

LA JURISPRUDENCE RECENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CONSEIL DE L'EUROPE (TACE)



Mariano BAENA de ALCAZAR, juge honoraire à la Cour Suprême d'Espagne



Hélène PAULIAT, professeur de Droit public, membre de l'Institut Universitaire de France, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges

i) AVANT- PROPOS
Paragraphe 1 - 15

II) LA SENTENCE DU TACE DU 3 OCTOBRE 2007 SUR LES RECOURS N°370 à 381 (LA DÉRIVE)
Paragraphe 16 - 37

III) CONTRARIÉTÉ DE JURISPRUDENCE QUANT AU FOND
Paragraphe 38 - 77

IV) LES AUTRES SENTENCES RÉCENTES (LES OMBRES)
Paragraphe 78 - 93

V) CONCLUSION
Paragraphe 94 - 95

1. AVANT-PROPOS

1. C'est en matière de rémunérations que les décisions du Tribunal administratif du Conseil de l'Europe (TACE) se sont singularisées par rapport à celles des juridictions administratives des cinq autres Organisations coordonnées. Ainsi la Commission de recours du Conseil de l'Europe (CRCE) - qui a ensuite pris le nom de Tribunal administratif - a été la seule juridiction qui a déclaré illégal le prélèvement temporaire sur les rémunérations des agents de grade A et L introduit par les Conseils des Organisations coordonnées en 1983 à la suite du 191^{ème} rapport du Comité de coordination du gouvernement (CCG). En revanche les Commissions de recours de l'OCDE, de l'OTAN, de l'ESA ont jugé le prélèvement légal, en s'appuyant d'ailleurs chacune sur des considérations différentes. La CRCE a considéré à juste titre le prélèvement comme une réduction apportée à un barème déjà arrêté. Les autres juridictions ont considéré que le prélèvement n'affectait que l'augmentation salariale. La CRCE, elle, s'est fondée sur le principe général du droit selon lequel l'Organisation n'a pas le pouvoir de réduire le traitement des agents en termes nominaux. Pour cette raison, elle a introduit dans sa sentence une référence à la nécessité de l'accord préalable des agents pour que l'Organisation puisse l'appliquer en toute légalité sous forme de prélèvement. Il convient de noter que la sentence n'exige pas l'accord de chaque agent pris individuellement, mais l'accord des représentants des agents, accord qui n'aurait pu intervenir qu'à la suite d'un processus de « négociation ». (Sentence du 15 mai 1985, recours n°101-111/ 1984)
2. D'autre part, le 191^{ème} rapport précité modifiait également de façon substantielle le système d'ajustement périodique des rémunérations des agents de grades B et C. La Commission de recours de l'OCDE et la Commission de recours de l'ESA avaient jugé ces modifications légales. Il est à noter que ces deux juridictions avaient été saisies en même temps des problèmes relatifs aux grades A et L et de ceux relatifs aux grades B et C. Les agents du Conseil de l'Europe, quant à eux, ont scindé les deux problèmes et ont présenté séparément et à des moments différents les recours relatifs aux agents A et L d'abord, et B et C ensuite. Ainsi la Commission de recours a déclaré irrecevable, pour cause de forclusion, le recours introduit par un certain nombre d'agents de catégories B et C (sentence du 30 avril 1986 sur les recours n°118-158/1985). Toutefois la CRCE a indiqué que cette décision ne faisait pas « obstacle aux initiatives qu'il appartient aux organes statutaires compétents de prendre pour éviter que des différences de traitement injustifiées ne se produisent entre les agents (cf paragraphe 69) ». Il s'agit d'un obiter dictum particulièrement important, qui répond à la considération développée par les requérants quant au fond. Ces derniers s'étaient plaints de discrimination à leur encontre en ce qu'ils devaient continuer à subir le poids d'une « modération salariale », alors que le prélèvement sur la rémunération des agents de grades A et L avait encouru la censure de la Commission de recours. A la suite de cette sentence, les agents de catégorie B et C du Conseil de l'Europe ont obtenu le remboursement partiel des sommes qui avaient été retenues à la suite de l'introduction du nouveau mode de calcul des ajustements des rémunérations.
3. La sentence du 3 août 1987, sur les recours n°133-145/1986, est également digne d'attention. Cette affaire concernait la prise en compte d'une retenue dite « *inhouding* » dans le passage du brut au net des rémunérations des fonctionnaires néerlandais. La Commission de recours a considéré que la prise en compte de l'« *inhouding* » était légale pour ce qui est des agents en activité, mais illégale pour ce qui concerne le calcul de l'ajustement des pensions. En effet, aux Pays-Bas - l'un des sept « pays de référence » du système coordonné - cette retenue frappait les salaires des fonctionnaires néerlandais actifs mais non pas les salaires des retraités. La Commission de recours a ainsi affirmé un principe de parallélisme entre la situation des pensionnés dans les Organisations coordonnées et les pensionnés des pays de référence.
4. Par sa sentence du 26 juin 1992 sur le recours n° 163/ 1990 et 164/1990, la CRCE tranche un litige portant sur les dispositions du 254^{ème} rapport du CCG concernant l'ajustement des rémunérations des agents des catégories B et C. Les contestations portaient sur le fait d'avoir tenu compte, pour l'ajustement des

barèmes de rémunération des agents des catégories B et C, des déductions opérées, notamment en France, sur la rémunération de référence des salariés des « *meilleurs employeurs* » des secteurs privé et public, au titre des cotisations qu'ils sont tenus de verser au régime français d'assurance chômage. La Commission de recours a considéré que de telles déductions portaient « atteinte au principe *du juste équilibre* entre les charges et *les avantages*, les agents *du* Conseil de l'Europe n'étant nullement couverts pour un risque au titre duquel ils doivent supporter des charges pour *lesquelles* aucune contrepartie n'est offerte. »

5. Le Tribunal administratif de l'OCDE, quant à lui, avait également annulé la prise en compte des déductions mais pour une autre raison. Il a considéré que les dispositions de l'article pertinent de la méthode d'ajustement salarial (254ème rapport du CCG) ne pouvaient viser les conditions d'assurance chômage, puisque celles-ci ne sont pas comprises en France dans les « *cotisations du* salarié au régime national *obligatoire* de Sécurité Sociale».
6. La même affaire a été portée également devant la Commission de recours de l'OTAN (CROTAN), laquelle s'est prononcée au moment où les tribunaux administratifs du Conseil de l'Europe et de l'OCDE avaient déjà rendu leurs décisions. La CROTAN s'est fondée sur les travaux préparatoires du 254ème rapport pour soutenir une interprétation non littérale de cette disposition. Dans les décisions n°293, 296 et 297, la CROTAN a jugé que la référence au principe d'équilibre des charges et des avantages était inopérante. Elle a notamment estimé que cette question ne se posait pas « *dans le présent litige, qui porte sur la déduction opérée, non sur le traitement versé aux agents de l'OTAN par cet employeur, mais sur le montant des salaires versés à des personnes étrangères à l'Organisation et retenu comme simple base de référence pour le calcul des barèmes des traitements de certains membres du personnel de l'Organisation*».
7. Ainsi, l'organe juridictionnel du Conseil de l'Europe a été le seul qui s'est prononcé sur l'existence d'un principe général du droit de la fonction publique internationale imposant le respect de l' « *équilibre des charges et des avantages* ».
8. Plus récemment, le Tribunal administratif du Conseil de l'Europe (TACE) a rendu une sentence dans le domaine de l'application de la clause dérogatoire dite de la « *faisabilité budgétaire*». Cette clause - qui permet de ne pas appliquer ou d'appliquer partiellement le résultat de la méthode d'ajustement des salaires - a été introduite pour la première fois par le 22ème rapport du Comité de coordination sur les rémunérations (CCR) notamment à l'occasion de l'ajustement au 1er janvier 1997. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe avait approuvé des ajustements annuels avec effet au 16 mars au lieu du 1er janvier 1997. Il s'était notamment appuyé sur l'article 13 paragraphe 1 de la méthode qui contenait une disposition dérogatoire dite de la « *faisabilité budgétaire* ».
9. Avant de trancher l'affaire, le Tribunal a rappelé que « *l'ajustement des rémunérations exige la prise en compte de nombreux paramètres de nature politique, juridique et économique. Pareille matière est, à l'évidence, du ressort principal des États qui, par leur contribution, dotent les Organisations Internationales des moyens nécessaires à la poursuite des objectifs de coopération qui leur sont assignés. Dès lors, une marge étendue d'appréciation de tous les paramètres entrant en ligne de compte pour déterminer le niveau de rémunération doit être reconnue aux autorités compétentes en la matière. Toutefois, le juge administratif international saisi des questions portant sur l'application d'une méthode d'ajustement des rémunérations se doit de contrôler non seulement si les règles arrêtées ont été correctement appliquées, mais également si les principes généraux du droit qui s'imposent dans l'ordre juridique des Organisations Internationales ont été respectés* ». C'est à la suite d'un contrôle de ce genre que le Tribunal a considéré que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n'avait pas respecté l'obligation de justifier les motifs pour lesquels il avait décidé d'appliquer les dispositions relatives à la « *faisabilité budgétaire* ». Après avoir rappelé que « *motiver de façon suffisante un acte administratif est une exigence dont le respect contribue à assurer, en matière de gestion du personnel, la*

transparence indispensable » le Tribunal a affirmé qu'il incombait au Comité des Ministres « *d'établir si la condition énoncée, c'est-à-dire la présence de contraintes budgétaires exceptionnelles dans leur Organisation, se trouvait remplie* ». Le Comité des Ministres « *aurait dû motiver sa décision en faisant explicitement référence à la situation budgétaire du Conseil de l'Europe... Une précision explicite ou même des motivations plus détaillées s'imposaient. Faute de toute indication, il apparaît difficile pour les agents et pour le juge administratif d'évaluer et de contrôler effectivement l'exercice qu'a fait le Comité des Ministres de son pouvoir d'appréciation en la matière*».

