

L'art de comparer les titres et mérites en matière de fonction publique selon la jurisprudence récente¹

Marc NIHOUL – Professeur UNamur et avocat Astredis²

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. Elles traduisent des exigences qui varient considérablement selon les textes applicables et les circonstances. La présente contribution est une analyse de la jurisprudence francophone récente en la matière qui révèle toute la subtilité de l'opération administrative considérée laquelle s'apparente en pratique à un art véritable.

Observation liminaire : la prudence est la mère des vertus

1. - La plus grande prudence s'impose au moment de tenter de dégager des lignes directrices dans la jurisprudence francophone du Conseil d'Etat³ pour la réalisation d'opérations administratives telle que la comparaison des titres et mérites (CTM) en matière de fonction publique. Le droit administratif est le règne du particularisme, d'abord par les textes applicables⁴ qui diffèrent souvent d'une autorité ou fonction à l'autre, ensuite parfois par la jurisprudence elle-même qui n'est pas toujours constante

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 en benoemt. Ze vertalen eisen die sterk variëren al naargelang van de toepasselijke teksten en de omstandigheden. Dit artikel is een analyse van de recente Franstalige rechtspraak ter zake, die aan het licht brengt hoe subtiel de betreffende bestuurs-handelingen zijn, die in de praktijk een echte kunst lijken.

d'une chambre voire d'un conseiller à l'autre, à défaut d'une juridiction de cassation pour les compétences de fond exercées par le Conseil d'Etat, sans oublier les divergences de conceptions parfois fondamentales entre le Conseil d'Etat et les autres juridictions, en particulier celles relevant de l'ordre judiciaire. L'on en verra un exemple éloquent à la fin de l'exposé, à propos des actes interlocutoires en matière de fonction publique. Chaque ligne directrice tirée ci-dessous doit donc être prise sous réserve des textes et jurisprudences applicables au cas particulier.

¹ 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 24 et 25 mai 2016 à Bruxelles.

V. aussi *Droit et contentieux de la fonction publique, 10 années d'actualité*, IFE, 2013 et en particulier M. Nihoul et F.-X. Barcena, « La sélection, le recrutement et la progression des agents statutaires et des mandataires » (pp. 11- 17) et C. Mertens, « Le contrôle par le Conseil d'Etat des nominations, promotions et autres désignations du personnel statutaire » (pp. 119-127).

² www.unamur.be et www.astredis.be

³ Les arrêts récents ont été collectés *via* le site internet du Conseil d'Etat (mots-clés « comparaison des titres et mérites » 2015 et 2016 et *juriDict* verbo « comparaison des titres et mérites des candidats »).

⁴ Auxquels il faut ajouter le pouvoir d'appréciation discrétionnaire en la matière qui confère à l'autorité une marge de manœuvre importante dans ce cadre.



Dans le même ordre d'idées, il faut par ailleurs rappeler d'entrée de jeu que dans chaque dossier, le juge statue *in concreto* dans le cadre d'une compétence définie et selon des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Il n'est pas le seul en réalité puisque tel est également le sort de l'autorité administrative qui nomme ou désigne, ce qui explique pourquoi le Conseil d'Etat reconnaît d'emblée que d'une procédure de recrutement à l'autre l'évaluation des mérites ne doit pas être parfaitement constante⁵. La règle doit être la même pour tous mais le traitement différencié peut se cacher dans l'application celle-ci sans que l'on puisse nécessairement trouver à y redire au regard des principes d'égalité et de non-discrimination. La règle, c'est la CTM en matière de fonction publique et c'est pour tenter d'appréhender les exigences de celle-ci au moment de réaliser concrètement une telle comparaison que l'étude de la jurisprudence actuelle en la matière est proposée.

I. Principe : une règle générale

2. - La 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 publics⁶. 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.

Ce principe requiert une attention toute particulière de la part des autorités car la matière est très sensible sur le plan humain. Le sage ne dit-il pas que pour être heureux il faut éviter de se comparer aux autres ? C'est dire que la CTM est par définition propice aux frustrations dans le chef des candidats malheureux. Le premier conseil à donner en la matière est donc de faire preuve de tact, mais sans déformer la réalité d'une préférence argumen-

tée, sous peine de prêter le flanc à la critique voire à la censure. Car l'objectif de la comparaison est évidemment de déboucher sur un choix inévitable. Résolument, la CTM est un art humaniste !

II. Notion

3. - Selon une jurisprudence plutôt constante, réaffirmée par les arrêts récents, « *la comparaison des titres et des 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* »⁷.

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 CTM avant toute

⁵ Cet élément est approfondi ci-dessous, point 10.

⁶ C.E., *Bessem et Vildar*, n° 231.454, 5 juin 2015 visant indistinctement les articles 10 et 11 de la Constitution. L'arrêt concerne un recours introduit contre l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 mars 2004 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale.

⁷ C.E., *Pinto de Novais Paiva*, n° 225.800, 12 décembre 2013. Dans le même sens récemment : C.E., *El Hamdi*, n° 233.934, 25 février 2016 ; C.E., *Portugals*, n° 232.285 et n° 232.286, 22 septembre 2015 et n° 233.189, n° 233.190, n° 233.191 et n° 233.192, 10 décembre 2015 ; C.E., *Bierlier*, n° 232.188, 15 septembre 2015 ; C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015 ; C.E., *Sabbatini*, n° 231.186, 12 mai 2015 ; C.E., *Cieslak*, n° 231.015, 28 avril 2015 (application).
V. aussi C.E., *Henni*, n° 202.652, 31 mars 2010 ; C.E., *Rassart*, n° 185.179, 4 juillet 2008 (le dossier administratif doit révéler l'effectivité de cette comparaison et les raisons pour lesquelles les candidats évincés n'ont pas été retenus) ; C.E., *Bechet*, n° 146.861, 28 juin 2005 ; C.E., *Nouwynck*, n° 108.593, 28 juin 2002.



nomination dans la fonction publique. L'autorité administrative est soumise, sur ce point, à une obligation.

III. Obligation, sauf exception

4. - L'obligation générale de procéder à la CTM dans la fonction publique résulte du principe général de droit administratif correspondant. « *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* »⁸ (même en l'absence de disposition légale prévoyant de procéder à un appel aux candidats ou de faire intervenir une commission de recrutement⁹) (et même pour une fonction temporaire¹⁰).

En conséquence « *tout statut d'agents de la fonction publique doit être organisé en manière telle qu'il offre toutes les garanties requises en ce qui concerne le respect du prescrit constitutionnel ; (...) la comparaison objective et impartiale des titres et mérites des candidats à une fonction publique est indispensable pour que soit*

assurée l'égalité d'admissibilité des citoyens aux emplois publics »¹¹. En l'espèce, la procédure de recrutement a été considérée comme contraire au principe dont les communautés et régions ne peuvent se départir malgré l'inapplication de l'article 9, §3, de l'ARPG depuis le 1^{er} juillet 2014 en ce qu'il prévoit notamment de procéder à la CTM des candidats à des fonctions subalternes sur la seule base d'un entretien avec la commission de sélection ou de promotion compétente, et ce sans que soient organisées des épreuves de sélection qui offrent de suffisantes garanties d'objectivité assurant le respect de ces principes, notamment sans que la commission ne soit en possession d'un CV et d'une lettre de motivation des candidats (alors que tel n'est pas le cas pour les fonctions supérieures). L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat mentionnait déjà ce vice de légalité et le Gouvernement n'en avait pas tenu compte.

5. - Encore faut-il qu'il y ait mise en compétition pour accéder à la fonction publique ou être promu, ce qui n'est pas le cas de la constitution d'une liste d'agents exerçant un métier informatique susceptibles d'être désignés ensuite sur la base d'un test psycho-technique susceptible alors de les départager¹².

6. - Comme tout principe, celui-ci connaît par ailleurs des

⁸ C.E., *Sonck*, n° 217.919, 13 février 2012.

⁹ V. aussi C.E., *Demolin*, n° 111.415, 10 octobre 2002 concernant le mandat de directeur président de la Haute école de la Ville de Liège : « *le décret (du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en hautes écoles ne définit pas les modalités de constitution de la liste des candidats à la fonction de directeur-président d'une haute école subventionnée par la Communauté française) et n'impose pas au conseil communal de réglementer cette matière ; que ce silence des textes ne dispense pas l'autorité de respecter les principes qui sont applicables à toute nomination ou désignation à une fonction publique ; que pareille nomination ou désignation ne peut être arbitraire, ce qui implique que soient examinés et comparés, selon des critères objectifs et connus, les titres et mérites des candidats* ». En l'espèce, une liste de trois candidats avait été établie sans appel à candidats et sans comparaison préalable, sans même certitude d'une discussion sur ce point et, le cas échéant, sur base de quels critères, par le collège de direction - composé du directeur-président, des trois candidats proposés et du requérant - en l'absence de celui-ci : sans garantie, par conséquent, d'un examen et d'une comparaison sérieux, impartiaux, sereins et objectifs.

De même C.E., *Mathieu*, n° 222.384, 5 février 2013 concernant la nomination d'un commissaire de gouvernement près de l'Office national des pensions : « *Considérant que le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics implique qu'outre la publicité des vacances d'emploi ainsi que des épreuves et critères de sélection, un système de recrutement objectif des candidats à l'attribution d'une fonction publique, offrant les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, soit déterminé par l'autorité ; que ce principe tout à fait général dans la fonction publique belge et essentiel est formellement traduit dans l'arrêté royal du 22 décembre 2000, précité, et plus spécialement en son article 3 ; qu'en l'espèce, l'emploi contesté n'a fait l'objet d'aucun avis de vacance et la décision attaquée ne fait mention d'aucun critère sur lesquels se serait fondée la partie adverse pour préférer la personne nommée plutôt que le requérant ; que le moyen est fondé* ».

¹⁰ C.E., *Sondant*, n° 233.842, 16 février 2016 concernant une désignation pour exercer les fonctions supérieures de greffier d'un tribunal ; C.E., *Van Vlieberge*, n° 230.376, 3 mars 2015 concernant une désignation en qualité de receveur communal faisant fonction dans la commune de Woluwe-Saint-Pierre (jugée illégale dès lors qu'une procédure de recrutement par promotion avait été lancée et que plusieurs agents de la réserve de recrutement répondaient aux conditions pour être nommés à titre définitif : l'autorité doit justifier valablement sa décision de ne pas nommer dès lors que la loi impose de pourvoir l'emploi dans les six mois de la vacance n'est pas libre de ne pas nommer et aucune comparaison n'a été réalisée en l'espèce en l'absence de mention selon laquelle un seul des candidats faisait la preuve des connaissances linguistiques requises) (la comparaison n'est pas incompatible avec la continuité du service public mais suppose seulement qu'elle soit effectuée avec célérité).

¹¹ C.E., *Bessem et Vildar*, n° 231.454, 5 juin 2015. A noter également que l'arrêt sanctionne le non-respect de l'article 87, § 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles qui impose que le SELOR conserve, dans toute procédure de recrutement, un rôle déterminant dès lors que des tiers au SELOR peuvent être organisateurs de sélection lors d'appels à candidatures ouverts à des personnes extérieures à la partie adverse, en ne lui réservant qu'un simple rôle de surveillance.

¹² C.E., *Verschraegen*, n° 126.676, 19 décembre 2003 : « *le principe général qui impose à l'autorité de comparer les titres et mérites des candidats à une fonction a pour but de garantir l'égalité d'admissibilité aux emplois publics ; qu'il ne trouve toutefois à s'appliquer que lorsque des personnes sont concurrentes à l'égard d'une position qui ne peut être octroyée qu'à un ou plusieurs d'entre elles, c'est-à-dire essentiellement en cas de nomination ou de promotion ; qu'en l'espèce, aucun emploi n'a été mis en compétition ; qu'il ne s'agissait pas d'examiner les titres et mérites des agents, mais de vérifier s'ils répondaient ou non*



exceptions. Ainsi, en cas de recrutement par concours, la seule référence aux résultats de l'épreuve peut suffire à justifier un choix sans autre forme de comparaison. Une règle de priorité peut également donner la préférence à un candidat par rapport aux autres¹³, comme par exemple l'ancienneté¹⁴.

Il ne faut évidemment pas confondre examen et concours car, selon le Conseil d'Etat, « à l'inverse d'un concours, un examen n'aboutit pas à un classement qui détermine l'ordre de nomination des lauréats ; (...) dans le cadre d'une procédure de recrutement par examen, la réussite à l'examen constitue une condition pour être nommé et ne crée aucun droit de priorité pour les lauréats les mieux classés ; (...) il en résulte que l'autorité peut ne pas justifier son choix par la seule référence aux résultats de l'épreuve mais doit comparer les titres et mérites des différents candidats »¹⁵. Il s'agit tout-au-plus d'un élément de la comparaison qui sera proportionnel à la différence de résultats entre les candidats.

7. - La règle de priorité doit être claire car le principe est le CTM¹⁶. Il faut ainsi scrupuleusement analyser la procédure de sélection prévue pour déterminer la portée réelle de tests de compétences génériques et techniques et la dispense éventuelle de CTM. Dans un arrêt *Frisschen*

n° 233.503 du 19 janvier 2016, le Conseil d'Etat a par exemple estimé à propos de nominations dans l'administration fiscale que « le classement, consécutif à l'intégration des résultats obtenus aux tests des compétences génériques et techniques, vise uniquement à sélectionner, pour chaque profil de fonction, les dix meilleurs candidats [et donc à] (...) réduire le nombre de candidats admissibles à une éventuelle épreuve complémentaire et, en tout état de cause, à l'étape 4, à savoir l'interview » sans lier le comité de direction dans la formulation des propositions de nomination : « l'indication que "L'interview permettra d'évaluer la motivation du candidat par rapport à l'emploi ou aux emplois sollicités et d'aborder de manière intégrée les compétences techniques et génériques exigées par le profil de fonction sollicité. Lors de cette interview, il sera également tenu compte des éléments du dossier personnel du candidat ainsi que de l'avis demandé à son chef fonctionnel quant à son fonctionnement dans ses missions et tâches actuelles", implique que l'autorité doit effectuer une comparaison complète des titres et mérites des candidats à l'issue de la quatrième étape, c'est-à-dire, en tenant compte non seulement de l'intégration des résultats obtenus pour l'évaluation des compétences techniques et génériques mais également des résultats de l'interview ; que si cette comparaison peut évidemment conforter le classement

aux conditions permettant de les considérer comme exerçant un métier informatique ; que le seul fait de figurer sur la liste des agents exerçant un tel métier n'emporte, en soi, aucun avantage ; que ce n'est qu'après la réussite d'un test psycho-technique que ces agents pourront être désignés, en cas de nécessité fonctionnelle, pendant une durée limitée ou indéterminée ; que ce n'est donc qu'à un stade ultérieur à l'établissement de la liste qu'un choix devra, le cas échéant, être opéré ; qu'aucune comparaison des titres et mérites ne s'imposait au moment de la confection de la liste ».

