

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ARRÊT

n° 220.466 du 17 août 2012

A. 196.378/XI-18.785

En cause : **HARLEZ** Claude,
ayant élu domicile
rue de Lisbonne 12
1060 Bruxelles,

contre :

la Cour des comptes,
ayant élu domicile chez
Me E. GILLET, P. SLEGERS et A.-S. RENSON, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 30 octobre 2010 par Claude HARLEZ qui demande l'annulation de «la décision prise le 3 mars 2010 par l'Assemblée générale de la Cour des comptes, par laquelle [Messieurs] Paul COGNET et Bernard VANDER STRAETEN, premiers auditeurs, sont promus au grade de premier auditeur-réviseur pour une période de deux ans à partir du 1^{er} septembre 2004»;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique;

Vu le rapport, déposé le 31 janvier 2012, notifié aux parties, de Mme Cl. MERTES, auditeur au Conseil d'État, rédigé sur la base de l'article 12 du règlement de procédure;

Vu les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 22 mars 2012, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 19 avril 2012 à 9 heures 30;

Entendu, en son rapport, M^{me} C. DEBROUX, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, Me M. DETRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me B. DE BEYS, loco Me E. GILLET, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M^{me} Cl. MERTES, auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 195.924 du 10 septembre 2009 qui a annulé «la décision, prise le 23 juin 2004, par l'Assemblée générale de la Cour des comptes, par laquelle P. COGNET et B. VANDER STRAETEN, premiers auditeurs, sont promus au grade de premier auditeur-réviseur avec effet au 1^{er} septembre 2004»; que l'acte attaqué du 3 mars 2010, qui procède à la réfection de la décision ainsi annulée et par lequel l'Assemblée générale de la Cour des comptes se rallie à la proposition émise par la chambre française de la Cour des comptes et en adopte la motivation, décide de promouvoir MM. Paul COGNET et Bernard VANDER STRAETEN, au grade de premier auditeur-réviseur pour deux ans avec effet au 1^{er} septembre 2004, considérant, quant à la prise d'effet, «qu'il y a lieu de prendre une décision rétroactive avec effets au 1^{er} septembre 2004 afin de garantir la sécurité juridique quant aux actes juridiques posés par les intéressés et à éviter une situation préjudiciable à ces derniers»; qu'ensuite, le 9 mars 2010, la chambre française de la Cour fait siennes les propositions de M. le Greffier de proposer la nomination définitive de MM. COGNET et VANDER STRAETEN au grade de premier auditeur-réviseur avec effet au 1^{er} septembre 2006 et que le 10 mars 2010, l'Assemblée générale décide de se rallier à ces propositions; que ces nominations définitives font l'objet de recours en annulation introduits par la requérante et pendants sous les numéros de rôle A. 196.379/VIII-7305 et A. 196.374/VIII-7301;

Considérant qu'en cours de délibéré, par un courrier du 4 mai 2012, la partie adverse a signalé au Conseil d'État «que Monsieur Cognet, Premier auditeur-réviseur à la Cour des comptes, est pensionné depuis le 1^{er} mai 2012» et qu'elle en déduit que la requérante a perdu tout intérêt au recours en tant qu'il est dirigé contre

la nomination de celui-ci; qu'il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre aux parties d'en débattre;

