



TRIBUNAL DU CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF DES NATIONS UNIES

Cas n° : UNDT/NY/2009/055/
JAB/2008/104
Jugement n° : UNDT/2010/030R
Date : 22 février 2010
Original : anglais

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

ABBOUD

contre

Le Secrétaire général
de l'Organisation des Nations Unies

JUGEMENT RELATIF

AUX

ORDONNANCES CONSÉCUTIVES

Conseil pour le requérant :

Bart Willemsen, Bureau de l'aide juridique au personnel

Conseil pour le défendeur :

Adele Grant, Section du droit administratif

Susan Maddox, Section du droit administratif

Avis : Le format du présent jugement a été modifié aux fins de sa publication conformément à l'article 26 du Règlement de procédure du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies.

Introduction

1. Les faits qui constituent la toile de fond de la présente affaire ont été exposés de manière détaillée dans mon jugement principal du 6 janvier 2010 dans lequel j'ai décidé de faire droit à la requête du requérant et d'annuler la décision du Secrétaire général adjoint du Département de l'Assemblée générale et de la gestion des conférences. Mon jugement soulevait deux sujets de préoccupation distincts sur lesquels j'ai porté un jugement négatif à l'égard de la conduite du Secrétaire général adjoint. Le premier porte sur la manière dont il a examiné la plainte du requérant concernant la conduite d'un membre du groupe d'évaluation et le deuxième sur la façon dont il a témoigné lors de l'audience. J'ai déclaré ensuite :

[46]. Il découle de mes observations précédentes concernant la conduite du Secrétaire général adjoint que la question se pose de savoir, si elle devait être déferée au Secrétaire général aux fins d'action récursoire éventuelle conformément à l'article 10.8 du Statut du Tribunal. En toute équité, une telle décision ne devrait pas être prise sans avoir entendu les parties. Par conséquent, j'informerai en temps utile les parties de la date d'une nouvelle audition à laquelle cette question pourra être examinée. Il pourrait également être opportun que le Secrétaire général adjoint, dont les intérêts sont directement touchés, soit représenté séparément, et j'examinerai favorablement toute demande qu'il fera à cet effet.

2. Étant donné l'importance générale de l'article 10.8 du Statut, et comme celui-ci n'a pas encore été examiné par le Tribunal, j'ai décidé que le Syndicat du personnel devrait également avoir l'occasion de faire connaître ses vues en la matière. L'article 10.8 est ainsi rédigé :

Le Tribunal peut déferer tout fait au Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies ou au chef du secrétariat du fonds ou programme des Nations unies en cause aux fins d'action récursoire éventuelle.

3. Une autre question sur laquelle j'ai cherché l'assistance du conseil du défendeur concernaient la forme de l'ordonnance chargeant le défendeur de faire examiner comme il se doit la plainte du requérant, l'instruction administrative

ST/AI/371 ayant été remplacée par le Règlement du personnel ST/SGB/2009/7, et en particulier s'il était approprié de se prévaloir des dispositions de la section 2.2 de l'ancien instrument.

Les arguments présentés

4. On a tout d'abord affirmé au nom du défendeur qu'il n'était pas nécessaire d'organiser une audience pour déterminer si l'affaire devait être déferée conformément à l'article 10.8, le Tribunal n'étant ni habilité, ni chargé de déterminer si le Secrétaire général devrait tenir le Secrétaire général adjoint responsable de ses actes et, dans l'affirmative, de quelle façon. En outre, on a fait valoir que le Secrétaire général pourrait bien aboutir à des conclusions différentes sur certains aspects de l'affaire en examinant des faits nouveaux. À titre d'exemple, on a soumis un courriel adressé au Secrétaire général adjoint par son assistant spécial le 9 juillet à 18 h 26, contenant un rapport sur les entretiens conduits par le groupe d'évaluation. Le courriel reflète une attitude plutôt défensive concernant la conduite de l'assistant spécial et une tentative de se justifier. La plainte du requérant concernant cette conduite avait été envoyée par courriel à divers fonctionnaires et aux membres du groupe d'évaluation à 16 h 44 le même jour. Il est raisonnable de conclure que l'attitude défensive et la tentative de justification reflétées dans le courriel de l'assistant spécial répondaient, du moins en partie, à la plainte du requérant.