¹³ C.E., *Kharrouj*, n° 231.440, 4 juin 2015. V. aussi C.E., *Henry*, n° 211.214, 14 février 2011, *a contrario* concernant des désignations temporaires en matière d'enseignement. Et moyennant motivation formelle sur ce point ou, à défaut, sur la comparaison objective, même en cas de scrutin secret (C.E., *Tennab*, n° 200.493, 4 février 2010).

¹⁴ C.E., *Rocks*, n° 164.878, 17 novembre 2006 concernant la promotion communale au grade d'inspecteur de police : « le principe constitutionnel d'égalité n'impose pas nécessairement la comparaison des titres et mérites des candidats, les statuts administratifs pouvant les distinguer selon des critères objectifs, telle l'ancienneté » (absence d'intérêt au recours).

En l'absence de candidats (temporaires) prioritaires, l'autorité n'a pas à tenir compte de l'ancienneté de ceux-ci mais ne peut pas non plus retenir comme seul critère objectif « l'ancienneté de l'inscription des candidatures » sans indiquer « en quoi ce critère serait de nature à refléter une plus grande aptitude pour l'exercice de la fonction à pourvoir », sous peine d'absence de comparaison effective en rapport avec la fonction à pourvoir (C.E., *Bechet*, n° 146.861, 28 juin 2005). L'ancienneté dans le stage (16 ans de différence) et les suppléances (12 ans) – et donc l'expérience – n'est pas manifestement déraisonnable pour départager deux candidats huissier ayant fait l'objet d'un avis favorable de la chambre d'arrondissement des huissiers de justice, du procureur du Roi et du procureur général et se trouvant donc à égalité l'un avec l'autre (C.E., *Roger*, n° 211.553, 25 février 2011). De même, à titre égal, l'évaluation comparative de l'intérêt des titres détenus par chacun des deux candidats pour une fonction dans l'administration locale n'est pas déraisonnable, l'autorité ayant constaté que les études sanctionnées par le titre de licencié en sciences économiques appliquées comportait essentiellement des matières relevant de l'organisation des entreprises privées sans mettre en cause la validité de ce diplôme en tant qu'il permettait au requérant d'accéder aux fonctions convoitées (C.E., *Zanardo*, n° 212.581, 8 avril 2011 concernant la nomination en qualité de chef de bureau administratif de CPAS). « [L]autorité administrative, confrontée à deux candidats à un emploi dont les aptitudes "générales" ont été considérées comme sensiblement équivalentes à la suite des deux épreuves de sélection, peut se fixer d'autres critères sur la base desquels elle va pouvoir départager les candidats et effectuer son choix », en l'occurrence les diplômes et les formations informatiques suivies (C.E., *Henni*, n° 202.652, 31 mars 2010 concernant la nomination en qualité d'employé d'administration de CPAS). V. aussi C.E., *Soetemans*, n° 144.619, 19 mai 2005 concernant la nomination d'un avocat général près une cour du travail : la spécificité de l'expérience par rapport à la fonction à pourvoir peut raisonnablement l'emporter sur l'ancienneté de grade lorsque la différence entre les candidats n'est que de trois mois.

¹⁵ C.E., *Pinto de Novais Paiva*, n° 225.800, 12 décembre 2013.

¹⁶ Rappr. C.E., *Rassart*, n° 185.179, 4 juillet 2008. La préférence était donnée par les textes aux candidats à un emploi provincial de chef de division qui ont fait l'objet d'une évaluation au moins positive et « entre ceux faisant l'objet de la même évaluation, après comparaison des titres et mérites, à celui qui possède la meilleure aptitude à l'exercice de la fonction du grade à conférer ». Elle n'a pas été interprétée par le Conseil d'Etat comme donnant priorité à l'agent ayant fait l'objet de l'évaluation la plus positive, celle-ci n'étant qu'un élément d'appréciation sans être l'élément déterminant : « l'évaluation obtenue dans un emploi n'est pas nécessairement le gage de la meilleure aptitude dans un autre emploi ».



opéré à l'issue de la troisième étape, elle peut également le modifier ; que le dossier de promotion doit démontrer que l'autorité a effectivement comparé les titres et mérites de tous les candidats à l'issue de la quatrième épreuve ; (...) que la seule référence au classement du requérant à l'issue de l'étape 3 (intégration du résultat des tests de compétences techniques et génériques) ne peut, en effet, suffire puisque la comparaison complète des titres et mérites requerrait également une comparaison sur la base de l'interview ». En l'espèce, rien ne permettait de savoir comment l'administrateur général et le comité de direction en avaient tenu compte et pourquoi le requérant n'avait pas été proposé.

Par le passé, le Conseil d'Etat avait rappelé que le principe de l'égal accès aux fonctions publiques commande de procéder à un appel à candidats (vacance) même en présence d'une évaluation prévue en fin de mandat et d'une possibilité de renouvellement de mandat, sans autre précision ou disposition plus explicite concernant les conditions pouvant ouvrir un éventuel droit au renouvellement sans une nouvelle mise en concurrence, une éventuelle priorité ou un nombre de renouvellements successifs possibles¹⁷.

8. - Forcément, la prolongation de désignations annulées pour absence de CTM est elle-même viciée pour le même motif et doit être annulée¹⁸. De même que viole le principe d'égalité la décision qui fait sienne la CTM discriminatoire réalisée par le comité de direction ou la commission de sélection.

IV. Méthode : rigueur, précision et attention systématique

9. - La CTM n'est pas une opération aisée. Elle « doit être menée avec rigueur, précision et attention »¹⁹. Il s'agit là de consignes très générales dont les exigences concrètes peuvent être difficiles à identifier. C'est qu'en

l'absence de texte sur ce point, aucune méthode n'est véritablement imposée pour la réaliser concrètement, pourvu que celle-ci soit effective et appropriée. La CTM doit ressortir des éléments repris dans la décision, souvent par référence à l'avis de la commission de sélection²⁰.

Ainsi n'est-il pas requis, sauf texte particulier, mais conseillé, d'établir un tableau de synthèse reprenant, pour chaque candidat, chaque élément de la comparaison selon les critères prédéfinis avec un commentaire synthétique et idéalement une appréciation générale correspondante sous forme de lettres ou de chiffres permettant de situer chaque candidat par rapport aux autres. Les chiffres ou lettres ne dispensent de plus amples explications (éventuellement reprises en tout ou en partie dans un document séparé) que s'ils correspondent à des résultats d'épreuves organisées distinctement ou des critères n'autorisant guère d'appréciation²¹. L'autorité comme la commission d'avis – c'est-à-dire leurs membres – gagneront à remplir le tableau au fur et à mesure de leur délibération avant de réaliser leur choix car le tableau comparatif permet d'objectiver le processus et procure une vue d'ensemble transversale qui parle souvent d'elle-même. Un tableau est bien utile à cet égard. Procéder dans le sens inverse en commençant par dégager un choix sur la base d'une intuition partagée que l'on justifie ensuite critère par critère en arrangeant les appréciations revient à tronquer la CTM, c'est-à-dire à n'en pas jouer le jeu. Un arrêt récent semble tracer une voie dans ce sens en regrettant l'absence de tableau de synthèse²², sans que celle-ci soit en elle-même constitutive d'illégalité, mais elle compliquait vraisemblablement la mission de contrôle. Idéalement, le tableau vierge sera communiqué aux membres appelés à préparer la CTM avant la délibération à partir des dossiers et ce pour guider leur première analyse.

Il n'est pas exigé non plus, en principe et sauf texte particulier²³, de classer les candidats, ce qui peut toute-

¹⁷ C.E., *Denef*, n° 222.114, 17 janvier 2013 concernant les mandats de membres du conseil de l'IBPT.

¹⁸ C.E., *Raymann*, n° 231.628, 17 juin 2015.

¹⁹ C.E., *Gazan*, n° 200.073, 26 janvier 2010.

²⁰ Auquel cas il « s'indique » que les avis soient portés à la connaissance des candidats afin qu'ils puissent formuler des observations avant la prise de décision, dans l'intérêt du candidat comme dans celui de la complète information de l'autorité qui nomme (C.E., *Nouwynck*, n° 108.593, 28 juin 2002).

²¹ V. ci-dessous.

²² C.E., *Maris*, n° 231.373, 28 mai 2015 : « le conseil de direction a certes et ainsi qu'il a été dit émis une évaluation pour chaque candidat au regard des qualifications génériques et spécifiques de ceux-ci ainsi que de leur motivation pour la matière et pour la fonction ; (...) cependant, la proposition du conseil de direction ne reprend pas un tableau de synthèse des résultats et l'on ne peut suivre la thèse soutenue par la partie adverse dans son dernier mémoire suivant laquelle les candidats présentés sont les seuls dont la moyenne est soit équivalente soit supérieure à 50 % (...) l'explication ainsi fournie ne figure pas dans la décision de conseil de direction et est formulée a posteriori ». Le Conseil d'Etat ne peut donc y avoir égard. Rappr. C.E., *Thirion*, n° 230.633, 24 mars 2015 cité par extrait note 42.

²³ Par exemple C.E., *Maris*, n° 231.374, 28 mai 2015. Le seul fait de ne présenter que la nomination de trois candidats (alors que six



fois également être conseillé dès lors qu'il s'agit en définitive d'expliquer pourquoi tel candidat est préféré par rapport aux autres. Selon le Conseil d'Etat, le classement est une faculté « inhérente à l'exercice de comparaison des titres et mérites et à la notion de proposition motivée »²⁴ pour une commission chargée d'entendre les candidats et d'examiner les dossiers. Seuls les candidats convenant pour le poste ou la promotion seront classés pour parer à toute éventualité.

En cas de grille de notation, celle-ci doit être connue ou figurer dans l'acte et le Conseil d'Etat en évalue le caractère raisonnable ou plutôt « manifestement déraisonnable » éventuel²⁵.

En revanche, il s'impose d'être systématique et cohérent dans la CTM. Selon le Conseil d'Etat, « 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 »²⁶.

Il ne suffit évidemment pas de constater que toutes les candidatures répondent aux conditions de recrutement et que toutes les candidatures ont été examinées²⁷.

Il s'agit d'éviter en particulier les appréciations sommaires ou contradictoires, d'omettre certains candidats de la comparaison de certains critères, de prendre en considération un nouveau critère sans préciser son influence sur la proposition finale.

Il s'agit d'éviter aussi de fonder la comparaison sur des suppositions, incertitudes ou éléments non matériellement établis²⁸, ou de considérer un critère comme déterminant sauf pour un candidat²⁹.

Le caractère systématique de la comparaison, pour garantir l'égalité d'accès à la fonction publique, porte également sur les épreuves ou auditions auxquels doivent être confrontés tous les candidats le cas échéant.

10. - A l'impossible toutefois nul n'est tenu. En ce qui concerne l'audition des candidats, particulièrement, « il n'est pas requis qu'une telle épreuve orale se déroule de manière strictement identique pour chaque candidat, notamment parce que les réponses données peuvent orienter la suite des échanges »³⁰. Il suffit que « les candidats [aient] été confrontés à des questions globalement similaires et que la commission [ait] évalué la qualité de leurs réponses respectives, sans s'écarter du profil lié à la

pouvaient l'être) n'est pas en soi illégal mais doit reposer sur une motivation d'autant plus précise et explicite que le classement des candidats proposés lie l'autorité investie du pouvoir de nomination lorsque le conseil de direction se prononce à l'unanimité.

²⁴ C.E., *Belluz*, n° 208.950, 16 novembre 2010.

²⁵ C.E., *Maris*, n° 231.373, 28 mai 2015 : « la grille de notation retenue par la partie adverse ne peut être admise ; qu'attribuer seulement 1 point sur 3 pour un critère évalué satisfaisant revient en effet à mettre le candidat en échec, ce qui est incompatible avec la mention satisfaisant ; qu'au surplus, l'examen comparatif du résultat des candidats aux différents critères ne peut se résumer à l'examen de leur moyenne ; qu'il peut ainsi paraître surprenant de classer en première place un candidat pour une fonction à haute responsabilité qui a été évalué insatisfaisant pour les critères "coacher" et "développer une équipe" ».

²⁶ C.E., *Sabbatini*, n° 231.186, 12 mai 2015, analysé ci-dessous, n° 14.

²⁷ C.E., *Heuchon*, n° 90.004, 3 octobre 2000 : « Considérant que ni l'acte attaqué, ni aucune autre pièce du dossier administratif, ne mentionnent que le Conseil communal, le 23 février 2000, a procédé à une comparaison des titres et mérites des candidats ; que l'acte attaqué ne réfère à la candidature du requérant que pour constater qu'avec d'autres, elle répond aux conditions permettant le recrutement ; que, pour le surplus, il énonce les mérites des candidats qui ont justifié leur nomination ; qu'il indique seulement qu'il fut procédé à un "réexamen complet de l'ensemble du dossier et notamment des curriculum vitae des candidats" ; (...) que cette référence à l'examen des "curriculum vitae" des candidats ne démontre pas que les titres et mérites du requérant ont été pris en compte, dès lors qu'il ressort de la motivation de la délibération retirée du 2 septembre 1999 que le requérant, au contraire de ses concurrents, n'avait pas transmis un tel "curriculum vitae", non requis mais perçu comme "constituant indéniablement une marque de respect vis-à-vis de l'autorité chargée de se prononcer sur les nominations" ; (...) que le dossier administratif ne révèle pas ce que fut cet "ensemble du dossier" dont le Conseil communal procéda à un "réexamen complet" ; (...) que, si l'acte de nomination peut indiquer seulement les raisons pour lesquelles le candidat nommé a été préféré, à l'exclusion des raisons pour lesquelles les autres candidats n'ont pas été choisis, ces motifs d'éviction doivent néanmoins apparaître au dossier ; qu'en l'espèce, le dossier n'établit pas que la candidature du requérant a bien été examinée et que ses titres et mérites ont été effectivement comparés à ceux des autres candidats ; qu'il ne permet pas de comprendre pourquoi la candidature du requérant, qui bénéficiait pourtant d'une ancienneté beaucoup plus importante et qui avait obtenu la deuxième meilleure note à l'examen, a été écartée ».

