ont animé et animent la partie adverse puisque rien ne permet d'expliquer que seulement deux emplois ont été attribués dans le cadre du « comité d'avancement 2013bis », initié le 29 mars 2018, alors même que la procédure « comité 2018 », aboutira à la nomination de sept capitaines de corvette dont précisément le requérant, déclaré apte et classé en ordre utile. Il estime donc que la décision de ne pas augmenter d'une unité le nombre d'emplois vacants (à la suite de l'arrêt n° XXXX), et de ne pas attribuer trois places vacantes, dans la procédure 2013bis, ne s'explique que par la volonté et le motif d'écarter toute nomination avec effet rétroactif dans son chef alors que la procédure « 2018 » établit qu'en 2018 il y avait au moins neuf places vacantes au sein de la Marine, à savoir les deux emplois attribués à C. B. et J. H. et les sept emplois, attribués aux candidats, classés en ordre utile par le « comité d'avancement 2018 ». Il estime ensuite que c'est à tort que la partie adverse estime que le recours est irrecevable en ce qu'il est dirigé contre les décisions du comité d'avancement 2013bis. Il indique que la nouvelle procédure tend précisément à renommer sans plus les deux personnes dont la nomination a été annulée par l'arrêt n° XXXX comme il l'avait dénoncé dans son courrier du 29 mars 2018. Il souligne que la décision de HRB-Eval s'explique par une confusion, résultant de l'idée inexacte que la compétence de nommer au grade supérieur avec effet rétroactif pour des raisons dues à l'administration permet, voire oblige de ne prendre en considération que l'évaluation relative à la date (ou la période) à laquelle rétroagira l'arrêté de nomination. Or, il soutient que la compétence de conférer un effet rétroactif à une nomination n'exonère pas le Roi de l'obligation de statuer en tenant compte de la nouvelle législation et sur la base d'un dossier, établi en 2018, en fonction des données actuelles. Il observe encore que la partie adverse elle-même a indiqué qu'un recours contre l'avis du comité d'avancement était ouvert auprès du Conseil d'État. Il expose finalement qu'une nomination au grade supérieur « Comité 2018 » sans effet rétroactif au 26 décembre 2013 ou 26 décembre 2014 n'a pas d'incidence sur l'intérêt à contester les nominations « Comité 2013bis », accordées à C. B. et J. H. avec effet au 26 décembre 2013 et 26 mars 2014.

Dans son dernier mémoire, il soutient que la question de savoir si le ministre avait, ou pas, une obligation de fixer le nombre de places vacantes à trois unités est sans incidence sur l'examen des moyens, car il peut soulever à titre de moyen et grief le fait que le ministre a illégalement fixé le nombre de places vacantes à deux unités, quand même n'y aurait-il pas une obligation liée de fixer ce nombre à trois unités. Il évoque ensuite l'exception soulevée par la partie adverse dans son dernier mémoire et résultant de sa nomination par l'acte attaqué dans le recours A. 227.388/VIII-11.078. Il soutient que le devoir de loyauté procédurale imposait que cette exception soit évoquée dans le mémoire en réponse, même si elle relève de l'ordre public. Il invoque aussi l'arrêt *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme et soutient que l'accueil de l'exception aurait pour effet que la condition de l'intérêt serait appliquée de manière excessivement restrictive ou formaliste. En effet, selon lui, la partie adverse dénie son intérêt actuel au motif qu'il a obtenu gain de cause à la suite de sa nomination de capitaine de corvette par l'acte attaqué dans le recours A. 227.388/VIII-11.078, et ce quand bien même les lauréats de la procédure « 2013bis » ont, eux, été nommés au grade de capitaine de corvette avec effet en 2013 et 2014 et il a explicitement demandé, le 15 octobre 2018, de le nommer au grade de capitaine de corvette avec effet en 2013 ou 2014. Après avoir ensuite rappelé le point B.6. de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 122/2012 du 18 octobre 2012 quant au droit à une exécution effective des décisions de justice, et l'examen fait par l'auditeur rapporteur quant à l'influence de sa nomination intervenue comme capitaine de corvette sur la recevabilité du recours présentement examinée, auquel il se rallie, il soutient que c'est erronément que la partie adverse affirme que l'on ne se trouverait pas dans un cas où la reconstitution de sa carrière serait possible, alors qu'une telle reconstitution de carrière a bien été faite en faveur des bénéficiaires du premier acte attaqué. Il estime que c'est erronément que la partie adverse lit dans la réglementation relative aux comités d'avancement une restriction qui s'oppose à sa participation à la procédure menant à la réfection des actes qui seraient annulés, pour le motif qu'il serait déjà revêtu du grade de capitaine de corvette, nommé avec effet au 26 décembre 2018. Il allègue que l'empêcher de participer à un comité d'avancement 2013ter qui devrait être organisé pour la réfection des actes attaqués pour le motif qu'il aurait déjà été nommé au grade convoité lui dénierait son droit d'accès à un juge. Il soutient qu'il répond aux conditions pour participer à ce comité d'avancement et qu'il poursuit ainsi une nomination avec l'effet rétroactif qui a été accordé aux bénéficiaires des actes attaqués sans qu'ils l'aient demandé.