10. Parmi les juridictions administratives des autres Organisations coordonnées, seul le Tribunal administratif de l'OCDE s'est prononcé en matière de l'égalité de l'application de la clause dite de « *faisabilité budgétaire*». Deux jugements méritent d'être cités, les jugements sur les affaires n°24 et 25 (Billaud et Bessoles) prononcés le 16 juin 1997. Le problème posé concernant la « *faisabilité budgétaire*», le Tribunal considère que *le Conseil n'avait pas à fournir d'autres motivations que celles des contraintes ayant pesé sur l'adoption du budget 2000* ». Selon le Tribunal « *ces contraintes apparaissaient clairement dans le rapport du Président du Comité du budget de l'Organisation en date du 8 décembre 1999*».
11. Il convient cependant de souligner que le Tribunal de l'OCDE saisit cette occasion pour affirmer un principe qu'aucune juridiction administrative n'a jamais mis en exergue. En effet, le Tribunal affirme « *qu'il ne lui appartient pas d'apprécier si les décisions du Conseil arrêtant le budget de l'Organisation sont entachées de détournement de pouvoir*». En d'autres termes, confronté à des allégations de violation des principes généraux du droit (par exemple outre le détournement de pouvoir, la violation de principes importants tel que celui qui consacre la confiance légitime, la sécurité juridique ou la bonne foi), le Tribunal se considère incompétent. Il justifie cette attitude par une phrase lourde de signification politique : « *c'est bien aux délégations siégeant dans ce Conseil qu'il appartient d'apprécier l'intérêt général qui peut conduire à arrêter le budget à tel ou tel niveau avec les conséquences que cela entraîne sur le rythme de l'ajustement des rémunérations des agents*». Ainsi, le Tribunal administratif de l'OCDE a donné un blanc-seing au Conseil de l'Organisation et a jeté les bases pour que ce dernier puisse s'affranchir à l'avenir du respect des principes généraux du droit de la fonction publique internationale.
12. Il est donc possible d'opposer une ligne jurisprudentielle « *politique* » prônée par le Tribunal administratif de l'OCDE et une ligne visant à offrir des garanties juridiques adéquates aux agents, prônée par le TACE. En effet, même dans les cas dans lesquels le Tribunal a tranché un litige dans un sens contraire aux demandes des agents, l'on remarque une volonté de limiter le pouvoir discrétionnaire à la fois de l'organe décideur (le Comité des Ministres) et du Secrétaire général. En particulier, dans sa sentence du 26 janvier 1996 sur les recours n°182-185/1994, le Tribunal a pris, dans un *obiter dictum*, une position de principe importante : « *...l'examen des circonstances de la présente cause amène le Tribunal à préciser que l'ajustement des rémunérations des agents du Conseil de l'Europe revêt un caractère fort complexe et technique, et que les systèmes adoptés dans cet important domaine devraient également satisfaire, à un haut degré, l'exigence de transparence permettant d'éviter tout risque de soupçon ou de méfiance qui ne pourrait que porter atteinte au climat de compréhension mutuelle et de pleine coopération qui sont nécessaires dans une Organisation Internationale comme le Conseil de l'Europe* ».
13. En tenant compte de la jurisprudence constante de la Commission de recours et du Tribunal administratif du Conseil de l'Europe, nous sommes particulièrement étonnés par la teneur (à la fois sur le plan de la forme et du contenu) de la sentence du TACE du 3 octobre 2007 sur les recours n° 370 à 381. Ainsi que nous le verrons (voir infra), cette sentence tranche un problème qui a été posé dans des termes identiques à la CROTAN. Cette dernière s'est prononcée avant le TACE d'une façon complètement opposée. Ainsi, les Organisations coordonnées ont été confrontées à un nouveau cas de contrariété de jurisprudence. Comme d'habitude, l'on retrouve des litiges *collectifs* » c'est-à-dire des

recours soutenus par les associations du personnel et par les comités du personnel des Organisations coordonnées. Bien entendu, ces « *litiges collectifs* » sont introduits par le biais de recours individuels, les seuls prévus par le droit de la fonction publique internationale (à l'exception, dans certaines Organisations, des recours introduits par l'organe de représentation du personnel pour la défense de ses propres prérogatives). Ils se définissent également comme « *litiges collectifs* » en ce que les conséquences de la décision s'étendent à tous les agents se trouvant dans des situations juridiques analogues à celles des requérants.

14. Toutefois, cette contrariété de jurisprudence se différencie de toutes les autres en ce que l'une des deux juridictions administratives concernées (le TACE) a expressément exclu dans la partie narrative de la sentence précitée l'existence même d'une contrariété de jurisprudence par rapport à la décision de eadem re prise par la CROTAN.
15. Avant d'examiner dans les détails la sentence précitée du TACE, il est important de souligner le fond du problème, tel qu'il était posé à la fois au TACE et à la CROTAN.

11. LA SENTENCE DU TACE DU 3 OCTOBRE 2007 SUR LES RECOURS N°370 à 381 (LA DÉRIVE)

16. Le 139^{ème} rapport du CCR contient une nouvelle méthode d'ajustement des salaires. Cette méthode a vu le jour après que le CRSG et le CRP ont fait valoir la perte de compétitivité par rapport aux trois bassins de recrutement, et notamment par rapport au secteur privé. Cette perte de compétitivité avait été constatée par les études confiées à un expert extérieur (Pricewater House and Cooper) et menées à bien sous le contrôle d'un Comité présidé par le Président du CCR et composé des représentants des trois collèges (CCR, CRSG et CRP) dont se compose le système coordonné. A la suite de ces comparaisons, le CRSG avait repris une vieille proposition du CRP relative à un indice dit « composite », à savoir un indice susceptible de tenir compte non seulement des évolutions des rémunérations dans les fonctions publiques de référence, mais également de celles des employés du secteur privé. Le CCR s'est trouvé dans l'impossibilité de nier l'évidence, à savoir la perte de compétitivité et les conséquences négatives pour le recrutement, la rétention et la motivation des fonctionnaires dans les Organisations coordonnées. Le CRSG a profité de cette situation de faiblesse dialectique du CCR pour faire des propositions visant à améliorer les performances de l'indice de référence et donc à permettre des augmentations plus importantes au titre du pouvoir d'achat.

17. Dans ces conditions la méthode contenue dans le 139^{ème} rapport était toujours fondée sur le parallélisme avec les fonctionnaires dans les sept fonctions publiques de référence, mais elle contenait des innovations. Ces innovations étaient au nombre de trois, :

- a. Le calcul de l'indice de référence n'était plus basé sur la rémunération nette de « *grades comparables* » dans les fonctions publiques nationales mais sur la rémunération nette « *d'emplois sélectionnés* »;
- b. L'introduction d'un nouveau concept, celui de la « *rémunération afférente* ». A cet égard l'article 4.2.3.1 du 139^{ème} rapport est ainsi rédigé: « *tous les autres changements pécuniaires et non pécuniaires apportés aux conditions d'emploi dans les fonctions publiques nationales, ainsi que les déductions sociales obligatoires* » sont pris en compte afin du dit calcul ;
- c. Conformément à l'article 4.2.3.3 « *les déductions des salaires des fonctions publiques au titre des prestations non versées au personnel des Organisations coordonnées ne seront pas prises en compte* ». De plus, les déductions de salaire communes tant aux fonctions publiques nationales qu'aux Organisations coordonnées ne seront pas comptées deux fois (cf. article 4.2.3.2).

La partie narrative du 139^{ème} rapport confirme cette lecture et explicite les raisons qui ont conduit le CCR à innover sur ces trois points. L'on note en particulier l'affirmation du Président selon laquelle « *le CCR a reconnu que, dans le passé, l'indice de référence actuel n'a pas réussi à refléter l'évolution des salaires de la majorité des fonctions publiques nationales des pays de référence (principe du parallélisme)* ». Les remèdes proposés étaient censés améliorer la prise en compte de l'évolution des

fonctions publiques nationales. En outre, le CCR estimait « nécessaire de saisir de façon plus précise l'ensemble des éléments de la rémunération globale, afin de mieux refléter les changements qui ont eu lieu ces dix dernières années dans le système de rémunération de la plupart des fonctions publiques nationales »(paragraphe 3.3).

