



TRIBUNAL DU CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF DES NATIONS UNIES

Cas n° : UNDT/NY/2009/024/
JAB/2008/046
Jugement n° : UNDT/2009/095
Date : 24 décembre 2009
Original : anglais

Devant : Juge Adams
Greffe : New York
Greffier : Hafida Lahiouel

SEFRAOUI
contre
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE
L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

JUGEMENT

Conseil pour le requérant :
Le requérant assure sa propre défense

Conseil pour le défendeur :
Susan Maddox, Groupe du droit administratif

Introduction

1. Le requérant a fait appel de la décision du défendeur de ne pas le faire figurer sur la liste restreinte de candidats à deux postes P-4 de réviseur arabe. Le jury de sélection a eu des entretiens avec 9 candidats. Il apparaît que les deux candidats retenus ont eu des entretiens en face à face alors que le requérant a eu un entretien par téléphone. Il ne ressort pas du dossier de quelle manière a été organisé l'entretien qu'ont eu les autres candidats qui n'ont pas été retenus. D'une manière générale, le requérant soutient qu'il ne s'est pas vu accorder un examen complet et équitable et a adressé diverses critiques au jury de sélection pour la procédure suivie. Aucune des parties n'a demandé de procédure orale et il a été convenu que les pièces justificatives fournies suffisaient pour traiter des questions en cause. Ces pièces comprenaient le compte rendu expurgé du jury de sélection concernant les candidats retenus et le requérant, des documents attestant de l'expérience du requérant et son rapport d'évaluation et de notation électronique pour les deux années antérieures à sa candidature ainsi que des déclarations de deux membres du jury de sélection. Le requérant a été informé de son droit de procéder à un contre-interrogatoire des témoins et de mettre leur témoignage à l'épreuve mais il n'a pas demandé leur comparution.

2. Le défendeur a soulevé la question de la recevabilité dès le début de la procédure. Le 25 août 2009, le juge J. Shaw, pour des motifs qu'il n'y a pas lieu de rappeler à ce stade, a estimé que l'appel du requérant respectait les délais requis.

Les questions en cause

3. La question en cause est de savoir si la candidature du requérant aux postes concernés a été correctement et équitablement examinée. Il s'agit aussi de déterminer la nature de la charge de la preuve et son application aux éléments du dossier.

Les faits

4. Le candidat a de nombreuses années d'expérience en tant que traducteur. Outre son expérience à l'ONU, il a prêté serment en tant que traducteur juré au Maroc en 1992 et à Genève en 1998 et a également travaillé en tant que traducteur pour un organisme gouvernemental suisse auprès duquel il a apporté son aide à des réfugiés entre 1990 et 1992. En avril 1996, il a commencé à travailler comme traducteur à l'Union internationale des télécommunications au grade T-1. Le 25 mai 1999, il a été promu au grade T-2 qui selon lui est équivalent à P-3. En juillet 2000, il s'est vu accorder un contrat permanent de traducteur à l'Union postale universelle à cette classe. En octobre 2004, il a été muté au Secrétariat de l'ONU à New York en vertu de l'accord interinstitutions sur la mobilité du 15 septembre 2004. À l'heure actuelle, il est employé par l'ONU à Genève à la classe P-3. Il est dit dans son rapport d'évaluation et de notation électronique pour 2006-2007 qu'il avait atteint les objectifs fixés dans son plan de travail et qu'il continuait de produire « une traduction de haute qualité et de répondre aux normes de quantité [...] ». S'agissant des valeurs fondamentales, son professionnalisme a été jugé parfaitement satisfaisant et son intégrité et son respect de la diversité et du principe de l'égalité des hommes et des femmes ont été qualifiés d'exceptionnels; s'agissant des compétences fondamentales, son aptitude à la communication, son esprit d'équipe, sa créativité et sa volonté de perfectionnement ont été jugés parfaitement satisfaisants tandis que son sens des responsabilités et son ouverture à la technologie ont été jugés exceptionnels. Dans l'ensemble il a été évalué comme ayant atteint des résultats souvent supérieurs à ceux attendus. Le rapport contient d'autres observations favorables. Le rapport précédent pour 2005-2006 n'était pas aussi favorable mais son travail était néanmoins évalué comme ayant atteint des résultats pleinement conformes à ceux attendus.

5. Le 10 août 2007, les avis de vacance des deux postes en question à la Section de traduction arabe des Services linguistiques de la Division des services des conférences à l'Office des Nations Unies à Genève (ONUG) ont été publiés dans le système Galaxy avec pour date limite de dépôt le 9 octobre 2007. Ces avis exigeaient

« au moins cinq ans d'expérience de traduction, dont de préférence trois ans à l'ONU et une certaine expérience de l'autorévision [...] ».

6. Le requérant a présenté sa candidature qui a été examinée dans le délai de 30 jours prévu. Il a été jugé comme répondant à tous ou à presque tous les critères et a été invité à passer un entretien d'appréciation des compétences. Il a eu un entretien téléphonique tandis que les deux candidats retenus ont eu un entretien en face à face. Les exemplaires expurgés des évaluations générales ont été versés au dossier. La description de l'expérience des requérants est faite sous forme d'une liste de points et non pas d'un exposé et de ce fait elle fournit moins de renseignements que les descriptions de l'expérience des autres candidats. Sinon, on ne relève pas de différence notable de style. S'agissant du professionnalisme du requérant, le jury de sélection a noté qu'« il n'a pas encore atteint un niveau qui justifie de lui confier des travaux d'autorévision/révision au Siège des Nations Unies, même avec la procédure courante de suivi ». Le jury a également noté que le requérant « semble entretenir de bonnes relations avec ses collègues (nous n'avons pas une connaissance directe de ce fait puisqu'il ne travaille pas à l'ONUG) ». En ce qui concerne les autres candidats, le jury a émis une opinion positive selon laquelle ils avaient « de très bonnes relations avec leurs collègues » et il est raisonnable de penser que ce fait était connu personnellement d'un ou plusieurs des membres du jury. S'agissant d'un des autres candidats, la description de sa maîtrise des langues est pratiquement identique à celle donnée pour le requérant mais le premier s'est vu attribuer 16 points contre 15 au requérant. Ce candidat a totalisé un score supérieur de sept points à celui du requérant. S'agissant d'un des candidats retenus il a été noté qu'il avait « 12 années d'expérience de la traduction, dont la plupart dans des domaines techniques et militaires, y compris *quelque 3 années* [en fait, à ce qu'il semble, deux ans et 10 mois] à l'ONU [...] précédées de deux ans d'expérience pertinente en tant que journaliste dans la presse arabe » (italiques ajoutés).