VI.2. *Appréciation*

L'intérêt d'un agent à poursuivre en annulation la promotion d'un ou plusieurs collègues consiste, en principe et sauf dans l'hypothèse où il peut faire valoir un droit à être promu, à retrouver une chance d'obtenir lui-même cette promotion. S'il obtient effectivement cette promotion en cours d'instance, l'annulation de la promotion de son ou de ses collègues ne peut plus lui procurer aucun avantage, sauf dans l'hypothèse où cette annulation pourrait aboutir à lui accorder par rapport à ses concurrents un avantage en termes d'ancienneté de grade, avantage pouvant s'avérer déterminant pour des promotions ultérieures.

En principe, les promotions s'opèrent sans effet rétroactif, en vertu du principe général de droit, de nature législative, de non-rétroactivité des actes administratifs. Dans le cas des militaires, toutefois, l'article 65, § 2, de la loi du 28 février 2007 'fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées' prévoit expressément que les nominations peuvent s'opérer avec effet rétroactif, notamment lorsque la candidature du militaire n'a pas été examinée en temps voulu par l'administration. L'intérêt de la nomination avec effet rétroactif est, notamment, de permettre au militaire d'obtenir plus rapidement l'ancienneté qui est requise pour une promotion au grade supérieur.

En l'espèce, le requérant ne conteste pas que les militaires bénéficiaires du premier acte attaqué remplissaient tout comme lui les conditions pour être nommés capitaines de corvette, ni que ces nominations aient opéré avec effet rétroactif. Il conteste seulement le fait que seuls deux emplois ont été ouverts lors de l'examen par le comité d'avancement « 2013bis », la manière dont a été effectuée la comparaison des titres et mérites et le fait qu'il n'a pas ainsi bénéficié de la rétroactivité de sa promotion dont ont bénéficié ses concurrents C. B. et J. H.

S'agissant de ce dernier aspect, rien ne s'opposait, ainsi que cela a été mis en évidence lors de l'examen du moyen unique dans l'affaire A. 227.388/VIII-11.078, à ce que la nomination dont a bénéficié le requérant en vertu de l'acte attaqué dans ce recours lui soit également accordée et c'est illégalement que cette rétroactivité lui a été refusée sans aucune motivation formelle. En revanche, la rétroactivité dont ont bénéficié C. B. et J. H. n'est pas en tant que telle critiquée par le requérant, puisqu'il la réclame pour lui-même, et n'apparaît pas critiquable puisque si les premières nominations comme capitaines de corvette de C. B. et J. H. intervenues respectivement le 26 décembre 2013 et le 26 mars 2014, ont été annulées par l'arrêt n° XXXX du 13 mars 2018, c'est pour une raison indépendante de la volonté de ces candidats et en raison d'un erreur de l'administration, qui n'a

pas pris en considération la candidature du requérant. Par conséquent, si le premier acte attaqué dans le présent recours devait être annulé, rien ne s'opposerait à ce que le Roi, s'il devait nommer à nouveau C. B. et J. H. comme capitaines de corvette, donne effet à ces nominations, à nouveau et par identité de motifs, aux dates respectivement des 26 décembre 2013 et 26 mars 2014, soit la date des prises d'effet respectives des nominations résultant du premier acte annulé. En outre, le requérant ne pourrait venir concurrencer C. B. et J. H. pour ces nouvelles nominations de capitaine de corvette, puisqu'étant lui-même déjà capitaine de corvette, sa candidature ne peut être plus prise en considération pour une « procédure d'avancement » à ce grade.