5. Le conseil du défendeur a ensuite déclaré que je ne devrais pas déferer l'affaire au Secrétaire général, puisque ce dernier était déjà habilité à examiner l'affaire en vertu de ses fonctions conformément à la Charte et à d'autres instruments, et en particulier à l'article 10.1 b) de ST/SGB/2009/7, qui est ainsi rédigé :

S'il établit que tel fonctionnaire a commis une faute d'avoir rempli ses obligations ou observé les normes de conduite attendues de tout fonctionnaire international, le Secrétaire général peut exiger de l'intéressé qu'il répare, en tout ou en partie, le préjudice financier que l'Organisation a pu subir du fait de ses actes, s'il s'avère que lesdits actes ont été commis de propos délibéré, par imprudence ou lourde négligence.

6. (Il assez étrange d'entendre affirmer, au nom du Secrétaire général, que l'affaire ne devrait pas lui être déférée alors que, si elle l'est, il devra décider de la suite à y donner, s'il le juge nécessaire. Mais cela découle de sa qualité de représentant de l'ONU *aux fins de la présente procédure* en vertu de l'article 2.1 du Statut; le véritable défendeur, c'est évidemment l'Organisation elle-même et, interprété de manière appropriée, cet argument est présenté au nom de l'Organisation. Si l'affaire est déférée, il appartiendra au Secrétaire général de l'examiner en sa qualité de plus hauts fonctionnaires de l'Organisation, et non en tant que son représentant.)

7. Troisièmement, comme il est envisagé de faire appel contre ma décision auprès du Tribunal d'appel, le conseil du défendeur fait valoir que je devrais différer l'examen de la question du renvoi en attendant que ce recours ait été examiné, puisque, s'il était reçu, la question du renvoi serait dépourvue d'intérêt pratique. On a également affirmé qu'en lui déférant l'affaire, on ne limiterait en rien le pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général et qu'il n'était pas inhérent ou implicite aux attributions du Tribunal du contentieux administratif de demander au Secrétaire général de l'informer des mesures prises consécutives à ce renvoi.

8. Le conseil du défendeur a également déclaré que la section 2 de l'instruction administrative ST/AI/371 n'avait pas été implicitement abrogée par le règlement STS/GB/2009/7, et qu'il était donc opportun de demander un nouvel examen de la plainte du requérant conformément à la procédure prévue dans cette disposition.

9. Le requérant n'a pas fait de déclaration.

10. Le 13 janvier 2010, un courriel a été envoyé au Secrétaire général adjoint, rédigé dans les termes suivants :

Comme vos intérêts sont directement affectés, le juge Adams a ordonné [au greffe] de vous informer que si vous souhaitez soumettre une déclaration au Tribunal sur cette question et/ou être représenté lors de l'audience, toute

demande à cet effet devra être soumise au greffe du Tribunal du contentieux administratif le mercredi, 20 janvier 2010, au plus tard.

Toutefois, le 18 janvier 2010, j'ai été informé par le conseil du défendeur comme suit :

Le défendeur informe également respectueusement le Tribunal que [le Secrétaire général adjoint] a décidé de ne pas soumettre de déclaration concernant la question de l'exercice de ses responsabilités et de ne pas prendre part à l'audience prévue pour le 1^{er} février 2010.

11. Il n'est peut-être pas surprenant que le Secrétaire général adjoint n'ait pas assisté personnellement à l'audience ou qu'il n'y ait pas été représenté par un conseil. Il semble que le conseil du défendeur ait pensé que des informations concernant les conseils juridiques donnés au Secrétaire général adjoint étaient pertinentes pour déterminer si l'affaire devait être déferée, ou si cela devait attendre le résultat du recours au Tribunal d'appel envisagé. Il eût été approprié, rien que par courtoisie sinon par nécessité juridique, d'informer le Tribunal du fait que le Secrétaire général adjoint ne tenait pas à se prévaloir de la possibilité d'être présent, soit personnellement soit par l'entremise d'un conseil, ou de faire des déclarations, si cela était effectivement le cas. Que cela ait été ou non la conséquence des conseils juridiques reçus n'est pas pertinent. Quoi qu'il en soit, la divulgation des conseils qui lui ont été donnés soulève des inquiétudes en ce qui concerne la conduite professionnelle du conseil et les obligations du conseil à l'égard du Tribunal, question qu'il me paraît être importante de tirer au clair et que j'examine à la fin du présent jugement.