7. Dans sa déclaration devant le Tribunal, un des membres du jury a indiqué que la procédure reposait sur un examen objectif des qualifications de tous les candidats, sur

leurs réponses au cours des entretiens d'appréciation des compétences et sur l'évaluation de tous ces éléments par le jury de sélection. Il a dit que « pour garantir une objectivité maximale, le jury était composé d'un membre de la section de traduction arabe ainsi que de membres d'autres sections de traduction de l'ONUG ». Si des entretiens ont été passés avec les candidats par téléphone, c'était pour des raisons pratiques et il s'agissait d'une procédure normale dans le cas d'entretiens individuels à partir d'autres lieux d'affectation mais tous les entretiens étaient pour l'essentiel égaux. Un deuxième membre du jury a souscrit à ce qu'avait dit le premier en ajoutant que les membres du jury avaient été d'accord à l'unanimité pour considérer que le comportement professionnel des candidats recommandés était meilleur que celui du requérant. Il a également confirmé que « la procédure de sélection était équitable, rigoureuse et tout à fait conforme aux normes de l'ONU ». Il est vrai que, dans un sens, les membres du jury sont des témoins qui sont parties prenantes et que de ce fait leurs déclarations doivent être prises avec précaution. Cela dit, aucun effort n'a été fait, comme je l'ai souligné, pour les faire comparaître aux fins d'un contre-interrogatoire et dans ces circonstances il n'est ni équitable ni approprié de refuser d'admettre la véracité de leur déclaration. Quant à la question de savoir si, d'un point de vue objectif, le jury a respecté les normes de l'ONU, elle ne peut être tranchée sur la base d'un simple avis d'un ou plusieurs des membres de ce jury mais les déclarations dans ce sens de ces derniers doivent être comprises comme traduisant le fait que, à leur connaissance, les membres du jury n'ont pas exprimé de parti pris ni pris en compte ou omis d'examiner un quelconque point pertinent.

8. La nomination de deux candidats a été recommandée aux postes en question mais pas celle du requérant. Le 2 novembre 2007, le Comité central de contrôle a estimé que les candidatures recommandées avaient été évaluées sur la base des critères pertinents et que les procédures en vigueur avaient été suivies ce qui l'a amené à recommander au Directeur général de procéder à leur sélection définitive.

9. Le 3 décembre 2007, le requérant a été informé que sa candidature n'avait été retenue pour aucun des deux postes.

Conclusions du requérant

10. Le requérant soutient que sa candidature aux deux postes en question n'a pas été correctement évaluée car le texte des évaluations le concernant faisait ressortir du parti pris dans la mesure où aucune explication n'avait été donnée de l'importance de l'expérience particulière qu'il avait acquise dans le système des Nations Unies, notamment à l'Union internationale des télécommunications. Il critique également l'observation du jury selon laquelle il « n'a pas encore atteint un niveau qui justifie de lui confier des travaux d'autorévision/révision au Siège des Nations Unies » car, selon lui, personne à l'époque ne pratiquait l'autorévision à la Section de traduction arabe du Siège. Il a fait observer que l'autorévision n'était même pas mentionnée dans les évaluations des candidats retenus. D'après lui, il avait été inéquitable que son entretien se déroule par téléphone alors que ceux des deux candidats retenus avaient eu lieu en face à face et que ces deux candidats étaient connus des membres du jury. En ce qui concerne l'autorévision, il soutient également que l'évaluation effectuée par le jury était viciée car elle ne correspondait pas aux commentaires figurant dans son rapport d'évaluation et de notation électronique selon lesquels il produisait des traductions de haute qualité et satisfaisait aux normes de quantité. Il a également fait valoir que l'un des candidats retenus ne remplissait pas les conditions prévues pour les postes puisqu'il fallait avoir « de préférence » trois ans d'expérience au sein de l'ONU et, qu'en tant que recrue relativement nouvelle, ce candidat ne pouvait pas être véritablement considéré comme convenant mieux au poste.

11. Lors du procès le requérant a indiqué verbalement qu'il avait été informé que des candidats externes ne font jamais l'objet d'un examen équitable et que par ailleurs les évaluations tirées du système d'évaluation et de notation électronique ne sont pas prises en compte. Ces affirmations reposent sur des oui-dire et, en tout état de cause, ont été avancées trop tard pour qu'une réponse puisse être équitablement exigée. Je n'en ai donc pas tenu compte.

Conclusions du défendeur

12. Pour l'essentiel, le défendeur soutient que les candidatures du requérant ont fait l'objet d'un examen complet et équitable. Il affirme que le dossier montre bien que le jury de sélection n'a fait preuve d'aucun parti pris et que le fait que le requérant n'a pas eu un entretien en face à face n'a aucune importance. Les différences entre les modes de réalisation des évaluations des candidats ne permettraient aucunement de conclure que l'examen du jury n'avait pas été objectif et adéquat. Le simple fait que des membres du jury ont connu personnellement les candidats qui ont eu des entretiens ne permettait aucunement de conclure au parti pris compte tenu notamment des témoignages non contestés des deux membres du jury que contiennent les déclarations versées au dossier. Le critère selon lequel il convient de préférence que les candidats aient trois années d'expérience de la traduction au sein de l'ONU n'était pas un critère essentiel mais simplement un atout supplémentaire.

