

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La comparaison des titres et mérites et le contrôle juridictionnel des nominations et promotions selon la jurisprudence récente (2016-2017)

Nihoul, Marc

*Published in:*

Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

*Publication date:*

2017

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M 2017, 'La comparaison des titres et mérites et le contrôle juridictionnel des nominations et promotions selon la jurisprudence récente (2016-2017)', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, pp. 90-102.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La comparaison des titres et mérites et le contrôle juridictionnel des nominations et promotions selon la jurisprudence récente (2016-2017)<sup>1</sup>

Marc NIHOUL – Professeur UNamur et avocat Astredis<sup>2</sup>

## RÉSUMÉ

L'égal accès aux emplois publics est un principe général de droit administratif dont la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a déduit un certain nombre de balises à respecter au moment de procéder à la comparaison des titres et mérites. Ces balises sont à la fois contraignantes et respectueuses du pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont jouit l'autorité qui sélectionne et qui nomme ou promeut. Elles traduisent des exigences qui varient considérablement selon les textes applicables et les circonstances.

La présente contribution est une analyse de la jurisprudence francophone de l'année écoulée (2016-2017). Elle vient compléter utilement une précédente contribution, plus générale, intitulée « L'art de comparer les titres et mérites en matière de fonction publique selon la jurisprudence récente » parue en 2016 dans le premier numéro des Chroniques de droit public (pp. 18-39). La jurisprudence analysée s'inscrit généralement dans la continuité de celle qui précède, y compris en ce qu'elle révèle toute la subtilité de l'opération administrative considérée, laquelle s'apparente en pratique à un véritable art requérant du savoir-faire en connaissance de cause.

## I. Une règle générale et une obligation (sauf 'exception')

La jurisprudence récente est l'occasion réitérée de rappeler les principes.

## SAMENVATTING

De gelijke toegang tot het openbaar ambt is een algemeen principe van bestuursrecht, waaruit de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een aantal krijtlijnen heeft afgeleid die gevolgd moeten worden bij de vergelijking van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten. Die krijtlijnen zijn dwingend en eerbiedigen de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de overheid die selecteert of benoemt en bevordert. Ze vertalen eisen die sterk variëren al naargelang van de toepasselijke teksten en de omstandigheden.

Dit artikel is een analyse van de Franstalige rechtspraak van het voorbije jaar (2016- 2017). Ze vult een vorige, meer algemene bijdrage aan, getiteld 'L'art de comparer les titres et mérites en matière de fonction publique selon la jurisprudence récente', die in het eerste nummer van 2016 is verschenen (p. 18-39). De geanalyseerde rechtspraak sluit over het algemeen aan bij de voorgaande en brengt aan het licht hoe subtiel de betreffende bestuurshandelingen zijn, die in de praktijk een echte kunst lijken en knowhow en kennis van zaken vereisen.

1. - L'on se souvient que la comparaison des titres et mérites (CTM) en matière de fonction publique est un principe général de droit administratif tiré du principe d'égalité et de non-discrimination qui trouve un fondement spécifique dans la Constitution à l'article 10, alinéa 2, qui consacre le principe d'égal accès aux emplois publics.

<sup>1</sup> La présente contribution, a été établie dans le cadre du séminaire consacré à l'Actualité du droit et du contentieux de la fonction publique par IFE Benelux les 16 et 17 mai 2017 à Bruxelles.

<sup>2</sup> [www.unamur.be](http://www.unamur.be) et [www.astredis.be](http://www.astredis.be)

Le contenu de ce principe est principalement défini par la doctrine et la jurisprudence.

Devant le Conseil d'Etat, le principe est rarement invoqué seul : il est généralement associé aux principes d'égalité, du raisonnable, de la motivation formelle des décisions individuelles, de bonne administration, *patere legem*, ... ou à des textes de loi appliqués en l'espèce, évidemment.

2. - La formule juridique classique, de jurisprudence constante et réitérée à l'envi par la haute juridiction administrative, n'a pas changé : « *la comparaison des titres et mérites à laquelle il doit être procédé avant toute nomination dans la fonction publique consiste à rapprocher les titres et mérites des candidats afin de mettre en évidence les similitudes et les différences qui existent entre eux, spécialement au regard de la fonction à conférer, et d'ainsi justifier la préférence finalement accordée* »<sup>3</sup>.

Quatre éléments résultent de cette définition.

Premièrement et pour l'essentiel, il faut rapprocher les titres et mérites des candidats afin de mettre en évidence les similitudes et les différences qui existent entre eux. Il s'agit donc à la fois de *rapprocher* et de *distinguer*, selon chaque titre et chaque mérite. Il n'est pas suffisant de décrire, constater ou énumérer les titres et mérites de chaque candidat. Il faut les confronter.

Deuxièmement, seuls les titres et mérites en rapport avec la fonction à conférer sont pertinents. Ce rapport ne doit pas nécessairement être direct, mais l'on peut légitimement attendre de l'autorité amenée à comparer qu'elle procède par cercles progressifs de pertinence en distinguant le principal de l'accessoire (critères de première importance, atouts ou autres critères, critères subsidiaires,...).

Troisièmement, l'objectif de la comparaison est de préférer un candidat par rapport aux autres et de justifier cette préférence à la fois matériellement et formellement, par une motivation appropriée fondée sur les motifs réels ayant concrètement conduit à faire le choix.

Quatrièmement, il doit être procédé à la comparaison des titres et mérites avant toute nomination dans la fonction publique. L'autorité administrative est soumise, sur ce point, à une obligation, même en l'absence de dispo-

sition légale expresse prévoyant de procéder à un appel aux candidats ou de faire intervenir une commission de recrutement. Dans un arrêt *Vilain* n° 238.058 du 28 avril 2017, le Conseil précise à cet égard que « *le principe constitutionnel de l'égalité d'admissibilité de tous aux emplois publics requiert, avant de désigner le titulaire d'une fonction, une comparaison des titres et mérites des personnes ayant répondu à un appel à candidatures et remplissant les conditions prescrites pour exercer cette fonction ou, en l'absence d'un tel appel, de toutes les personnes satisfaisant à ces conditions* » (d'où l'intérêt d'un appel).

L'obligation vise aussi l'attribution de fonctions temporaires comme les fonctions supérieures<sup>4</sup> ou l'attribution de fonctions subalternes.

Ainsi, en matière de police, dans un arrêt *Raymann*, n° 236.715 du 9 décembre 2016 concernant la désignation d'un agent pour exercer la fonction de délégué(e) en chef *ad interim* au SPJ de Tournai, le Conseil d'Etat rappelle avec force que « *l'obligation de comparer les titres et mérites des candidats, qui résulte du principe constitutionnel de l'égalité d'admissibilité de tous aux emplois publics, ne se limite pas aux cas de nomination ou de promotion mais s'applique aussi en cas de désignation pour l'exercice de fonctions supérieures comme en l'espèce ; que l'acte portant désignation pour l'exercice de fonctions supérieures doit, conformément à la loi du 29 juillet 1991 précitée, exprimer le résultat de la comparaison des titres et mérites, à savoir les qualités du candidat choisi mais aussi les raisons qui ont amené l'autorité à préférer ce candidat aux autres* ».

Or, en l'espèce, le courrier de désignation se limitait à rappeler les critères de comparaison et à conclure sur le mode informatif (et non comparatif) que « *dans l'intérêt du service et de sa continuité, Madame J. V. a été retenue pour exercer la fonction de déléguée en chef à occuper, ad interim, au SPJ de Tournai* ». Un autre courrier ultérieur expliquait, quant à lui, le contexte de la désignation litigieuse, faisait état de la procédure et des critères de sélection, et se limitait à conclure qu'« *au terme des entretiens de sélection, le jury a considéré que Madame Jacqueline VERMEULEN était la candidate la plus apte pour accomplir, dans ce contexte de transition, les tâches liées à la fonction de déléguée en chef* ». Selon le Conseil d'Etat, « *ces documents ne contiennent aucune*

<sup>3</sup> C.E., *Vilain*, n° 238.058, 28 avril 2017 ; C.E., *Deltour*, n° 234.910, 2 juin 2016.