²⁸ C.E., X, n° 227.939, 30 juin 2014, rectifié par C.E., n° 228.105, 24 juillet 2014.

²⁹ C.E., *Boute*, n° 222.249, 25 janvier 2013 à propos du comportement vis-à-vis de la hiérarchie comme critère d'appréciation des qualités professionnelles.

³⁰ C.E., *Belluz*, n° 208.950, 16 novembre 2010 (le texte prévoyait seulement deux groupes, ceux qui sont aptes et ceux qui ne le sont pas, sans exclure un classement).



description de fonction et que les raisons du classement préférentiel ressortent à suffisance de la juxtaposition de ces évaluations individuelles ». La démarche, en quelque sorte, doit être la même. Le canevas doit être identique.

De même, le principe d'uniformité des épreuves de sélection au poste vacant ne fait nullement obstacle à ce que les participants à une même épreuve ne soient pas délibérés au même moment³¹.

L'absence d'audition pour l'évaluation du volet motivation par rapport à la matière et la fonction (sur la base du seul examen des actes de candidature par conséquent) n'est pas illégale lorsque les candidats peuvent être entendus sur recours à l'encontre de la première décision du conseil de direction sauf si la réclamation est précisément rejetée au motif qu'il ne peut être tenu compte d'éléments qui ne figuraient pas dans l'acte de candidature³².

V. Apparence et motivation

11. - Fondamentalement, c'est la motivation formelle de la décision ou de l'avis qui précède celle-ci qui témoignera de la rigueur de l'opération. En pratique, rares sont les censures du Conseil d'Etat lorsque la motivation qui relate la CTM est suffisamment soignée³³. Il s'agit d'une motivation formelle qui doit être aussi rigoureuse et précise que la CTM elle-même. Elle doit être suffisante et adéquate³⁴, pour utiliser les termes de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs. Le cas échéant, l'acte bénéficie d'une présomption de légalité et l'autorité

compétente d'un postulat de rationalité qui découlent du principe de la séparation des pouvoirs et du respect par le juge administratif du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative en matière de nominations dans la fonction publique, celui-ci n'exerçant sur celle-là qu'un contrôle marginal³⁵. Le Conseil d'Etat vérifie principalement qu'une réelle CTM a bien eu lieu et la preuve de celle-ci doit être rapportée dans l'acte : « *la motivation d'une nomination ou d'une promotion doit, pour être adéquate, énoncer des motifs exacts et pertinents, reflétant le résultat de la comparaison des titres et mérites des candidats à laquelle il a dû être préalablement procédé ; (...); (...) le dossier administratif [en l'espèce l'avis du comité de direction] doit démontrer l'effectivité [et l'objectivité] de la comparaison (...) et s'il a permis à l'autorité investie du pouvoir de nomination de se déterminer en pleine connaissance de cause* »³⁶.

12. - Les formules de style sont à proscrire, comme celle se limitant à indiquer que tel candidat est le plus approprié pour exercer la fonction après avoir simplement passé en revue les candidatures³⁷ ou que l'expérience professionnelle et le projet pédagogique correspondent, en tous points, aux critères définis par l'établissement pour l'attribution d'un poste sans aucune information claire, concrète et précise quant aux critères qui ont déterminé le choix de la personne retenue ni aux titres et mérites du requérant³⁸.

13. - Dans tous les cas, la motivation doit être conçue de manière à permettre aux candidats malheureux de comprendre pourquoi le choix s'est porté sur le lauréat : « *en matière de nomination ou de promotion, il est satisfait à*

³¹ C.E., *Larivière*, n° 227.804, 23 juin 2014 et n° 231.728, 23 juin 2015. Plus de quatre mois s'étaient apparemment écoulés entre la présentation de l'épreuve et l'adoption d'une décision définitive sur celle-ci et un certain délai entre l'examen de la candidature du requérant et celle des autres postulants à la suite du retrait d'une décision d'inaptitude le concernant ayant fait suite à une nouvelle décision d'inaptitude (en raison d'une note de 1/9 à la compétence « respect des normes – intégrité » pour absence de déclaration spontanée de faits de moralité).

³² C.E., *Maris*, n° 231.373, 28 mai 2015.

³³ *A contrario* C.E., *Braginsky*, n° 234.143, n° 234.147 et n° 234.148, 16 mars 2016.

³⁴ C.E., *Bechet*, n° 146.861, 28 juin 2005, s'agissant de la CTM et de la motivation.

³⁵ V. ci-dessous, n° 19.

³⁶ C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015 ; C.E., *Portugaels*, n° 232.285 et n° 232.286, 22 septembre 2015 et n° 233.189, n° 233.190, n° 233.191 et n° 233.192, 10 décembre 2015. Dans le même sens : C.E., *Bierlier*, n° 232.188, 15 septembre 2015. Rappr. C.E., *Sabbatini*, n° 231.186, 12 mai 2015.

V. aussi C.E., *de Pierpont*, n° 216.472, 24 novembre 2011 : « *le présent dossier administratif permet de déterminer les critères sur la base desquels les titres et mérites des candidats ont été appréciés ; (...) les avis de mise en compétition du 20 janvier 2011 et du 2 février 2011 mentionnent clairement la description de fonction, les qualités souhaitées, les exigences de la fonction y compris sur le plan des compétences techniques ; (...) l'ensemble des pièces du dossier administratif et en particulier les fiches de postulation et les avis de l'administrateur général de la documentation patrimoniale, démontrent que les candidats ont bien été appréciés sur la base des mêmes critères : "présence des compétences techniques, expérience utile, motivation, innover, développer des collaborateurs, organiser, agir de manière orientée service" ; qu'il en résulte que les candidats ont bien été comparés dans leurs titres et mérites* ».

³⁷ C.E., *Nouwynck*, n° 108.593, 28 juin 2002 (« clause de style ») après appréciation de chaque candidat et énumération des qualités de celui choisi mais sans comparaison des candidats entre eux, concernant la désignation pour cinq ans d'un conseiller général au service de la politique criminelle.

³⁸ C.E., *Henry*, n° 215.370, 29 septembre 2011 : la partie adverse devait expliciter les motifs pour lesquels elle estimait que le candidat retenu assumerait mieux que le requérant la charge d'enseignement en question.



l'exigence de motivation formelle quand la décision révèle que l'autorité a procédé à une comparaison des titres et mérites des intéressés et indiqué les raisons qui ont présidé à son choix, en sorte que les différents candidats puissent comprendre, à la lecture de l'acte de nomination, pourquoi l'un a été préféré aux autres ; que les motifs de l'acte de nomination présentant plus d'intérêt pour les candidats évincés que pour celui qui en bénéficie, 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 »³⁹.

14. - Cela étant, les exigences de motivation sont susceptibles de fluctuer selon le type de dossier rencontré. Il y a bien entendu les nominations au grand choix, comme celles des gouverneurs de province qui justifient un contrôle très ténu en raison de la relation de confiance absolue requise pour ce genre de fonction.

Il y a aussi le nombre de candidats qui est inversement proportionnel aux exigences de motivation. Plus le nombre de candidats est petit, plus grandes seront les exigences en termes de motivation. En effet, « *la manière dont il doit être répondu aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 (...) doit être appréciée au cas par cas, en fonction notamment des circonstances de la cause et du nombre de candidats en présence ; (...) dès lors que seuls deux candidats ont postulé à la nomination litigieuse, il ne devait pas être compliqué pour la partie adverse de construire une motivation pertinente et adéquate témoignant d'une comparaison des titres et mérites effective et permettant au requérant de comprendre concrètement pourquoi la candidate choisie lui avait été préférée »⁴⁰.*

A l'inverse, plus le nombre de candidats est élevé, plus sélective peut être la procédure, par exemple pour ne retenir que quelques candidats triés sur dossier, lesquels feront l'objet d'une CTM plus exigeante.

En somme, il faut en la matière raison garder. A l'impossible nulle autorité n'est tenue et les exigences varieront non seulement selon le nombre de candidats mais aussi en fonction de la complexité des critères pertinents fixés. Ainsi, « *cette exigence doit être comprise raisonnablement et ne peut conduire, par excès, à paralyser l'autorité ; (...) ainsi, il n'est pas requis que les actes de nomination et les procès-verbaux de présentation analysent dans le menu détail les qualités et les défauts de chacun des candidats en présence et procèdent de manière systématique à leur comparaison, ce qui confine à l'impossible en présence d'un grand nombre de candidats ; (...) il suffit que le dossier administratif, en ce compris la décision de nomination, fasse apparaître que la comparaison des titres et mérites a bien eu lieu et que le choix opéré par l'autorité investie du pouvoir de nomination est intelligible ; que doivent en ressortir les raisons qui ont déterminé l'autorité investie du pouvoir de nomination à préférer tel candidat par rapport aux autres »⁴¹.*

Concrètement, une comparaison effective se vérifie selon le système de notation. En présence de plusieurs critères donnant lieu à notation, soit les points se rapportent à des réponses données à des questions de connaissance et ils suffisent le cas échéant, soit ils doivent trouver une explication dans les motivations établies pour chaque candidat permettant de comprendre le choix posé (contrôle marginal) eu égard au pouvoir d'appréciation particulièrement large incluant la prise en compte du profil des candidats⁴².

Il arrive sur ce dernier point que le Conseil d'Etat ne soit pas satisfait, spécialement lorsqu'une épreuve orale déterminante n'est pas menée directement par l'autorité qui nomme. En ce qui concerne la désignation d'une secrétaire de CPAS (aujourd'hui directrice générale), il ressortait de l'extrait de délibération du conseil que l'épreuve orale avait été déterminante dans le choix de l'intervenante. Or, « *le dossier administratif ne comport[ait], à cet égard, aucune autre appréciation par le jury de l'épreuve*

³⁹ C.E., *Thirion*, n° 230.633, 24 mars 2015. V. aussi C.E., *El Hamdi*, n° 233.934, 25 février 2016 ; C.E., *Remmo*, n° 233.092, 1^{er} décembre 2015 ; C.E., *Lazariew*, n° 229.791, 13 janvier 2015 ; C.E., *Henry*, n° 215.370, 29 septembre 2011.

⁴⁰ C.E., *Thirion*, n° 230.633, 24 mars 2015. V. aussi C.E., *El Hamdi*, n° 233.934, 25 février 2016 ; C.E., *Remmo*, n° 233.092, 1^{er} décembre 2015.

⁴¹ C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015. V. aussi C.E., *Portugaels*, n° 233.193 et n° 233.194, 10 décembre 2015 ; C.E., *Jacobs*, n° 233.004, 24 novembre 2015. Dans le même sens : C.E., *Deminne*, n° 233.166, 8 décembre 2015.

⁴² C.E., *Portugaels*, n° 232.285 et n° 232.286, 22 septembre 2015 et n° 233.189, n° 233.190, n° 233.191 et n° 233.192, 10 décembre 2015 ; C.E., *Bierlier*, n° 232.188, 15 septembre 2015 ; C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015.

C.E., *Thirion*, n° 230.633, 24 mars 2015 : « *si le Conseil d'Etat a déjà jugé que l'indication des points obtenus par les candidats au regard des différents critères de sélection ne peut être considérée comme une motivation formelle suffisante dès lors que lesdits critères ne correspondent pas à des questions de connaissance et que le jury dispose d'un pouvoir d'appréciation particulièrement large incluant la prise en compte du profil des candidats, il a néanmoins considéré que l'obligation de motivation était rencontrée lorsque, comme en l'espèce, la partie adverse a veillé à établir, pour chaque candidat, une fiche d'évaluation accompagnant le tableau de comparaison des notes qui justifie les différentes notes obtenues ; que les motifs de préférence de la partie intervenante ont été reproduits identiquement en conclusion de ces notes » (souligné par nos soins).*



orale que les notes attribuées de sorte que les membres du conseil n'ont pu évaluer les qualités de gestion des candidates que sur la base de celles-ci, des curriculum vitae et des déclarations des conseillers qui ont assisté à l'épreuve orale mais pas aux délibérations ; que la motivation et les qualités relationnelles ne sont toutefois pas mathématiquement évaluables et impliquent, dans le chef de l'autorité, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation particulièrement large ; que la simple indication par le jury, sous la forme de points, de son appréciation ne permet dès lors pas de comprendre les raisons qui justifient cette appréciation » d'autant que l'écart de points respectifs était limité (100 contre 91,41/125) et qu'il n'était fait état d'aucun nouvel élément justifiant d'accorder la primauté au résultat de la troisième épreuve concernant principalement la gestion alors qu'il ne s'agissait que de l'un des nombreux points du profil de fonction et qu'elle ne valait que pour 125 points alors que l'épreuve de connaissance, dans laquelle la requérante était arrivée largement en tête, obtenant 178,5 points contre 147 points pour l'intervenante, valait 250 points. Selon le Conseil d'Etat, « les différents éléments exposés dans les délibérations des 27 avril et 10 septembre 2012 ne démontrent pas plus que la comparaison des titres et mérites des candidates a été conforme aux principes rappelés ci-dessus ; qu'en ce qui concerne les meilleurs résultats de l'intervenante à l'épreuve orale, qui constituent le motif principal de la préférence accordée à l'intervenante, le conseil de l'action sociale relève, dans sa délibération du 10 septembre 2012, que la requérante, à la différence de l'intervenante, "manquait d'autorité naturelle et ne pouvait s'imposer que par une attitude rigide et autoritaire, ce qui lui donnait un aspect très fermé ; les conseillers l'ont par ailleurs trouvée trop théorique alors que Madame Natacha IDE montrait qu'elle recherchait des solutions adaptées à chaque cas" ; qu'il ne s'agit là que de l'impression des membres du conseil ayant assisté à l'épreuve sans pouvoir assister aux délibérations du jury choisi pour son expérience en la matière et dont l'opinion ne ressort que des notes attribuées, lesquelles ne laissent pas transparaître que l'intervenante serait particulièrement brillante à cet égard ou que la requérante présenterait de fortes lacunes ; que l'inadéquation de ce motif suffit à considérer que la partie adverse n'a pas correctement exercé son pouvoir d'appréciation, pour ne pas avoir procédé à une comparaison effective des titres et mérites des candidates et s'être appuyé sur des considérations inadé-

quates et insuffisantes pour justifier valablement sa décision »⁴³.