Le droit à un examen complet et équitable

13. Il ne fait aucun doute que dans le cas d'une nomination ou d'une promotion, le Secrétaire général est tenu par le contrat qui le lie aux employés de respecter tous les instruments statutaires (Charte des Nations Unies, règlements, règles, directives administratives, etc.) régissant les questions et les pratiques établies qui représentent des engagements et des interprétations formulés par le Secrétaire général à l'intention des employés au sujet des procédures en vigueur. Toute nomination ou tout refus de nomination qui est entaché d'une conduite non autorisée constitue manifestement une violation de contrat. L'argument d'autorité n'est guère nécessaire pour justifier cette idée bien qu'il soit courant que les deux parties, notamment le défendeur, cite de longues listes de décisions du Tribunal administratif des Nations Unies à l'appui de ce principe élémentaire. Pour élaborer sur ce principe, il a été fait observer que tous les candidats à un poste devaient bénéficier d'un examen « complet et équitable », des termes généralement ou tout au moins souvent repris du jugement 362 *Williamson* (1986) et du jugement en 828 *Shamapande* (1997) lui-même fondé,

semble-t-il, sur l'article 4.4 du Statut du personnel (ST/SGB/2001/8) qui se lit en partie comme suit :

Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 de l'Article 101 de la Charte, et sans entraver l'apport de talents nouveaux aux divers échelons, il doit être pleinement tenu compte pour les nominations aux postes vacants, des aptitudes et de l'expérience que peuvent posséder des personnes qui sont déjà au service de l'Organisation.

14. Le membre de phrase « il doit être pleinement tenu compte » n'est pas essentiellement (voire n'est absolument pas) une référence à la nature de la procédure de sélection proprement dite ou de l'évaluation des éléments d'appréciation fournis par un candidat interne ou à son sujet mais vise plutôt le traitement distinct à réserver aux personnes employées par l'ONU par rapport aux candidats externes, un facteur notablement, voire totalement, ramené à une importance virtuellement insignifiante par la restriction liminaire « sans entraver l'apport de talents nouveaux », membre de phrase que l'on serait en droit d'interpréter comme retirant d'une main ce qui a été donné de l'autre. Cette clause, à toutes fins pratiques, signifie simplement qu'aucun traitement favorable ne doit être accordé a priori ni aux candidats externes ni aux candidats internes. Tout traitement différencié doit être (et bien entendu est) autorisé par d'autres dispositions plus spécifiques.

15. Dans la mesure où il est évidemment essentiel d'examiner tous les éléments pertinents permettant de déterminer si un candidat convient et d'ignorer les éléments dénués de pertinence, il est difficile de voir quel but poursuivait, hormis celui de l'exhortation, l'emploi de l'adverbe « pleinement » : ou bien tous les éléments pertinents sont pris en compte pour se voir attribuer un poids approprié ou bien ils ne le sont pas. Si ce membre de phrase n'existait pas, pourrait-on sérieusement faire valoir qu'il convient de tenir compte seulement en partie de la candidature d'une personne déjà au service de l'ONU? Le fait qu'il existe laisse-t-il entendre que les candidats externes méritent moins qu'une pleine prise en compte? En ce qui concerne le caractère « équitable » à assurer, il va de soi qu'il s'agit nécessairement d'une exigence implicite de toute procédure de nomination et promotion – comme c'est le

cas au demeurant de tout examen de questions concernant les droits des fonctionnaires auquel se livre un décideur. Bien entendu, ce qu'exige l'équité dépendra des circonstances. Ce point revêt une importance particulière dans le cas d'espèce, comme il en sera question plus bas.

16. Il y a peut-être lieu de souligner quelque chose d'autre : le candidat externe dont les demandes ne sont pas prises en compte équitablement ne peut saisir le Tribunal puisque, par hypothèse, il ne s'agit pas d'un fonctionnaire (au sens de l'article 3.1 b) du Statut du Tribunal dont on peut regretter qu'il soit ambigu mais qui n'a, à mon avis, aucun rapport avec le recrutement) et doit s'en remettre simplement à la bonne foi du décideur.

17. Fort heureusement, les droits des fonctionnaires et les devoirs de la direction en matière de nomination et de promotion peuvent peut-être, d'une manière plus prosaïque, relever des règles ordinaires applicables aux relations contractuelles, puisque les instruments statutaires de l'ONU concernant les droits et les devoirs en matière d'emploi constituent de loin l'élément essentiel du contrat signé avec le personnel. (Bien entendu, ces instruments doivent être interprétés d'une manière qui tienne compte des normes internationales : voir par exemple *Nogueira* UNDT/2009/088). En ce qui concerne les questions soulevées en l'espèce, il est évident que la procédure de promotion mettant en cause le requérant et les deux vacances de postes en question exigeaient, en tant qu'obligation contractuelle contraignante pour le Secrétaire général et ses délégués, que les personnes procédant à l'évaluation des qualifications du requérant le fassent de manière rationnelle et équitable dans le sens et dans la mesure nécessaires à une évaluation raisonnable des prétentions de l'intéressé par rapport à celles d'autres personnes se trouvant en concurrence avec lui, en prenant en compte et en évaluant correctement tous les éléments pertinents sans être influencés par un quelconque parti pris ou des considérations dénuées de pertinence et en s'appuyant sur des renseignements aussi exacts qu'il est raisonnablement possible de le vérifier. Pour autant qu'il ait été raisonnablement possible de s'en assurer, la procédure de promotion proprement dite

a été manifestement conçue dans ce but et quiconque de bon sens ne saurait soutenir que s'en écarter notablement d'une manière qui nuise à sa transparence, à sa rationalité et à son objectivité n'entraînerait pas un manquement à la fois aux obligations de l'Administration à l'égard du requérant et aux obligations du décideur à l'égard de l'Organisation. En fait, un tel écart pourrait très bien remettre en cause le pouvoir du ou des décideurs de prendre la décision attaquée puisque, ce faisant, ce ou ces décideurs n'auraient pas respecté les termes du mandat qui aurait pu lui ou leur avoir été confié.