<sup>4</sup> C.E., *Raymann*, n° 236.715, 9 décembre 2016.

*comparaison, si minime fût-elle, des titres et mérites des candidats ».*

L'obligation connaît par ailleurs des accommodements (plus que des dérogations), par exemple avec le concours (à ne pas confondre avec l'examen ou le test de compétences), lequel permet de se satisfaire des résultats de l'épreuve, ou encore avec des règles de priorité.

## II. Méthode : rigueur, précision et attention systématiques et cohérentes jusque dans la motivation

La jurisprudence récente permet de rappeler ce que l'on attend *a minima* de la CTM, cette exigence pouvant varier selon le nombre de candidats déclarés. Il est permis de recourir à des notations pour évaluer les candidats, celles-ci n'étant toutefois pas suffisantes en dehors des questions de connaissance.

**3.** - Le principe n'impose pas concrètement une méthode précise mais requiert que la CTM soit effective et appropriée ou adéquate et dûment motivée.

La CTM peut donc revêtir la forme d'un texte continu comme celle d'un tableau, par exemple.

Tous les critères de sélection – c'est-à-dire en définitive les critères de comparaison - doivent être passés au crible pour tous les candidats recevables (sauf à effectuer une présélection en fonction du nombre de candidats ou des candidats en présence).

Pour mémoire, il est conseillé de procéder sous la forme de tableau synthétique, lequel permet d'objectiver la comparaison par une vue d'ensemble transversale, surtout si l'appréciation des critères est concrétisée par une appréciation chiffrée ou sous forme de mentions (lesquelles ne devront pas être manifestement déraisonnables, c'est-à-dire qu'elles devront reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles).

Il est aussi recommandé de classer les candidats puisqu'il s'agit d'expliquer pourquoi tel candidat est préféré par rapport aux autres. Seuls seront classés les candidats convenant pour le poste ou la promotion, pour parler à toute éventualité, en particulier celle d'un ou plusieurs désistements. Le classement de candidats *ex aequo* par une commission de sélection ne doit pas être exclu s'il est fait dans les règles de l'art et en âme et conscience. Il confère une certaine latitude à l'autorité compétente pour trancher selon des critères moins dé-

terminants voire exclus à titre principal (le fait, par exemple, de privilégier un candidat interne).

On se souvient plus généralement de l'arrêt *Sabbatini*, n° 231.186 du 12 mai 2015, au terme duquel « *la comparaison des titres et mérites de tous les candidats en lice doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles ; qu'il y a, à cet égard, lieu de vérifier si tous les éléments relatifs à la comparaison des titres et mérites, à la carrière et à l'aptitude des candidats à occuper l'emploi ont été examinés et s'ils l'ont été de façon identique ; qu'il peut, par ailleurs, être déduit de l'obligation de fixer les conditions au préalable du recrutement, d'une part, qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination de s'y tenir et de justifier, le cas échéant, pourquoi elle a privilégié un élément d'appréciation plutôt qu'un autre et, d'autre part, de prendre en compte, dans l'appréciation des titres et mérites des candidats, l'ensemble des éléments dont on ne peut omettre les résultats à l'épreuve organisée par le jury d'examen ».*

**4.** - Un arrêt *Vilain* n° 238.058 du 28 avril 2017 mérite d'être signalé dans ce cadre. Il concerne la désignation de trois personnes comme membres du Collège du Service des décisions anticipées en matière fiscale, pour une période de 5 ans (mandats). Il permet de mieux comprendre ce que l'on attend *a minima* d'une comparaison des titres et mérites, à l'instar d'arrêts plus anciens.

L'arrêt commence par rappeler la formule consacrée pour en préciser la portée dans les termes suivants. « *La comparaison à laquelle il doit être procédé avant toute nomination dans la fonction publique consiste à rapprocher les titres et mérites des candidats afin de mettre en évidence les similitudes et les différences qui existent entre eux, spécialement au regard de la fonction à conférer, et d'ainsi justifier la préférence finalement accordée. Le dossier administratif doit révéler l'effectivité de cette comparaison et les raisons pour lesquelles les candidats évincés n'ont pas été retenus.*

*En outre, l'autorité doit exprimer, par une motivation adéquate, les raisons de son choix. La motivation doit avant tout permettre aux candidats évincés de connaître les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus. La réponse à cette exigence doit être appréciée, au cas par cas, en fonction notamment des circonstances de la cause et du nombre de candidats en présence.*

*L'autorité doit ainsi indiquer les motifs pour lesquels les candidats dont l'appréciation est égale ou comparable à celle portée sur le candidat retenu, n'ont pas été préférés ».*

5. - Le problème, en l'espèce, était que la décision, motivée (comme souvent) par référence à un avis, reprenait deux critères de sélection retenus et proposait la désignation de trois personnes « *sur base de ces critères et après comparaison des titres et mérites des différents candidats* ». Or, l'avis continuait en ne faisant état que des mérites des trois personnes retenues, l'une à la suite de l'autre, sans aucune référence aux autres candidats quant à eux évincés.

Selon le Conseil d'Etat, il y a motivation mais pas comparaison des titres et mérites et donc pas motivation adéquate. « *La motivation sur laquelle repose l'acte attaqué ne fait état que des mérites des trois candidats retenus. Elle ne contient aucune considération relative au requérant et ne lui permet dès lors pas de connaître les raisons pour lesquelles sa candidature a été écartée. Une motivation adéquate implique que l'autorité ne doit pas seulement indiquer les mérites de l'agent retenu mais aussi les raisons qui l'ont conduite à écarter les autres candidatures. Rien ne permet donc de démontrer que les titres et mérites du requérant ont bien été pris en considération ni la manière dont ils l'ont été. En outre, comparer les titres et mérites des candidats signifie les rapprocher les uns des autres afin de mettre en évidence leurs similitudes et leurs différences et d'ainsi justifier la préférence accordée. Le dossier administratif doit démontrer l'effectivité de la comparaison. À cet égard, la simple indication, dans la note du 11 février 2016, de ce qu'une comparaison des titres et mérites des différents candidats a été effectuée, ne démontre pas que les titres et mérites du candidat évincé ont correctement été pris en compte. En effet, si l'on peut comprendre les raisons pour lesquelles l'autorité a considéré que les trois candidats retenus répondaient aux critères mentionnés, dans la note du 11 février 2016, pour bénéficier d'une désignation, rien ne permet cependant de comprendre les raisons pour lesquelles le requérant ne répond pas ou répond moins bien à ces critères* ».

Dans cette affaire, la partie intervenante avait essayé de sauver les meubles (autrement dit sa nomination) en contestant l'intérêt au recours et au moyen fondé sur l'absence de comparaison au motif que, dans l'hypothèse d'une nouvelle comparaison des titres et mérites, l'intéressée aurait de toute manière été placée en tête du classement et que même correctement motivée le contenu de la décision eût été identique. A cette fin, la

partie intervenante avait réalisé elle-même une comparaison et déposé un tableau *ad hoc* ou libre.

Compte tenu des éléments du dossier, le Conseil d'Etat a estimé que la partie intervenante - pas plus que lui-même, ce qu'il ne précise pas mais va de soi - « *ne peut substituer son appréciation à celle de l'autorité en dressant un tableau comparant ses titres et mérites à ceux du requérant. Outre qu'une telle comparaison ne présente pas un caractère objectif, aucune pièce du dossier administratif ne laisse penser que la partie adverse aurait raisonné de la même manière que la partie intervenante. En effet, force est encore de constater que le tableau de la partie intervenante se fonde sur les critères mentionnés dans l'appel à candidatures alors que la comparaison effectuée par l'autorité se base uniquement sur deux nouveaux critères mentionnés dans la note au Conseil des ministres du 11 février 2016* »<sup>5</sup>. A vrai dire, il y avait probablement déjà là motif à illégalité puisque les critères d'un appel à candidatures lient évidemment le travail de comparaison.