En revanche, il a été jugé que « [p]our satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et s'agissant de la nomination à une fonction à laquelle peuvent prétendre plusieurs candidats, la motivation de l'acte administratif doit non seulement établir qu'une comparaison effective des titres et mérites a eu lieu mais aussi préciser les raisons pour lesquelles le candidat retenu a été préféré aux autres ou, ce qui revient au même, les raisons de l'éviction des candidats non retenus. 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, si celle-ci doit 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, elle ne doit en revanche pas analyser dans le menu détail les qualités et défauts de chacun des candidats en présence ni procéder de manière systématique à leur comparaison »⁴⁴. Les arrêts concernent les procédures de nomination à la tête d'études notariales. Sont écartées « les critiques exagérément pointilleuses [s], à propos de détails de (...) curriculum vitae dont l'acte attaqué ne ferait pas formellement mention, telles sa brève expérience d'avocat stagiaire, sa qualité de membre de Mensa BE, ou encore la date réelle de début des études de droit de l'intervenante, pour qui la détention du diplôme requis et le grade obtenu ne sont de toute façon pas contestés » ou encore la division du moyen pris de l'insuffisance de motivation « en presque autant de branches que l'acte comporte de paragraphes voire d'alinéas, en saucissonnant celui-ci, la méthode, trompeuse, tend à isoler chaque élément d'appréciation ou motif de l'acte, pourtant manifestement présenté comme ne pouvant à lui seul forger la conviction de l'instance d'avis sur le candidat le plus apte à la fonction, voire à inviter le Conseil d'Etat à plusieurs lectures tronquées de l'acte, au détriment d'une lecture globale de celui-ci, susceptible d'appréhender le cheminement complet de l'analyse des trois candidatures en lice et de comprendre la conclusion amenant la Commission à classer l'intervenante en première place et le Roi, à le nommer à la fonction, en évinçant dès lors les autres candidats, dont la requérante ».

Le même raisonnement a été tenu à propos de la

⁴³ C.E., *Sabbatini*, n° 231.186, 12 mai 2015. Trois épreuves étaient organisées, cotées séparément, deux écrites sur 125 et 250 points respectivement, une orale sur 125 points. La requérante avait obtenu davantage aux deux épreuves écrites et au total mais moins à l'épreuve orale. Le caractère déterminant de l'épreuve orale ne résultait ni d'une règle annoncée ni des points répartis entre les épreuves.

⁴⁴ C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015. V. aussi *supra* n° 14, note 40.



désignation de chefs de corps dans la magistrature (mandats)⁴⁵.

15. - Du côté des candidats déçus, il est inutile d'assaillir l'autorité de questions lors des recours internes précédant les désignations définitives. Dans certains cas, le Conseil d'Etat se montre même agacé par les requérants trop pointillistes dans leurs critiques des comparaisons. Il rappelle parfois que « l'obligation de motiver instaurée par la loi du 29 juillet 1991, (...) n'implique pas, pour les autorités administratives, l'obligation de répondre point par point à tous les arguments soulevés dans les recours dont elles sont saisies tout au long de la procédure ; (...) le principe est que la motivation formelle de la décision doit permettre à son destinataire de comprendre pourquoi son recours ou sa réclamation est accueilli ou rejeté »⁴⁶ et fondamentalement pourquoi la candidature d'un tiers a été préférée⁴⁷.

16. - A noter par ailleurs qu'en l'absence de disposition légale le prescrivant, « aucune disposition n'impose à la partie adverse d'établir un procès-verbal des auditions des divers candidats⁴⁸ ; (...) la décision attaquée et le dossier administratif doivent néanmoins permettre de comprendre les raisons de leur classement, ces raisons devant être claires, complètes et précises »⁴⁹ et pouvant résulter des avis rendus notamment sur base de ces auditions. En pratique, la rédaction des procès-verbaux d'audition, même synthétiques, s'avère périlleuse. Elle donne souvent du grain à moudre aux candidats malheureux.

17. - De manière générale, il faut faire dans la nuance et éviter les caricatures. Il faut donc instruire « à charge et à décharge » dans la mesure où il doit être tenu compte de chaque élément présent dans le dossier relatif à chaque critère. Par exemple, il n'est pas permis de stigmatiser un manque d'intérêt pour la population et des contacts humains difficiles sans tenir aucun compte d'aspects positifs figurant dans le rapport d'évaluation et sans que ce jugement abrupt ne trouve un appui manifeste dans les propos tenus par le candidat lors de son audition⁵⁰.

18. - Enfin, la CTM n'est pas compatible avec des sour-

ces secrètes ou verbales lorsque des renseignements sont recueillis en interne auprès des supérieurs hiérarchiques par exemple. Dans un arrêt *Parrondo Ramos* n° 230.130 du 6 février 2015, le Conseil d'Etat considère en effet « que, lorsque le classement des candidats ne fait pas suite à une épreuve de sélection et que le comité de direction qui classe les candidats ne procède pas à leur audition, la comparaison des titres et mérites de ceux-ci se fonde sur la présentation des candidats, les éléments de leur curriculum vitae ainsi que, le cas échéant, sur les éléments de leur dossier personnel ; que, dans ce contexte, la présentation des candidats aux membres du comité de direction revêt un caractère substantiel dans l'évaluation des différents candidats ; que, lorsque la personne qui a procédé à ladite présentation énonce qu'elle a fondé celle-ci non sur une connaissance personnelle qu'elle aurait des candidats mais sur des renseignements qu'elle a recueillis auprès de leurs supérieurs fonctionnels/hierarchiques, l'objectivation desdits renseignements constitue un élément déterminant dans le classement qui s'en est suivi ; que, même si certains renseignements n'ont été émis que de manière verbale, ce qui serait, par ailleurs difficilement compatible avec l'exigence d'une comparaison objective des titres et mérites des candidats, l'on ne peut soutenir que de tels renseignements ne revêtraient qu'un caractère informel ("non paper") et ne devraient pas figurer au dossier administratif ; qu'il appartenait, le cas échéant, au président du comité de direction de mentionner, soit dans sa présentation soit dans un document préparatoire, la teneur des renseignements qu'il aurait recueillis même de manière purement verbale ; que le moyen est dès lors fondé en tant qu'il invoque l'irrégularité de la présentation et du classement des candidats ; que cette irrégularité vicie l'acte attaqué qui s'approprie l'avis motivé du comité de direction du 18 janvier 2012 ».

VI. Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel limité

19. - Le Conseil d'Etat se montre généralement exigeant en termes d'existence d'une CTM et d'une motivation formelle suffisantes et adéquates, mais il est contraint de

⁴⁵ C.E., *Wustefeld*, n° 231.264, 19 mai 2015.

⁴⁶ C.E., *Thirion*, n° 230.633, 24 mars 2015. V. aussi C.E., *Cieslak*, n° 231.015, 28 avril 2015.

⁴⁷ C.E., *Demarque*, n° 234.444, 19 avril 2016, outre qu'il a été tenu compte de la réclamation.

⁴⁸ De même : C.E., *Finet*, n° 233.764, 5 février 2016 ; C.E., *Hindryckx*, n° 230.389, 3 mars 2015.

⁴⁹ C.E., *de Pierpont*, n° 216.472, 24 novembre 2011.

⁵⁰ C.E., *Crebeck*, n° 215.817, 18 octobre 2011. Par ailleurs, le Conseil d'Etat se montre parfois exigeant lorsque des éléments de l'audition sont invoqués pour fonder un choix différent. Un simple sentiment d'incompatibilité juridique de positions prises n'a pas été jugé suffisant pour établir volonté « de ne pas contribuer, de sa propre initiative, à la mise en œuvre effective du cadre réglementaire sur un point essentiel » (C.E., *Denef*, n° 222.114 du 17 janvier 2013).



faire confiance à l'autorité s'agissant d'une compétence discrétionnaire dans son chef. Le contrôle n'est que marginal. Sur le fond, seules les erreurs manifestes sont censurées par le Conseil d'Etat⁵¹, « c'est-à-dire une erreur qu'aucune autre autorité administrative placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise »⁵², et il n'appartient pas à l'autorité de substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente sauf à démontrer une telle erreur⁵³. De simples allégations du requérant ne suffisent pas⁵⁴. Il ne revient pas au Conseil d'Etat d'apprécier lui-même les éléments avancés par chaque candidat dans son dossier⁵⁵.

Il ne revient donc pas au Conseil d'Etat de refaire la CTM à la place de l'autorité ni de répondre aux questions spécifiques que poserait un requérant sur telle capacité de tel candidat ni de procéder à une enquête ou à un examen sur ce point⁵⁶.

De même, « [i]l ne revient pas au Conseil d'État de juger de la pertinence des critères d'appréciation des titres et mérites retenus par la partie adverse, pourvu que lesdits critères ne soient pas déraisonnables eu égard à la fonction à pourvoir »⁵⁷ et qu'ils ne requièrent pas de définitions particulières.

Ou encore « le Conseil d'État est sans compétence pour substituer son appréciation à celle de l'autorité qui nomme, sur les qualités ou défauts des candidats, relevés par leur prestation lors de l'audition ; qu'il lui revient cependant de vérifier si la conclusion à laquelle sont arrivées l'instance d'avis et, à sa suite, celle investie du pouvoir de nommer, ne procède pas d'une erreur mani-

*feste d'appréciation ; (...) [mais] qu'aucune disposition n'oblige l'autorité ou le jury à rédiger des procès-verbaux d'audition ni à les soumettre aux candidats pour approbation »*⁵⁸.

Bref, et pour illustrer la portée des principes, la bienveillance est de mise et il ne peut être reproché à une commission de sélection d'adopter une posture « prudente et mesurée » dans l'examen des projets soumis par les candidats. Un candidat interne malheureux à la nomination à un poste académique critiquait la subjectivité avec laquelle la commission avait considéré ses projets pédagogiques et scientifiques : « après avoir relevé que ses projets (...) s'ancrent dans [l]es activités actuelles [de l'IFRES] et s'inscrivent dans leur continuité, l'avis de la commission précitée poursuit [v]ait toutefois en indiquant que cela "a été perçu par certains comme pouvant être au détriment d'une prise de recul et d'un élargissement de ses perspectives à l'ensemble des objectifs et des ressources de l'IFRES" »⁵⁹. Selon le Conseil d'Etat, « lorsqu'un collège est appelé à apprécier les projets ou les plans qu'un candidat à un emploi public se propose de réaliser au cas où il obtiendrait la fonction en cause, il n'est nullement anormal que les personnes chargées d'effectuer un tel examen y procèdent en faisant preuve de beaucoup de circonspection ; que la mise en œuvre effective des intentions affichées par un postulant ainsi que les conséquences qui peuvent en découler pour le service public concerné dépendent souvent de nombreux facteurs qui sont, pour partie au moins, situés dans le futur et qui ne sont donc pas toujours susceptibles de faire l'objet de prévisions complètes et certaines ; que, contrairement à ce que soutient le requérant, le fait que

⁵¹ C.E., *Belluz*, n° 208.950, 16 novembre 2010 ; C.E., *Leboeuf*, n° 230.765, 2 avril 2015 ; C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015 ; C.E., *Bierlier*, n° 232.188, 15 septembre 2015 ; C.E., *Portugaels*, n° 232.285 et n° 232.286, 22 septembre 2015 et n° 233.189, n° 233.190, n° 233.191, n° 233.192, n° 233.193, n° 233.194, 10 décembre 2015 ; C.E., *Deminne*, n° 233.166, 8 décembre 2015 ; C.E., *El Hamdi*, n° 233.934, 25 février 2016 ; C.E., *Finet*, n° 233.764, 5 février 2016 ; C.E., *Jacobs*, n° 233.004, 24 novembre 2015 ; C.E., *Slimani*, n° 229.787, 13 janvier 2015, impl.

⁵² C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015, commentés par Cl. Mertès, « L'étendue du contrôle du Conseil d'Etat sur la comparaison des titres et mérites et sur la motivation qui en découle : quelques pistes de lecture », *A.P.*, 2015/4, pp. 624-626 ; C.E., *Wustefeld*, n° 231.264, 19 mai 2015.

⁵³ C.E., *Carpentier*, n° 232.133, 8 septembre 2015 ; C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015 ; C.E., *Wustefeld*, n° 231.264, 19 mai 2015 ; C.E., *Portugaels*, n° 231.328 du 26 mai 2015 ; C.E., *Jones*, n° 231.473, 9 juin 2015 ; C.E., *Widart*, n° 232.621, 20 octobre 2015 ; C.E., *Braginsky*, n° 229.864, 20 janvier 2015 ; C.E., *Leboeuf*, n° 230.765, 2 avril 2015.

⁵⁴ Par exemple, un candidat à une fonction publique n'est pas frappé d'indignité par cela seul qu'il est le collaborateur d'un mandataire public, à plus forte raison lorsque l'expérience acquise était pertinente pour l'attribution de l'emploi à conférer : le requérant doit démontrer que l'intervenant n'a été nommé que pour l'unique raison qu'il était membre d'un cabinet ministériel (C.E., *Gailly*, n° 154.486, 3 février 2006 ; C.E., *Snyckers*, n° 154.487, 3 février 2006).

⁵⁵ C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015 à propos notamment de la qualité de publications ou écrits.

⁵⁶ C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015. V. aussi C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015.

⁵⁷ C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015 avec l'exemple de la longueur et de la diversité de l'expérience professionnelle comme critère de capacité raisonnable ; C.E., *Thirion*, n° 230.633, 24 mars 2015.

⁵⁸ C.E., *Finet*, n° 233.764, 5 février 2016. En l'espèce un compte-rendu existait et les notes manuscrites des membres du jury avaient été déposées outre les conclusions motivées du jury. Aucune erreur manifeste n'a pu être établie dès lors que « les griefs soulevés par la requérante à l'encontre du compte-rendu d'audition n'ont pas pu avoir une influence négative sur la manière dont sa candidature et ses réponses ont été appréciées par le jury et par le bureau ».