18. Ces droits et obligations contractuelles n'ont évidemment rien à voir avec un quelconque espoir qu'un fonctionnaire aurait pu former d'obtenir une nomination ou une promotion. L'attente que le fonctionnaire est en droit de former est que le Secrétaire général et les personnes agissant sous son autorité respecteront de bonne foi les termes du contrat d'emploi, en particulier, les instruments régissant l'affaire en question. Les règles propres à la procédure de promotion et de nomination que je soulignais ne constituent que des implications nécessaires de ces instruments. Il ne s'ensuit pas bien entendu que l'issue de la procédure sera toujours sans importance. Il peut se produire des cas, hypothétiques, où l'issue est tellement déraisonnable qu'elle trahit une défaillance de la procédure même si cette défaillance n'est peut-être pas manifeste. Je dois dire d'emblée que le cas d'espèce n'illustre pas pareille situation.

La charge de la preuve

19. C'est bien sûr une chose que de prétendre qu'il y a eu une défaillance particulière et une autre tout à fait différente de le prouver. Il existe deux lignes distinctes et, en principe, contradictoires de doctrine du Tribunal administratif des Nations Unies sur ce point. La première règle, la plus générale, a été énoncée avec précision (si je peux le dire avec tout le respect dû) par mon collègue J. Laker dans *Bye* (2009) UNDT/2009/083 (appelée dans un souci de simplicité la règle *Bye*) –

Selon la jurisprudence que le TANU a dégagée de longue date, il incombe à quiconque se plaint de harcèlement, de parti pris, de discrimination ou de tout autre facteur non pertinent ou d'une motivation inappropriée d'une décision

donnée, de prouver une telle affirmation [voir les jugements n° 554, *Fagan* (1992), n° 553, *Abrah* (1992), n° 312, *Roberts* (1983) et n° 428, *Kumar* (1988)]. Cette jurisprudence est en fait conforme à la maxime juridique bien connue qui veut qu'en principe il revient à quiconque invoque un fait la charge de prouver sa véracité.

20. La seconde règle s'applique dans les cas de nomination et de promotion contestés. On lui donne généralement pour origine le jugement 362 *Williamson* (1986) dans lequel le TANU déclare ce qui suit :

VII [...] Le défendeur affirme donc que « le requérant n'a pas démontré que sa candidature n'avait pas été prise en compte [...] ». S'agissant de cette affirmation particulière, le Tribunal estime que puisque le fonctionnaire a le droit statutaire de voir sa candidature « pleinement prise en compte », la charge de prouver que l'Administration n'a pas pris cette candidature en compte qu'il incombe pas au requérant. Une fois qu'elle est sérieusement mise en cause, l'Administration doit pouvoir donner au moins une indication minimum montrant que le droit statutaire du fonctionnaire a été respecté de bonne foi puisque l'Administration en a « pleinement tenu compte ».

21. Il n'est pas précisé ce que sont des éléments qui « mettent sérieusement en cause » le fait qu'une candidature a été dûment prise en compte. Cela n'est pas surprenant car les cas varient notablement mais je pense que manifestement le doute doit être rationnel et provoqué par un élément de preuve et non pas simplement par une allégation du requérant. Un autre point qui laisse régner une certaine incertitude est la référence à l'*indication minimale* qui doit être donnée pour prouver que « le droit statutaire des fonctionnaires a été respecté de bonne foi ». Qu'est-ce qu'une *indication minimale*? Le dictionnaire compact de l'université d'Oxford définit « minimale » comme signifiant « d'un montant, une quantité ou d'un niveau minimum ». Dans le jugement 447 *Abbas* (1989) (à la section VII), le Tribunal administratif, se référant à ce passage, a simplement dit qu'il s'ensuivait que la charge de la preuve pour établir que la candidature avait été dûment prise en compte revenait au défendeur chaque fois qu'un fonctionnaire contestait que cela avait été le cas. Dans le jugement 1188 *Agbele* (2004 (à la section VII) cette formulation simple a été reprise mais a été immédiatement

nuancée par un raisonnement incohérent et déroutant visant à contourner le sens clair de cette règle qui veut que l'Administration doit démontrer qu'elle a agi « de bonne foi » –

S'agissant de la conclusion du requérant selon laquelle sa candidature n'a pas été prise en considération de manière équitable et raisonnable, s'il y a des raisons pour suspecter qu'il en a été ainsi, c'est au défendeur qu'il incombera d'établir que cette candidature a fait l'objet de l'examen voulu [...]. De l'avis du tribunal, dans le cas d'espèce, on dispose d'un commencement de preuve raisonnable établissant que la candidature du requérant avait fait l'objet d'un examen approprié. Le tribunal accepte cet élément de preuve sans le mettre en doute puisqu'il n'a pas été mis en cause. Dans la mesure où la requête vise peut-être à faire penser que le requérant a été traité avec hostilité ou parti pris, aucun élément du dossier ne justifie une telle conclusion. Les plaintes du requérant selon lesquelles sa candidature n'a jamais été prise en compte, que son recours n'a jamais été examiné et que le défendeur se livre à une sorte d'opération de camouflage sont en fait des plaintes de parti pris et de préjugé et aucun élément du dossier ne les corrobore. C'est au requérant qu'incombe la charge de prouver ces plaintes dans la mesure où le Tribunal a systématiquement estimé que la charge de la preuve revient au requérant lorsqu'il invoque une motivation étrangère non pertinente [...].

22. À mon avis, il n'est pas du tout souhaitable d'introduire dans la procédure judiciaire du Tribunal des normes de preuve variables, notamment en utilisant une terminologie obscure. Si la règle retenue dans l'affaire *Williamson* est juste et que l'Administration est tenue d'établir un fait, il faut alors que celui-ci soit établi selon la probabilité la plus forte comme, je pense, le Tribunal administratif l'a accepté dans le deuxième des deux affaires précitées.