Néanmoins, en l'espèce, selon le Conseil d'Etat, « *rien ne permet d'appréhender la manière dont les titres et mérites du requérant ont été comparés par l'autorité à ceux de la partie intervenante. Aucun élément du dossier administratif ne permet de considérer qu'en cas d'annulation, la partie intervenante serait à nouveau désignée, d'autant plus qu'aucun classement n'a été effectué entre les candidats* ».

Bref, il est insuffisant de mentionner seulement dans l'acte qu'une CTM a eu lieu sans l'intégrer dans le dossier administratif et sans en reprendre formellement la substance dans l'*instrumentum*, au besoin par référence à un document joint ou communiqué. Le Conseil d'Etat a horreur des formules de style.

La CTM doit porter sur tous les candidats et point seulement sur ceux retenus.

Et le Conseil d'Etat n'est guère enclin à faire lui-même le travail de comparaison, pour des raisons évidentes tenant au contrôle marginal et à la compétence discrétionnaire qui empêche toute substitution à l'autorité.

6. - A noter que dans un arrêt *Ferraz* n° 234.711 du 12 mai 2016 à propos d'une promotion au grade de

<sup>5</sup> L'avis mentionnait ce qui suit : « (...) Les critères suivants ont été pris en considération en vue de la présente désignation : - Éviter le déséquilibre linguistique rencontré par le précédent Collège, par la composition du nouveau Collège de trois membres néerlandophones et trois membres francophones ; - Retenir parmi les candidats, ceux avec le profil le plus polyvalent possible sur la connaissance des impôts directs (IPP, ISOC et fiscalité internationale), impôts indirects et compétences de management ».

conseiller adjoint au CPAS d'Anderlecht, le Conseil d'Etat a été beaucoup moins prolixe en considérant tout de go et en débats succincts « *que pour apprécier la légalité d'un acte administratif, le Conseil d'Etat ne peut avoir égard qu'aux motifs exprimés dans celui-ci : qu'en l'espèce, l'acte attaqué n'explique pas pourquoi la candidature de la requérante n'a pas été retenue ; que le moyen est dès lors fondé* ».

Il faut préciser que deux actes différents étaient attaqués par deux recours distincts mais en l'occurrence joints, l'un décidant de ne pas retenir la candidature de la requérante, l'autre de promouvoir une autre personne ; et que le second acte avait été retiré, privant d'intérêt l'intéressée à son second recours.

Le premier acte attaqué ne contenait aucune motivation, pas même par référence, et la requérante avait pris soin, un peu comme dans la précédente affaire, de soutenir « *que la décision de l'écarter ne saurait être tenue pour raisonnable tant il apparaît d'évidence, au vu de l'exposé des faits, qu'elle présente des qualités et des mérites importants ; qu'elle estime que la partie adverse ne saurait lui dénier ces qualités et mérites, dès lors qu'on ne trouve, dans son dossier personnel, aucun élément négatif et que, depuis 2010, la partie adverse lui confie sans défaillir les fonctions de chef de division (A5), supérieures à celles qui correspondent au grade de conseiller adjoint (A4), dans lequel elle a demandé à être promue ; qu'elle rappelle que le jour même où il accordait la promotion à Nathalie SCHALLER, le conseil de l'action sociale la reconduisait d'ailleurs dans ses fonctions supérieures ; qu'elle soutient enfin qu'au vu de ces qualités et mérites, la partie adverse ne saurait invoquer aucun argument raisonnable pour justifier le rejet de sa candidature* ». Dans ces considérations, toutefois, le Conseil d'Etat a bien pris soin de ne pas rentrer.

La morale de cet arrêt est surtout qu'il ne suffit pas de procéder en deux actes distincts pour échapper au devoir de motivation formelle, l'un pour écarter certaines candidatures, l'autre pour n'en retenir qu'une. Ce serait évidemment trop facile. Dans un cas comme dans l'autre, le devoir de motivation s'impose avec les mêmes exigences.

**7.** - Plusieurs arrêts récents permettent de mieux appréhender les exigences de la comparaison des titres et mérites qui doivent rester raisonnables et ne peuvent conduire à paralyser l'action administrative. Il en résulte

que plus les candidats sont nombreux, moins la comparaison doit être détaillée. Seuls les motifs justifiant le choix doivent être indiqués. L'attribution de points n'est pas suffisante, sauf pour les questions de connaissance. Le cas échéant, ils doivent être accompagnés de considérations permettant de comprendre les notes attribuées.

Le contexte de ces arrêts est identique : celui de la nomination d'huissiers de justice dans l'arrondissement de Charleroi. Il s'agit des arrêts *Depuis*, n° 235.212 du 23 juin 2016 et *Leruth*, n° 235.601 et n° 235.602, tous deux du 9 août 2016.

Selon le Conseil d'Etat, « *[s]'agissant de la nomination à une fonction à laquelle peuvent prétendre plusieurs candidats, la motivation de l'acte administratif doit, pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, non seulement établir qu'une comparaison effective des titres et mérites a eu lieu mais également préciser les raisons pour lesquelles le candidat retenu a été préféré aux autres. Cette exigence doit toutefois être comprise de manière raisonnable et ne peut conduire, par excès, à paralyser l'autorité investie du pouvoir de nommer. Ainsi, elle ne doit pas analyser dans le menu détail les qualités et défauts de chacun des candidats en présence ni procéder de manière systématique à leur comparaison. Elle doit en revanche indiquer les motifs pour lesquels les candidats dont l'appréciation est égale ou comparable à celle portée sur le candidat retenu, n'ont pas été préférés* ». Le Conseil d'Etat doit pouvoir comprendre ces motifs, tout comme le requérant, en tant que candidat malheureux. Il doit pouvoir comprendre clairement les raisons de son éviction et le choix opéré ne peut procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, les critères utilisés étaient ceux recommandés par une circulaire. En ce qui concerne l'ancienneté et l'expérience professionnelle, les parties requérante et intervenante s'étaient vu octroyer la même cote maximale de 35/35. Ce critère n'était donc pas susceptible de justifier l'éviction du requérant. En ce qui concerne les compétences<sup>6</sup> et aptitudes des candidats (second volet), les candidats avaient fait l'objet d'une évaluation globale réalisée par le conseil de la chambre d'arrondissement, scolarisée sur un total de 35 points. 25 points étaient attribués à la compétence visant notamment « *l'aptitude professionnelle et l'expérience sur le terrain, la connaissance des procédures, des règles, ..., la qualité du travail* et

<sup>6</sup> C.E., *Leruth*, n° 235.601 et n° 235.602, 9 août 2016.

*l'attitude du candidat* ». 10 points aux aptitudes, visant notamment « les aptitudes sociales, l'organisation et l'efficacité, les aptitudes de leadership et de coaching ainsi que l'adaptation aux technologies modernes ». A cet égard, la préférence était donnée à la partie intervenante par référence aux scores attribués (32,1 contre 31,8/35, plus précisément 22,1/25 et 10/10 contre 23/25 et 8,8/10 ; 30,4 et 33,6 contre 27,5/35, plus précisément 21,6/25 et 8,8/10 et 24,2/25 et 9,4/10 contre 18,5/25 et 9/10 ; soit des scores assez proches).

Or, selon une jurisprudence constante, « le Conseil d'Etat n'admet la motivation par la seule attribution d'une cotation que dans le cadre d'examen ou de concours qui portent sur des questions de connaissance », ce qui n'était pas le cas en l'espèce eu égard aux critères recommandés utilisés. « S'il n'est pas interdit de faire usage de cotes aux fins d'un classement final des candidats en lice, notamment lorsqu'ils sont nombreux, il convenait cependant qu'en l'espèce, soient verbalisées les raisons ayant conduit l'instance d'avis, et à sa suite, l'autorité investie du pouvoir de nommer, à retenir une cotation déterminée plutôt qu'une autre, ainsi que les éléments lui ayant permis de distinguer les meilleurs candidats des bons, très bons ou moins bons ». De tels éléments peuvent figurer dans des avis distincts, en l'espèce rendus par le conseil de la chambre d'arrondissement, lesquels doivent être repris dans le dossier administratif à tout le moins.