Enfin, il convient de relever également que si l'ancienneté de grade – quatre ans (article 21, alinéa 1^{er}, 5^o, de l'arrêté royal du 7 avril 1959 'relatif à la position et à l'avancement des officiers de carrière) – est une des conditions pour l'accès au grade immédiatement supérieur de capitaine de frégate, elle n'accorde aucune priorité à celui qui bénéficie de l'ancienneté la plus élevée.

Par conséquent, l'annulation du premier acte attaqué ne procurerait aucun avantage au requérant. L'avantage qu'il recherche encore, maintenant qu'il a été nommé au grade convoité, est de bénéficier d'une ancienneté plus grande dans ce grade. Cet avantage, il peut l'obtenir lors de la réfection de l'acte attaqué dans le recours A. 227.388/VIII-11.078 et l'annulation du premier acte attaqué dans le recours A. 226.413/VIII-10.969 n'aura à cet égard aucune influence.

La circonstance que le requérant demande, dans son mémoire en réplique, l'extension de son recours aux nouvelles nominations de C. B. et de J. H. comme capitaines de frégate, ne modifie pas l'analyse de l'inexistence de l'intérêt du requérant à son recours dans l'affaire A. 226.413/VIII-10.969. Tout d'abord, il y a lieu de constater que seul C. B. a effectivement été nommé comme capitaine de frégate et le requérant ne démontre pas que cette nomination le prive de la possibilité d'être également nommé à ce grade. Ensuite, comme il vient d'être relevé, dès lors que le requérant ne peut plus être candidat pour l'octroi d'un grade dont il est déjà titulaire, la réfection du premier acte attaqué qui serait effectuée à la suite de son annulation ne pourrait légalement aboutir qu'à la nomination rétroactive de C. B. au grade de capitaine de corvette, de telle sorte que la nomination de C. B. au grade de capitaine de frégate n'apparaîtra pas comme affectée d'un vice de légalité tenant à ce que ce serait irrégulièrement qu'il aurait été considéré comme titulaire du grade de capitaine de corvette. Dès lors que le requérant ne fait pas valoir d'autre vice de légalité propre à l'acte pour lequel il demande l'extension de l'objet de son recours, cette demande d'extension du recours ne peut être accueillie.

En ce qui concerne les troisième et quatrième actes attaqués, il s'agit exclusivement d'actes préparatoires au premier acte attaqué et qui n'ont pas fait directement grief au requérant. Ils ne constituent donc en tout état de cause pas des actes susceptibles de recours.

S'agissant du refus de nommer le requérant au grade de capitaine de corvette, deuxième acte attaqué, le requérant n'était pas *ab initio*, recevable à en poursuivre l'annulation dès lors qu'il ne pouvait se prévaloir d'aucune disposition légale ou réglementaire qui aurait créé à son profit un droit ou une priorité à la promotion au grade de capitaine de corvette. En outre, ayant été nommé à ce grade en cours d'instance, le recours est devenu dépourvu d'objet à cet égard.

Le recours dans l'affaire A. 226.413/VIII-10.969 est irrecevable.

VII. Indemnité de procédure

Dans l'affaire A. 227.388/VIII-11.078, la partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

VIII. Dépersonnalisation

Dans ses écrits de procédure, le requérant sollicite la dépersonnalisation de l'arrêt à intervenir.

Selon l'article 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission du Conseil d'État, toute personne physique partie à un litige porté devant le Conseil d'État peut requérir dans la requête et, le cas échéant, jusqu'à la clôture des débats que, lors de la publication de l'arrêt ou de l'ordonnance, l'identité des personnes physiques ne soit pas mentionnée.

Rien ne s'oppose à cette demande.

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

Article 1^{er}.

Les affaires portant les numéros A. 226.413/VIII-10.969 et A. 227.388/VIII-11.078 sont jointes.

Article 2.

L'arrêté royal n° 2568 du 6 décembre 2018 nommant XXXX au grade de capitaine de corvette, est annulé en tant qu'il fixe la date de cette nomination au 26 décembre 2018.

Article 3.

La requête dans l'affaire A. 226.413/VIII-10.969 est rejetée.

Article 4.

Le présent arrêt sera publié par extrait au *Moniteur belge* dans les mêmes formes que l'arrêté partiellement annulé.

Article 5.

Lors de la publication du présent arrêt, l'identité de la partie requérante ne sera pas mentionnée.

Article 6.

Dans l'affaire A. 226.413/VIII-10.969, la partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Dans l'affaire A. 227.388/VIII-11.078, la partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le
1^{er} décembre 2020, par :

Luc Detroux,
Florence Van Hove,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Luc Detroux