Considérant que la requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de l'application fausse, inexacte et abusive de l'article 45 du statut du personnel de la Cour des comptes, de la violation des principes généraux du droit et principalement du principe de bonne administration et d'équitable procédure ainsi que du principe du raisonnable, du principe de non-rétroactivité, des principes généraux d'égalité et de non-discrimination dans l'accès aux emplois publics consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, de la motivation interne fausse, inexacte et abusive et de l'excès de pouvoir; qu'elle estime que la rétroactivité de la décision attaquée rend impossible l'exécution de l'article 45 du statut du personnel précité, par l'accomplissement d'une réelle période de stage mais consacre une régularisation *pro forma* d'une situation acquise; qu'elle rappelle que l'acte attaqué est adopté sur la base de l'article 45, alinéa 3, du statut qui confère à la nomination un caractère provisoire portant sur une période de deux ans et qu'à l'issue de cette période, la partie adverse a le pouvoir de nommer définitivement l'agent, de proroger la durée de la période provisoire ou de replacer l'agent dans son grade antérieur; qu'elle affirme qu'en donnant effet à l'acte attaqué au 1^{er} septembre 2004, la partie adverse rend impossible l'accomplissement de cette période de stage ou d'essai puisque la période 2004-2006 est passée et ne saurait être refaite et que l'autorité ne saurait donc réellement exercer son pouvoir d'appréciation sur la manière de servir de l'agent, puisqu'*in fine*, en conséquence de la rétroactivité attachée à l'acte attaqué, aucune autre décision que la nomination définitive ne peut être prise;

Considérant que la partie adverse répond que l'annulation de la décision de nomination provisoire du 23 juin 2004 a fait resurgir le besoin qui existait à ce moment et l'a remplacée dans la situation qui était la sienne avant la décision annulée, c'est-à-dire dans le cadre d'une vacance de poste de premier auditeur-réviseur, que, dans ces circonstances, elle a décidé de procéder à la réfection de l'acte en se fondant sur la comparaison des titres et mérites qu'elle avait été effectuée en 2004 mais en l'appuyant, cette fois, sur une motivation complète et adéquate, et qu'il n'y a donc pas eu de nouvelle comparaison des titres et mérites; qu'elle expose que le Conseil d'État admet la réfection rétroactive d'un acte pour autant que l'acte eût pu être régulièrement établi en son temps, ne porte pas atteinte aux droits de quiconque et réponde à une nécessité bien établie, et qu'en l'espèce, la réfection de l'acte, celui-ci fût-il pour une durée de deux ans seulement, satisfait à ces trois conditions; qu'elle ajoute que la nomination provisoire avec effet rétroactif s'avérait nécessaire en vue de restaurer la légalité, de garantir la sécurité juridique quant aux actes juridiques posés par les intéressés et d'éviter une situation préjudiciable à ces derniers; qu'elle

rappelle que la nomination provisoire est un préalable nécessaire à la nomination définitive et qu'elle ne peut méconnaître les différentes étapes nécessaires à la restauration de la légalité, et estime que l'on ne peut lui reprocher de ne pas avoir respecté le délai de deux ans entre la nomination provisoire et la nomination définitive imposé par l'article 45 du statut du personnel de la Cour des comptes, ce délai n'étant plus relevant car écoulé, dès lors que la nomination provisoire agissant en 2004, les deux années étaient écoulées près de six ans plus tard, le 10 mars 2010;

Considérant que la requérante réplique que la position de la partie adverse procède d'une lecture erronée de l'arrêt n°195.924 du 10 septembre 2009, qui ne s'est pas contenté de dénoncer un défaut de formalisme mais a également constaté au fond que la comparaison des titres et mérites effectuées par la partie adverse n'était pas de nature à justifier les choix opérés, que, puisque l'acte attaqué reprend d'autres considérations et de nouveaux éléments, postérieurs à l'état du dossier constitué à l'époque, pour justifier la décision finale, il est manifestement abusif de soutenir qu'il n'y aurait eu, en l'espèce, aucun examen nouveau ni nouvelle comparaison des titres et mérites des candidats, mais une simple retranscription d'une motivation qui manquait en fait, que, d'ailleurs, dans la réfutation des troisième et quatrième moyens, la partie adverse reconnaît expressément qu'il y a eu une nouvelle comparaison des titres et mérites, et qu'on ne se trouve donc pas face à une réfection d'un acte, corrigeant un simple défaut de formalisme;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse insiste, d'une part, sur le fait que les précédentes nominations provisoires ont bien été annulées pour défaut de motivation formelle, et qu'obligée de passer par cette étape préalable à la nomination définitive des intéressés, elle pouvait, pour réparer l'illégalité ainsi commise, procéder à la réfection de l'acte, en énonçant cette fois «de manière claire les critères qui avaient prévalu lors de la sélection des candidats»; que, d'autre part, quant aux motifs de la rétroactivité, elle fait valoir que celle-ci ne se fonde pas sur le principe de continuité des services publics mais sur la nécessité de préserver l'équité de la situation vécue par MM. COGNET et VANDER STRAETEN, qu'elle n'avait pas d'autre choix que de procéder de la sorte sous peine de porter atteinte aux droits de ceux-ci, que loin de mettre à mal la sécurité juridique, l'acte attaqué, qui «s'est borné à cadrer avec la réalité des faits», la renforce, «dans la mesure où la situation de fait qui a prévalu (à la suite de l'annulation des nominations par [le] Conseil) est à présent légalisée», de même que «la période probatoire de deux ans» effectivement réalisée par les intéressés;