Pour mémoire, la motivation d'un acte administratif par référence à d'autres documents est admissible si les documents de référence sont eux-mêmes motivés, s'ils ne sont pas en contradiction avec la décision, et si le destinataire en a eu connaissance soit antérieurement, soit concomitamment. Or, dans l'acte attaqué, en ce qui concerne le second volet susvisé de l'évaluation, la partie adverse indiquait expressément prendre à son compte « l'avis et l'évaluation, y compris le score, émis par la chambre d'arrondissement [...] avec reprise expresse et assimilation de la motivation mentionnée en la matière » et l'avis relatif au candidat nommé avait été joint en annexe à l'arrêté de nomination.

Ce qui a décidé le Conseil d'Etat à considérer le moyen comme fondé n'est pas le fait que les avis aient été annexés à la décision, mais bien celui que « la teneur des avis auxquels l'acte attaqué se réfère consiste en l'indication, avant mention des scores obtenus, des sous-critères de sélection ayant trait respectivement à la com-

pétence et aux aptitudes du candidat - qui sont au demeurant ceux prévus dans le formulaire standardisé de l'avis global annexé à la circulaire précitée n° 196 -, de même qu'en celle des supports soumis à évaluation selon le critère abordé, à savoir les éléments et indications donnés par le(s) employeur(s), l'entretien individuel avec le candidat ou le curriculum vitae de celui-ci. Mais force est de constater que ces avis ne contiennent aucune considération un tant soit peu concrète et précise, relative aux titres et mérites de la partie intervenante ou du requérant, qui puisse justifier les cotations obtenues par l'un et l'autre et qui, partant, puisse éclairer le requérant et le Conseil sur les raisons pour lesquelles la candidate retenue a été préférée aux autres. Certes, les avis du conseil de la chambre d'arrondissement précisent qu'« une part importante dans la cotation » est attribuée aux avis motivés des employeurs et que cette part est d'ailleurs entière dans « la conclusion portant sur les aptitudes [...], le Conseil de la Chambre estimant ne pas être en mesure d'apprécier celles-ci ». Toutefois, lesdits avis des employeurs anciens ou actuels auxquels l'instance d'avis renvoie, ne figurent pas même au dossier administratif, ce qui empêche tout contrôle de la légalité de l'acte quant à ce et rend notamment incertain le fait que la partie adverse s'y soit réellement référée en connaissance de cause. Les considérations générales relatives aux précautions prises pour garantir l'objectivité et l'impartialité des cotations du collège que constitue le conseil de la chambre d'arrondissement, ne permettent pas plus de comprendre celles-ci »<sup>7</sup>.

Dans le même ordre d'idée, dans un arrêt *Gilgean*, n° 235.239 du 27 juin 2016 concernant une promotion par avancement de grade (première adjointe) à la Communauté française, le Conseil d'Etat a pris la peine de constater (et donc de vérifier) « que les points attribués en l'espèce trouvent une explication dans les motivations individuelles établies pour chaque candidat en général et pour la requérante en particulier ; que la requérante a pu, en outre, prendre connaissance des motivations de la proposition et introduire une réclamation à son encontre qui a été examinée et rencontrée par le comité de direction ; qu'il s'ensuit que la requérante a pu comprendre les raisons de la promotion litigieuse et que le dossier administratif démontre l'effectivité de la comparaison des titres et mérites ».

**8.** - A noter que lorsque l'autorité qui nomme se réfère à l'avis d'un organe consultatif, il importe que celle-ci précise expressément qu'elle le fait sien sans donner l'im-

<sup>7</sup> Rappr. C.E., *Parrondo Ramos* n° 230.130, 6 février 2015.

pression – faussement en général – de ne pas exercer sa compétence, par exemple avec des formules comme adhérer à<sup>8</sup>, suivre, se plier à,...

A noter aussi dans ces affaires la question de l'intérêt du requérant, récurrente dans le contentieux de la fonction publique.

L'intérêt du requérant dépend évidemment de ses actes de candidature : un requérant ne pourrait pas attaquer une nomination pour un poste auquel il n'a pas postulé. Mais à l'inverse et contrairement au motif d'irrecevabilité trop rapidement invoqué (en l'espèce par la partie intervenante), « l'existence de l'intérêt au recours tel que légalement requis ne va pas jusqu'à exiger du requérant qu'il attaque systématiquement toutes les nominations intervenues au terme de procédures de sélection menées conjointement et auxquelles il a participé, dès lors que ceci reviendrait à le contraindre à contester toute nomination alors même que l'une ou l'autre lui paraîtrait justifiée ou qu'il l'approuverait compte tenu de la personnalité du candidat retenu. Il suffit que le requérant puisse retirer un avantage effectif de l'annulation des actes qu'il attaque, quod est en l'espèce »<sup>9</sup>. En revanche, un candidat déçu à une fonction de directeur général ne justifie plus d'un intérêt suffisant à poursuivre l'annulation d'une décision d'admission au stage d'un autre candidat à cette fonction lorsqu'est intervenue une nomination à titre définitif dudit candidat lauréat en qualité de directeur général et que le candidat déçu n'a pas introduit de recours contre cette nomination<sup>10</sup>.

L'intérêt du requérant dépend aussi de l'utilité qu'il aurait à obtenir l'annulation de la nomination attaquée, laquelle fait défaut lorsque son classement et les points obtenus ne lui permettent pas de prétendre à la sélection. Dans les arrêts *Leruth*, n° 235.016 du 9 juin 2016 et *Gilgean*, n° 235.239 du 27 juin 2016, le Conseil d'Etat a par exemple considéré qu'« en ce qui concerne les cinq sous-critères critiqués par la requérante, il y a lieu de constater qu'elle n'a pas intérêt à cette branche du moyen dans la mesure où si ces différents griefs s'avéraient tous fondés, l'annulation sur cette base ne pourrait avoir aucun impact décisif sur le classement final opéré par le comité de direction et sur la décision prise, in fine, par la partie adverse ; qu'en effet, à supposer qu'à la suite d'une éventuelle annulation, la partie adverse attribue le maximum de points (5/5) à la requérante pour les

sous-critères précités, cela n'augmenterait son total que de 10 points, aboutissant ainsi à un total de 59 points alors que Michèle MOINE en a obtenu 82, de sorte que la requérante ne pourrait en tout état de cause pas être promue à l'emploi litigieux ».

### III. Quels titres et mérites (critères) ?

La jurisprudence récente est l'occasion de focaliser l'attention sur quatre questions en rapport avec les titres et mérites, c'est-à-dire les critères sur la base desquels une CTM doit être effectuée. Ces quatre questions portent tour à tour sur la place de l'entretien qui suit généralement les épreuves, le critère de l'expérience et son libellé, la portée des critères subsidiaires et la critique parfois formulée par les candidats évincés consistant à reprocher à l'autorité d'avoir établi les critères sur mesure en faveur du candidat retenu.

9. - L'on se souviendra que si des critères sont fixés par les textes ou l'appel à candidatures, ils doivent être respectés. C'est-à-dire que la CTM doit porter sur chacun d'entre eux.

A défaut de critères légaux, le pouvoir d'appréciation de l'autorité pour déterminer les critères est discrétionnaire et seule l'illégalité manifeste peut être sanctionnée par le Conseil d'Etat, par exemple lorsque le critère ne présente manifestement aucun lien avec la fonction à pourvoir.

La question de la marge de manœuvre de l'autorité qui sélectionne s'est une nouvelle fois posée récemment dans la circonstance précise d'un recrutement par examen en l'occurrence suivi d'un entretien. Pour mémoire, l'examen se distingue du concours dans la mesure où les résultats auxquels il donne lieu n'imposent pas nécessairement le classement. C'est ce que rappelle le Conseil d'Etat en substance lorsqu'il considère, dans son arrêt *Deltour* n° 234.910 du 02 juin 2016 rendu par une chambre à trois conseillers, que « dans le cadre d'une procédure de recrutement par examen, l'autorité peut ne pas choisir le lauréat ayant obtenu les meilleurs points<sup>11</sup>, pour autant qu'elle justifie un tel choix dans la motivation formelle de sa décision par des raisons objectives dénuées de tout parti pris ; que cette sélection implique la comparaison effective des titres et mérites des candidats, ce qui signifie les rapprocher les uns des autres afin

<sup>8</sup> V. aussi C.E., *Leruth*, n° 235.016, 9 juin 2016.

