

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 75.273 du 16 juillet 1998

A.77.712/VIII-787

En cause : **ROBERT** François-Xavier,
ayant élu domicile chez
Me Philippe VANDE CASTEELE, avocat,
Drève des Renards 6/8
1180 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense nationale.

LE PRESIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE DES REFERES,

Vu la demande introduite le 3 mars 1998 par
François-Xavier ROBERT, qui tend à la suspension de l'exé-
cution :

- "1° (de) l'arrêté royal n° 1730 du 19 décembre 1997 nommant les majors, appartenant aux corps de la Force terrestre (infanterie, troupes blindées, artillerie, génie, logistique, troupes de transmissions, aviation légère) au grade supérieur de lieutenant-colonel, ces nominations ayant lieu à la suite du comité d'avancement, tenu en octobre 1997;
- 2° (de) la décision ministérielle attribuant le nombre maximum d'emploi lors de l'examen en comité et à concurrence duquel s'opère la recommandation et la nomination au grade supérieur de lieutenant-colonel;
- 3° des actes du comité d'avancement pour le corps de la logistique et le comité intercorps pour tous les corps de la force terrestre, les deux comités siégeant en octobre 1997 pour examiner les candidatures pour le grade supérieur de lieutenant-colonel, classant les

candidats en ordre utile et les recommandant pour la nomination;

4° (du) refus du ministre de présenter la candidature du requérant pour la nomination au grade supérieur de lieutenant-colonel";

Vu la requête introduite simultanément par le même requérant, qui demande l'annulation du même acte;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Vu le rapport de M. HERBIGNAT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 15 juin 1998 fixant l'affaire à l'audience du 24 juin 1998;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

Entendu, en son rapport, M. GEUS, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me WERY, loco Me VANDE CASTEELE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et le major GERITS, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. HERBIGNAT, auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que le requérant est major, breveté administrateur militaire, depuis le 26 décembre 1991, et est actuellement affecté à l'état-major général; qu'en 1995 et 1996, le comité d'avancement ne l'a pas retenu

pour la promotion au grade de lieutenant-colonel; que, par une note du 2 novembre 1997, il a été informé que le comité d'avancement n'avait pas retenu sa candidature;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que le requérant expose comme suit le préjudice grave difficilement réparable que provoquerait l'exécution immédiate des actes contestés :

" 1.a La structure et le système hiérarchique des Forces armées emportent que les fonctions exercées sont étroitement liées au grade. Le port du grade supérieur donne lieu à l'exercice de fonctions à plus haute responsabilité et, par voie de conséquence, à une bonification financière; rien n'indique qu'il en serait autrement dans le présent dossier.

1.b On constatera également que les notes de signalement et les diverses délibérations des comités d'avancement - voire même les décisions de nomination - prennent en considération les prestations concrètes, effectuées par les candidats.

1.c En cas de promotion illicite d'autres candidats, l'officier lésé (dont la candidature a été déconseillée ou refusée) est illégalement privé de la possibilité d'acquérir une expérience utile dans l'exercice du grade de niveau supérieur. Le préjudice ainsi éprouvé est d'autant plus grave que les concurrents acquièrent une expérience utile dans ce grade supérieur et que le requérant est maintenu dans le grade inférieur.

Jugé que, à l'exclusion des fonctions de magistrats, il existe même une présomption d'un tel préjudice, laquelle revient à privilégier la réalité (R.v.St., n° 35.653, Bloch, 11 octobre 1992) :

"zo in ambtenarenzaken kan worden aangenomen dat de vernietiging van een oonwettige benoeming of bevordering meestal niet het voordeel dote verdwijnen dat de benoemde of bevorderde ambtenaar ontleent aan de ervaring die hij tijdens de duur van de procedure tot

nietigverklaring opgedaan heeft in de uitoefening van het bewuste ambt, dergelijk vermoeden (...) nochthans niet kan worden aangenomen in verband met gerechte-lijke ambten".

2.a Un tel préjudice ne peut pas être réparé adéquatement et entièrement par un éventuel arrêt d'annulation, si celui-ci n'était pas précédé par un arrêt de suspension. En cas de réfection de l'acte, le requérant restera lésé pendant la nouvelle procédure de nomination par rapport aux concurrents, qui - de facto - ont exercé les fonctions liées au grade supérieur. Leur expérience illégalement acquise est - de facto - prise en considération en cas de réfection des actes annulés.

2.b Après chaque arrêt d'annulation, la partie adverse relève d'ailleurs dans sa correspondance interne qu'il est de facto impossible de revenir sur l'expérience illégalement acquise.

2.c L'arrêt VAN DYCK est révélateur de cet état des choses. Les notes JSP-s/J n° 1209 et 1378 du 2 novembre 1995 indiquent ainsi clairement que - de facto - la partie adverse ne peut qu'empêcher l'exercice de fonctions supérieures avec effet ex nunc - l'effet ex tunc n'étant donc qu'une fiction juridique - :

"Het is betrokkene vanaf heden niet toegelaten nog handelingen te stellen die rechtstreeks of onrechtstreeks gekoppeld zijn aan de graad die hij bezat voor de uitspraak (...)".

La note JSB-AFA 109 du 28 février 1995, adressée au colonel d'aviation BEM PARDOEN (concurrent du sieur VAN DYCK) indique tout aussi clairement que "les sommes qui vous ont été payées restent acquises, étant donné que vous avez effectué des prestations dans le grade de colonel durant cette période (...)"