18. Il est clair que le 139^{ème} rapport avait été rédigé et accepté par le CCR grâce à un « momentum » qui puisait son origine, comme nous l'avons dit plus haut, dans la constatation de la baisse de compétitivité des rémunérations des agents des Organisations coordonnées.
19. Au passage l'on notera que ce « momentum » s'est éteint très rapidement. Les litiges dont nous nous occupons dans la présente étude illustrent ce phénomène. En outre, il est utile de souligner que, tout au long des quatre années d'application de la méthode, aucun autre élément rentrant dans la notion de la « rémunération *afférente*» n'a été constaté. Seules les modifications aux horaires de travail ont été identifiées, à deux reprises, en 2003 et en 2006. Le 139^{ème} rapport fut adopté en juin 2002. A l'automne, le CCR fut confronté à la première application de la nouvelle méthode. Force fut de constater qu'un élément important de la « rémunération *afférente*», à savoir la diminution de l'horaire de travail, était apparu dans la fonction publique française (le passage aux 35 heures). Non sans atermoiement, les autorités françaises indiquèrent au CCR que les fonctionnaires français étaient passés de 36,72 heures hebdomadaires à 35 heures. Ce chiffre fut considéré comme provisoire.
20. Il convient de se poser la question de la justification du caractère provisoire du chiffre. Il apparaît à la lecture des travaux préparatoires (des comptes-rendus des réunions conjointes du CCR) qu'il y avait, dans l'abstrait, deux façons différentes de calculer le nombre d'heures travaillées dans une fonction publique déterminée. D'une part, on pouvait se référer aux textes législatifs et réglementaires fixant le nombre d'heures ; de l'autre, on pouvait se référer à la pratique. Dans le premier cas, le passage était de 39 à 35 heures ; dans le second, de 36,72 à 35 heures. En réalité, l'impact important - et non prévu auparavant par le CCR - de cette diminution du temps de travail sur l'indice de référence a incité le CCR à entourer de prudence les chiffres concernés et donc à les qualifier de provisoires.
21. Le passage de 36,72 heures hebdomadaires à 35 heures s'est traduit par une diminution du temps de travail de 4,68 %. L'augmentation théorique de salaire dans la fonction publique française était donc de 4,91 %. Compte tenu des pondérations prévues dans la méthode (article 4.2.4.3 du 139^{ème} rapport), cette augmentation se traduisait par un impact de plus 0,94 % sur l'indice de référence.
22. Dans son 143^{ème} rapport (qui était, tout comme le 139^{ème} , un rapport du Président) le CCR a présenté le résultat de la méthode en gardant séparés les éléments monétaires et les éléments non monétaires. De plus, il a invité chaque Conseil à examiner la façon dont il entendait appliquer la partie non monétaire (0,94 %). Les Organisations coordonnées ont - en conséquence de cette recommandation - adopté trois types de décisions différentes : octroi d'un ajustement intégral ; octroi d'un ajustement amputé de 0,94 % ; remplacement du 0,94 % par l'octroi de deux jours de congés annuels supplémentaires.
23. Tant le Conseil de l'Atlantique Nord que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ont choisi la troisième solution, en octroyant deux jours de congés en remplacement du 0,94 %. Cependant au sein du Conseil de l'Europe, le Secrétaire général, à la suite de négociations avec le Comité du personnel, a recueilli le consentement de ce dernier à ce que l'augmentation en question soit remplacée par deux jours de congés annuels supplémentaires. Si l'on considère que l'augmentation des barèmes pour la France était, au 1^{er} janvier 2003, de 3,3 %, l'on comprend les raisons tactiques qui ont poussé le Comité du personnel à donner cet accord.
24. Les ajustements relatifs à 2004 et à 2005 furent effectués sans qu'aucun élément relevant du concept de la « rémunération *afférente*» ne soit rendu public. En particulier, l'on ne signala aucune diminution

ou augmentation dans les horaires de travail des sept fonctions de référence. En revanche, au cours des travaux relatifs à la révision du 1er janvier 2006, la délégation allemande au CCR signala une augmentation du temps de travail dans la fonction publique allemande. L'impact sur l'indice de référence de cette augmentation fut calculé à moins 0,9 %.

25. Lors des discussions au sein de la Coordination de l'ajustement au 1er janvier 2006, il est apparu clairement que la délégation allemande se fondait, pour apprécier l'augmentation du temps de travail, sur des textes législatifs. Les débats se portèrent à ce moment là sur le caractère provisoire des chiffres français et sur le mode le plus approprié d'appréhender les variations du temps de travail. Les membres du CCR tombèrent d'accord sur une méthode strictement analogue à celle utilisée pour la fonction publique allemande : les variations étaient celles qui ressortaient des textes législatifs pertinents. Pour ce qui concerne la France, il était facile de comparer le décret n°94-725 du 24 avril 1994 relatif à la durée hebdomadaire du travail dans la fonction publique de l'État avec le décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à la réduction du temps du travail dans la fonction publique de l'État. Cette comparaison révélait aisément que le temps de travail dans la fonction publique française était passé de 39 à 35 heures hebdomadaires.
26. Une fois ce point de vue adopté, il n'était plus contestable que l'indice de référence avait été sous-estimé, en 2003, 2004 et 2005, de 1,2 % par année soit, globalement, de 3,6 %.
27. A ce moment là, deux problèmes ont émergé : le premier concernait la correction des chiffres français pour les années précédentes et donc la modification de l'indice de référence ; le second l'ajustement au 1er janvier 2006.
28. En ce qui concerne le premier problème, le CCR se limita à inviter chaque Conseil « à *tirer les conséquences de la correction de ce chiffre* », ainsi qu'il ressort du paragraphe 2.4 du 178ème rapport du CCR.
29. En ce qui concerne l'ajustement au 1er janvier 2006, le CCR recommande au Conseil des Organisations coordonnées « *de prendre note que les Secrétaires/Directeurs généraux examineront, compte tenu de la situation de chacune de leurs Organisations, l'augmentation des heures de travail dans la fonction publique allemande et la correction de l'impact de la réduction des heures de travail dans la fonction publique française en 2002 qui, lorsqu'elles sont combinées, donnent une augmentation de plus 0,3 de l'indice de référence (voir annexe 2). Ils en tiendront compte dans les conditions d'emploi du personnel et prendront les mesures appropriées en application des procédures normales* »(168ème rapport du CCR paragraphe 4(b)).
30. Dans la partie narrative du rapport, le CCR fait apparaître (paragraphe 2.5) que les Secrétaires/Directeurs généraux ont proposé « *que chaque Organisation, en fonction de sa situation particulière, examine la façon dont l'effet de cette augmentation des heures de travail sera en pris en compte dans les conditions d'emploi de son personnel* ». Le CCR a retenu ainsi une présentation des barèmes sans tenir compte de l'impact du changement des heures de travail en Allemagne. Le CCR a voulu « être cohérent et suivre la même approche que celle qui avait été adoptée en 2003 lors de la prise en compte par les Organisations de l'impact de la réduction des heures de travail dans la fonction publique française en 2002 ». L'OTAN et le Conseil de l'Europe ont réagi de façon analogue aux deux problèmes. Pour ce qui est de la mise en conformité des barèmes, aucune des deux Organisations ne l'a accordée. Cependant il y a une différence entre l'OTAN et le Conseil de l'Europe. A l'OTAN, le problème a été débattu au sein de l'AGFC (groupe consultatif des conseillers financiers, organe interne du Conseil de l'Atlantique Nord). Le Secrétaire général a pris notamment position dans une lettre en faveur de la compensation rétroactive. Il a notamment rappelé que « *des arguments juridiques forts* » militaient en faveur de cette compensation. Néanmoins, faute de consensus, le Conseil a été dans l'impossibilité de

prendre une décision.