<sup>9</sup> C.E., *Leruth*, n° 235.602, 9 août 2016.

<sup>10</sup> C.E., *Cherenti*, n° 236.717, 9 décembre 2016.

<sup>11</sup> A condition bien entendu qu'il ait réussi et, peut-être, que la différence de points ne soit pas trop grande.

*de mettre en évidence leurs similitudes et leurs différences et d'ainsi justifier la préférence accordée ; que le dossier administratif doit démontrer l'effectivité de la comparaison ;*

*(...)*

*Considérant qu'en l'absence de critères légaux, l'autorité compétente pour opérer une désignation dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider des éléments sur lesquels elle entend se fonder lors de la comparaison des titres et mérites ; que le Conseil d'État ne peut, à cet égard, exercer qu'un contrôle marginal de l'erreur manifeste d'appréciation ; que la décision de désignation doit permettre de déterminer le ou les critères sur lesquels s'est fondée la partie adverse pour préférer la personne nommée plutôt que le requérant ».*

Dans le cadre d'un recrutement par examen, il est donc permis à l'autorité de choisir un candidat ayant obtenu moins de points à condition qu'une CTM ait par ailleurs été réalisée, que celle-ci ressorte du dossier administratif et que le Conseil d'Etat et les candidats évincés puissent comprendre non seulement les raisons du choix mais aussi les critères qui ont fondé ce choix.

Dans cette affaire, il s'agissait de recruter un directeur général communal (anciennement secrétaire communal en Région wallonne). Trois épreuves étaient organisées, les deux premières écrites permettant d'évaluer l'esprit d'analyse, les qualités rédactionnelles, ainsi que les connaissances minimales requises des candidats, notamment en finances et en droit, et la troisième épreuve orale permettant d'évaluer l'aptitude des candidats à la fonction et à la capacité de management. La requérante avait obtenu de meilleurs points que sa rivale (34,5 points sur 800, soit 4,32 pour cent de plus, avec une note un peu inférieure de trois points à la troisième épreuve), ce qui n'avait pas empêché le collège de proposer au conseil la désignation de celle-ci au terme d'un entretien avec le Collège et des membres du Conseil (puisqu'il ne s'agissait pas d'un concours) compte tenu de sa vision de la fonction, de sa conception des relations avec l'autorité, de sa connaissance de la situation et de sa volonté d'implication. La commune avait dû s'y prendre à deux fois, l'autorité de tutelle ayant annulé une première décision au motif « *qu'il ne ressort[ait] pas de la motivation de la délibération contestée ni du dossier administratif, qu'une comparaison des titres et mérites ait été effectuée* »... La deuxième fois fût toutefois la bonne, puisque le Conseil d'Etat rejeta les six moyens invoqués dont l'absence de comparaison des titres et mérites.

Selon le Conseil d'Etat, en effet, « *en l'espèce, il ressort*

*de l'acte attaqué que la partie adverse, tout en reconnaissant l'avantage indéniable de la requérante avant l'entretien avec le collège et des membres du conseil, a estimé que cet avantage, compte tenu de sa vision de la fonction, de ses relations avec l'autorité, de sa connaissance de la situation et de sa volonté d'implication, ne pouvait mener à sa nomination ; que la partie adverse a pu constater, sur la base du rapport de rencontre du 19 juin 2014 et du tableau qui y est annexé, qu'Anne BORGHS entendait mettre en œuvre le programme de stratégie transversale (PST) en impliquant les services, tandis que la requérante souhaitait faire appel à une aide extérieure privée, ce que la commune ne pouvait cependant se permettre étant soumise à un plan de gestion ; qu'elle a également relevé à bon droit son manque de volonté d'associer les responsables des services et qu'Anne BORGHS connaissait mieux la commune que sa concurrente, laquelle ne semblait pas être au fait de la situation financière de celle-ci ; qu'il apparaît également qu'Anne BORGHS a démontré à la partie adverse qu'elle possédait une bonne vision de la fonction de directeur général et de son rôle vis-à-vis de l'autorité politique, alors qu'il est, au contraire, apparu à la partie adverse que la requérante nourrissait un ressentiment à l'égard d'un groupe politique déterminé, de nature à affecter sa nécessaire neutralité ; qu'en émettant ces considérations, la partie adverse a régulièrement apprécié l'adéquation des candidats à la fonction convoitée ; que comme elle l'explique à juste titre, elle dispose, sur ce point, de tous les éléments utiles et n'est pas liée par les considérations du jury ; que le fait, d'ailleurs, de prévoir, en dernière instance, un entretien avec le collège démontre qu'il revient à ce dernier de juger de la bonne collaboration future entre le candidat et les autorités communales ; que contrairement à ce que soutient la requérante, le rapport de rencontre n'a pas été modifié en fonction des besoins de la cause ; que les points, qui ont été ajoutés pour répondre aux critiques formulées par l'autorité de tutelle à l'égard de la première décision du 26 juin 2014, traduisent les notes prises lors de l'entretien, lesquelles sont annexées au rapport et reflètent, sans que leur véracité puisse être mise en doute, les réponses données par les candidates ; qu'y figure notamment la remarque de la requérante quant au problème qu'elle rencontre dans son travail "à cause de sa couleur politique" ; que la partie adverse a dès lors pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer, après avoir entendu les deux candidates, qu'au-delà des connaissances théoriques dont elles ont chacune fait preuve, Anne BORGHS, disposait de plus grandes qualités pour occuper la fonction de directeur général ; (...); que le moyen n'est pas fondé ».*

Il faut souligner ici l'importance du dossier administratif et

en particulier des notes prises en cours de délibération lesquelles, parce qu'elles étaient concordantes avec le contenu de la décision, ont permis de fonder celle-ci même si, selon la requérante, « certains éléments qui figuraient dans les notes prises lors de l'entretien sont désormais mis en exergue pour fonder l'acte attaqué alors qu'ils ne semblaient pas déterminants antérieurement et n'avaient pas été développés ». C'est donc le dossier administratif qui a permis de rectifier la motivation formelle dans cette affaire et de réfectionner l'acte annulé par l'autorité de tutelle. Sans ces notes, il eût été difficile de monter de toutes pièces une nouvelle motivation. En somme, tout est affaire de circonstances et de pièces, le doute devant profiter à l'autorité au nom du pouvoir discrétionnaire applicable en la matière.

**10.** - Toujours concernant les critères de comparaison ou de sélection, les critères légaux priment en principe mais même lorsque l'autorité fixe elle-même les critères, leur formulation est importante dans la mesure où ils peuvent prêter à interprétation.

En ce qui concerne la nomination des huissiers de justice, le Conseil d'Etat rappelle ainsi dans l'arrêt *Depuis* n° 235.212 du 23 juin 2016 précité que « [s]i l'article 510 ancien du Code judiciaire fixe les conditions requises « pour pouvoir être nommé huissier de justice », soit les conditions de recevabilité des candidatures, l'article 512 ancien du Code judiciaire ne fixe, quant à lui, aucun des critères sur la base desquels les titres et mérites des candidats à une place d'huissier de justice doivent être

comparés<sup>12</sup>. Il en résulte que l'autorité administrative dispose d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les critères sur lesquels elle entend se fonder pour cette comparaison, de même que quant au poids respectif qu'elle entend leur attribuer, pourvu qu'ils soient objectifs et pertinents et qu'ils soient appliqués de la même manière pour tous les candidats. Le Conseil d'Etat ne peut, à cet égard, se substituer à l'autorité administrative ; il doit seulement vérifier si celle-ci n'a pas fait usage de son pouvoir d'appréciation de manière arbitraire ou déraisonnable et si le choix opéré ne procède pas d'une erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire d'une erreur qu'aucune autre autorité administrative placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise ».