2.d Ainsi, même l'état-major des forces armées admet donc qu'il est impossible de revenir - à tout le moins de facto - sur la situation illégalement établie depuis la nomination illicite jusqu'à l'arrêt d'annulation. Le bénéfice des prestations antérieures à l'éventuel arrêt en annulation reste donc acquis en faveur des candidats, dont la nomination est annulée et au détriment du requérant, privé de l'acquisition d'une telle expérience. Le Conseil d'Etat a retenu cette analyse dans la requête du major BAM Iur VAN DEN NOORTGAETE (Arrêt nr. 34.815 du 26 avril 1990); dans la requête X-6.429 (en cause M. CORYN), la partie adverse s'est rangée à la sagesse du Conseil d'Etat quant à l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable.

2.e Enfin, on observera que le préjudice grave subi l'est de façon illégale; le caractère des moyens le démontre. "La gravité et le caractère difficilement

réparable d'un préjudice peuvent être déterminés en partie par la nature des illégalités dont la partie requérante se déclare être la victime" (n° 39.488 du 26 mai 1992). "La gravité et le caractère difficilement réparable du préjudice invoqué par le demandeur en suspension peuvent notamment être déterminés par la nature des irrégularités dont il se déclare la victime. Il ne se justifie pas que les effets préjudiciables pour le requérant d'une situation juridique puissent se faire sentir durant des années alors que cette situation procède d'un acte d'autorité pour lequel l'on recherche en vain un semblant de fondement juridique" (n° 41.871 du 2 février 1993).

3. La suspension de l'exécution des décisions litigieuses a pour effet de mettre fin - avec effet ex nunc - à la réalisation continue d'un tel préjudice grave.

4.a Il importe par ailleurs de prendre en considération la réalisation d'un autre préjudice grave difficilement réparable, lié à la perte de la possibilité de demander l'interruption de carrière (régime temporaire) (RTEIC (T)) en temps utile à défaut d'arrêt de suspension.

4.b Le requérant peut solliciter le bénéfice des mesures spéciales d'interruption de carrière jusqu'à la date du 24 août 2000. Ces mesures sont consacrées par l'A.R. du 24 juillet 1997 instaurant le régime volontaire de travail de la semaine de quatre jours et le régime de départ anticipé à mi-temps pour certains militaires et modifiant le statut des militaires en vue d'instaurer le retrait d'emploi par interruption de carrière (M.B., 15 août 1997).

4.c Si le requérant demande à ce jour le bénéfice d'un RTEIC (T) en attendant l'issue normale de procédure en annulation, il en résulte deux conséquences graves :

- d'une part, le requérant risque de perdre son intérêt dans la présente cause et donc toute chance de promotion;
- d'autre part, le fait d'avoir sollicité le bénéfice d'un retrait d'emploi temporaire de longue durée (jusqu'à 9 ans) a pour conséquence qu'en cas de réfection de l'acte annulé, le requérant sera (à tout le moins de facto) défavorisé. On ne peut pas nier que sa candidature risque d'être défavorablement évalué par le nouveau comité d'avancement et par les Roi et ministre, au motif évident qu'on ne va tout de même pas promouvoir ex tunc un officier, qui entre-temps a sollicité son dégageant.

Si par contre le requérant attend un arrêt en annulation selon la procédure ordinaire avant de solliciter le bénéfice d'un RTEIC(T) - ceci afin de (ne) pas hypothé-

quer les chances d'une réfection favorable de l'acte à annuler -, il risque sérieusement de se trouver en dehors des délais pour demander le bénéfice des dispositions de l'A.R. du 24 juillet 1997 qui instaure ce régime temporaire. Ceci est d'autant plus vrai que le délai d'introduction des demandes pourrait être raccourci en fonction du succès des mesures de dégagement et que le ministre a communiqué qu'il ne placerait pas des officiers en disponibilité obligatoire (La Libre Belgique, 24 janvier 1998, succès du plan ministériel ?).

4.d La circonstance qu'une RTEIC(T) pourrait être obtenue produit donc des effets similaires à l'admission à la pension ou à l'éméritat. Jugé à cet égard que "le préjudice grave difficilement réparable que causerait l'exécution de l'acte critiqué doit être apprécié en tenant compte de toutes les circonstances de la cause. En l'espèce, en raison de la proximité de l'admission du requérant à la pension, seule la suspension de l'exécution de l'acte critiqué pourra lui éviter le préjudice grave et irréparable causé par cet acte" (C.E., n° 46.106 et 46.107 du 15 février 1994);

Considérant qu'en cas d'annulation des promotions attaquées, lors de la réfection de la procédure, la partie adverse ne pourrait légalement tenir compte de l'expérience acquise par des candidats dans un grade auquel ils auraient été nommés irrégulièrement; que la validité des actes accomplis en cette qualité est garantie par la théorie du fonctionnaire de fait et l'absence de récupération de la différence de salaire n'est que l'application de la règle du service fait; que les illégalités dénoncées par le requérant ne sont pas de celles que le Conseil d'Etat a jugées à ce point graves qu'elles déterminent la gravité du préjudice subi par celui qui déclare en être victime; que le risque que le requérant ne puisse plus demander l'interruption de carrière ne constitue pas un préjudice grave; que les conséquences qui résulteraient du libre choix du requérant de bénéficier de l'interruption de carrière ne sont pas dues à l'exécution des actes attaqués; que le risque de préjudice grave difficilement réparable n'est pas établi;

Considérant qu'une des conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de

l'exécution de l'acte attaqué fait défaut; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique,
le seize juillet 1900 nonante-huit par :

M. GEUS président de chambre,
M^{me} HONDERMARCQ, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M-Cl. HONDERMARCQ.

J.-Cl. GEUS.