⁵⁹ C.E., *Georges*, n° 231.365, 28 mai 2015.



dans l'appréciation de ses projets en matière de pédagogie et de recherche scientifique, la commission constituée au sein de l'IFRES afin d'examiner les candidatures s'est, dans son avis du 18 juin 2012, exprimée non pas de manière catégorique, mais au contraire de façon fort prudente et mesurée, ne constitue donc pas en soi un argument permettant de conclure à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'une autre irrégularité affectant la comparaison des titres et mérites des candidats ; qu'en outre, force est de constater que la requête et le mémoire en réplique ne contiennent pas le moindre développement qui, se fondant sur des éléments concrets et précis tirés du dossier de candidature du requérant, viserait à démontrer que les auteurs de l'avis du 18 juin 2012 ont déformé la réalité ou se sont laissés guider par des préjugés personnels lorsqu'ils ont estimé que la conception que le requérant a de la fonction de chargé de cours se situe trop dans la continuation des travaux qu'il a précédemment effectués et ne prend pas suffisamment en compte l'ensemble des besoins, des ressources et des objectifs de l'IFRES »⁶⁰.

20. - Cela étant, la comparaison doit aller suffisamment loin dans la précision, spécialement lorsque le critère est celui qui départage les candidats⁶¹. L'analyse devra aussi être cohérente selon les critères fixés pour évaluer les mérites.

Ainsi, ouvrir un emploi aux candidats externes par recrutement impose d'examiner de manière précise l'expérience professionnelle des candidats extérieurs (ayant réussi l'examen d'accès à la fonction) et empêche l'autorité de préférer un candidat interne pour le seul motif qu'il exerçait ses fonctions au sein du service d'Urbanisme de la ville (expérience interne)⁶².

En l'espèce, le critère de l'expérience professionnelle avait été libellé comme suit : « Avoir une expérience probante dans la gestion du personnel et la gestion d'équipe, suivi de projets et de travaux dans le domaine

du bâtiment et des procédures administratives ».

Dans sa décision, l'autorité avait mis en avant les motivations des deux candidats en lice et les titres et mérites de l'un et l'autre et constaté, sur cette base, que les deux lauréats de l'examen « présentent un profil valable pour la fonction » (le jury ayant remis un avis favorable pour le candidat finalement nommé et un avis favorable à très favorable pour l'autre), ensuite de quoi elle avait principalement justifié la préférence donnée au candidat interne par sa "plus grande expérience journalière dans les matières à gérer", par "sa longue expérience à différents niveaux et fonctions au sein des structures de la Ville [de Bruxelles]" et par l'avantage que constituerait "son expérience actuelle dans sa fonction de Directeur au Département Urbanisme".

Il ne faudrait pas en déduire trop vite qu'il serait exclu, à compétences égales, de préférer un candidat interne⁶³. Mais avant d'en arriver là, il faut pousser la comparaison jusqu'au bout et montrer en quoi l'expérience de l'un est plus utile que l'expérience de l'autre.

La décision faisait état de manière laconique, pour la candidate évincée, de « son expérience et son évolution professionnelles au sein de la fonction publique et ses connaissances en matière de marchés publics » sans préciser les services dans lesquels elle a travaillé, les fonctions qu'elle a occupées ni même le nombre d'années d'expérience utile pour la fonction susceptible de lui être reconnu ou les avantages qui pourraient y être liés. Elle précisait, pour le candidat choisi, « 18 ans d'expérience au sein du département et du cabinet échevinal en charge de l'urbanisme de la Ville ».

Certes, les éléments figuraient peut-être dans le dossier mais cette circonstance est insuffisante sur le plan de la motivation formelle.

La décision faisait état d'un autre avantage pour le candi-

⁶⁰ *Ibid.*, moyen non fondé.

⁶¹ Il ne suffit pas de prétexter qu'une telle exigence reviendrait à exiger de l'autorité qu'elle donne les motifs de ses motifs.

⁶² C.E., *Pinto de Novais Paiva*, n° 225.800, 12 décembre 2013. L'affaire concerne la désignation d'un directeur technique au département de l'urbanisme – section architecture à la Ville de Bruxelles. Le jury n'avait retenu que deux candidats sur vingt-huit sur la base d'une note sur la fonction, les objectifs et les moyens et d'un entretien.

⁶³ En présence d'une possibilité de renouvellement de mandat avec évaluation en fin de mandat, par exemple, l'examen des candidatures ne peut pas être rédigé en faisant abstraction de la manière dont les candidats qui étaient déjà titulaires d'un mandat de membre du conseil de l'IBPT l'avaient exercé : « une telle prise en compte n'est nullement de nature à rompre l'égalité des candidats dès lors qu'elle ne confère aucun droit de priorité au renouvellement et qu'en consacrant le caractère éventuellement renouvelable du mandat, le législateur a nécessairement entendu qu'un tel renouvellement soit envisagé, ce qui ne peut se concevoir sans tenir compte de la manière dont il a été exercé par son ancien titulaire ; (...) il en résulte que tant la comparaison des titres et mérites des candidats que la procédure ayant prévalu à leur sélection sont viciées ; (...) cette illégalité s'étend également à la nomination de Luc HINDRYCKX dès lors qu'elle touche au processus de comparaison des titres et mérites des différents candidats et qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se substituer à l'autorité administrative active quant aux conséquences d'un réexamen régulier des candidatures » (C.E., *Denef*, n° 222.114 du 17 janvier 2013).



dat choisi qui « présente une analyse plus complète de la fonction basée sur la clairvoyance et l'ouverture d'esprit avec laquelle il envisage la fonction » sans toutefois révéler les éléments sur lesquels la partie adverse fondait cette appréciation.

Alors que la CTM est parfois qualifiée d'objective⁶⁴ en relation avec la fonction à conférer, pour lui prêter toute la rigueur souhaitée, en pratique elle comporte donc une dose importante de subjectivité. Mais elle doit être réévaluée sur la base de critères objectifs et connus⁶⁵.

21. - Cela dit, la compétence discrétionnaire de l'autorité n'empêche pas que « le Conseil d'Etat est compétent pour contrôler si la partie adverse a exercé légalement le pouvoir d'appréciation dont elle dispose en l'espèce. S'il annulait les décisions entreprises en raison du fait qu'elles auraient été adoptées en violation de la légalité objective, il ne substituerait pas son appréciation à celle de la partie adverse et ne la priverait pas de son pouvoir de décision discrétionnaire. L'arrêt d'annulation impliquerait seulement qu'en exerçant ce pouvoir à nouveau, la partie adverse ne pourrait commettre les mêmes illégalités »⁶⁶. Le pouvoir discrétionnaire n'est donc pas absolu et il est préservé même en cas d'annulation.

22. - Le contrôle opéré par le Conseil d'Etat est influencé par la réforme de la procédure de 2014 notamment en ce qui concerne l'exigence d'un intérêt au moyen. Celui-ci emporte l'obligation de démontrer que la cote critiquée même à raison soit de nature à modifier le classement des candidats en sa faveur⁶⁷, ce qui n'est pas toujours aisé. La charge pour le requérant n'est plus seulement de prouver l'erreur manifeste d'appréciation mais aussi que celle-ci porte sur un critère de comparaison susceptible de changer la donne et de lui donner (nécessairement) une préférence confisquée, ce qui ressort parfois en filigrane de certains motifs d'arrêts liés au choix raisonnable⁶⁸.

VII. Quand et par qui ?

23. - Tout dépend des textes et des procédures en vigueur et il arrive souvent qu'une commission de sélection ou d'évaluation soit chargée d'examiner les dossiers, d'auditionner les candidats et de rendre un avis préalable à l'autorité qui nomme, promeut ou attribue des fonctions supérieures, lorsqu'il ne s'agit pas d'une proposition plus liante.

24. - Même lorsqu'aucun texte ne le prévoit, en principe « [a]ucune disposition légale n'interdit à un conseil d'administration de confier la phase de présélection à un organe ad hoc, constitué de deux personnes appartenant à une société de consultance ainsi qu'à deux membres de son propre service "Recrutement & Sélection" (...) sans qu'il apparaisse qu'il aurait à un quelconque moment renoncé à son pouvoir d'appréciation »⁶⁹.

25. Il s'impose d'être très vigilant quant au respect des règles de composition et de fonctionnement de l'organe d'avis ou de proposition car leur violation pourrait entraîner l'illégalité de la décision finale. L'on songe notamment aux règles linguistiques à propos desquelles le Conseil d'Etat a rappelé récemment que « pour satisfaire au prescrit des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, (...) la commission de sélection, laquelle devait examiner les titres et mérites des candidats du rôle français et du rôle néerlandais, doit non seulement être composée de membres des deux groupes linguistiques afin de prendre connaissance des documents rédigés dans la langue des candidats, mais également compter un membre bilingue au moins qui pourra, de la sorte, expliquer aux membres du collège la teneur des documents établis dans une langue autre que la leur »⁷⁰.

⁶⁴ C.E., *Tennab*, n° 200.493, 4 février 2010 ; C.E., *Claeys*, n° 90.692, 8 novembre 2000.

⁶⁵ C.E., *Demolin*, n° 111.415, 10 octobre 2002.

⁶⁶ C.E., *Sonck*, n° 217.919, 13 février 2012. V. aussi C.E., *Henry*, n° 211.214, 14 février 2011 concernant l'irrecevabilité de la demande d'annulation du refus implicite de désigner le requérant.

⁶⁷ C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015 ; C.E., *Thirion*, n° 230.633, 24 mars 2015, *a contrario* ; C.E., *Bauduin*, n° 230.426, 6 mars 2015, dans les deux cas de figures de changement de notations l'intéressée resterait mieux classée que le requérant de sorte que celui-ci n'a pas intérêt au moyen ; C.E., *Jacobs*, n° 233.004, 24 novembre 2015 ; C.E., *Claes*, n° 231.678, 19 juin 2015 ; C.E., *De Smet*, n° 226.449, 18 février 2014.

⁶⁸ C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015. Par exemple, « il n'est pas manifestement déraisonnable d'estimer hasardeuse une comparaison des candidats sur la base de leur classement au concours ou de leur pourcentage, lorsqu'ils ne sont pas lauréats du même concours et qu'en outre, comme en l'espèce, l'écart entre les pourcentages respectifs n'est pas significatif (deux pour cent environ), et, en conséquence, de décider de ne retenir comme pertinent à cet égard, que le nombre d'essais auxquels les candidats ont chacun dû se soumettre avant de réussir ». Les points à un concours ne parlent pas toujours d'eux-mêmes, autrement dit. Pas plus que le grade universitaire (satisfaction-distinction) lorsque le diplôme revêt une certaine ancienneté. V. aussi C.E., *Carpentier*, n° 232.133, 8 septembre 2015.

⁶⁹ C.E., *Gregga*, n° 224.761, 2 septembre 2013 (aménagé par nos soins).

⁷⁰ C.E., *Hindryckx*, n° 230.389, 3 mars 2015.



VIII. Quels titres et mérites (critères) ?

25. - Quels sont les titres et mérites qui doivent servir de base à la comparaison ?

Ils sont parfois imposés par les textes en vigueur.

A défaut, « en l'absence de critères légaux, la partie adverse peut déterminer librement les critères d'évaluation des candidatures à une fonction de promotion, pour autant qu'il s'agisse de critères pertinents pour la fonction ; qu'elle dispose, à cet égard, d'un large pouvoir d'appréciation, le contrôle du Conseil d'État devant rester marginal ; que seule pourrait être sanctionnée une erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire une erreur qu'aucune autre autorité administrative placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise »⁷¹.

En toute hypothèse, ces critères doivent être connus : (...) la décision de désignation doit permettre de déterminer [et de comprendre] le ou les critères sur lesquels s'est fondée la partie adverse pour préférer la personne nommée plutôt que le requérant »⁷².

Les critères ne doivent pas être nécessairement connus des candidats avant le déroulement de l'épreuve, selon le Conseil d'Etat⁷³. Ce qui peut étonner si l'on compare avec les exigences requises en matière de marché public. Il est préférable de les fixer dans l'appel à candidature (conformément aux textes en vigueur).

La commission de sélection peut choisir d'exiger une

note totale de 60 pour cent ou plus pour classer les candidats jugés aptes (seule l'aptitude étant prévue par les textes)⁷⁴.

Lorsque l'appel à candidatures mentionne des critères, l'autorité doit évidemment tenir compte de chaque critère sans ignorer les autres⁷⁵.

26. - En tous les cas, les mêmes critères et le même schéma d'analyse des titres et mérites doit bien entendu être suivi de la manière la plus systématique possible⁷⁶. Il en va de même en cas d'audition : dans un arrêt *Slimani* n° 229.787 du 13 janvier 2015, le Conseil d'Etat approuve que l'autorité compétente ait « choisi de se baser en grande partie sur les résultats d'une audition devant un jury (...) au cours de laquelle l'un et l'autre se sont vus poser les mêmes questions ; que, contrairement à ce que soutient le moyen, ces questions étaient précises (tout en restant ouvertes) et directement en rapport avec le profil recherché et la fonction à occuper ; que les questions posées étaient, en outre, de nature à mettre en avant, s'ils le souhaitaient, les points forts de leur dossier de candidature ; que cette manière de procéder, que d'ailleurs le moyen ne critique pas véritablement, doit être pleinement approuvée puisqu'elle permettait d'objectiver au maximum la comparaison des titres et mérites qui devait avoir lieu (...) »⁷⁷.

C'est important de le préciser car selon le Conseil d'Etat, en l'absence de préférence pouvant être déduite des dossiers déposés, l'audition est susceptible de revêtir une importance décisive⁷⁸.

⁷¹ C.E., *Portugaels*, n° 232.285 et n° 232.286, 22 septembre 2015 et n° 233.189, n° 233.190, n° 233.191, n° 233.192, n° 233.193 et n° 233.194, 10 décembre 2015 ; C.E., *Bierlier*, n° 232.188, 15 septembre 2015. Dans le même sens C.E., *El Hamdi*, n° 233.934, 25 février 2016 (évaluation et diplômes ou formations en lien avec la fonction) ; C.E., *Hindryckx*, n° 230.389, 3 mars 2015 : « 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 ».

Rappr. C.E., *Widart*, n° 232.621, 20 octobre 2015 : « les critères de comparaison, tels que déterminés par l'appel aux candidats, constituent des critères adéquats et usuels en matière de comparaison des titres et mérites et ne demandent pas de définitions particulières ».