23. Beaucoup plus importante au plan du principe juridique est la limite fixée à l'application de la règle en matière de nomination et de promotion par rapport à d'autres décisions administratives soumises à des règles statutaires. Dans l'affaire *Williamson*, le Tribunal administratif a fait reposer la règle sur ce qu'il a appelé le « droit statutaire » du fonctionnaire concernant sa candidature. Mais les instruments de l'Organisation confèrent de nombreux « droits statutaires » à l'intéressé. Le simple fait qu'ils régissent également les conditions d'emploi des fonctionnaires ne revêt

aucune pertinence en l'occurrence. Après tout, il en va de même de la règle qui veut que les candidatures à des nominations ou des promotions doivent faire l'objet d'un examen complet et équitable. On peut illustrer ce point en faisant référence, par exemple, à l'article 8 de la Charte. Il y est dit qu'« Aucune restriction ne sera imposée par l'Organisation à l'accès des hommes et des femmes, dans des conditions égales, à toutes les fonctions, dans ses organes principaux et subsidiaires. ». Il s'agit là d'une interdiction du plus haut niveau statutaire au sein de l'Organisation concernant toutes les formes de discrimination ou de harcèlement sexuel qui confère à tous les fonctionnaires, sans aucune réserve, le « droit statutaire » de bénéficier d'un traitement égal et non discriminatoire. Il ressort cependant des décisions citées plus haut que la charge de la preuve en matière de discrimination ou de harcèlement sexuel retombe nettement sur le requérant pour toute décision administrative attaquée sauf celles concernant une nomination ou une promotion. On ne voit pas de raison logique à cette exception ou, à l'inverse, si la règle se justifie du fait de l'existence d'un droit statutaire, elle ne peut logiquement être limitée à des cas de promotion ou de nomination. Il n'est pas davantage possible, même si on ne se soucie pas de logique, de justifier l'exception pour des motifs de politique générale. Il n'y a pas non plus de raison logique qui permette de déterminer à qui incombe la charge de la preuve au moment de distinguer l'irrégularité liée à une discrimination sexuelle de toute autre irrégularité viciant une décision. Le devoir que la direction a de ne pas agir de manière irrégulière ou, pour le dire de manière positive, d'agir en conformité avec le régime institutionnel en vigueur découle directement des obligations statutaires qu'elle a à l'égard aussi bien de l'Organisation que des fonctionnaires et représente la contrepartie logique nécessaire des droits statutaires du fonctionnaire. De plus, peu importe au plan des principes que, comme cela se produit, la règle puisse être dans tel ou tel cas implicite plutôt qu'explicite.

24. On peut bien sûr établir une différence entre les deux situations – comme entre les décisions concernant les promotions et les nominations et toutes les autres décisions ou bien entre le respect des procédures et le respect des normes – mais sur

la base de quel principe juridique logique ou rationnel? À mon avis, ces distinctions artificielles sentent son arbitraire et sont sous-tendues par des considérations non déclarées de politique générale, ce qui entraîne un manque de transparence et sape la légitimité du processus juridique. La cohérence et l'harmonie des principes constituent des caractéristiques essentielles – la transparence venant juste après – de tout système juridique aspirant à assurer la justice même si l'on accepte qu'il y a beaucoup de vérité dans l'épigramme souvent cité de Oliver Wendell Holmes Jr dans ses célèbres essais sur *The Common Law* (1881, avant qu'il ne devienne juge), « la vie du droit n'est pas la logique : c'est l'expérience ».

25. Puisque, dans le cas d'espèce, le requérant invoque (entre autres) le parti pris, il semble que la règle *Bye* s'applique à lui mais, comme dans un cas de promotion, la règle *Williamson* semble s'appliquer également. À première vue, il y a contradiction. Dans la pratique, chacune de ces démarches semble tout à fait raisonnable mais il ressort de l'analyse que la question n'est pas vraiment aussi simple. La règle *Bye* a beau être largement appliquée dans de nombreux domaines dans les affaires de litige et sembler relever du bon sens, elle n'apporte pas d'elle-même une véritable réponse. Il arrive que les faits ne soient pas contestés et que la question soit purement de droit : auquel cas il ne se pose pas de problème de charge de la preuve. Dans les cas où le fonctionnaire affirme que la décision attaquée est irrégulière en raison de tel ou tel fait et que l'Administration soutient que la décision est juste en raison d'autres faits qui peuvent, soit venir se rajouter aux premiers, soit simplement être contradictoires, la règle qui veut que la partie qui affirme doive établir la preuve de ce qu'elle avance ne permettra pas de trancher le litige. En réalité celui-ci sera résolu en fonction de la thèse offrant la plus grande probabilité. La règle qui veut que ce soit au fonctionnaire qu'incombe la charge de la preuve ne peut servir que lorsque les thèses en présence sont équilibrées, bien que cette possibilité soit extrêmement rare, et, à mon avis, puisse être ignorée. Mais si une telle situation appelle une règle déterminante, celle-ci devrait être que c'est à l'Administration que revient la charge de la preuve selon l'explication donnée plus bas de cette expression.

26. Une règle qui prévoit que c'est au fonctionnaire qu'incombe la charge de prouver que la décision attaquée est irrégulière revient simplement à dire qu'il existe une présomption, réfutable, que les décisions administratives détiennent la vérité. Il est facile de voir pourquoi cette règle doit être appliquée à la solution d'affaires de contentieux civil en général mais il n'est pas du tout évident pourquoi cela devrait être le cas pour les actions très délimitées menées devant le Tribunal dans lesquelles tous les plaignants sont des fonctionnaires, où il n'y a qu'un seul défendeur, où la seule question en cause est la justesse d'une décision administrative concernant l'emploi d'un fonctionnaire et, en outre, où l'une ou l'autre des parties peut exiger que les personnes impliquées dans la prise de décisions soient identifiées et comparaissent pour témoigner. On a vu récemment un exemple frappant de l'importance que revêt ce contexte procédural dans l'affaire *Calvani* UNDT/2009/092, où la question cruciale était de déterminer si le Secrétaire général (conformément à l'article 10.4 du Règlement provisoire du personnel) avait effectivement décidé de mettre le requérant en congé administratif sans traitement. Mon collègue J. Cousin y disait (selon mon respectueux avis, en toute raison) :

[25] Avant l'audience, le Tribunal a demandé au défendeur de produire la décision du Secrétaire général, sans résultat. Au cours de l'audience, le défendeur a de nouveau déclaré que la décision contestée avait été prise par le Secrétaire général. Il a néanmoins refusé de se conformer aux injonctions du Tribunal qui lui avait ordonné de soumettre une confirmation signée du Secrétaire général établissant que celui-ci avait pris la décision de mettre le requérant en congé administratif sans traitement.