31. En revanche, au Conseil de l' Europe, le Secrétaire général a refusé de soumettre au Comité des Ministres la question relative à la mise en conformité. Il a déclaré, de façon lapidaire, dans une lettre adressée au Comité du personnel, qu'il n'avait aucunement l'obligation de le faire et que de toute façon l'Organisation n'avait pas les moyens d'adopter une telle décision.
32. En ce qui concerne l'ajustement au 1^{er} janvier 2006, la solution retenue par les deux Organisations est identique : le Conseil de l'OTAN et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe remplacèrent l'augmentation de 0,3 % par l'octroi d'une demi-journée de congé supplémentaire.
33. Il convient de remarquer que tant le Secrétaire général de l'OTAN que son homologue du Conseil de l'Europe n'ont pas demandé l'accord du Comité du personnel sur cette mesure, avant de la proposer pour adoption au Conseil. Cela n'a rien d'étonnant pour l'OTAN, qui n'avait pas demandé l'accord des Représentants du personnel sur le principe de l'octroi compensatoire de jours de congés, de sorte qu'il n'y a pas de rupture par rapport à la pratique précédente. Certes, en 2003, le personnel n'avait pas contesté cette compensation. Mais c'est en vain - comme on le verra *infra* - que le défendeur a opposé aux requérants un prétendu acquiescement.
34. En revanche, pour ce qui concerne le Conseil de l'Europe, l'on peut constater un revirement brusque de la pratique. En effet, en 2002, le Secrétaire général de l'époque avait recherché et obtenu l'accord explicite du personnel, alors qu'en 2005 il s'est borné à communiquer ses intentions au Comité du personnel, en lui demandant des « *commentaires* ».
35. Les agents de l'OTAN ont attaqué les décisions prises sur les deux problèmes dans le cadre d'un seul recours. Il s'agit notamment des affaires n° 705 et 706 sur lesquelles la Commission de recours s'est prononcée le 24 mai 2007 par ses décisions qui font l'objet de la présente étude. Les requérants saisissaient la Commission de recours pour se plaindre à la fois de l'absence d'une mise en conformité des barèmes pour les années 2003 à 2005 et de l'ajustement « *compensatoire* » au 1^{er} janvier 2006.
36. En revanche, au Conseil de l'Europe, deux groupes de recours ont été formés : d'une part, le recours portant contre l'absence d'une mise en conformité des barèmes (recours n° 361 à 368, Babocsay et autres) ; d'autre part, le recours portant sur les modalités de l'ajustement au 1^{er} janvier 2003 (recours n° 370 à 381, Charreton et autres).
37. Sur le premier groupe de recours, le Tribunal administratif s'est prononcé, sans trancher quant au fond, par sentence du 12 juillet 2007. Le Secrétaire général a été condamné en ce qu'il n'avait pas soumis au Comité des Ministres « *la question de savoir si - à cause de cette erreur - l'Organisation doit ou non compenser les salaires et les retraites rétroactivement pour réparer la dite erreur* » (paragraphe 40). Sur le deuxième groupe de recours, le Tribunal s'est prononcé par sentence du 3 octobre 2007. Il est nécessaire d'ajouter que par la première sentence le Tribunal ne tranche pas la question de fond : l'Organisation est-elle ou non obligée de remettre le barème des agents en conformité et donc de réparer l'erreur commise ? En revanche la deuxième sentence tranche quant au fond, en déclarant que le Secrétaire général n'a pas violé la méthode en octroyant le 0,3 % en termes non monétaires.

III. CONTRARIÉTÉ DE JURISPRUDENCE QUANT AU FOND

38. Les décisions n° 705 et 706 de la CROTAN, d'une part, et la sentence du TACE du 3 octobre 2007 sont inconciliables et donnent lieu à une contrariété de jurisprudence. Cette affirmation pourrait sembler évidente et donc aller de soi. Toutefois il convient d'examiner le problème dans le détail. En effet le TACE, au paragraphe 60 de sa sentence précitée, affirme que la décision attaquée était illégale au sein

de l'ordre juridique de l'OTAN et en revanche était légale au Conseil de l'Europe puisque la situation au sein de cette organisation « est différente de celle de l'OTAN ». Etant donné que le TACE ne prend pas la peine d'étayer son affirmation, il sera nécessaire d'examiner les différents aspects des deux décisions afin de parvenir, dans la mesure de nos moyens, à une solution objective.

39. Examinons les décisions précitées de la CROTAN. La décision comporte d'abord une série de rappels des règles applicables :
- a. La méthode d'ajustement des rémunérations revêt une valeur réglementaire, en ce qu'elle est intégrée au règlement du personnel civil de l'OTAN;
 - b. Le respect de la méthode est en outre imposé par un principe général du droit, à savoir le principe qui exige que les droits des fonctionnaires internationaux en ce qui concerne l'ajustement de leur rémunération dépendent d'une « règle stable, objective et transparente ». La CROTAN se réfère au jugement n°1265 du TAOIT du 14 juillet 1993 sur les recours Berlioz, Hansson, Heitz, Pary et Slater.
 - c. La méthode consacrée dans le 139ème rapport dispose la prise en compte de « tous les changements pécuniaires et non pécuniaires apportés aux conditions d'emploi dans les fonctions publiques nationales ». L'ajustement des traitements « auquel doit procéder chaque année l'Organisation est le résultat d'une opération arithmétique précise ».
 - d. Aucune disposition en vigueur ne permet, selon la CROTAN, le remplacement de l'ajustement, calculé selon les critères énoncés dans la méthode, par l'octroi de jours de congés supplémentaires. Dans ce contexte, la Commission de recours constate que la seule possibilité de déroger aux résultats mathématiques de la méthode d'ajustement est celle d'appliquer l'article 8 de l'annexe 2 relatif à la « faisabilité budgétaire ». La CROTAN constate que « cette faculté n'a pas été utilisée en l'espèce ».
40. Pour l'ensemble de ces raisons, la CROTAN a accueilli les thèses des requérants ainsi que leur demande d'annuler à la fois la note de service n°ON (2006) 001 par laquelle le Secrétaire général avait communiqué sa décision de remplacer l'augmentation de 0,3 par l'octroi d'une demi-journée de congé supplémentaire, ainsi que les fiches de paie des requérants, dont le salaire avait été amputé illégalement de 0,3 %.
41. Le TACE, pour sa part, note que le 139ème rapport avait introduit une nouvelle méthode d'ajustement des salaires. Il fait état des principales innovations contenues dans cette méthode et souligne (paragraphe 50) la prise en compte des changements pécuniaires et non pécuniaires apportés aux conditions d'emploi dans la fonction publique nationale. Ce résumé de la méthode est suivi d'une affirmation étonnante et non étayée : « le rapport ne dit rien quant à la manière (pécuniaire ou non pécuniaire) de payer l'ajustement ».
42. La sentence comprend cinq paragraphes (51 à 55) visant à résumer la solution retenue en 2003. Le Tribunal note en particulier que le personnel avait donné son accord à la solution compensatoire en 2003 et arrête son attention sur l'arrêté n° 1205 du 1er janvier 2005 sur les congés. Cet arrêté contient une disposition selon laquelle les agents « disposent de deux jours de congés supplémentaires par an en vertu de la compensation non monétaire de la diminution du temps de travail dans la fonction publique française (tel que préconisé par le 143ème rapport du Comité de coordination et des rémunérations - CCR), au prorata des mois de service accomplis et du travail à temps partiel. Le nombre de jours pourra fluctuer en fonction des variations éventuelles de la compensation monétaire proposée par la CCR et sujet à l'approbation du Comité des Ministres ».
43. Le Secrétaire général a soutenu devant le Tribunal que cette disposition est susceptible de déroger à la méthode consacrée dans le 139ème rapport.
44. Au paragraphe 144 de sa sentence, le TACE se réfère à cet arrêté comme étant une « modification réglementaire ». Une telle terminologie est inexacte. En effet, les arrêtés sont des actes édictés par le

Secrétaire général qui n'ont aucunement une « *valeur réglementaire* ». Dans la hiérarchie des sources, ils occupent un rang subordonné à celui du statut et des règlements. En tant que source subordonnée, les arrêtés ne sauraient contenir de normes contra legem, à savoir des dispositions dérogatoires par rapport aux dispositions statutaires ou réglementaires.