⁷² C.E., *Hindryckx*, n° 230.389, 3 mars 2015 (aménagé par nos soins).

⁷³ *Ibid.* : « il est, enfin, inexact de prétendre que les candidats devaient nécessairement connaître, avant le déroulement de l'épreuve, les critères sur la base desquels ils seraient évalués ». Il est en revanche fréquent que les textes prévoient que la procédure et les conditions de recrutement doivent être fixés avant l'entame de la procédure de sélection ce qui implique qu'ils ne peuvent plus être modifiés ensuite et encore moins sans due notification : C.E., *Bamps*, n° 231.372, 28 mai 2015 concernant une décision d'inaptitude à exercer la fonction d'inspecteur de police. En présence d'« instructions précises relatives au contenu de l'acte de candidature et à la portée de la défense orale (...) le requérant ne peut (...) pas reprocher au comité de direction de s'être basé sur les informations découlant des actes de candidature (éventuellement développées lors des défenses orales) et non sur de nouveaux éléments qui lui ont été communiqués à l'occasion de ces défenses orales pour examiner les titres et mérites respectifs » (C.E., *Widart*, n° 232.621, 20 octobre 2015).

⁷⁴ Not. C.E., *Portugaels*, n° 232.285, 22 septembre 2015.

⁷⁵ C.E., *Bracquenies*, n° 231.608, 16 juin 2015 : « il ressort du dossier que l'analyse des mérites des candidats au poste concerné procède uniquement d'une comparaison de l'expérience de chacun de ceux-ci en matière de gestion administrative, financière et du personnel, soit de leurs mérites respectifs au regard des critères qui se dégagent du descriptif de la fonction, alors que, conformément au règlement que la partie adverse s'est elle-même donné, cette comparaison devait également être opérée au regard des critères généraux de la grille d'évaluation ». V. aussi C.E., *Crebeck*, n° 215.817, 18 octobre 2011 ; C.E., *StamFpart*, n° 189.517, 16 janvier 2009.

⁷⁶ C.E., *Hindryckx*, n° 230.389, 3 mars 2015.

⁷⁷ Aménagé par nos soins.

⁷⁸ C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015.



27. - Il s'agit de bien distinguer condition de nomination et critère de sélection. La différence est importante car à la différence d'une condition, ne pas remplir un critère n'interdit pas d'être sélectionné même si ce critère était important pour l'exercice d'une fonction déterminée. Ainsi la circonstance d'avoir effectué des séjours scientifiques à l'étranger pour la nomination d'un professeur à l'ULg. Dans un arrêt *Georges* n° 231.365 du 28 mai 2015, le Conseil d'Etat considère à juste titre que dans l'état actuel de la législation et des décisions du Conseil d'administration de ladite université, il s'agit tout au plus de l' « *un des critères à prendre en compte lors de l'examen des candidatures* » et non à proprement parler une condition de nomination. L'arrêt tient compte au passage de travaux scientifiques planifiés à l'étranger mais non encore réalisés consécutivement à la réorganisation d'un service (l'IFRES, Institut de Formation et de Recherche en Enseignement Supérieur) et à l'attribution de missions complémentaires par l'institution.

28. - Il ne faut pas confondre non plus épreuve de sélection et test indicatif lorsque celui-ci est ajouté par la commission de sélection pour se forger une opinion sur les candidats et n'est pas prévu par la législation au titre d'épreuve. S'agissant de mandats de chefs de corps⁷⁹, la commission de nomination et de désignation avait estimé intéressant de soumettre les postulants au test du « bac à courrier », dit « in basket », et, au-delà de questions d'ordre plus général, de les entendre sur ce point durant un laps de temps donné, après une préparation d'une durée également limitée. Si « *le choix d'une telle méthode, apparemment nouvelle et ajoutée à d'autres éléments destinés à se forger une opinion sur la meilleure présentation à soumettre à l'autorité investie du pouvoir de nommer, [est légitime, elle] n'implique toutefois nullement que le test (...) en deviendrait une épreuve de sélection formalisée, ni que les écrits établis par les candidats dans le cadre de la préparation du test - qui, au demeurant, ne pourraient légalement être versés au dos-*

sier de désignation - constitueraient des pièces nouvelles de la procédure, dont le dépouillement et l'évaluation seraient requis de manière formelle ; que, (...) il n'est nullement question, en l'espèce, d'une épreuve de sélection pour laquelle le requérant aurait été mis en échec, tandis que l'intervenante en aurait été proclamée lauréate »⁸⁰.

En cas d'épreuve de sélection, celle-ci fait parfois office des titres et mérites à prendre en considération. Et l'épreuve de sélection doit nécessairement respecter les prescriptions légales qui en déterminent parfois la portée mais aussi le contenu. De nombreux arrêts (quasi identiques) l'ont rappelé à propos des épreuves de sélection des inspecteurs de l'enseignement. Certaines compétences génériques (définies comme telles) comme « conseiller » et « communiquer » n'avaient pas été reprises dans le second volet de l'épreuve de sélection pour des raisons pratiques évidentes. Selon le Conseil d'Etat, l'article 50 du décret du 8 mars 2007 relatif au service général de l'inspection, au service de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement organisé par la Communauté française, aux cellules de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement subventionné par la Communauté française et au statut des membres du personnel du service général de l'inspection et des conseillers pédagogiques imposait leur évaluation à l'entrée du stage et prévoir celle-ci lors de la défense orale du dossier professionnel en fin de stage (laquelle ne participe pas à l'épreuve de sélection) « *met en outre à mal le principe constitutionnel d'égalité dès lors que les candidats ayant échoué à l'épreuve écrite ne seront plus en mesure de démontrer qu'ils possédaient, par ailleurs, une bonne maîtrise des compétences génériques évaluées lors du stage. En procédant de la sorte, la Communauté française ne respecte ni l'article 50 du décret ni le principe d'égal accès aux emplois publics* »⁸¹.

⁷⁹ L'article 259quater, § 2, alinéa 3, du Code judiciaire, compose « exclusivement » le dossier de désignation d'un chef de corps de la « *candidature et toutes les pièces justificatives concernant les études et l'expérience professionnelle* », du « *curriculum vitae* », des « *avis écrits visés à l'alinéa 1^{er} et, le cas échéant, (des) observations du candidat* », du « *plan de gestion du candidat* », de « *la mention définitive dans le dossier d'évaluation* » et des « *documents attestant la notification des avis au candidat* ».

⁸⁰ C.E., *Wustefeld*, n° 231.264, 19 mai 2015.

⁸¹ Lesdits candidats n'ayant, en effet, pas accès au stage, qui, seul, pouvait mener à la nomination. V. not. C.E., *Carlier*, n° 224.617, 13 septembre 2013 et n° 227.009, 3 avril 2014 (nombreux arrêts identiques). Dans le même sens à propos d'une nomination au SPF Finances : C.E., *Darte*, n° 233.504, 19 janvier 2016 rappelant « *que dans le contexte d'une procédure de sélection, il incombe à l'autorité d'informer clairement les candidats des modalités selon lesquelles leur candidature sera examinée ; que cette information préalable participe de l'obligation de respecter le principe constitutionnel de l'égal accès aux emplois publics ; (...) que dans le cadre d'une nomination à une fonction publique, l'autorité se doit de respecter l'organisation de la procédure de nomination telle qu'elle l'a prévue dans le règlement déterminant les conditions d'accès à la fonction en question et que lorsque l'appel à candidatures à un emploi de promotion définit le profil souhaité par l'énoncé de critères, l'autorité de nomination doit avoir égard à l'ensemble de ces critères pour comparer les titres et mérites des candidats* » (il ne pouvait être remédié à l'absence d'évaluation de certaines compétences génériques par le biais de l'évaluation des cinq autres compétences génériques ou à l'occasion de l'interview et l'absence d'avis prévu du chef fonctionnel dans le dossier de sélection par risque de concurrence n'était ni communiquée ni justifiée car il pouvait être fait appel à un supérieur hiérarchique suivant) (aménagé par nos soins).



29. - Une série d'évidences méritent par ailleurs d'être rappelées :

- l'expérience acquise dans une fonction ne peut pas être prise en compte si la désignation qui l'a permise a été annulée⁸² ou s'est faite illégalement au détriment de la requérante, également candidate à l'emploi litigieux⁸³ ;
- les conditions de présélection ne peuvent être taillées arbitrairement sur mesure pour favoriser ou exclure un candidat potentiel (une telle intention doit être établie), ce qui n'empêche pas d'adapter celles-ci en raison de la modification du rôle et des missions de la fonction⁸⁴ : elles doivent correspondre aux compétences requises par la loi pour la fonction⁸⁵ ;
- « *le fait qu'il existe un critère autonome relatif aux prestations des candidats depuis leur promotion dans la quatrième classe administrative ne prive nullement le comité de direction de la possibilité de tenir compte, pour les autres critères, de l'ensemble de la carrière des candidats en ce compris des éléments qui se rapportent aux fonctions exercées en qualité d'agent de la quatrième classe* » (notamment sur la base de rapports successifs) ; « *cependant, la pertinence desdits rapports doit être mise en perspective en tenant compte des améliorations du comportement de l'agent spécialement lorsque les rapports en cause remontent à plusieurs années ; (...) de tels rapports d'évaluation revêtent, en effet, un objectif avant tout pédagogique dès lors que le processus d'évaluation a pour finalité de permettre aux agents de progresser et d'améliorer la qualité de leurs prestations* »⁸⁶ ;

- est une erreur manifeste la contradiction manifeste dans l'appréciation de deux critères liés entre eux⁸⁷ ou les reproches fondés sur une lecture partielle du projet pédagogique et artistique d'un candidat et le fait de ne prendre en compte les prestations accomplies en dehors de l'enseignement que pour un seul candidat (expositions,...)⁸⁸ ;
- est insuffisante la CTM concluant à l'équivalence des candidatures sans autre motif (même pas la comptabilisation des évaluations antérieures) et la désignation d'une candidate pour l'unique motif qu'elle est une femme sans avoir établi concrètement un déficit de femmes au grade litigieux⁸⁹ ;
- il ne peut pas être tenu compte d'un avertissement disciplinaire radié au moment de la sélection⁹⁰.

30. - En ce qui concerne l'expérience, un récent arrêt *Lefebvre* n° 231.670 du 18 juin 2015 mérite d'être signalé. Il y est question de l'éventualité où une autorité fonde son choix sur le manque d'expérience d'un candidat par rapport à l'autre alors qu'une pratique a pu être constatée visant précisément à empêcher l'intéressé d'engranger une telle expérience. Nous sommes dans le recrutement des assesses en application des peines en matière pénitentiaire et de réinsertion sociale. Versé dans une réserve de recrutement après plusieurs années d'expérience et consécutivement à la réforme de l'application des peines, il n'a plus été appelé à siéger durant cinq ans en raison du ressentiment qu'éprouveraient à son égard les membres du tribunal d'application des peines, à la suite d'un recours qu'il avait introduit au Conseil d'Etat contre une décision d'échec en 2006 à l'examen

⁸² C.E., *Lambert*, n° 223.504, 17 mai 2013 ; C.E., *Braginsky*, n° 221709, 12 décembre 2012. V. sp. C.E., *Henry*, n° 215.370, 29 septembre 2011 : « *(i)l n'est en effet pas admissible de motiver a posteriori une désignation (...) par la satisfaction que l'enseignant a donnée dans l'exercice de la fonction durant les années postérieures à la prise d'effet de l'acte attaqué. L'expérience acquise entre le moment de la désignation de l'intéressé à un emploi et l'annulation de celle-ci par le Conseil d'Etat ne peut être retenue par l'autorité lorsqu'elle procède à une comparaison des titres et mérites aux fins de pourvoir à nouveau à l'emploi redevenu vacant. En ce qu'il prend en compte l'expérience professionnelle acquise durant (...) {la} période couverte par la désignation litigieuse, un tel procédé est d'autant moins acceptable qu'il viole l'autorité de chose jugée de l'arrêt (...)* » d'annulation (aménagé par nos soins).

⁸³ C.E., *Mottet*, n° 226.135, 21 janvier 2014.

⁸⁴ C.E., *Grega*, n° 224.761, 2 septembre 2013.

⁸⁵ C.E., *Delvoe*, n° 222.298, 29 janvier 2013 : « *c'est sans fondement que la partie adverse a limité la prise en considération de l'expérience à quatre des cinq domaines d'activité qui constituent indistinctement les attributions du directeur du service d'appui d'un établissement scientifique fédéral alors qu'au regard des dispositions réglementaires en vigueur, la compétence dans le domaine juridique est également requise ; que, dans son curriculum vitae standardisé, le requérant a développé les expériences relatives aux quatre domaines énoncés dans l'avis de sélection ; qu'il ne peut dès lors lui être reproché de ne pas avoir spécifiquement décrit l'expérience juridique qu'il a acquise et en déduire qu'il ne posséderait pas d'expérience en ce domaine (pour justifier son absence d'intérêt) ; que, dans ces conditions, le moyen unique est fondé en sa première branche* » (aménagé par nos soins).

⁸⁶ C.E., *Potjes*, n° 229.862, 20 janvier 2015 (motivation inadéquate) (aménagé par nos soins), *quod non* en l'espèce pour le requérant (mais bien pour d'autres candidats qui ont manifestement bénéficié d'une revalorisation de leur profil tenant compte du caractère positif de leurs dernières évaluations) malgré des réserves fondées sur des rapports anciens ne figurant plus dans les rapports ultérieurs : « *en négligeant de s'interroger sur l'actualité du contenu des rapports des 10 juillet 2003 et 25 juin 2004, le comité de direction a manqué au devoir de minutie ainsi qu'au principe de prudence et n'a donc pu apprécier la candidature du requérant en connaissance de cause* ».

⁸⁷ C.E., *Potjes*, n° 229.862, 20 janvier 2015 (ardeur au travail et connaissance des dossiers). Comp. C.E., *Baudhuin*, n° 232.343, 25 septembre 2015 : « *il ne peut (...) y avoir de contradiction dans le rapport d'audition dans la mesure où ce sont deux capacités différentes qui ont été évaluées* ».

⁸⁸ C.E., *Remmo*, n° 233.092, 1^{er} décembre 2015.

⁸⁹ C.E., *Khassime*, n° 232.451, 6 octobre 2015.