Considérant que l'arrêt n° 195.924 du 10 septembre 2009 a jugé ce qui suit :

«Considérant qu'avant d'opérer un choix, l'autorité investie du pouvoir de nomination ou de promotion doit procéder à une comparaison des titres et mérites des candidats; qu'en outre, cette autorité doit exprimer, par une motivation adéquate, les raisons de son choix; que la motivation doit avant tout permettre aux candidats évincés de connaître les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus; qu'en l'espèce, le dossier administratif contient les actes de candidatures, les rapports des entretiens structurés menés par le SELOR et le résumé des entretiens effectués par le jury interne;

Considérant, en ce qui concerne P. COGNET et B. VANDER STRAETEN, que l'avis de la Chambre française de la Cour des comptes du 22 juin 2004 se limite à évoquer le contenu des avis rendus à l'égard de ces candidats tant par le SELOR que par le Jury interne; qu'une telle référence ne permet toutefois pas de justifier comparativement le choix de ces deux candidats dès lors que la requérante bénéficiait d'un avis plus favorable du Jury interne; qu'en effet, P. COGNET et B. VANDER STRAETEN ont obtenu du Jury interne un avis "apte à très apte" alors que l'avis de la requérante était "très apte"; que, certes, P. COGNET a obtenu du SELOR un avis "très apte" alors que la requérante avait, tout comme B. VANDER STRAETEN, obtenu un avis "apte" du SELOR; que, toutefois, ni l'acte attaqué ni l'avis de la Chambre française de la Cour des comptes auquel celui-ci se réfère ne permet d'expliquer comparativement les raisons justifiant la préférence donnée à l'avis du SELOR; qu'en ce qui concerne B. VANDER STRAETEN, le fait que ses aptitudes en leadership aient été jugées meilleures que celles de la requérante par le SELOR ne peut suffire à justifier comparativement le choix de ce candidat, dès lors que le Jury interne a reconnu à la requérante de meilleures qualités et qu'il a, en ce qui concerne B. VANDER STRAETEN, émis une réserve déduite d'un problème de communication; qu'il appartenait à la partie adverse d'expliquer, entre autre, les raisons pour lesquelles les titres et mérites de la requérante ont été jugés moindres que ceux de ce candidat, et ce, en ayant égard au contenu des différents avis le concernant; que le premier moyen est dès lors fondé en tant qu'il est dirigé contre les promotions de MM. P. COGNET et B. VANDER STRAETEN; qu'il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens les concernant, qui, même à les supposer fondés, ne pourraient conduire à une annulation plus étendue»;