[26] Confronté aux allégations contradictoires du requérant et du défendeur, le Tribunal doit s'efforcer d'établir la vérité. Si une partie refuse de produire des preuves comme le lui ordonne le Tribunal, celui-ci doit tirer les conséquences de ce refus. Une décision administrative est irrégulière si l'auteur de la décision ne peut être clairement identifié. Dans le cas d'espèce, il découle de la mauvaise volonté du défendeur que la preuve de l'identité de l'auteur de la décision contestée n'a pas été apportée. Aussi la décision de mettre le requérant en congé administratif paraît de prime abord irrégulière.

27. Je ne saurais voir quant à moi pour quelle bonne raison l'hypothèse de départ (en fait, la position implicite) au moment où le Tribunal aurait à trancher un litige

serait que la décision administrative attaquée est correcte, c'est-à-dire, qu'elle a été prise sur une base correcte et adéquate conforme aux règles établies dans les instruments pertinents. Après tout, c'est l'Administration qui engage l'action dans le sens que c'est elle qui prend la décision, laquelle doit ensuite être prise par une personne dotée du pouvoir pertinent qui, à la fois, doit avoir et est tenue de fournir des motifs expliquant la mesure prise (en tout état de cause, lorsqu'on lui demande). Ces motifs sont, soit bons, soit mauvais (ou bien relèvent du pouvoir d'appréciation raisonnable qu'a l'Administration, ce qui fait de cette décision une bonne décision). Ce type de procédure est donc très différent de la procédure suivie dans le monde extérieur, à savoir dans le contexte où a été élaborée la règle imputant la charge de la preuve à la partie qui engage l'action ou qui affirme un fait.

28. Il me semble qu'un principe fondamental devrait être que ni le fonctionnaire ni le Secrétaire général ne doivent se trouver dans une position favorisée. Le résultat pratique de la règle de l'égalité devant la loi est que la position de départ appropriée est qu'on ne peut rien présupposer ni d'un côté ni de l'autre. (Il va de soi implicitement que je n'accepte pas l'existence d'une quelconque présomption de régularité qui s'applique dans certaines juridictions à l'égard d'un acte de gouvernement ou d'actes officiels). Il en découle que la règle générale devait être que l'affaire est tranchée selon la prépondérance de la preuve. Si, tout à fait exceptionnellement, il n'y a pas, ni d'un côté ni de l'autre, prépondérance de la preuve, la règle la plus appropriée consiste à mon avis à considérer la décision administrative attaquée comme étant injustifiée puisque l'Administration est contractuellement tenue de prendre des décisions pour des motifs qui sont exacts, suffisants et pertinents. Même si l'issue correspond à celle résultant de l'imposition d'une charge de preuve, cette qualification dépend explicitement des droits et des obligations contractuels des parties et non pas d'une règle juridique a priori reposant sur des présomptions inappropriées.

29. Dire qu'aucune règle ne doit tenir pour acquis qu'une décision administrative est correcte par défaut n'implique pas que ladite décision est considérée comme

irrégulière. Comme l'a dit le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail « s'il est indubitable que l'Organisation doit faire preuve de bonne foi envers son personnel [...]. La mauvaise foi n'en doit pas moins être prouvée et n'est jamais présumée », jugement 2293 (2004), au considérant 11 et jugement 2647 (2007), au considérant 4. Dans pareil contexte, l'expression « mauvaise foi » ne signifie pas simplement le non-respect d'une règle, la commission d'une erreur de fait notable, la prise en compte de questions non pertinentes ou la non-prise en compte de questions pertinentes ou encore le déni d'une procédure équitable qu'impose une obligation contractuelle, mais l'existence d'un motif immoral ou inapproprié d'un genre ou d'un autre. La règle qui veut qu'une allégation de mauvaise foi doive être prouvée est entièrement satisfaite par l'application du critère de prépondérance de la preuve : si la prépondérance de la preuve démontre la probabilité de la mauvaise foi, le fonctionnaire aura eu gain de cause et si elle ne le démontre pas il n'aura pas eu gain de cause.

30. Par ailleurs le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail a invariablement déclaré que le fonctionnaire qui se plaint de harcèlement doit établir des faits spécifiques à l'appui d'une telle allégation, mais il a reconnu sans ambages (dans le jugement 2370 (2004) au considérant 9) qu'il est souvent difficile d'apporter les preuves voulues et a averti qu'il fallait « être particulièrement attentif à prendre en compte tous les éléments qui résultent d'un examen contradictoire des faits allégués [...] ». Même si l'effet pratique de cet avertissement n'a été ni élaboré ni expliqué, il me semble faire référence à l'approche largement acceptée selon laquelle, lorsque les preuves permettant de réfuter une conclusion sont à la disposition d'une partie, si celle-ci ne les produit pas le Tribunal peut très bien être amené à accepter la conclusion en question alors qu'autrement il aurait pu ne pas le faire. On y a souvent vu un déplacement de la charge de la preuve concernant l'établissement d'un fait qui doit être distinguée de la charge de preuve ultime qui elle ne peut être déplacée. C'est précisément ce que J. Cousin a fait dans l'affaire *Calvani*. Cette logique s'applique à

mon avis à toutes les décisions administratives mises en cause et non pas seulement aux affaires où la mauvaise foi est invoquée.