⁹⁰ C.E., *Crebeck*, n° 215.817, 18 octobre 2011 en matière de sélection d'un directeur judiciaire de zone de police.



de recrutement et la nomination d'assesseurs. Il était visiblement prioritaire dès lors qu'il bénéficiait d'un classement plus ancien conformément à une note de comparaison du SPF Justice. Certes, il n'avait obtenu que 12,62/20 contre 12,95 pour l'autre candidate, mais « [une comparaison entre les résultats obtenus à un examen n'est guère conforme au principe d'égalité quand (...) elle se base sur des épreuves différentes, présentées à des époques différentes et devant des jurys différents ». La proposition de nomination initiale avait été modifiée de manière à tenir compte en outre des réserves formulées par deux magistrats soulignant le manque d'expérience de l'intéressé. Or, un échange de courriels versé au dossier avec une substitute du procureur du Roi faisait état de la « pratique du tribunal de ne pas faire appel aux assesseurs suppléants (et, semble-t-il, en particulier au requérant), même s'ils sont disponibles, et de se tourner vers d'autres juges, voire des avocats, afin de compléter le siège. Une telle pratique, qui n'est pas contestée par la partie adverse, prive nécessairement d'expérience les assesseurs suppléants, de sorte qu'en reprochant au requérant de ne pas avoir suffisamment siégé, les avis précités, dont la partie adverse a repris les réserves à son compte, semblent entachés d'une erreur manifeste d'appréciation, ou en tout cas procèdent d'un motif non pertinent ».

IX. Le temps de la comparaison

31. - A quel moment l'autorité doit-elle se placer pour apprécier les titres : à la date de dépôt des candidatures ou à la date de comparaison effective des candidatures ?

La plupart du temps, ces deux moments sont suffisamment rapprochés pour que la question soit dénuée d'intérêt. Mieux : une fois le dossier déposé et le délai pour postuler écoulé, le dossier ne devrait plus pouvoir être modifié, afin de garantir l'égalité entre tous les candidats (sous réserve de circonstances particulières telle une diplomation en cours). Tout dépend évidemment du libellé des conditions de participation à la procédure administrative. L'expérience requise est souvent libellée de manière précise (à telle date) afin d'éviter toute contestation.

Il arrive cependant que les dossiers doivent être actualisés en cours de route, en particulier lorsque la procédure de sélection a anormalement duré ou qu'elle doit être reprise après une annulation sous peine de retarder encore davantage les procédures. Le cas échéant, les titres et mérites peuvent devoir être actualisés au moment de procéder à la comparaison. Il ne semble toutefois pas

s'agir d'une obligation en jurisprudence, sous réserve de circonstances concrètes.

32. - Ainsi, dans un arrêt *Hindryckx* n° 230.389 du 3 mars 2015, relatif à la nomination du président de l'IBPT, le Conseil d'Etat considère que « lorsqu'à la suite de l'annulation d'une décision qu'elle a prise, une autorité administrative décide de reprendre un nouvel acte, il lui appartient de réactualiser le dossier ; qu'en matière de contentieux des nominations, la réfection peut impliquer soit une réactualisation des candidatures par le recours à un nouvel appel aux candidats lorsque l'appel initial est jugé trop ancien soit la reprise de la procédure sur la base des candidatures déjà introduites ; que, lorsqu'elle compare les titres et mérites des candidatures introduites sur la base de l'ancienne procédure, il est parfaitement légitime que l'autorité investie du pouvoir de nomination souhaite réactualiser les titres et mérites des candidats ; qu'il y va de la pertinence et de l'adéquation des motifs qui prévaudront à la nouvelle décision de nomination ».

Le verdict n'allait pas de soi même si quatre années séparaient l'appel à candidatures initial et l'actualisation des *curriculum vitae* et des notes stratégiques décidée pour la CTM entre ceux dont les candidatures ont été jugées recevables et présélectionnées. Car actualiser ces éléments revenait à pénaliser celui dont la nomination avait été annulée et dont l'expérience en qualité de président de l'IBPT durant quatre années ne pouvait pas être prise en compte en vertu de l'autorité de chose jugée absolue et rétroactive de l'annulation emportant disparition de l'acte et de ses effets de l'ordonnancement juridique : « cette circonstance peut certes constituer un handicap dans le cadre de la remise en compétition de l'emploi spécialement alors que les autres candidats, dont le premier intervenant qui sera finalement nommé, peuvent s'autoriser de l'expérience qu'ils ont acquise durant cette période ; qu'il appert ainsi qu'en ce qui concerne le premier intervenant, ce candidat a, durant cette période litigieuse, développé une expérience dans le secteur des télécommunications qui a pu revêtir un caractère déterminant ; que les conséquences éventuellement dommageables pour le requérant d'un arrêt d'annulation relèvent cependant du contentieux des droits subjectifs et ne peut interférer dans le processus de nomination à un emploi public qui requiert le respect des principes constitutionnels de libre accès et d'égalité de traitement des candidats ; que ce principe serait précisément gravement mis en péril si, dans le cadre de la réfection de l'acte de nomination, la partie adverse devait traiter de manière différente les titres et mérites des candidats suivant qu'ils étaient ou non partie à la procédure en annulation devant



le Conseil d'État »⁹¹.

33. - Dans un arrêt *Hiernaux* n° 233.323 du 18 décembre 2015, le Conseil d'Etat observe que presque deux ans se sont écoulés entre un rapport du SELOR et la décision du comité de direction sur réclamation et que ledit rapport précisait explicitement que les résultats devront être traités avec la prudence qui s'impose au fil du temps car les personnes peuvent se développer et évoluer. « [C]eci implique que si le comité de direction est appelé à se prononcer de nombreux mois après la fin des épreuves de sélection, il soit vigilant quant à l'actualité des titres et mérites à comparer ; que cette obligation de prudence s'impose encore plus lorsqu'un des organes chargé d'émettre une appréciation sur ces titres et mérites émet expressément, comme en l'espèce, une réserve sur le caractère limité dans le temps de son appréciation ». Le rapport épinglait une expérience très limitée en gestion d'équipe et l'absence de formation pour s'y préparer (éléments déterminants pour ne pas lui donner une priorité pour certains postes) mais entre-temps l'intéressée avait notamment suivi une formation au leadership, ce qui lui avait valu d'être responsable d'une équipe de 26 personnes réparties dans les Provinces de Namur et Luxembourg. Elle s'était aussi inscrite au test « Development center » du SELOR et au réseau d'apprentissage « diriger » et faisait valoir une expérience non encore prise en compte.

34. - Dans un arrêt anonyme n° 230.761 du 2 avril 2015, le Conseil d'Etat était confronté à des appréciations d'un comité de direction inspirées d'une évaluation antérieure ayant débouché sur une suspension et une annulation pour insuffisances sérieuses dans l'appréciation de certains critères à l'égard du requérant et sans tentative d'actualisation des informations recueillies dont un rapport datant de 2010 : « il ressort de ces éléments que la partie adverse n'a pas agi avec la diligence et la minutie requises alors qu'elle se devait de mener à bien un processus de sélection impliquant une comparaison des titres et mérites effective ».

L'on peut citer également l'arrêt *Potjes* n° 229.862 du 20 janvier 2015, déjà mentionné, imposant à l'autorité de tenir compte de l'amélioration des agents au fil de leur carrière dans le cadre d'une promotion. Cette réflexion

incidente s'inscrit d'une certaine manière dans la lignée des arrêts précédents.

35. - L'autorité n'a donc pas nécessairement l'obligation d'actualiser les titres et mérites en cours de procédure en cas de dépassement du délai raisonnable. Seule une obligation de prudence peut être constatée en jurisprudence à apprécier selon les circonstances concrètes de l'espèce.

En pratique, il n'est pas rare que l'on procède à l'actualisation des CV en cas de réfection d'acte sans que celle-ci soit contestée⁹².

Invoquer le dépassement du délai raisonnable n'aurait pas de sens dans le contentieux des sélections. Selon le Conseil d'Etat, il ne doit pas être répondu aux mêmes exigences qu'en matière disciplinaire dans le contexte d'une procédure de sélection car le requérant n'y aurait pas intérêt dès lors que « si cette commission n'était plus compétente, en raison d'un éventuel dépassement du délai raisonnable, pour statuer sur son cas, il ne pourrait pour autant être déclaré lauréat de l'épreuve »⁹³.

X. La comparaison dans le temps : l'autorité est-elle tenue par ses précédentes ou autres sélections ?

36. - Une autre question se pose, liée à la précédente, celle de la cohérence d'une évaluation dans le temps voire simultanée par la même autorité. Il n'est pas rare en pratique que plusieurs recrutements ou promotions se succèdent, de manière plus ou moins espacée dans le temps, ou que plusieurs postes ou emplois d'une même autorité soient ouverts ou déclarés vacants en même temps et qu'un ou plusieurs candidat(s) postule(nt) à tout ou plusieurs d'entre eux. Le cas échéant, l'autorité est-elle tenue de garantir la cohérence de ses évaluations à propos d'un même candidat à plusieurs emplois ?

La question de savoir si une autorité – ou une commission de sélection ou d'évaluation – peut se permettre de changer d'avis, par exemple dans l'appréciation successive d'un même critère, est essentielle et l'on mesure de suite les implications que pourrait avoir une réponse né-

⁹¹ Et le Conseil d'Etat de rejeter deux questions préjudicielles dénonçant les différences de traitement qui en résultent au motif que celles-ci ne résultent pas du fait de dispositions législatives mais bien de la jurisprudence du Conseil d'Etat quant à la portée de l'autorité de chose jugée de ses arrêts et des conséquences liées à l'effet rétroactif des arrêts d'annulation et qu'il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle d'exercer un contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

⁹² C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015.

⁹³ C.E., *Larivière*, n° 227.804 du 23 juin 2014 et n° 231.728, 23 juin 2015. Le délai raisonnable n'était pas dépassé en l'espèce vu les différentes phases de la sélection.



gative sur le travail des jurys et commissions. L'on comprend en même temps le sentiment d'injustice qu'une réponse positive peut provoquer chez certains candidats.

Le Conseil d'Etat s'est penché sur cette question, avec la bienveillance qu'il sied s'agissant d'une compétence discrétionnaire.

37. - En matière de notariat et dans le respect du prescrit légal et des critères de sélection, il a été jugé que « la Commission doit avoir égard in concreto aux titres et mérites dont se prévaut chacun des candidats dans son acte de candidature. Il s'ensuit que l'autorité peut être amenée, d'une procédure à l'autre et celles-ci fussent-elles menées conjointement, à retenir certains critères de sélection au détriment d'autres, en fonction des candidatures dont elle est saisie et qu'elle se doit de confronter entre elles, concrètement, en fonction de leurs spécificités respectives »⁹⁴.

De même, il a été jugé que « pour chaque emploi vacant [de direction], les candidatures ont été analysées par le comité de direction de la direction générale [du SPW] dont relève l'emploi à pourvoir ; qu'il en résulte que, selon l'emploi, les comités de direction appelés à émettre la proposition de classement ne sont pas les mêmes ; qu'au surplus, les candidats aux différents emplois vacants ne sont pas non plus les mêmes ; que la comparaison des titres et mérites doit se faire entre différents candidats à une même promotion ; que la circonstance que plusieurs promotions successives aient fait l'objet de recours devant le Conseil d'État ne permet pas de comparer chacune des promotions entre elles ; qu'en effet, les candidats qui se présentent à chaque promotion différent et aucun candidat ne peut prétendre conserver, d'une candidature à l'autre, la même appré-

ciation sur chacun de ses mérites, tant cette appréciation peut varier dans le temps et en fonction de la valeur des candidats en présence ; qu'il n'y a aucune contradiction ou incohérence dans le fait que le comité de direction de la DGO6, chargé d'examiner, notamment, les candidatures à trois emplois postulés par la requérante, ait pu apprécier les titres et mérites de celle-ci de manière différente de celle du comité de direction de la DGO1 chargé de l'examen des candidatures à l'emploi présentement convoité ; que les emplois de directeur postulés sont différents ainsi que les membres des différents comités de direction ; qu'en outre, les candidats en lice sont également différents ; qu'enfin, même si les compétences principales requises sont identiques pour tous les emplois de directeur, cela ne signifie pas que le comité de direction compétent ne puisse pas apprécier, le cas échéant, ces compétences au regard des missions spécifiques à l'emploi postulé ; que la première branche n'est donc pas fondée »⁹⁵.

38. - La cohérence des évaluations successives à propos d'un même candidat par une même autorité n'est donc pas garantie, sous réserve de circonstances particulières. Ainsi est-il possible de classer différemment deux mêmes candidats à plusieurs années d'intervalle pour deux emplois différents, nonobstant l'apparente similitude des critères de sélection, la nouvelle fonction nécessitant plus de compétences que la précédente et le milieu concerné (pénitentiaire) ayant fort évolué en 5 ans⁹⁶.

De même, à propos d'un candidat déçu au poste de directeur (promotion) alors qu'il avait exercé les fonctions supérieures depuis trois ans, le Conseil d'Etat relève trois différences justifiant de ne pas conclure au paradoxe : le moment (trois ans séparaient les procédures), les critères

⁹⁴ C.E., *Hemberg*, n° 232.029 et 232.030, 12 août 2015 observant au passage être en présence de critères légaux, l'autorité ne pouvant en fixer à l'avance de plus précis ni leur attribuer *in abstracto* une pondération

⁹⁵ C.E., *Portugaels*, n° 232.285 et n° 232.286 du 22 septembre 2015, et n° 233.189, n° 233.190, n° 233.191, n° 233.192, 10 décembre 2015. La candidate avait été simultanément reconnue apte et inapte pour différents emplois de direction vacants selon les mêmes critères. Dans le même sens : C.E., *Jandrain*, n° 231.474, 9 juin 2015.