Ainsi, parmi les critères, l'expérience – dont celle des suppléances – est un critère objectif par excellence même s'il ne doit pas être absolu. Et ce critère n'est pas incompatible avec la condition posée d'avoir terminé son stage pour pouvoir déposer sa candidature.

« À cet égard, il ne peut être contesté que le critère de « l'ancienneté/expérience professionnelle », subdivisé en « expérience globale », « expérience comme candidat-huissier de justice acquise au sein de l'arrondissement judiciaire concerné » et « mesure dans laquelle le candidat-huissier de justice a effectué des suppléances », constitue un critère objectif par excellence. Il est également pertinent, dès lors que le degré de l'expérience professionnelle dont un candidat peut se prévaloir est en principe à la mesure du nombre d'années d'exer-

<sup>12</sup> Plus loin : « [l']article 512 ancien du Code judiciaire ne détermine aucun des critères sur la base desquels sont donnés au ministre de la Justice les avis motivés du procureur général, du procureur du Roi et du conseil de la chambre d'arrondissement, ni ceux sur lesquels le ministre se fonde pour proposer au Roi la nomination d'un candidat. Le paragraphe 2, alinéa 1er, de la disposition, se borne à indiquer que ces avis doivent porter « sur les mérites et aptitudes du candidat » et le paragraphe 4, à disposer que c'est « après avoir reçu l'ensemble des avis définitifs et du dossier » que le ministre fait sa proposition au Roi. À cet égard, la circulaire ministérielle précitée n° 196 du 8 mai 2012 se donne un objectif semblable à celui de la circulaire n° 116 du 7 avril 2008 à laquelle elle a succédé, à savoir une plus grande objectivité dans la procédure de nomination et une meilleure motivation du processus décisionnel, rendus possibles notamment par les recommandations données aux chambres des huissiers de justice des arrondissements judiciaires et tendant à la rationalisation de leurs avis, qui doivent permettre au ministre de « disposer d'informations identiques pour tous les candidats ainsi que d'avis solidement étayés qui reposent sur des critères de sélection uniformes ». Selon la circulaire, elle « reste une simple ligne de conduite dans la réalisation des arrêtés de nomination ». Par l'arrêt n° 222.142 du 18 janvier 2013, l'assemblée générale du Conseil d'Etat a validé le principe qu'en matière de nomination d'huissiers de justice, le ministre se fixe un ensemble de lignes directrices qu'il entend « suivre dans le cadre de l'évaluation de dossiers de nomination individuels » et a donc admis qu'il arrête lesdits « critères de sélection uniformes » sur la base desquels il entend fonder sa proposition finale au Roi.

Comme ce fut le cas pour la première circulaire, le ministre de la Justice a fait connaître à la Chambre nationale des huissiers de justice et aux chambres d'arrondissement des huissiers de justice, par le biais de la circulaire n° 196, son souci d'une plus grande objectivité dans le processus décisionnel de nomination des huissiers de justice et d'uniformiser à cette fin la procédure d'introduction des candidatures et la procédure d'avis. Il « recommande » de suivre la « méthode de travail » ci-après : les candidats joignent à sa candidature un curriculum vitae type ainsi qu'un « avis motivé » récent que les candidats-huissiers sont invités à demander eux-mêmes à leurs employeurs précédents et actuels, évaluant les différents aspects de leur « compétence » et de leurs « aptitudes » ; la chambre d'arrondissement est invitée à formuler, sur la base de ces documents et d'un entretien individuel, un « avis global », dans lequel elle doit « au moins examiner et motiver les éléments mentionnés sous "Compétence (A)" et "Aptitudes (B)" » et elle les évalue suivant un tableau chiffré modèle, et à y attacher une « conclusion (motivée par des considérations objectives) » ; des modèles de curriculum vitae, d'avis motivé et d'avis global sont joints à la circulaire ;

(...)

Cette circulaire se veut être une recommandation aux chambres d'arrondissement permettant une rationalisation de leur avis et dès lors une meilleure comparaison des titres et mérites des candidats. Elle contient en outre une instruction à l'intention de l'administration qui doit établir un classement des candidats pour le ministre. Le ministre ne se considère pas lié par le classement, puisqu'il formulera sa proposition sur la base de ce classement, des avis et des éléments rationalisés du dossier ».

cice dans la profession, même si la partie adverse relève à juste titre – et en tient compte en fixant des maxima pour chacun des sous-critères – qu'avec le temps et à un moment donné, la longueur de l'expérience professionnelle utile perd de sa valeur comparative. Dans ce contexte, il n'est pas non plus manifestement déraisonnable de décider de ne comptabiliser que des années complètes pour l'appréciation des sous-critères susvisés de l'expérience globale et de l'expérience dans l'arrondissement. Quant au choix même des maxima retenus, ils n'apparaissent pas en soi inadmissibles, de sorte qu'à cet égard, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de l'autorité investie du pouvoir de nommer ».

**11.** - Dans l'arrêt *Leruth*, n° 235.016, 9 juin 2016, également précité, le requérant reprochait au critère de l'expérience de l'avoir empêché de faire valoir son ancienneté dans l'arrondissement judiciaire de Charleroi appelé pourtant à fusionner avec celui de Mons, où se situe l'étude d'huissier de justice convoitée et d'être, partant, déraisonnable et de manquer de pertinence eu égard à l'aptitude à exercer la fonction.

Ce qui pourrait *a priori* apparaître comme une évidence trouve une lumière particulière dans la motivation de l'arrêt : « *En ce qui concerne l'un des critères évalué « par le service compétent du SPF Justice », à savoir l'ancienneté et l'expérience professionnelle, valorisées à hauteur de 35 points sur 70, l'acte attaqué fait écho à la circulaire en indiquant mettre l'accent sur l' « expérience globale » plutôt que sur l'expérience au sein d'une étude déterminée ou de la commune où elle est située, mais ne pas négliger cependant la « dimension locale » de l'expérience au sein d'un arrondissement déterminé ».*

Pour faire court, l'expérience globale désignait celle en nombre d'années acquise comme candidat-huissier de justice au sein d'une étude d'huissier de justice, quel que soit l'arrondissement judiciaire. Elle valait 20 points (2 points par année, 10 années maximum). L'expérience locale visait celle engrangée comme candidat-huissier au sein de l'arrondissement judiciaire concerné et valait 8 points (1 point par année, 8 années maximum). La mesure dans laquelle le candidat-huissier de justice a effectué des suppléances valait, quant à elle, 7 points (1 point par bloc de 100 jours de suppléances, maximum 700 jours).

Un tel dispositif avait eu concrètement pour effet de privilégier les candidats expérimentés de l'arrondissement et plus particulièrement l'intervenant avec un score local de 8 par rapport au requérant dont le score n'était que de 2.

Selon le Conseil d'Etat, « [i]l ressort de l'article 513 ancien du Code judiciaire, applicable en l'espèce, que le législateur a entendu régler l'exercice de la profession d'huissier de justice dans les limites de l'arrondissement judiciaire, puisque l'huissier « ne peut instrumenter que dans l'arrondissement judiciaire déterminé par l'arrêté royal de nomination ». Il est raisonnable, pour évaluer l'expérience professionnelle du candidat, de prendre en compte et de valoriser, outre la durée globale de l'expérience ou l'ancienneté, la période durant laquelle la fonction a été ou est exercée comme candidat-huissier au sein de l'arrondissement judiciaire où se situe l'étude vacante. Il ne peut être contesté que les tâches de l'huissier de justice quant aux actes qu'il est appelé à accomplir et la manière de les remplir peuvent varier en fonction de l'arrondissement où il œuvre et qu'il est partant utile et raisonnable d'attendre du candidat qu'il soit au fait non seulement du contexte socio-économique de l'arrondissement dans lequel il sera appelé à instrumenter mais aussi des règlements, pratiques, us et habitudes locaux, notamment dans le cadre des relations à entretenir avec le monde judiciaire, les autorités, la population, les collègues ».