12. L'audition a eu lieu le 3 février 2010. Le Secrétaire général adjoint n'y a pas assisté personnellement et n'était pas représenté par un conseil. Le défendeur était représenté, ce qui était également le cas du requérant. Était également présent, suite à ma demande, le juriste du Bureau des affaires juridiques qui avait conseillé au Secrétaire général adjoint de ne pas assister à l'audience et de ne pas être représenté par un conseil. Il est devenu manifeste qu'il existait un risque, bien que minime, que

le Secrétaire général adjoint ne se soit pas rendu compte que je m'intéressais à sa conduite en ce qui concernait à la fois la décision attaquée et son témoignage. Pour des raisons manifestes, je ne souhaitais pas interroger le juriste (qu'il avait conseillé) sur ce point. En conséquence, j'ai donné au Secrétaire général adjoint une nouvelle occasion de faire une déclaration (cette fois-ci par écrit) sur la question du renvoi, appelant spécifiquement son attention sur la question consistant à « déférer la question de [sa] conduite en tant que témoin devant le Tribunal ». Le 8 février 2010, le Secrétaire général adjoint a soumis une déclaration écrite, notant que mon ordre « ne faisait qu'une référence générale (souligné par l'auteur) à [sa] "conduite lors de son témoignage" » et affirmant qu'« une procédure régulière exige qu'on me donne des précisions concernant toute allégation formulée contre moi, de manière à me donner une chance réelle de commenter la question du renvoi de la question de ma conduite au Secrétaire général ». Dans mon jugement principal, j'ai indiqué clairement les déclarations du Secrétaire général adjoint auxquelles je ne pouvais pas ajouter foi. Je ne doute pas qu'il ait lu le jugement. Il a eu également la possibilité d'obtenir des conseils juridiques concernant le renvoi proposé, bien qu'il soit regrettable que ces conseils n'aient manifestement pas été indépendants. À mon avis, le Secrétaire général adjoint disposait d'un nombre suffisant d'éléments concrets pour présenter des arguments adéquats concernant la question du renvoi. À la fois sur le fond et pour toutes fins pratiques, il a refusé de tirer parti des deux possibilités qu'il avait de soumettre une telle déclaration. La justice n'exige pas quand lui donne une troisième chance, et je n'ai pas l'intention de le faire. Il faut que la procédure prenne fin.

13. Le Syndicat du personnel a informé le Tribunal qu'il ne souhaitait pas être entendu sur l'application de l'article 10.8. Toutefois, il « accepte » que le Tribunal défère l'affaire au Secrétaire général conformément à cette disposition.

Faut-il déférer l'affaire au Secrétaire général?

14. À lui seul, le fait que le Secrétaire général soit habilité à examiner en toute indépendance la question de savoir si un fonctionnaire doit être tenu responsable de ses actes ne signifie pas que le Tribunal ne devrait pas exercer ses fonctions conformément à l'article 10.8, puisque cela aurait pour conséquence qu'il n'y aurait jamais de renvoi et cet article n'aurait pas de raison d'être. De même, même si le Secrétaire général devait découvrir dans un cas particulier des éléments additionnels qui sont pertinents pour la question de savoir si la conduite attaquée s'est produite, et dans l'affirmative, décider des mesures à prendre à cet égard, cela ne justifierait pas que l'affaire ne soit pas déférée dans des circonstances appropriées. S'agissant du courriel soumis, il n'indique pas de quelque façon que ce soit que le Secrétaire général adjoint ait interrogé ou ait cherché à interroger l'assistant spécial. De même, cela ne démentit dans aucune mesure une conclusion quant aux faits exprimés dans le jugement principal.

15. Il est manifeste que le Secrétaire général peut intervenir seulement sur des questions dont il est informé. Cette information peut provenir de nombreuses sources. Il était manifestement l'intention de l'Assemblée générale que le Tribunal soit l'une de ces sources quand une affaire, de l'avis du Tribunal, méritait d'être examinée par le Secrétaire général. Dans les systèmes juridiques nationaux, il existe une pratique très répandue conformément à laquelle les juges défèrent aux autorités compétentes de l'État des questions qui appellent des mesures de la part de ces autorités, en particulier (mais non exclusivement) dans des cas de faute présumée de la part d'un fonctionnaire, de tentative d'entraver le fonctionnement de la justice ou de parjure. En pareil cas, le juge n'agit pas dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, mais en vertu de l'obligation généralement reconnue de porter certains types de conduite répréhensible, notamment ceux qui pourraient être criminels, à l'attention des fonctionnaires chargés de déterminer les mesures à prendre en la matière, en général l'*attorney general*, le procureur général ou un fonctionnaire analogue. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de douter que même en l'absence de l'article 10.8, il serait approprié qu'un juge du Tribunal signale une conduite susceptible d'être examinée et de faire