45. Au paragraphe 55, le TACE accepte un argument des requérants selon lequel « *le fait que le Comité du personnel ait exprimé par le passé son accord à ce que les compensations non monétaires aient lieu n'est pas pertinent pour légitimer une décision concernant l'année 2006 dans la mesure où cette position n'avait été exprimée que pour l'ajustement concernant l'année 2003* ». Cependant, au deuxième alinéa du même paragraphe, le TACE s'empresse d'ajouter : « *cela dit, il n'en demeure pas moins que l'accord du Comité du personnel n'était pas nécessaire dans la mesure où, selon les termes statutaires, cet organe doit être consulté mais son accord n'est pas nécessaire* ».
46. La logique de cette précision n'est pas claire. En effet, de deux choses l'une : soit le remplacement de l'ajustement pécuniaire par deux jours de congés est conforme à la méthode et, partant, l'accord du Comité du personnel n'est pas nécessaire, soit un tel échange n'est pas conforme à la méthode et dans ce cas, selon la jurisprudence du TACE (sentence du 15 mai 1985 sur le recours n° 101-113/ 1984, précitée), une décision portant atteinte aux droits subjectifs des agents ne peut « *être décidée qu'après et avec l'accord du personnel de l'Organisation* ».
47. Après ces considérations, qui s'apparentent à une sorte de digression, le Tribunal émet l'opinion que « *l'accord exprimé par le passé par le CCR et la recommandation faite par celui-ci ne sauraient constituer une base juridique car rien n'était dit sur ce point dans le 168ème rapport* ».
48. C'est donc sur la base d'un autre raisonnement que le TACE donne tort aux requérants, en épousant une thèse soutenue par le Secrétaire général devant le Tribunal. Selon le Secrétaire général, il ne ressortirait « *nulle part expressément* » du 139ème rapport « *que les changements, pécuniaires ou non, apportés aux conditions de travail dans la fonction publique nationale doivent impérativement et automatiquement se traduire par une augmentation pécuniaire* ».
49. Selon cette thèse, l'expression « *prendre en compte* » contenue dans plusieurs passages du 139ème rapport ne dit rien sur les modalités par lesquelles cette prise en compte s'effectue. En particulier, celle-ci pourrait être pécuniaire ou non pécuniaire. Le TACE ignore ainsi l'existence des principes généraux du droit qui conçoivent les méthodes d'ajustement comme des méthodes mathématiques et qui exigent qu'elles soient objectives, prévisibles et transparentes. Il ne respecte ni la logique, ni la lettre même de la méthode et fonde, en dernière analyse, sa décision sur une argutie, un simple jeu de mots.
50. L'affirmation selon laquelle « *la méthode ne s'exprime pas sur la manière (pécuniaire ou non pécuniaire) de payer une augmentation de salaire* » est inconciliable avec le texte des méthodes qui se sont succédées, y compris de la méthode en vigueur et avec une pratique qui remonte à 1958. En particulier l'on peut noter ce qui suit :
- L'annexe 1 au 139ème rapport est intitulée « *règlement relatif à la procédure d'ajustement des rémunérations des Organisations coordonnées* » ;
 - L'article 4 de l'annexe 1 donne la définition de « *rémunération* » ; pour l'ensemble du personnel des Organisations [coordonnées](#), la rémunération comprend les éléments suivants : « *traitement de base ; indemnités d'expatriation ; allocation de foyer ; allocations pour personnes à charge* ». Il est aisé de noter que l'octroi de jours de congés ne rentre pas dans la notion de rémunération ;
 - Conformément à l'article 2, les barèmes des traitements « *sont ajustés annuellement au premier janvier ...* ». Au Conseil de l'Europe - comme d'ailleurs dans les autres Organisations coordonnées - les « *barèmes des traitements* » ont une nature exclusivement pécuniaire et ne contiennent aucun élément relatif aux jours de congés. Par ailleurs, le titre chapitre 3 de l'article 5 du 139ème rapport, comme le

contenu des articles 5.1 et 5.2 se réfère à l'ajustement des barèmes et aucunement à l'ajustement des droits aux congés.

- d. L'article 5 précise la façon de calculer l'ajustement en pourcentage de variation au cours de la période de référence de l' « *indice de référence* » (à savoir de l'augmentation des rémunérations des fonctionnaires des pays de référence) et de l'indice national des prix à la consommation.
- e. L'ajustement calculé de la sorte est par la suite appliqué au barème en vigueur à la fin de l'année précédente. Pour les pays autres que la Belgique, on applique également l'élément « *parité du pouvoir d'achat* », élément qui est en dehors du présent contentieux.
- f. L'article 4.2 du 139ème rapport précise les modalités de calcul de l'indice de référence. Il est capital de remarquer que la prise en compte des variations non financières se fait, conformément à l'article 5, exactement de la même façon que les variations des éléments financiers. Les règles applicables ne font aucune distinction entre les deux éléments pour ce qui concerne le calcul de l'indice.

51. C'est en tenant compte de toutes ces considérations et des autres qui seront développées infra qu'on peut affirmer que les paragraphes 50 à 57 de la sentence ne reflètent aucunement le texte du 139ème rapport. Mais il y a plus. La sentence ne reflète pas non plus la réglementation relative au système de la coordination contenue à l'annexe 1 du 154ème rapport du CCR. En effet, l'article 1, intitulé « domaine de la coordination », fixe de façon exhaustive le domaine de la coordination. Le paragraphe 1 est ainsi rédigé: « l'objet *du* système de la coordination est de *fournir des* recommandations aux organes *directeurs des* Organisations coordonnées, conformément *aux* dispositions de la réglementation concernant :

Les barèmes de traitements de base, *ainsi que leur* méthode d'ajustement, applicables à l'ensemble des catégories *du* personnel et à l'ensemble des *pays* où se *trouvent* des agents en *activité ou* des bénéficiaires d'une pension ; Le règlement du régime de pensions ; *L'objet*, le montant et la *méthode* d'ajustement :

- L'indemnité d'expatriation,
- L'allocation *de foyer*,
- L'indemnité d'installation,
- L'allocation *pour* personnes à charge, - L'indemnité journalière de subsistance,
- *L'indemnité kilométrique*,
- L'indemnité *pour* enfant expatrié, - L'indemnité d'éducation,
- L'allocation *pour* enfant handicapé. »

52. Il est aisé de remarquer que rien dans la réglementation relative au système de la coordination ne permet de conclure que les recommandations du CCR puissent avoir comme conséquence d'influencer des éléments autres que le barème des traitements de base, les pensions et les indemnités qui y sont cités.

53. L'argutie sémantique qui constitue l'essentiel de l'argumentation du TACE est d'autant plus regrettable que le TACE a reconnu que le 139ème rapport met en place « *la détermination des modalités du calcul des ajustements* ». En effet les requérants avaient démontré que le terme « *indice* » se réfère à un nombre. Ils avaient cité le dictionnaire de l'Académie Française (9ème édition) selon lequel un indice est un « *nombre exprimant un rapport entre deux grandeurs en économie et en statistiques : rapport qui mesure la variation dans le temps ou dans l'espace d'une grandeur ou d'un ensemble de grandeurs* ».

54. Il convient également de rappeler que le TACE dans le passé a affirmé que toutes les normes constitutives de l'ordre juridique interne d'une Organisation internationale (statuts, règlements, arrêtés, etc.) doivent être interprétées sur la base des mêmes critères qui, en droit international, président à l'interprétation des Traités. Il s'agit de la méthode dite littérale consacrée par l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités. Une telle affirmation ressort d'une jurisprudence constante (cf. notamment sentences sur les recours n°226/96 du 24 avril 1997 et n°0251/99 du 22 octobre 1999). Il est donc nécessaire pour l'interprète de tenir compte de la lettre de la norme en la

plaçant dans son contexte ainsi que de son objet ou de son but. Conformément à l'article 5 paragraphe 1 du 139^{ème} rapport, les « *barèmes belges* » sont ajustés d'un montant déterminé par la prise en compte simultanée de l'indice de référence et de l'indice des prix, alors que les « *barèmes pour les autres pays* » sont ajustés également en tenant compte des parités des pouvoirs d'achat.

55. L'expression « *prendre en compte* », tout comme l'expression « *ajuster* » contenues dans la méthode d'ajustement des salaires coordonnés, correspondent toujours à une traduction en termes monétaires de la rémunération visée. Une telle interprétation est conforme à la lettre du rapport examinée dans son contexte, en tenant compte de son objet ou de son but.

56. Dans ces conditions, l'affirmation précitée du TACE est extrêmement grave. Il est possible que les conséquences d'une telle affirmation n'aient pas été saisies jusqu'à maintenant dans toute leur portée. Le Tribunal ne se borne pas à considérer que seule la prise en compte des éléments non pécuniaires peut se faire de façon non pécuniaire. Sa réponse aux questions posées est beaucoup plus vaste et radicale. Au paragraphe 57 *in fine*, comme nous l'avons rappelé, le Tribunal considère que « La méthode ne s'exprime *pas sur la manière (pécuniaire ou non pécuniaire) de payer une augmentation des salaires* ». En d'autres termes, n'importe quelle année, l'Organisation peut décider de payer une augmentation résultant de la méthode sous une forme quelconque, c'est-à-dire sans ajuster les barèmes. Une telle thèse est tout simplement une aberration.

57. Même s'il est difficile de l'admettre, l'examen de la sentence en question ne laisse pas de place au doute. Selon le TACE, chaque année l'Organisation pourrait rémunérer ses agents autrement que par de l'argent. L'octroi de jours de congés n'est qu'une forme de ces paiements. La fantaisie du Secrétaire général et du Comité des Ministres pourrait parvenir à identifier d'autres formes de « *paiements* » non pécuniaires. Le tribunal pourrait, le cas échéant, les valider par la suite.

58. Ainsi le TACE parvient à la conclusion que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et le Secrétaire général n'ont pas dérogé à la méthode en vigueur. Il convient de souligner qu'aux yeux du Tribunal l'ajustement tout entier aurait pu être accordé en termes de congés compensatoires, d'autant plus qu'au paragraphe 59 de la sentence, le Tribunal ne considère pas inutile de rappeler que ces ajustements non monétaires ont eux aussi un coût pour l'Organisation parce *qu'ils* modifient le *rapport* masse salariale/travail accompli par les *agents* ».