Le fait que le critère critiqué porte sur un pourcentage limité des points (onze pourcents) est clairement entré en ligne de compte dans la considération du Conseil d'Etat, n'étant pas jugé excessif, par comparaison avec la pondération anciennement proposée par circulaire, laquelle était de vingt-six pourcents et avait été sanctionnée par le Conseil d'Etat pour ce motif.

Le fait de ne pas avoir anticipé la réforme ne pouvait pas non plus être reproché à l'autorité, toujours selon le Conseil d'Etat.

**12.** - Il arrive aussi que des critères soient subsidiaires. Tel était le cas, toujours dans le cadre du recrutement des huissiers de justice, avec l'expérience que les candidats pouvaient valoriser lorsqu'ils avaient exercé des fonctions juridiques autres que celle d'huissier de justice mais en lien avec elle.

Dans l'arrêt *Depuis* n° 235.212 du 23 juin 2016, le Conseil d'Etat confirme le caractère complémentaire de tels critères. « *En ce qui concerne la critique portant sur l'absence de prise en considération du parcours professionnel effectif du requérant, tels l'exercice de la profession d'avocat et de la fonction de juge suppléant ou les prestations de nature académique dont il se prévaut, ces activités sont visées, dans la circulaire n° 196 précitée, parmi les « éléments faisant partie de la fonction et les activités et éléments liés à la fonction » dont la prise en compte est prévue, à titre de « critères supplémentai-*

res », « en cas de scores identiques » après évaluation des deux premiers « groupe[s] de critères ». Si de tels éléments peuvent, le cas échéant, apporter une plus-value à une candidature, d'une part, la partie adverse relève à bon droit qu'ils ont au moins été implicitement pris en compte dans l'avis global du conseil de la chambre d'arrondissement puisque, selon les recommandations de la circulaire, la conclusion de l'avis sur la compétence du candidat doit « au moins englober » des éléments tels que l'« aptitude professionnelle », l'« expérience sur le terrain », la « connaissance des procédures, des règles, ... ». D'autre part, cela n'implique pas que l'autorité administrative serait nécessairement tenue de les prendre en considération dès le début de la comparaison des titres et mérites des candidats. En l'occurrence, il n'apparaît pas manifestement déraisonnable de procéder à une première évaluation ou comparaison sur la base de « l'ancienneté/expérience professionnelle » et des compétence et aptitudes des candidats en qualité de candidat huissier de justice, et donc directement en lien avec la fonction convoitée, et de ne se pencher qu'ensuite sur des formations ou expériences autres quoique liées à la fonction, à titre « supplémentaire », à l'égard des candidats les plus aptes arrivés ex aequo au terme du premier tri ».

**13.** - Le même arrêt a été par ailleurs l'occasion de rappeler qu'un critère peut donner lieu à une cotation différente d'une année à l'autre, c'est-à-dire d'une procédure de nomination à l'autre voire d'une commission à l'autre.

« Le requérant ne peut non plus être suivi lorsqu'il affirme que pouvant se prévaloir de 4 ans et 4 mois d'expérience supplémentaire par rapport à une candidature précédente, il aurait dû se voir attribuer par le conseil de la chambre d'arrondissement de Charleroi, une cote au moins égale à celle obtenue lors de cette précédente procédure menée en 2008, à savoir 46/50 soit 32,2/35. L'autorité peut être amenée d'une procédure à l'autre à retenir certains critères de comparaison au détriment d'autres et en l'occurrence, la candidature posée par le requérant en 2008 a été examinée par le conseil de la chambre d'arrondissement au regard des recommandations, critères et méthode de calcul proposés par la circulaire n° 116 du 7 avril 2008, qui diffèrent à de nombreux égards de ceux retenus par la circulaire n° 196 du 8 mai 2012 dont les lignes directrices ont en l'espèce été suivies ».

**14.** - Il arrive enfin qu'un requérant estime que le profil de fonction ou les critères de sélection ont été taillés sur mesure pour autrui. Tel était le cas dans l'arrêt *Gilgean*, n° 235.239 du 27 juin 2016 concernant une promotion

par avancement de grade (première adjointe) à la Communauté française.

Selon la requérante, le profil de fonction arrêté en vue de procéder à la comparaison des titres et mérites des candidats était taillé sur mesure pour la lauréate, classée loin devant les deux autres candidates. Il requerrait notamment une expérience professionnelle et des compétences à ce point spécifiques, qu'elles entravent les candidatures des agents qui ne les détiendraient pas parce qu'ils n'ont pas encore eu l'opportunité d'occuper l'emploi à pourvoir (dont des compétences de maîtrise de logiciels auxquels seule la lauréate avait accès). Ses titres étaient au demeurant supérieurs à ceux de la lauréate, étant graduée et non seulement détentrice d'un CESS.

Dans ce genre de situation, le Conseil d'Etat prend du recul et considère l'ensemble des éléments en présence.

Selon le Conseil d'Etat, en l'espèce, l'examen du profil et de la grille de pondération des critères démontre qu'ils n'ont pas été établis sur mesure. Les éléments spécifiques dénoncés ne concernent que trois des vingt-sept critères du profil et « le seul avantage que [la lauréate] pouvait obtenir sur ces points en raison de son expérience au sein de la direction régionale du Hainaut ne s'avère donc pas déterminante au regard de l'ensemble de tous les critères à évaluer et des points y attribués ; (...) la requérante ne peut donc pas être suivie lorsqu'elle prétend que ces critères visaient à l'exclure dès le départ de la procédure de promotion », d'autant que suite à sa réclamation ses points ont été revus à la hausse.

Cet arrêt peut évidemment donner lieu à une lecture a contrario, laquelle conduirait à en déduire qu'un avantage décisif ne peut jamais être donné à un candidat et spécialement à un candidat interne par les critères de sélection. Il faut toutefois se méfier de telles interprétations excessives qui ne doivent pas conduire à paralyser l'action administrative.

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat en a d'ailleurs profité pour rappeler « qu'un profil de fonction doit correspondre à la fonction à pourvoir de sorte que si certaines compétences particulières sont inhérentes à l'exercice optimal de la fonction, l'autorité est en droit d'apprécier les compétences des candidats au regard de l'expérience dont ceux-ci peuvent faire état mais également par le biais de l'évaluation de certaines compétences spécifiques ». Il ne s'agit donc nullement pour l'autorité de devoir tenir compte de l'expérience des candidats potentiels pour établir le profil de fonction et organiser la concurrence. Le fait que certains candidats sont potentiellement susceptibles de mieux convenir que d'autres

ne doit pas entrer en ligne de compte, ce qui n'autorise pas non plus de tailler le profil sur mesure pour un candidat. La preuve d'un tel comportement sera, en pratique, très difficile à rapporter dans une matière où le pouvoir discrétionnaire est Roi.

#### IV. La question dérangeante de l'annulation de la décision implicite de refuser la nomination d'un requérant

15. - L'arrêt *Depuis*, n° 235.212 du 23 juin 2016 rendu concernant la nomination d'huissiers de justice dans l'arrondissement de Charleroi, aborde la question de l'annulation de la décision implicite de refuser la nomination d'un requérant, laquelle est souvent demandée et d'ailleurs accordée en pratique sans autre forme de discussion, en plus évidemment de celle de la décision explicite de nommer un autre candidat, parfois partie intervenante à la cause.

Les parties adverses sont souvent désorientées par cette demande dont elles croient devoir déduire l'obligation de nommer le requérant en cas d'annulation.

Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que l'annulation de la nomination d'un autre candidat « fait en principe également disparaître ipso facto le refus d'accorder le bénéfice de cette nomination à tout autre candidat en lice ». L'annulation du refus de nommer le requérant ne lui accorde donc aucun bénéfice par rapport aux autres candidats évincés qui n'auraient pas introduit de recours. Et c'est encore plus clair lorsque c'est dit explicitement : a fortiori, l'annulation du refus de nommer n'emporte pas non plus nomination.