l'objet de mesures de la part du Secrétaire général à son attention. Cela inclut, entre autres, une conduite qui pourrait constituer une faute ou tout autre comportement inapproprié. Je n'accepte pas l'argument du conseil du défendeur conformément auquel l'article 10.8 se limite aux affaires dans lesquelles le Secrétaire général pourrait prendre des mesures en vertu de l'article 10.1 b) pour obtenir un remboursement. Tous les fonctionnaires de l'Organisation sont tenus, en fin de compte, de répondre devant le Secrétaire général de l'exercice de leurs fonctions ou de toute autre conduite susceptible d'entraîner des mesures disciplinaires ou autres. Rien dans cette disposition ne donne à penser que « l'obligation de rendre des comptes » du fonctionnaire n'est pas à interpréter de manière littérale, ou qu'elle se limite à un remboursement financier. Si telle avait été l'intention, il aurait été facile de l'indiquer.

16. S'agissant de la possibilité de différer le renvoi, il peut y avoir certaines affaires dans lesquelles le défendeur peut faire appel sur tel ou tel aspect d'un jugement du Tribunal et, en tout état de cause, il pourrait être utile ou opportun que le Tribunal diffère l'examen des autres aspects d'une affaire en attendant le résultat de l'appel. Je doute qu'une affaire puisse être divisée de cette manière. L'une des objections manifestes à une telle procédure, c'est qu'elle pourrait y avoir deux ou plusieurs appels concernant une affaire aboutissant à des retards considérables, eu égard en particulier aux délais fixés pour la présentation des appels, la suspension automatique de l'exécution du jugement résultant de l'appel, et le fait que le Tribunal d'appel ne siège pas en permanence. Une autre objection fondamentale réside dans le fait que le renvoi ne dépend pas de la question de savoir si la décision administrative attaquée est jugée erronée ou non. Certes, si elle n'est pas erronée, la question du remboursement ne se posera pas; mais même si elle est juste, ou peut-être non recevable, il se pourrait néanmoins que les faits présentés dans l'affaire justifient que la conduite du décideur qui a été révélée, ou la conduite d'une autre personne, soit portée à l'attention du Secrétaire général. Il se fait que dans le présent cas, la conduite mise en question était également celle du décideur, mais cela n'est pas une condition

essentielle pour un renvoi. Au moins l'un des aspects de la conduite du Secrétaire général adjoint dans la présente affaire (et le plus sérieux) susceptible de faire l'objet d'un renvoi concerne sa conduite en tant que témoin, et donc sa conduite à titre personnel et non pas officiel.

17. En tout état de cause, même si j'avais le pouvoir juridique de le faire (ce dont je doute), il n'y a pas de raison de différer le règlement définitif de la présente affaire. Outre les autres considérations d'inconfort et de retard, ma nomination comme juge du Tribunal expire le 30 juin 2010, et il se pourrait bien que l'appel ne soit pas entendu avant cette date. Par conséquent, je rejette la demande de différer l'examen de la question.

18. J'en arrive maintenant à la question de savoir si, dans la présente affaire, un renvoi au Secrétaire général s'impose. Il est important de ne pas oublier que l'article 10.8 exige que l'affaire soit déferée au « Secrétaire général ou au chef du secrétariat du fonds ou programme des Nations unies en cause aux fins d'action récursoire éventuelle ». Cela signifie nécessairement que le Secrétaire général ou le chef de secrétariat soit chargé, au minimum, de déterminer en premier lieu ce qu'il y a lieu de faire, par exemple, d'examiner personnellement la question et de décider de la suite à donner, ou de déléguer cette décision à un fonctionnaire approprié. Le fait que du moins cet examen initial du renvoi doit avoir lieu à ce niveau-là indique, à mon avis, que la conduite visée est telle qu'elle peut être raisonnablement être considérée comme nettement inappropriée. Un autre élément pertinent, particulièrement dans la présente affaire, c'est le rang élevé du fonctionnaire dont la conduite est mise en cause. Il n'y a pas de ligne de démarcation claire entre les affaires pour lesquelles un renvoi doit être ordonné et celles pour lesquelles cela n'est pas le cas, bien que cela soit manifestement une question de gravité relative. Il me semble en conséquence que la question fondamentale que le Tribunal doit examiner est de savoir si la question est si sérieuse ou potentiellement sérieuse qu'elle exige l'attention personnelle du Secrétaire général, même si la question peut être déléguée à