⁹⁶ C.E., *Carpentier*, n° 232.133, 8 septembre 2015 : « (c)onsidérant que la circonstance qu'en 2008 le requérant a été classé premier pour la promotion au grade de conseiller-directeur de prison A3, devant Christine SCHOUBEN, alors qu'il a été classé dernier pour la promotion litigieuse au grade de conseiller général A4 adjoint du directeur, non seulement derrière Christine SCHOUBEN, classée première, mais également derrière tous les autres candidats, ne suffit pas, en soi, pour conclure au bien-fondé du moyen ; que comme le relève la partie adverse, plusieurs arguments peuvent justifier que l'appréciation du requérant pour le poste de directeur A4 soit sensiblement différente de celle pour le poste de directeur A3, nonobstant l'apparente similitude des critères de sélection ; qu'en effet, une fonction A4 nécessite plus de compétences qu'une fonction A3 ; que pour une fonction A4, il est demandé d'être compétent pour la supervision et la coordination d'un certain nombre de tâches alors que pour une fonction A3, il est demandé d'être compétent pour l'organisation et l'exécution de ces mêmes tâches ; que le critère "en tant que coach" est spécifique à la fonction de directeur A4 ; que par ailleurs, le critère "en tant que responsable de la politique interne", implique que le directeur A4 soit responsable des objectifs visés, tandis que le critère "en tant que collaborateur stratégique" implique que le directeur A3 propose à son supérieur hiérarchique des initiatives pour atteindre ces objectifs ; qu'à l'occasion de l'examen de la réclamation du requérant, le comité de direction a souligné que "En outre, en 5 ans, les choses ont beaucoup évolué au sein du milieu pénitentiaire. Si en 2008, un directeur d'établissement devait surtout maîtriser les régimes, actuellement, la gestion intégrale de l'établissement pénitentiaire fait partie de son profil de fonction" ; qu'au vu de cette orientation, il est cohérent que la partie adverse a pu apprécier les critères d'évaluation de manière différente et a pu décider que Christine SCHOUBEN remplissait désormais mieux certains critères que le requérant même si celui-ci avait obtenu une meilleure évaluation en 2008 que l'intéressée ».



de sélection et les candidats (la promotion était ouverte, quant à elle, à tous les agents du SPW). Il en conclut « *que rien ne permet donc de considérer, comme le fait le requérant, qu'il est paradoxal dans le chef du comité de direction de la DGO1 de désigner un agent au terme d'une procédure de comparaison des titres et mérites en vue de l'exercice de fonctions supérieures et de considérer ultérieurement qu'il n'est pas apte à exercer l'emploi correspondant auxdites fonctions supérieures et ce d'autant plus que la comparaison des titres et mérites doit se faire entre les différents candidats à une même promotion et qu'une autorité ne peut être tenue par l'appréciation qu'elle a émise dans le cadre d'une autre procédure qui mettrait en présence d'autres candidats* »⁹⁷. D'autant qu'une quatrième différence distingue nettement les deux procédures, à savoir la nature des fonctions concernées qui autorise plus d'exigence lorsqu'il s'agit d'une nomination définitive en qualité de directeur : « *le fait d'avoir exercé des fonctions supérieures n'emporte pas automatiquement de devoir être considéré comme apte à exercer ces fonctions dans le cadre d'une nomination définitive ; (...) il n'est nullement contradictoire que l'autorité se montre plus stricte dans l'appréciation des compétences à remplir pour être promu en qualité de directeur que dans l'appréciation des compétences à remplir pour exercer des fonctions supérieures de directeur et que la circonstance qu'un agent a, à plusieurs reprises, été renouvelé dans l'exercice de cette fonction ne signifie dès lors pas qu'il disposait forcément de toutes les compétences pour être promu dans cette fonction ; que la première branche n'est donc pas fondée* ».

39. - Dans un autre arrêt plus ancien, mais en présence de mêmes protagonistes candidats à la fonction temporaire de directeur d'école (remplacement), le Conseil d'Etat avait considéré « *qu'est en outre révélateur du manque d'objectivité dans la comparaison des titres et mérites des candidats le fait que le critère d'appréciation tenant à la possession des trois attestations de réussite, qui aurait pu être favorable à la requérante lors de l'adoption de la première décision attaquée, n'a été retenu en faveur [du bénéficiaire de la désignation temporaire] que dans la deuxième décision attaquée, c'est-à-dire après qu'il ait obtenu les trois attestations nécessaires pour*

relever du palier 1 »⁹⁸. Il faut préciser qu'entre-temps, la requérante avait échoué aux épreuves d'aptitude éliminatoires (par ailleurs jugées illégales dans la mesure où elles ont eu pour effet de remettre en cause le droit de priorité de la requérante) et l'autorité communale avait quant à elle procédé par désignations temporaires pour des périodes très limitées au nom de la continuité et vu l'urgence, en réalité afin de permettre à l'intéressé de conserver l'exercice de la fonction et de suivre les formations requises.

40. - Tout dépend donc une nouvelle fois du contexte de l'affaire et des circonstances concrètes de l'espèce.

Plus les différences entre chaque procédure pourront être relevées, moins la cohérence devra être assurée. L'on vise ici en particulier les fonctions à pourvoir successivement et les qualités requises, les critères de recrutement ou promotion, l'organe chargé d'analyser les candidatures ou les membres qui le composent, les épreuves imposées, les candidats en présence (les mêmes ou non, leur nombre,...), la simultanéité ou non des évaluations,...

XI. La complexité de l'opération et les actes interlocutoires

41. - La question ne porte pas directement sur la CTM mais elle mérite d'être abordée dans un séminaire consacré à l'actualité du contentieux de la fonction publique. Elle concerne l'application de la théorie de l'opération administrative complexe en matière de fonction publique. Elle révèle la difficulté rencontrée par le Conseil d'Etat d'unifier sa jurisprudence en l'absence de « *juridiction de cassation* » à l'instar du pouvoir judiciaire.

Dans une note récente sous l'arrêt *Pungu* n° 232.295 du 22 septembre 2015, C. Mertes⁹⁹ rappelle pertinemment les variations de la jurisprudence concernant le choix dont disposerait le citoyen d'attaquer directement les actes interlocutoires successifs posés dans le cadre d'une procédure de nomination ou de promotion lorsque ceux-ci lui font définitivement grief¹⁰⁰ (appel à candidatures, avis ou proposition de classement liant(e) d'une commis-

⁹⁷ C.E., *Bierlier*, n° 232.188, 15 septembre 2015 : « *le fait qu'il ait exercé des fonctions dans le cadre de l'exercice de fonctions supérieures, ne peut remettre en cause la prise en compte de celles-ci au regard du critère de l'aptitude à diriger* ».

⁹⁸ C.E., *Mottet*, n° 226.135, 21 janvier 2014.

⁹⁹ « Variations autour d'un même thème : la recevabilité des recours dirigés contre les actes interlocutoires adoptés dans le cadre d'une procédure de désignation en matière de fonction publique », *A.P.*, 2015/4, pp. 628-633.

¹⁰⁰ A défaut de faire définitivement griefs, lesdits actes sont qualifiés de préparatoires et ne sont pas susceptibles de recours quand bien même auraient-ils été notifiés comme tels. Les vices de légalité en résultant doivent être invoqués à l'appui du recours introduit contre les décisions finales de nomination ou promotion.



sion de sélection ou d'un comité de direction, ... et donc CTM le cas échéant). La question est pourtant cruciale en termes de sécurité juridique car en dépend la recevabilité du recours qui serait introduit au stade final de la nomination ou de la promotion ou à tout le moins des moyens pris de l'illégalité desdits actes interlocutoires (sous réserve qu'ils aient été notifiés aux candidats malheureux en mentionnant les voies de recours, à défaut de quoi le délai de recours est augmenté de quatre mois). La jurisprudence classique, fixée par l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'Etat à l'époque¹⁰¹ en matière de marchés publics, donnait le choix au requérant d'introduire son recours contre l'acte interlocutoire dans les soixante jours de la notification de celui-ci ou d'invoquer l'illégalité de celui-ci à l'appui de son recours contre la décision finale.

42. - Deux arrêts très contestés¹⁰² vont semer le trouble en 2009, concluant à l'irrecevabilité de recours introduits en fin d'opération de sélection de top managers contre une décision de classement. Ils s'écartent délibérément de la jurisprudence antérieure au nom de « *la règle fondamentale selon laquelle un acte administratif qui fait grief devient définitif à l'expiration du délai de recours de sorte que sa légalité ne peut être remise en question en application de l'article 159 de la Constitution* ». Il s'agit des arrêts *Pinon* n° 190.606 et *Stockaert* n° 190.605 du 17 février 2009¹⁰³. Selon le Conseil d'Etat, la jurisprudence classique est spécifique au droit des marchés publics qui ne porte que sur des intérêts patrimoniaux. Tel ne serait pas le cas du contentieux de la fonction publique qui « *porte sur des situations individuelles ayant des répercussions sur le fonctionnement du service public, ce qui implique qu'en cette matière, les exigences de la sécurité juridique et de la stabilisation des situations individuelles s'imposent avec une rigueur sans faille* »¹⁰⁴. Le recours introduit contre la décision de classement est irrecevable *ratione temporis* et pire même, celui introduit contre la décision finale est lui aussi irrecevable pour défaut d'intérêt dès lors que la première décision n'a pas été contestée utilement en son temps...

43. - Deux années plus tard, le Conseil d'Etat nous explique que cette jurisprudence (dont aucun motif ne per-

mettait de le comprendre) ne vaut qu'en présence d'une procédure de sélection par une autorité tierce, en l'occurrence le SELOR pour le recrutement de tops managers. Elle n'est pas applicable lorsque la sélection est menée par un organe de la même et seule personne juridique, en l'espèce le conseil de direction du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale¹⁰⁵. Le cas échéant, le requérant a le choix entre introduire un recours directement ou invoquer l'illégalité de l'acte interlocutoire à l'appui de son recours contre la désignation.

44. - Quatre années plus tard, deux arrêts contradictoires sont encore rendus, l'un le 28 mai 2015 (*Maris*, n° 231.373) exigeant de la part du requérant qu'il dirige son recours à la fois contre l'acte interlocutoire et la décision finale, à défaut de quoi il perd intérêt au recours en raison du caractère définitif du classement opéré (ce qui, techniquement, n'est pas illogique), l'autre le 9 juin 2015 (*Jones*, n° 231.473) dispensant de cette précaution procédurale lorsque la proposition n'émane pas d'une autorité tierce.

L'arrêt *Pungu* n° 232.295 du 22 septembre 2015 s'inscrit clairement dans cette dernière logique, sans préciser que l'hypothèse ne vaut que lorsque la proposition émane d'un organe propre à la personne juridique compétente. Retour donc à la case « *Godard* » voire même *Thunus*, la plus libertaire dans l'esprit de la théorie de l'opération administrative complexe. Mais prudence en l'absence d'une jurisprudence fixe en la matière : la voie la plus sûre en termes de procédure contentieuse consiste à recourir dès que possible, ce qui n'est pas nécessairement la voie la plus stratégique d'agir.

45. - A noter que récemment, dans un arrêt *Sabbatini* n° 231.186 du 12 mai 2015, le Conseil d'Etat a décidé, « *dans un souci de sécurité juridique* », d'étendre d'office l'objet du recours à la délibération d'une commune pourtant non attaquée. Il s'agissait toutefois d'une décision du conseil de l'action sociale de Nivelles justifiant un acte de désignation suspendu dans le cadre d'une procédure de tutelle générale organisée par les articles 111 et 112 de la loi du 8 juillet 1976 (pour insuffisance de CTM). Il ne s'agit donc pas d'un acte faisant grief puisqu' « *à la suite*

¹⁰¹ Rem. C.E., *Thunus*, n° 163.597, 13 octobre 2006 : « *conformément à cette jurisprudence de l'assemblée générale de la section d'administration, et en vue d'éviter des divergences de jurisprudence nuisibles à la sécurité juridique* ».

¹⁰² B. Lombaert, « L'opération complexe et la recevabilité des recours devant le Conseil d'Etat : une utile mise au point par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 419-421 ; M. Nihoul et F.-X. Barcena, *op. cit.*, 2013, pp. 21-23.

¹⁰³ Chacun rectifié par arrêt n° 192.132 et n° 192.131 du 1^{er} avril 2009. Voy. aussi C.E., *Frisque*, n° 181.494, 26 mars 2008.

¹⁰⁴ Ces motifs ne manquent pas d'étonner. Les marchés publics ne portent pas que sur des intérêts patrimoniaux et ont évidemment des répercussions sur le fonctionnement du service public.

¹⁰⁵ C.E., *Godard*, n° 216.001-216.003, 26 octobre 2011.



de cet acte, l'autorité de tutelle peut, en effet, soit annuler l'acte dont l'exécution a été initialement suspendue soit décider de ne pas l'annuler ; que, dans la première hypothèse, l'acte initial disparaît de l'ordonnancement juridique en même temps que la décision qui le justifie tandis que, dans la seconde, seul l'acte initial est amené (...) à produire ses effets ; que s'il ne peut donc être reproché à la requérante de ne pas avoir attaqué la délibération du 10 septembre 2012 par laquelle le conseil décide de maintenir la décision initialement attaquée, il y a toutefois lieu (...) » d'étendre l'objet du recours. Il serait donc audacieux d'en tirer des pouvoirs exceptionnels dans le chef du Conseil, mais force est de constater qu'au nom de la sécurité juridique des pouvoirs insoupçonnés sont parfois découverts...

Conclusion

46. - Le lecteur – en particulier le rédacteur de CTM – aurait souhaité trouver, dans les lignes qui précèdent, des directives précises et concrètes lui permettant de mener une CTM conforme au droit et de rédiger les actes qui en découlent nécessairement en toute légalité. S'agissant d'une compétence discrétionnaire, cepen-

dant, le Conseil d'Etat se limite, dans sa jurisprudence récente et moins récente, à sanctionner les excès manifestes. Les règles qui en découlent s'apparentent par conséquent à des principes généraux dont les contours peuvent s'avérer relativement flous en pratique. C'est en cela que la CTM s'apparente à de l'art. Les circonstances concrètes détermineront la méthode à suivre dans une large mesure, le nombre de candidats par exemple exerçant une influence considérable sur les exigences du Conseil d'Etat en la matière.

En somme, les principes dégagés dans la présente contribution s'apparentent sur le terrain au « solfège du comparateur de titres et mérites ». Le maîtriser n'empêche pas de faire des fausses notes et le virtuose ne naît qu'à force de gammes, de travail et d'expérience. L'interprétation de la partition comme des dossiers peut donner lieu à des résultats très différents et le « comparateur » n'est pas dispensé de faire preuve de créativité. C'est de lui que dépendra l'âme de la sélection qui, même si elle est jugée légale en fin de compte, peut avoir été purement factice dans la réalité. L'intuition ne suffit pas mais la méthode non plus pour faire l'« artiste comparateur ».