59. Le Tribunal nuance quelque peu son appréciation quant à la flexibilité des modalités de paiement. Il estime que « cette *décision* de donner des jours de congés en compensation salariale est un acte à *titre* exceptionnel... ». A quelles conditions peut-on procéder à une exception à la règle ? Le TACE ne prend pas la peine de l'explicitier et ne s'encombre pas de questions inutiles à ses yeux. Il se limite à affirmer, de façon une fois de plus laconique et lapidaire, que « *il* n'en demeure pas moins que la *décision de procéder ainsi* n'est pas *illégal* ».

60. Nous nous sommes référés plus haut à un jeu de mots du TACE concernant l'interprétation de l'expression « *prendre en compte* ». En réalité son astuce est plus profonde. A son avis, l'expression « des barèmes de traitement sont ajustés annuellement au **1^{er}** janvier... » ne signifie pas que ces barèmes sont augmentés. Face à une telle interprétation, il serait en réalité inapproprié de parler de jeu de mots. Il s'agit plutôt, pour le TACE, de retourner les textes qu'il est censé interpréter pour les appliquer de façon contraire à la logique et au bon sens les plus élémentaires. Le TACE ne tient pas compte de sa jurisprudence antérieure et a fortiori de la jurisprudence de l'ensemble des autres juridictions administratives internationales, jurisprudences synthétisées dans le jugement du TAOIT cité dans les décisions de l'OTAN.

61. La décision du 25 mai 2007 de la CROTAN a interpellé le TACE. Ce dernier a demandé les commentaires des deux parties sur ces décisions. Ces questions sont traitées dans un court paragraphe (n°60) rédigé

comme suit: « enfin, le Tribunal a pris connaissance de la décision *rendue le 25 mai 2007 par la Commission de recours de l'OTAN* qui a annulé la décision *litigieuse attaquée* devant elle. Cependant, cette décision était *prise à cause d'un défaut de légalité de la décision attaquée*. Or la situation au sein du Conseil de l'Europe est différente de celle de l'OTAN ».

62. D'un point de vue général, il est vrai que chaque Organisation coordonnée garde ses propres spécificités qui touchent à son ordre juridique interne et aux normes en matière de production juridique. Ainsi la question de la validité ou de l'interprétation des dispositions peut in abstracto trouver des réponses différentes en fonction des dispositions statutaires propres à chaque Organisation. De même, toute juridiction administrative internationale a son propre patrimoine jurisprudentiel et l'on peut donc admettre qu'une certaine question soit résolue de façon différente selon la tradition jurisprudentielle - éventuellement divergente - des juridictions en question. Par exemple, s'agissant d'interpréter une disposition coordonnée, telle la légalité d'une méthode d'ajustement par rapport aux principes généraux du droit, la référence aux principes jurisprudentiels tel « *l'équilibre des charges et des avantages* » affirmée par la CRCE, pourrait conduire à une appréciation tout à fait spécifique dans l'ordre juridique de cette Organisation d'une « *disposition coordonnée* ». C'est en ce sens que le TAOIT a affirmé : « *s'il est sans doute désirable que les juridictions ayant vocation à régler le contentieux de la fonction publique internationale prennent en considération les pratiques respectives, il n'en reste pas moins que chacune d'entre elles opère dans le cadre d'un système juridique qui lui est particulier et doit donc juger selon ses propres critères le contentieux qu'elle a pour mission de résoudre* » (jugement n°860/ 1987, Aspeby).
63. Toutefois, dans le cas d'espèce, il n'existe aucun élément qui puisse corroborer la thèse énoncée de façon péremptoire au paragraphe 60 de la sentence du TACE précitée selon laquelle la même décision par rapport à l'ajustement au 1er janvier 2006 peut être, à juste titre, considérée comme illégale au sein de l'OTAN et parfaitement légale au sein du Conseil de l'Europe en ce que « *la situation* » au sein de ce dernier serait « *différente de celle de l'OTAN* ».
64. Il en irait autrement si le TACE avait avalisé la thèse du Secrétaire général selon laquelle l'arrêté n°1205 précité concernant les jours de congés constituerait la base juridique sur laquelle le Secrétaire général et le Comité des Ministres peuvent s'appuyer pour continuer à accorder deux jours de congés compensatoires. Toutefois cette thèse, comme nous l'avons vu, a été explicitement rejetée.
65. L'on déduit au contraire que le TACE donne une interprétation de la méthode d'ajustement contenue dans le 139ème rapport qui n'est pas limitée à l'ordre juridique du Conseil de l'Europe mais qui concerne la signification des mots employés. Pour le TACE, rien n'indique dans la méthode qu'un « *ajustement* » doit être fait en termes monétaires. S'il est donc légal au sein du Conseil de l'Europe - aux yeux du TACE - d'accorder des jours de congés au lieu d'une augmentation, il n'y a aucune raison pour que la situation puisse être considérée comme différente à l'OTAN et pour que cette opération compensatoire ne soit pas possible à l'OTAN.
66. En d'autres termes, le TACE n'a pas voulu passer sous silence le fait que la CROTAN avait pris une décision divergente par rapport à celle qu'il s'appropriait à prendre. Il a ainsi décidé de signaler dans le corps de la sentence cette divergence de jurisprudence tout en niant qu'il s'agisse d'une divergence à proprement parler. Cependant il n'a pas trouvé d'arguments susceptibles d'étayer sa thèse. Ainsi il a préféré inventer une prétendue différence de situation entre les deux Organisations sans jamais indiquer, dans aucun passage de sa sentence, où résiderait la différence. Pour des raisons qui sont les siennes, le TACE a donc préféré faire une affirmation non *étayée* plutôt que dire la vérité ou demeurer dans le silence.
67. Cette contrariété de jurisprudence s'ajoute à celles qui ont été constatées dans le passé, mais c'est la première fois qu'une juridiction administrative d'une des Organisations coordonnées, en prenant une

décision divergente par rapport à celle d'une autre juridiction coordonnée, prend la peine de nier l'évidence, c'est-à-dire de nier la contrariété.

68. Par sa décision, la CROTAN a mis dans le même panier les actifs et les retraités en ce qu'elle a dit que l'Organisation leur était redevable des 0,3 % indûment retenus (aux retraités) et indûment compensés (pour les actifs) par une demi-journée de congé supplémentaire.
69. En revanche, le TACE a théorisé la légalité d'un traitement différent entre les actifs et les requérants.
70. Les requérants ont soutenu qu'il y avait une violation de l'article 36 du règlement des pensions. Les requérants se sont en particulier fondés sur la recommandation figurant au paragraphe 12 - a) du 150ème rapport du CCR qui a été adopté le 19 décembre 2001 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Conformément à ce texte : « *l'article 36 du règlement des pensions relatif aux modalités d'ajustement des prestations est interprété en toute circonstance et quelle que soit la procédure d'ajustement des traitements en vigueur, comme suit : toutes les fois que les rémunérations du personnel en fonction dans les Organisations coordonnées seront ajustées à quelque titre que ce soit, les pensions en cours, ainsi que les pensions dont le paiement est différé, feront à la même date l'objet d'un ajustement proportionnel identique, en se référant au grade, échelon et au barème pris en considération pour le calcul des pensions* ». Ainsi la décision attaquée a accordé une journée supplémentaire afin de compenser pour les actifs un manque à gagner (0,3 %) découlant d'une application erronée de la méthode. Les retraités ont donc considéré que le Secrétaire général n'a pas tenu compte de l'exigence d'un ajustement « *identique* » pour les actifs et les pensionnés, exigence qui ressort de la lettre et de l'esprit de l'article 36 précité.
71. Le TACE se réfère à l'article 36 du Règlement de pensions dans son texte original et à la « *nouvelle interprétation* » fournie par le 150ème rapport. Le Tribunal observe qu'« *il ne faut pas négliger que l'article 36 a été adopté avant que la question d'un ajustement non monétaire se soit posée dans l'Organisation.* » Ainsi ces dispositions visent exclusivement les ajustements monétaires
72. Dans la même ligne, le Tribunal considère que le bénéfice accordé ne constitue pas « *un traitement pour les besoins de l'application de l'article 36* ». Le Tribunal ajoute que : « *Le fait qu'il aurait été décidé pendant la procédure d'ajustement des salaires ne constitue pas un élément suffisant pour s'écarter de cette conclusion* ».
73. La thèse du TACE n'a rien d'original. Il s'agit de la thèse déjà avancée par les administrations des Organisations coordonnées pour justifier en 2003 un traitement différencié entre les actifs et les retraités.
74. La sentence du TACE recèle toutefois une contradiction profonde qui est pourtant passée inaperçue, malgré son caractère paradoxal. En effet, comme nous l'avons vu, le TACE estime avec une pirouette que l'utilisation du terme « *ajustement* » par la méthode n'est pas suffisamment explicite en ce que « *La méthode ne s'exprime pas sur la manière (pécuniaire ou non pécuniaire) de payer une augmentation des salaires* ».
75. Si donc le terme « *ajustement* » ne se réfère pas à l'ajustement monétaire, le raisonnement suivi pour rejeter la thèse des retraités perd son fondement et sa consistance. L'article 36 du règlement des pensions exige que l'« *ajustement des salaires et des pensions soit exactement le même*. Donc de deux choses l'une: soit le terme « *ajustement* » est synonyme d'ajustement monétaire, soit le terme « *ajustement* » est ambivalent, comme le prétend le TACE lorsqu'il s'agit de rejeter les moyens des actifs. Dans la première hypothèse, le Tribunal pourrait limiter les obligations de l'Organisation vis-à-vis des retraités en considérant qu'elle leur doit le même ajustement monétaire, et uniquement monétaire, accordé aux actifs.