un autre fonctionnaire, et à cet égard, les éléments les plus pertinents sont la gravité inhérente de la décision mise en cause et le rang du fonctionnaire en question. Le simple fait que l'affaire pourrait être connue du Secrétaire général ou du chef de secrétariat d'une autre manière et examinée par lui n'est pas pertinent.

19. La présente affaire soulève deux questions séparées : la première, beaucoup moins sérieuse, concerne la manière dont le Secrétaire général adjoint a traité la plainte présentée par le requérant et la deuxième, beaucoup plus sérieuse, concerne sa conduite devant le Tribunal. S'agissant de la première question, il est manifeste que le Secrétaire général adjoint rend compte de l'exercice de ses fonctions au seul Secrétaire général, étant donné l'absence d'un fonctionnaire superviseur intermédiaire. Il en découle que toute décision prise au sein de l'Organisation quant aux mesures éventuelles à prendre à l'égard de sa conduite doit être prise à un niveau très élevé, peut-être même par le Secrétaire général personnellement, car en l'absence de tout autre superviseur un Secrétaire général adjoint rend compte directement au Secrétaire général de l'exercice de ses fonctions. Ce facteur milite en faveur du renvoi. S'agissant de l'importance la question, il ne faut pas oublier que le Secrétaire général adjoint, en sa qualité de chef de Département, était chargé directement, en vertu des dispositions spécifiques de la section 2 de l'instruction administrative ST/AI/371, de déterminer s'il fallait entreprendre une enquête préliminaire. À mon avis, cela indique clairement que la question doit être considérée comme importante. Elle ne pourrait jamais être considérée comme banale. En outre, la conduite du Secrétaire général adjoint ne constituait pas une tentative authentique d'exercer ses responsabilités et sa décision est erronée en droit et doit être annulée en conséquence. Des décisions erronées font partie de la condition humaine et on ne peut pas s'attendre rationnellement à ce qu'un système d'administration quel qu'il soit aboutisse toujours à des décisions justes, voire optimales. La conduite du Secrétaire général adjoint est décrite en détail dans le jugement principal, et il n'est pas besoin de répéter cette description. À mon avis, elle soulève de graves questions quant à sa disposition à se sentir insulté et à sa volonté, sinon sa capacité, d'exercer ses

fonctions quand son amour-propre a été blessé, qui justifient un renvoi au Secrétaire général, bien que l'affaire qui fasse l'objet de la plainte du requérant soit relativement peu importante (par rapport aux autres responsabilités du Secrétaire général adjoint).

20. Mais la question de loin la plus troublante concerne la manière dont le Secrétaire général adjoint s'est conduit devant le Tribunal. Dans mon jugement principal, j'ai dit :

Je regrette d'avoir conclu que le Secrétaire général n'est pas un témoin digne de confiance pour toute question importante de fait qui n'est pas corroborée indépendamment, sans aller jusqu'à dire, en toute équité, qu'il était véritablement malhonnête. Toutefois, ayant écouté attentivement son témoignage au moment où il l'a donné, et ayant relu attentivement le compte rendu, je dois dire que j'ai la très forte impression qu'il ne tenait pas à dire la vérité mais pensait, au lieu d'être un témoin obligé de dire la vérité, pouvoir entrer dans un marchandage destiné à se justifier et présenter comme un fait ce qui n'était pas plus qu'un mélange de simple supposition et d'arguments destinés à présenter le témoin sous un jour le plus favorable possible. À la fin de son témoignage, j'ai informé le conseil du défendeur que ce qui était en cause, ce n'était pas tant l'honnêteté du Secrétaire général adjoint, mais sa fiabilité. Ayant examiné attentivement les faits compte tenu des arguments présentés par les parties, ayant relu le compte rendu et réécouté son témoignage, j'ai conclu à contrecœur que mon inclination initiale à expliquer les aspects inacceptable de son témoignage comme un simple manque de fiabilité constituait une erreur.