que l'arrêt n° 200.678 du 9 février 2010 a, en conséquence, annulé la nomination définitive de M. VANDER STRAETEN au grade de premier auditeur-réviseur; qu'à la suite de ces annulations, la partie adverse s'est trouvée en présence d'une procédure de promotion entamée en 2004 et au terme de laquelle aucune décision n'avait été prise; qu'elle pouvait dès lors décider d'entamer une nouvelle procédure ou de statuer à nouveau et de mener la procédure entamée en 2004 à son aboutissement; qu'en présence d'une réfection facultative, la partie adverse devait néanmoins s'interroger sur les possibilités d'opérer celle-ci avec un effet rétroactif, eu égard aux spécificités de la procédure de promotion au grade de premier auditeur-réviseur; qu'il ressort de l'article 45 du statut que la promotion au grade de premier auditeur-réviseur est d'abord conférée provisoirement pour un terme de deux ans; que cette nomination a ainsi clairement pour but de permettre une évaluation des compétences de la personne désignée afin de déterminer si elle peut ou non être définitivement nommée; que pour prendre une décision à l'issue du délai de deux

ans, la partie adverse doit se baser sur la manière dont l'agent nommé provisoirement a exercé ses fonctions; qu'en l'espèce, en faisant rétroagir l'acte attaqué au 1^{er} septembre 2004, la partie adverse ne pouvait que fonder son appréciation sur la manière dont M. VANDER STRAETEN a exercé ses fonctions de premier auditeur-réviseur à la suite de la nomination provisoire déclarée illégale par l'arrêt n° 195.924 du Conseil d'État; que, cependant, cette annulation emporte que la nomination provisoire du 23 juin 2004 produisant ses effets au 1^{er} septembre 2004 est censée n'avoir jamais existé; que la partie adverse devait donc savoir qu'elle ne pouvait pas prendre en considération, ni en droit, ni en fait l'expérience acquise grâce à une telle nomination;

Considérant qu'il est de jurisprudence constante que le principe de non-rétroactivité des actes administratifs peut être écarté lorsque cela s'avère indispensable au bon fonctionnement et à la continuité du service public; qu'il appartient toutefois à l'auteur de l'acte de justifier de manière formelle les circonstances exceptionnelles pouvant justifier qu'il le fasse rétroagir; que par ailleurs de tels motifs doivent être pertinents et légalement admissibles;

Considérant qu'en l'espèce, la proposition de la chambre française de la Cour des comptes du 2 mars 2010, à laquelle s'est ralliée l'Assemblée générale, justifie la rétroactivité comme il suit :

«Attendu qu'il y a lieu de procéder à une désignation avec effet rétroactif à compter du 1^{er} septembre 2004 afin d'assurer la continuité du service et la sécurité juridique, notamment quant aux actes posés par l'ensemble des intéressés dans l'exercice de leurs fonctions et afin de leur éviter tout préjudice consécutif à cette situation;

Qu'en effet, outre les nominations querellées et annulées, plusieurs premiers auditeurs-réviseurs ont été nommés à l'issue de la même procédure de sélection;

Qu'il convient, afin de ne pas porter atteinte à ces autres nominations devenues définitives (en raison de l'expiration du délai de recours ou de l'absence d'annulation de ces nominations) et aux droits en découlant pour les candidats nommés, de combler le vide juridique découlant de l'arrêt d'annulation en tenant dûment compte de ces droits irrévocablement acquis;

Qu'au regard du motif d'annulation une telle nomination rétroactive ne s'avère pas impossible;

Qu'elle permettrait seule de maintenir l'équilibre des intérêts en présence et des droits acquis par l'ensemble des candidats nommés»,

et :

«Considérant qu'il y a lieu de prendre une décision rétroactive avec effets au 1^{er} septembre 2004 afin de garantir la sécurité juridique quant aux actes juridiques posés par les intéressés et à éviter une situation préjudiciable à ces derniers»;