76. Dans la deuxième hypothèse, la logique voudrait que l'on interprète l'article 36 de façon à exiger que les mêmes ajustements soient accordés aux actifs et aux retraités. Dans ce cas, soit l'organe directeur invente des modalités d'ajustement non monétaire pour les retraités, soit il leur accorde l'augmentation en termes monétaires.
77. La sentence en question est donc particulièrement discutable du point de vue de sa cohérence interne dans la mesure où les deux parties de l'« appréciation du Tribunal », celle relative aux « requérants actifs » (partie A) et celle relative aux « requérants retraités » (partie B), ne sont aucunement harmonisées. Pour faire simple, l'on retire l'impression que tout argument est bon à prendre lorsqu'il s'agit de débouter les requérants. Mais une question demeure sans réponse : pourquoi le Tribunal a prolongé pendant plus d'un an l'examen de ces recours s'il devait finalement arriver à un résultat aussi discutable du point de vue de la justification de sa propre décision ?

IV. LES AUTRES SENTENCES MENTES (LES OMBRES)

78. La sentence que nous venons de commenter constitue à nos yeux une dérive de la jurisprudence du TACE. Néanmoins, il convient d'ajouter que, depuis deux ans, c'est-à-dire depuis que la présidence et la composition du TACE ont changé, la jurisprudence a perdu en clarté, en cohérence et en épaisseur. Bref la qualité des sentences s'est dégradée. Dans les paragraphes qui suivent, nous citerons quelques exemples de sentences récentes susceptibles d'illustrer nos propos.
79. La sentence du 3 octobre 2007 sur le recours n° 386/2006 concerne le recours du Secrétaire général aux listes de réserve établies à la suite d'une compétition ouverte à l'extérieur. La requérante avait participé à un concours de recrutement pour un administrateur auprès du fond « Eurimages » et avait été classée 4ème sur la liste de réserve. Deux candidats se virent proposer des postes disponibles à « Eurimages ». Le premier candidat sur liste de réserve demanda un délai de réflexion ; le second accepta le poste et prit les fonctions. Par la suite, le premier candidat déclina définitivement l'offre. Ainsi le poste fut proposé à la deuxième candidate sur la liste de réserve. Au total, trois postes se rendirent vacants à "Eurimages". Ainsi si l'on exclut le candidat qui s'était désisté, les trois autres candidats figurant sur la liste de réserve, dont la requérante, auraient pu se voir offrir un poste d'administrateur. Il convient d'ajouter que la requérante est un agent permanent de l'Organisation où elle occupe un poste de grade B5.
80. Pour couvrir le poste qui s'est libéré, le Secrétaire général a eu recours à un candidat figurant sur une liste de réserve établie à la suite d'un concours pour un poste d'administrateur à la Direction générale des affaires politiques. La requérante s'est senti lésée et a attaqué cette nomination.
81. Du point de vue juridique, la solution au problème réside en l'interprétation de l'article 15 paragraphe 3 du Règlement des nominations (règlement qui revêt une valeur statutaire et qui figure en annexe au statut du personnel du Conseil de l'Europe) qui se réfère à la nomination d'un candidat approprié figurant sur « la » liste de réserve. Selon l'interprétation littérale - qui n'est d'ailleurs pas dépourvue de bon sens - le Secrétaire général serait obligé de choisir sur la liste de réserve établie pour pourvoir des postes dans le service en question. Le Secrétaire général soutenait, au contraire, qu'il avait la faculté de nommer un candidat figurant sur n'importe quelle liste de réserve établie à la suite de n'importe quel concours extérieur. En d'autres termes, le Secrétaire général prétendait que le Règlement employait à tort l'article « la » au singulier. Il aurait dû employer le pluriel (« les »).
82. Le Tribunal accède à l'interprétation du Secrétaire général en ayant recours à une méthode d'interprétation incompatible avec la méthode littérale consacrée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (article 31). Or c'est à plusieurs reprises que le Tribunal a affirmé la nécessité

d'interpréter les dispositions du droit interne de l'Organisation conformément aux règles en vigueur dans le droit international. Nous avons cité plus haut cette jurisprudence du TACE, qui est sans doute à partager. En effet, le droit interne des Organisations internationales est dérivé du droit international. Il est donc logique que la méthode d'interprétation soit la même que celle retenue pour les traités.

83. Le Tribunal ignore tout à fait la jurisprudence constante et contredit l'interprétation fournie par la requérante et donc l'interprétation littérale en affirmant qu' « accepter cette *dernière irait sans doute au-delà de la volonté des rédacteurs du texte en question qui vraisemblablement ne se sont pas posé la question de la cogestion de listes de réserve issue du pourvoi d' « emplois analogues... »* » (paragraphe 37). Or, l'interprétation d'un texte sur la base de la volonté de son auteur est une des thèses qui était soutenue en droit international jusqu'en 1969, donc jusqu'à la signature de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette méthode a ensuite été abandonnée, y compris par le TACE lui-même. Non content de contredire sa propre jurisprudence, le Tribunal renchérit en affirmant : « *De surcroît cela ne serait nécessairement pas dans l'intérêt de l'Organisation qui se doit de s'assurer du concours de personnes du plus haut niveau* ». Or s'il est vrai que l'Organisation doit rechercher les meilleurs candidats, cette recherche doit se faire dans le respect de la légalité. Autrement si cette recherche primait sur tous les autres principes et dispositions statutaires, le Secrétaire général en dernière analyse pourrait nommer n'importe qui sans s'embarrasser du respect des dispositions statutaires.

84. La sentence du 12 juillet 2007 sur le recours n°384/2006 concerne l'interprétation du règlement sur le régime de couverture médicale et sociale qui figure en annexe 12 au statut du personnel. La requérante avait été engagée au début de sa carrière au Conseil de l'Europe (dans les années `70) comme agent temporaire pour une certaine période. Elle était ainsi affiliée à la Sécurité Sociale française et avait droit à demander une pension de vieillesse de la part de la Sécurité Sociale française. La requérante ne voulait pas faire ces démarches. Elle ne voulait pas demander et obtenir une pension, et ne voulait pas non plus être affiliée à la Sécurité Sociale française. L'Organisation considérait que l'article 21 du règlement précité oblige les agents à demander et obtenir une pension nationale. Cette disposition est rédigée comme suit : « *lorsque les bénéficiaires des prestations prévues au présent chapitre relèvent à titre personnel d'un ou plusieurs autres régimes de protection sociale à caractère obligatoire, les prestations dues au titre de ces régimes doivent obligatoirement être obtenues avant toute demande de prise en charge par le régime de couverture médicale et sociale de l'Organisation et viennent en déduction des prestations prévues par les régimes* ». Que veut dire «*relever d'un régime de protection sociale*» ? Selon la requérante, la disposition précitée ne pose à sa charge aucune obligation de demander une pension du régime général. Cette obligation n'est donc ni mentionnée, ni présumée par la disposition. En d'autres termes, cette dernière viserait les agents qui bénéficient d'un régime national *preuve* de leur résidence en France. En particulier, « *cette preuve n'a pas été fournie ni au stade de l'examen administratif du dossier, ni devant le Tribunal* ».

88. En réalité, le TACE passe outre à sa jurisprudence en matière de preuve du bien fondé du versement d'indemnités et notamment à sa sentence du 5 décembre 2001 sur le recours n° 280/2001. Comme dans cette affaire, les trois requérants se sont déclarés disposés à répondre aux demandes de l'administration et à fournir toutes les pièces que celle-ci leur demanderait de fournir. En réalité, le Secrétaire général s'est limité à affirmer que la preuve fournie n'était pas suffisante mais n'a pas pris la peine de dresser une liste de pièces susceptibles à ses yeux de fonder cette preuve. En particulier dans l'arrêt de 2001, le TACE avait affirmé l'obligation de l'administration, lorsqu'elle procède à un contrôle quant au bien fondé du versement d'une indemnité, d'indiquer les « *documents ou informations* » qu'elle estime nécessaire à cette fin. Il est évident qu'une suspicion systématique ne saurait remplacer la rigueur fondée sur la preuve et le dialogue constructif. Il est donc particulièrement regrettable que le TACE soit passé outre à sa propre jurisprudence et ait débouté les trois requérants.