31. De ce fait, même si l'on accepte que la règle *Bye* s'applique aux catégories d'affaires citées (à savoir celles qui font intervenir « harcèlement, préjugé, discrimination ou tout autre facteur non pertinent ou bien une motivation inappropriée ») c'est-à-dire, pour l'essentiel, des affaires où la conduite inappropriée reprochée constitue de la mauvaise foi, la règle *effective* est que c'est la prépondérance de la preuve qui détermine l'issue de l'affaire y compris les conclusions défavorables auxquelles on peut aboutir lorsque la partie ayant la capacité de réfuter ou de contredire un fait pertinent ne le fait pas.

32. J'aborde maintenant l'examen de la règle *Williamson* qui, à première vue, s'applique au cas d'espèce puisque celui-ci concerne une promotion. Pour les motifs que j'ai déjà expliqués, on ne peut raisonnablement justifier la règle *Williamson* en arguant que l'obligation de l'Administration est statutaire puisque si tel est le cas, cela doit valoir pour pratiquement toutes les décisions administratives concernant les fonctionnaires. Mais on peut très bien expliquer la règle en arguant que la charge *de la preuve* incombe à l'Administration qui doit démontrer que les conclusions du requérant ont fait l'objet d'un examen complet et équitable, lorsque des éléments de preuve amènent à douter sérieusement qu'il en a été ainsi, puisque les preuves concernant la procédure suivie relèvent tout particulièrement de son domaine et dépend entièrement de son pouvoir. Cette règle a donc plutôt un caractère de raisonnement pratique que celui d'un principe de droit et doit pouvoir être appliquée à un large éventail de litiges factuels que le Tribunal est appelé à trancher.

Analyse des faits

33. Le fait que l'entretien avec le requérant a eu lieu par téléphone et celui avec les candidats finalement retenus en face à face, ne donne pas à ces derniers un avantage inéquitable. En soi, le mode d'entretien est neutre. L'entretien en face à face peut-être soit avantageux, soit désavantageux pour le candidat concerné et il n'y a rien dans

cette circonstance proprement dite qui permette de conclure dans un sens ou dans l'autre. On peut facilement reconnaître que, dans un monde idéal, les candidats devraient tous passer leur entretien dans le même environnement non pas tellement parce que, faute de cela, ils ne feraient pas l'objet d'un traitement égal mais pour que soient évités les risques de critiques. Le jury aurait pu avoir un entretien par téléphone avec les autres candidats à partir d'une autre salle mais il me semble que cela aurait été donner trop de crédit à une critique déraisonnable. En un mot, je considère que le mode d'entretien par téléphone auquel le requérant a été soumis a été équitable même si d'autres candidats ont passé un entretien en face à face.

34. Une critique plus importante tient au fait qu'il semblerait qu'un ou plusieurs des membres du jury aient connu personnellement les candidats retenus encore qu'on ne veuille pas laisser entendre par là et qu'il n'y ait pas de raison de croire qu'il ne s'agissait de rien de plus que d'une relation professionnelle. Le fait que des membres du jury ont connu personnellement les candidats retenus ressort de la note que j'ai déjà mentionnée au sujet des relations du requérant avec ses collègues et où il était dit « nous n'avons pas une connaissance directe de ce fait puisqu'il ne travaille pas à l'ONUG » ce qui impliquait qu'un ou plusieurs des membres du jury avaient eu une expérience directe du travail en équipe des candidats retenus. Ce qui ressort clairement de ce passage lorsqu'on le lit dans son intégralité c'est que le jury a considéré que le requérant avait bel et bien de bonnes relations avec ses collègues.

35. D'une manière plus générale, je ne pense pas que le simple fait qu'un ou plusieurs membres du jury ont eu une certaine connaissance personnelle des autres candidats, et plus particulièrement des candidats finalement retenus, constitue en soi quelque chose d'inéquitable pour le requérant : de toute évidence, il ne s'ensuit pas que ces membres du jury ont moins bien pris en compte ses prétentions et il n'y a pas de raison de penser qu'ils ont davantage pris en compte celles des candidats qu'ils connaissaient. Il est bien sûr raisonnable de penser qu'ils en savaient plus sur ces candidats que ce que les dossiers permettaient de savoir mais je crois que c'est là

quelque chose que le jury était en droit de prendre en compte au moment d'évaluer les prétentions concurrentes.

36. Un jury de sélection n'est pas un tribunal judiciaire ou quasi judiciaire qui a le devoir de trancher impartialement entre les parties à la procédure, chacune devant être informée des éléments de preuve sur lesquels le Tribunal s'appuiera pour statuer et devant avoir la possibilité de répondre à ces preuves. Les candidats ne sont à aucun moment semblables à des témoins dont les témoignages doivent être évalués mot à mot par un tribunal judiciaire qui ne peut tenir compte de la connaissance personnelle que le juge peut avoir de tel ou tel témoin ou, au demeurant, de la connaissance particulière d'éléments de l'affaire qui n'ont pas été produits par les parties. La fonction du jury de sélection est fondamentalement différente, même s'il lui faut agir objectivement et équitablement. Il est de son devoir de faire jouer sa connaissance à la fois des exigences du poste, des compétences particulières nécessaires, de l'environnement dans lequel le travail va se dérouler et de tout autre facteur pertinent pouvant l'aider à choisir le meilleur candidat. À mon avis, il peut s'agir aussi de toute connaissance personnelle qu'il est susceptible d'avoir d'un candidat particulier que cela agisse en faveur ou au détriment de l'intéressé. Si l'effet obtenu est contraire à l'intéressé, le souci d'équité devrait bien entendu amener le jury à attirer l'attention du candidat sur ce fait au cours d'un entretien afin de donner à l'intéressé la possibilité de répondre. Toutefois, je ne vois pas pourquoi, en principe, l'Organisation ne devrait pas tirer profit de la connaissance que les membres d'un jury de sélection donné auraient des qualités des candidats avec lesquels ils ont un entretien. Il ne s'agit pas là, à mon avis, d'une démarche en quoi que ce soit inéquitable à l'égard d'un candidat qui n'est pas personnellement connu. Bien entendu, si une idée de favoritisme ou de conflit d'intérêts d'un type ou d'un autre naissait véritablement, il serait dans ce cas tout à fait inapproprié pour le membre du jury dont les relations avec un candidat seraient à l'origine d'un tel soupçon de siéger dans ce jury. La simple connaissance personnelle d'un candidat, à mon avis, n'entraîne pas d'elle-même un grave problème de favoritisme ou de conflit d'intérêts