Considérant que «la continuité du service et la sécurité juridique» quant aux actes posés par M. VANDER STRAETEN entre le 1^{er} septembre 2004 et l'arrêt d'annulation ne nécessitaient pas une réfection de l'acte avec effet rétroactif, dès lors que l'application de la théorie du fonctionnaire de fait suffit à garantir ces principes en cas de recours introduits à l'encontre de tels actes; qu'on n'aperçoit pas en quoi l'absence de rétroactivité pourrait porter atteinte aux nominations des autres premiers auditeurs-réviseurs, à présent définitives à défaut d'avoir été contestées ou annulées par le Conseil d'État; que, par ailleurs, M. VANDER STRAETEN ne peut lui-même se prévaloir de droits acquis à la faveur d'une nomination déclarée illégale et annulée par le Conseil d'État; qu'il en résulte que les motifs précités ne sont ni pertinents ni légalement admissibles;

Considérant qu'enfin, il ressort de l'arrêt n° 195.924 du 10 septembre 2009 que la nomination provisoire du 23 juin 2004, produisant ses effets le 1^{er} septembre 2004, a été annulée non seulement pour un vice de motivation formelle, mais aussi parce que rien ne permettait de justifier comparativement le choix de M. VANDER STRAETEN, notamment, par rapport à la requérante, le Conseil d'État ayant, entre autres, jugé «qu'en ce qui concerne B. VANDER STRAETEN, le fait que ses aptitudes en leadership aient été jugées meilleures que celles de la requérante par le SELOR ne peut suffire à justifier comparativement le choix de ce candidat, dès lors que le Jury interne a reconnu à la requérante de meilleures qualités et qu'il a, en ce qui concerne B. VANDER STRAETEN, émis une réserve déduite d'un problème de communication»; que la cause d'annulation tient donc également à la légalité interne de l'acte; que lorsque la partie adverse a procédé à la réfection de la nomination provisoire, elle a dû reprendre l'examen du dossier, même s'il ne s'imposait pas que la procédure soit entièrement recommencée; que le dossier administratif démontre d'ailleurs que la chambre française a procédé à un nouvel examen du dossier, notamment en privilégiant désormais les «résultats de l'épreuve externe auprès du SELOR» par rapport à ceux de l'épreuve interne; que la décision attaquée vise elle-même la proposition de promotion de la chambre française du 2 mars 2010 «après qu'elle a examiné et comparé les titres et mérites des candidats prénommés sur la base du profil de compétences déterminé par la description de la fonction de premier auditeur-réviseur et des critères définis dans l'ordre de service susmentionnés»; que dans ces circonstances, la décision attaquée n'entre pas dans la

catégorie des actes dont la rétroactivité est tolérée de sorte que cet acte ne peut pas produire d'effets à une date antérieure à son adoption;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le deuxième moyen est fondé; que l'examen des autres moyens ne saurait conduire à une annulation aux effets plus étendus, étant entendu que l'arrêt n° 215.677 du 10 octobre 2011 a déclaré non fondé le moyen d'ordre public, soulevé par la partie requérante en une autre cause, identique au premier moyen qu'elle invoque dans le cadre du présent recours,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise le 3 mars 2010 par l'Assemblée générale de la Cour des comptes, par laquelle Bernard VANDER STRAETEN, premier auditeur, est promu au grade de premier auditeur-réviseur pour une période de deux ans à partir du 1^{er} septembre 2004.

Article 2.

Les débats sont rouverts afin d'examiner l'intérêt au recours en ce qu'il vise l'annulation de la décision prise le 3 mars 2010 par l'Assemblée générale de la Cour des comptes, par laquelle Paul COGNET, premier auditeur, est promu au grade de premier auditeur-réviseur pour une période de deux ans avec effet au 1^{er} septembre 2004.

Article 3.

Le membre de l'auditorat désigné par M. l'auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le dix-sept août deux mille douze par :

M. J. VANHAEVERBEEK,	président de chambre f.f.,
Mme C. DEBROUX,	conseiller d'Etat,
Mme P. VANDERNACHT,	conseiller d'Etat,
M. S. DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

S. DJERBOU

J. VANHAEVERBEEK