89. Enfin, la sentence du 10 décembre 2007 sur le recours n°388/2007 suscite de graves perplexités . La requérante, un agent permanent appartenant à la catégorie B, a signalé au Tribunal que le Secrétaire

général avait profité de la procédure de classification des postes pour promouvoir sous prétexte de «reclassement» un certain nombre d'agents de grade B2 qui occupaient le grade B3. Or, il y a «reclassement» seulement lorsqu'un poste est modifié, transformé en un poste de grade supérieur. Cette notion est propre au droit de la fonction publique internationale. Pourtant le Tribunal s'était occupé à plusieurs reprises dans le passé de recours portant sur le reclassement et, depuis un certain nombre d'années, s'était plaint de l'absence d'une « définition statutaire du reclassement ». Il avait exprimé le vœu que cette lacune « soit comblée et des modalités d'application codifiées aussi bien dans l'intérêt de l'Organisation que de ses agents ».

90. Le Tribunal ne tient plus aucun compte de ses propres *obiter dicta* et des exigences de transparence en matière de reclassement. Il s'en prend à la requérante parce que, dans sa position, elle n'a pas été en mesure d'indiquer clairement le nom et le nombre de postes concernés par ce reclassement apparent. A cet égard, il ne met pas en cause le Secrétaire général qui aurait pu (et à notre avis aurait dû) fournir toutes les informations pertinentes au Tribunal dans le cadre de la procédure contentieuse. Tout au moins le Tribunal, sur la base des pouvoirs qui sont les siens, aurait pu exiger du Secrétaire général ces informations.

91. Par ailleurs le Tribunal s'abstient de juger au fond. Il se limite à prétendre que la requérante n'avait pas d'« intérêt direct au terme de l'article 59 du statut du personnel pour attaquer par la voie contentieuse les décisions contestées ». Pour corroborer ses dires, le Tribunal écrit (paragraphe 43) qu'« il n'apparaît pas que la partie requérante ait été concernée d'une manière ou d'autre par l'exercice de classement des postes... ». Or tous les postes de l'Organisation - et donc tous les agents qui les occupaient - ont fait l'objet d'un exercice général de classification. C'est sur la base d'une contre-vérité que la requérante est donc déboutée pour absence d'intérêt à agir. En outre, la jurisprudence du TACE se trouve en retrait par rapport à la jurisprudence du Tribunal de l'Organisation internationale du travail (TAOIT). Ce dernier, dans le contexte du jugement n°1804 du 28 janvier 1999, a déclaré recevable la requête d'un certain nombre d'agents de l'Organisation Européenne de Brevet (OEB) qui ont attaqué, en tant qu'illégale, la promotion au grade A4 d'un collègue. Il convient de souligner que les requérants n'étaient pas candidats à ce poste.

92. Au considérant 13 de son jugement, le Tribunal s'exprime ainsi : « en raison des conditions particulières ayant entouré la promotion de Monsieur Courteney, le requérant a été fondé à contester une décision qui apparemment ne respectait pas le principe général d'égalité de traitement en ce que toutes les exigences statutaires ainsi que les critères de promotion auxquels ils étaient soumis eux-mêmes n'avaient pas été pris en compte pour promouvoir Monsieur Courteney au grade A4 ». En outre, dans le contexte du jugement n° 1968 du 12 juillet 2000, le requérant se plaignait de la promotion d'un collègue de grade A3 au grade A4 en violation des règles statutaires. Le requérant et l'agent irrégulièrement promu n'étaient pas candidats à un même concours. Le considérant 6 de ce jugement est ainsi rédigé : « les deux fonctionnaires étaient de même grade, se trouvaient engagés dans le même type de carrière, étaient tous deux en droit de s'attendre à ce que les promotions soient décidées équitablement et objectivement en fonction de leur mérite conformément à la réglementation ».

93. La prise de position du TACE est d'autant plus regrettable que, dans le passé, il avait accueilli cette jurisprudence du TAOIT. Il y a lieu de se référer notamment à la sentence du 17 octobre 2002 sur le recours n°287/2002, par laquelle le Tribunal a rejeté une exception d'irrecevabilité analogue en considérant que la requérante, qui contestait, le reclassement d'un collègue « peut prétendre à avoir un intérêt direct et actuel à contester la nomination de Monsieur B. »

Selon le Tribunal, « la requérante justifie d'un intérêt direct et actuel à ce que le Secrétaire général exerce son pouvoir dans la légalité » (paragraphe 27). Le TACE a également ajouté : « le respect des règles régissant la carrière et notamment la promotion représente un intérêt légitime, sur la base du respect du principe général du droit qui consacre l'égalité de tous les agents pour ceux, parmi ces

derniers, qui se trouvent dans une situation juridique et de fait analogue à ceux des agents illégalement favorisés ». Pour l'ensemble de ces raisons, la sentence du 10 décembre 2007 constitue un net recul sur le terrain des garanties offertes aux agents de l'Organisation.

V. CONCLUSION

94. En conclusion, nous aimerions souligner les difficultés que traverse la protection juridictionnelle dans le contexte de la fonction publique internationale. Le système est actuellement "gelé" au sein des Nations-Unies, et pour ce qui concerne le Tribunal administratif de cette Organisation (TANU), car le système a été jugé « *dysfonctionnel* » par l'Assemblée générale de l'Organisation. Les Organisations représentatives du personnel se sont plaintes, au sein d'un grand nombre d'Organisations, de plusieurs aspects de leur protection juridictionnelle et réclament des réformes. Les critiques se portent en particulier sur la prétendue indépendance des juges. En effet, dans la presque totalité des Organisations internationales, les juges sont nommés par l'organe directeur qui est, avec le Secrétaire ou Directeur général, l'un des deux employeurs des agents internationaux. La deuxième critique porte sur l'absence d'un appel, à savoir un deuxième degré de juridiction. S'il est vrai qu'au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale l'absence d'un appel n'était pas exceptionnelle, même dans les droits internes, aujourd'hui il n'y a guère que la fonction publique internationale pour refuser aux justiciables la possibilité d'interjeter appel d'une décision qu'ils trouvent mal-fondée. Le Conseil de l'Europe est toujours resté à l'écart de ces polémiques. Tout d'abord, le Président et le Président suppléant du Tribunal administratif sont nommés par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: dans un premier temps, cette nomination était faite parmi les membres de la Cour ; dans un deuxième temps, parmi des juristes autres que les membres de la Cour (dans la pratique, des anciens juges de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou des anciens membres de la Commission Européenne des Droits de l'Homme). En deuxième lieu, le TACE a rendu des jugements fort importants dans un grand nombre de domaines.
95. En particulier des positions d'avant-garde ont été prises dans le contexte de l'interprétation de la notion de « vie familiale » et donc de la signification de l'expression réglementaire « ménage de l'agent » (cf. sentence de la CRCE du 25 octobre 1985 sur le recours n° 114/1985). En ligne générale, la jurisprudence a su être originale et étroitement liée à l'évolution de la jurisprudence du TAOIT et de la Cour de justice des Communautés Européennes. Dans plusieurs domaines, y compris celui des prérogatives de l'organe statutaire représentant le personnel et le domaine disciplinaire, le TACE a pris au cours des années 80, 90 et 2000 des positions courageuses dans le cadre de la jurisprudence des juridictions administratives internationales. C'est pourquoi la dérive et les ombres que nous avons traitées dans cet article marquent un revirement brusque d'une tendance qui s'était consolidée au cours des trois dernières décennies. Ce revirement est également un recul et une rupture par rapport à la jurisprudence du TACE lui-même et du TAOIT. En ce qui concerne le TACE, nous avons mis en relief, à plusieurs reprises, les cas où le TACE revient sur les principes qu'il a lui-même affirmés. En ce qui concerne le TAOIT, il est étonnant, dans le cadre de la sentence que nous avons qualifiée de « *dérive* », que le TACE n'ait pas ressenti le besoin de se référer - comme c'était le cas systématiquement dans le passé - à la jurisprudence particulièrement riche et pertinente du TAOIT. Voilà pourquoi nous nous permettons aujourd'hui de tirer une sonnette d'alarme. La fonction publique internationale connaît de fortes attaques sur le plan de la permanence, de l'indépendance et de la compétence des fonctionnaires internationaux. Il est désormais devenu courant, voire banal, de parler à cet égard de « *crise* » de la fonction publique internationale. Il faudrait tout au moins que les changements in pejus puissent se faire dans le strict respect de la légalité et que les fonctionnaires puissent avoir confiance dans une juridiction impartiale et cohérente. Nous ne voudrions pas qu'une juridiction administrative qui a brillé jadis pour la qualité de ses sentences continue à perdre, jusqu'à l'anéantir, la confiance que les agents du Conseil de l'Europe sont en droit d'avoir en sa sagesse.