qu'il convient de distinguer d'une spéculation sur les risques que cette connaissance implique. En tout état de cause, dans leurs déclarations les membres du jury ont bel et bien réfuté cette allégation. De plus, personne n'a contesté que le jury ait posé la même série de questions préétablies. Je conclus que, pour autant que le dossier permette d'en juger, le jury, en se fondant en partie sur la connaissance qu'il avait d'un candidat, a agi en toute équité.

37. Le requérant soutient que l'observation formulée par le jury selon laquelle « il n'a pas encore atteint un niveau qui justifie de lui confier des travaux d'autorévision/révision au Siège des Nations Unies, même avec la procédure courante de suivi » n'était pas exacte car, d'après lui, « personne à l'époque ne pratiquait l'autorévision à la Section de traduction arabe du Siège ». Il ne me semble pas qu'il y ait là contradiction. Puisque l'autorévision constituait une fonction du poste, j'en déduirai que le requérant avait traité de cette question dans sa candidature et éventuellement lors de son entretien. Le requérant s'appuie également sur les évaluations favorables que contiennent ces rapports d'évaluation et de notation électronique mais celles-ci, même s'il ne fait aucun doute que d'une manière générale elles aient été avantageuses pour lui, ne traitent pas de la question de l'autorévision. Comme l'a en effet fait valoir un des membres du jury, si ce rapport sur le requérant ne traitait pas de l'autorévision, c'est que cela ne faisait pas partie de son travail. Au bout du compte, le niveau des compétences du requérant dans ce domaine évoqué par le jury relevait tout à fait bien de la capacité d'évaluation de ce dernier et rien ne permet de conclure qu'il a commis une erreur. Le fait que cette question n'a pas été mentionnée dans les évaluations des candidats retenus corrobore la conclusion selon laquelle, en ce qui les concernait, cela n'était pas un problème. On ne saurait y voir une inégalité de traitement.

38. Le requérant soutient qu'il n'a pas été dûment tenu compte dans son évaluation d'ensemble de l'étendue de son expérience de traducteur puisque, à la différence de l'expérience des autres candidats, la sienne n'a pas été décrite (seules ses éléments étant énumérés). Cela dit, la chronologie de son expérience était indiquée et on peut

raisonnablement penser que le jury était tout à fait au courant du type de travail que le requérant avait accompli dans le cadre des emplois énumérés. Celui-ci soutient également qu'un des autres candidats s'est vu attribuer pour sa compétence linguistique un point de plus, à savoir 16 points, que lui-même qui n'a eu droit qu'à 15 points même si leur compétence linguistique était décrite de la même manière. C'est une chose que de recourir à la même description pour exposer un ensemble de compétences et c'en est une autre d'en déduire que ces compétences sont exactement identiques. L'écart d'un point n'est pas incompatible avec les descriptions.

39. Finalement, le requérant a soutenu que l'exigence prévue dans l'avis de vacance, à savoir que pour les postes décrits l'expérience du candidat devait comporter « de préférence trois ans [d'expérience] à l'ONU », n'a pas été respecté dans le cas d'un des candidats retenus dont l'expérience de deux ans et 10 mois à l'ONU a été présentée comme « d'environ trois ans ». Il est manifeste que le critère de trois ans indiquait une préférence et n'était pas impératif mais que s'il n'était satisfait dans aucun cas, il faudrait que d'autres facteurs compensent cette lacune particulière. Il ressort à l'évidence des termes utilisés par le jury (qui a été assez précis sur ce point) qu'il considérait que les deux mois environ qui manquaient ne pesaient pas d'un poids significatif par rapport au reste de l'expérience et des qualités du candidat retenu. Le simple fait que ce candidat ait beaucoup moins d'expérience dans le cadre de l'ONU que le requérant ne corrobore en rien l'argument selon lequel dans l'ensemble sa candidature méritait moins d'être retenue que celle du requérant : il est évident que c'est l'ensemble de l'expérience d'un candidat que l'on doit prendre en compte.

40. Il y a lieu à mon avis de faire observer que l'on ne peut interpréter un rapport d'évaluation comme on le ferait d'un document juridique. Le rapport est de toute évidence établi à la fin de la procédure et très probablement une fois qu'il y a accord sur le nombre de points à attribuer à chacun. Le fait que les qualifications des candidats retenus ont été indiquées de manière un peu mieux élaborée que celles du requérant ne permet pas de penser qu'il y a eu inégalité de traitement et que les

prétentions de ce dernier ont fait l'objet d'un examen qui n'était pas complet. Il n'est pas surprenant, en temps normal, qu'un jury de sélection tienne à expliquer avec davantage de détails pourquoi il a estimé que les candidats recommandés étaient ceux qui convenaient le mieux à la nomination.

41. On peut comprendre le sentiment de déception du requérant mais, au bout du compte, ses conclusions, même si elles sont entièrement déraisonnables, ne peuvent être retenues.

Conclusion

42. La prépondérance de la preuve porte à conclure que la candidature du requérant a fait l'objet d'un examen complet et équitable et de ce fait, la requête est rejetée.

(Signé)

Juge Adams

Ainsi jugé le 24 décembre 2009

Enregistré au greffe le 24 décembre 2009

(Signé)

Hafida Lahiouel, Greffier, New York