Le Conseil d'Etat va plus loin, rappelant en cela sa jurisprudence. « Par deux arrêts nos 222.357 et 222.358 du 1er février 2013, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État a cependant considéré que dans des cas exceptionnels, singulièrement lorsque le requérant démontre spécifiquement que l'avantage mis en compétition, accordé au tiers, devait au contraire lui être attribué, il peut s'avérer que l'autorité administrative, même disposant initialement d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, ne puisse plus légalement, compte tenu de toutes les circonstances concrètes de la cause, refuser d'accorder ledit avantage au requérant. Conformément à cette jurisprudence, le recours contre le refus implicite de nommer le requérant à la place d'huissier de justice vacante dans l'arrondissement judiciaire de Charleroi ne saurait donc être déclaré a priori irrecevable.

À tout le moins, selon les arrêts précités, « faut-il toujours examiner, en vue de statuer sur le recours supplémentaire contre le refus implicite [de nommer le] requérant, si celui-ci invoque un moyen qui, eu égard à tous les éléments dont il faut tenir compte dans le cadre du recours, aboutit à la constatation que l'autorité n'a pas d'autre option que [de nommer le] requérant ». Et en l'espèce, le requérant fait notamment valoir en substance, dans le second moyen, que si la partie adverse n'avait pas commis une erreur dans l'évaluation de son expérience globale en qualité d'huissier de justice, en lui attribuant 18/20 au lieu de 19,8/20 pour ce critère, et une autre, en lui attribuant la cote de 31,8/35, telle que retenue par le conseil de la chambre d'arrondissement, au lieu d'une cote d'au moins 32,2/35, telle qu'obtenue lors d'une candidature précédente, il aurait été en bonne place pour être parmi les trois candidats retenus.

En conséquence, l'exception est liée au fond ».

Après avoir analysé le fond, le Conseil d'Etat estime qu'« [il] ressort de l'analyse qui précède que les arguments avancés par le requérant pour affirmer que la partie adverse n'avait d'autre option que celle de le nommer, n'ont pas été retenus par le Conseil d'État. En conséquence, l'exception soulevée par les parties adverse et intervenante à l'encontre du second objet du recours est accueillie ».

16. - Un arrêt plus ancien mérite par ailleurs d'être signalé à ce sujet. Il s'agit de l'arrêt *Slaets*, n° 229.622 du 18 décembre 2014, lequel met en évidence que le comportement de la partie adverse peut aussi, dans certains cas, incliner le Conseil d'Etat à suspendre ou annuler le refus implicite de nommer ou promouvoir. Selon la haute juridiction administrative, « en principe, le requérant qui ne peut se prévaloir d'aucune disposition légale ou réglementaire qui créerait à son profit un droit ou une priorité à la promotion au grade d'adjudant-chef, n'a pas intérêt à contester le refus implicite de le promouvoir ; que le Conseil d'État estime, en effet, que s'il devait se prononcer sur ce refus, il préjugerait d'une décision que seule l'autorité investie du pouvoir de nomination peut prendre ; qu'en l'espèce, le requérant soutient que le fait que deux arrêts d'annulation ont déjà été prononcés, l'un à l'encontre des décisions se fondant sur les résultats du comité d'avancement 2011 et l'autre à l'encontre des décisions se fondant sur les résultats du comité d'avancement 2011bis et la circonstance qu'il n'est toujours pas promu à la suite du comité d'avancement 2011ter, démontrent que l'autorité a commis et commet toujours des erreurs manifestes d'appréciation et qu'elle n'a pas de motifs valables pour ne pas le promouvoir ; qu'il en déduit qu'il est donc en droit d'obtenir cette promotion ;

*Considérant que la partie adverse procède pour la troisième fois à la promotion des concurrents du requérant malgré l'annulation de deux précédentes décisions sur la base d'un moyen pris notamment de l'erreur manifeste d'appréciation ; que le Conseil d'État a déjà accepté de suspendre un refus implicite de nommer s'il s'avère que la partie adverse a fait preuve d'une attitude négative au détriment du requérant par des décisions successives ; qu'il convient en conséquence de lier la recevabilité du recours dirigé contre le refus implicite à l'examen des moyens ; que si l'un de ceux-ci devait être déclaré sérieux, sur la base, une nouvelle fois, de l'erreur manifeste d'appréciation, il conviendrait de considérer le recours comme recevable en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite de promouvoir le requérant » (quod est en l'espèce).*

Dans l'arrêt *Van der Elst*, n° 235.594 du 9 août 2016, le Conseil d'État se limite par deux fois à considérer que « [l]'annulation éventuelle des arrêtés royaux du 6 janvier 2015 portant désignations au mandat de premier substitut aura nécessairement pour conséquence d'imposer l'adoption de nouvelles décisions de désignation qui devront répondre à l'éventuel grief de légalité retenu dans l'arrêt d'annulation. Ce n'est que si l'annulation devait intervenir avec compétence liée que la requérante serait recevable à attaquer le refus implicite de la désigner au mandat de premier substitut. Elle n'avance cependant pas à l'appui de ses moyens qu'elle disposerait d'une quelconque priorité voire d'un droit à figurer dans ladite liste. Il résulte de cette circonstance que la requête référencée (...) est irrecevable en son second objet »<sup>13</sup>.

En pratique, il n'est pas rare que des décisions de refus de nommer ou promouvoir soient annulées sans emporter pour autant une obligation de nommer ou promouvoir le requérant susceptible de fonder la censure ultérieure d'une décision différente.

## V. La question des actes interlocutoires

17. - Enfin, l'arrêt *Van der Elst* n° 235.594 du 9 août 2016 peut être épinglé à propos de la question controversée des actes interlocutoires également. La question posée était celle de savoir si l'acte de présentation est un acte interlocutoire susceptible d'être attaqué par un candidat au moment où il constate qu'il ne figure

pas sur la liste de présentation et s'il peut également le faire plus tard, au moment de la désignation, en l'espèce au mandat de premier substitut du Procureur du Roi.

C'est l'article 259quinquies, § 1er, 2°, du Code judiciaire qui règle la question, prévoyant une désignation « par le Roi sur présentation motivée de deux candidats par le chef de corps, si le nombre total le permet ».

Il résulte de cette disposition, selon le Conseil d'État, que « le Roi ne peut nommer que les candidats repris dans la liste de présentation établie par le procureur du Roi. Certes cette disposition ménage un pouvoir d'appréciation au Roi en ce qu'elle impose, lorsque le nombre total de candidats le permet, de présenter deux candidats. Il ne peut cependant être soutenu que le Roi pourrait désigner un candidat non repris dans la liste de présentation. Cette circonstance a pour conséquence que la liste de présentation prive les candidats qui n'y sont pas repris de la possibilité d'être désignés pour le mandat de premier substitut. Dès lors et même si la liste de présentation est un acte qui s'inscrit dans le cadre d'une procédure complexe, elle doit être qualifiée d'acte interlocutoire puisque, nonobstant son caractère préparatoire, elle cause directement grief aux candidats non repris dans la liste. Ces derniers sont dès lors recevables à attaquer un tel acte soit dans le cadre d'un recours distinct soit, de manière incidente, dans le cadre du recours dirigé contre la décision finale de nomination au mandat de premier substitut ».

Il faut préciser que la qualité d'organe du pouvoir judiciaire et donc d'autorité administrative du procureur du Roi lorsqu'il établit la liste de présentation ne fait plus de doute depuis que l'article 2, 2°, de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, entré en vigueur le 3 février 2014, étend la compétence du Conseil d'État à l'égard des décisions concernant les titulaires de fonction, conformément à l'arrêt de la Cour constitutionnelle 127/2003 du 1er octobre 2003.

L'arrêt s'inscrit donc parmi ceux qui prennent le contre-pied des arrêts *Pinon* et *Stockaert*, lesquels avaient voulu exclure la théorie de l'opération administrative complexe en matière de fonction publique pour des motifs surprenants.

<sup>13</sup> Le refus implicite de faire figurer la requérante dans la liste de présentation était en effet également attaqué. Il a été écarté en des termes similaires.