21. On comprendra facilement que les juges répugnent beaucoup à tirer de telles conclusions – ils le font seulement s'ils sont sûrs que leurs critiques sont justifiées et ils expriment quasi invariablement ces conclusions en un langage prudent qui ne va pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Toutefois, quand la conclusion est tirée, elle doit être énoncée clairement et en des termes sans ambiguïté. Dans les tribunaux nationaux, des poursuites pénales peuvent traiter des cas de parjure ou des tentatives d'entraver le fonctionnement de la justice. Les tribunaux ont également le pouvoir inhérent à sanctionner l'outrage à l'autorité du Tribunal. Toutefois, dans le contexte de l'ONU, aucune de ces sanctions n'est disponible, et la seule démarche à la disposition du Tribunal consiste à identifier une telle conduite là où elle se

manifeste et à s'en remettre au Secrétaire général pour la prise des mesures qui s'imposent. En examinant les mesures à prendre, le Secrétaire général agit dans un rôle quasi judiciaire qui a pour fonction primordiale de protéger l'intégrité du système d'administration de la justice de l'ONU. Il s'ensuit de toute évidence que des considérations personnelles ne doivent pas entrer en ligne de compte. Il ne serait pas surprenant que, étant donné les liens administratifs et probablement personnels étroits qui doivent exister entre un Secrétaire général adjoint et le Secrétaire général, qu'ils soient des amis personnels plutôt que des connaissances professionnelles. Si tel est le cas, le Secrétaire général fait face à un conflit potentiel, et il serait opportun qu'il délègue à un autre haut fonctionnaire, peut-être le chef d'un fonds ou d'un programme, la responsabilité pour l'action nécessaire et la prise des décisions appropriées. Il va de soi que j'ignore la situation effective en ce qui concerne le Secrétaire général adjoint et le Secrétaire général : ces observations sont destinées à tirer au clair la nature des responsabilités du Secrétaire général.

22. Avant de témoigner devant le Tribunal, le Secrétaire général adjoint a promis, dans un langage solennel, qui engage sa conscience et son honneur, de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. Toutefois, il a été pour le moins indifférent à la question de savoir s'il disait la vérité ou non, et son témoignage n'était pas véridique sur plusieurs points importants. Il se peut qu'il n'ait pas assez bien compris le rôle du Tribunal, l'importance de l'audience et les conséquences de la violation de son serment. Peut-être a-t-il pensé que la parole d'un Secrétaire général adjoint serait acceptée tout simplement, indépendamment de ce qu'il trouve opportun de dire. Cela n'a aucune importance. Le fait qu'il s'agit d'un fonctionnaire de très haut rang rendait sa conduite d'autant plus répréhensible. Il est impossible d'affirmer que cela ne représente pas une faute grave.

23. Une telle conduite se situe pleinement dans le cadre de la présente affaire, quelle que soit la manière dont le mot « affaire » est interprété dans le contexte de l'article 10.8, et doit être déferée au Secrétaire général pour décision. Cela est

d'autant plus vrai que le Tribunal n'a pas le pouvoir de traiter directement de la conduite mise en cause.

Le rôle du Secrétaire général en cas de renvoi

24. On a fait valoir au nom du défendeur que dans l'exercice de ses fonctions, si une affaire a été déferée, le Secrétaire général est indépendant du Tribunal. Cela est exact en soi, mais il ne s'ensuit pas pour autant que les conclusions du Tribunal puissent être passées sous silence. Beaucoup dépend de la question qui provoque le renvoi de l'affaire. Ainsi, dans la présente affaire, le Tribunal a déterminé (sur une question à la fois de fait et de droit) que la décision tendant à ce qu'il n'y avait pas de raisons de croire qu'il y avait eu une conduite exigeant une enquête préliminaire était erronée. En ce qui concerne la responsabilité, cette conclusion doit être considérée comme obligatoire, à la fois pour ce qui est des faits constatés et du droit applicable. Toute autre démarche s'est incompatible avec l'article 11.3 et saperait l'autorité nécessaire du Tribunal. Cela ne veut pas dire que tout fait nouveau découvert ne devrait pas être pris en considération, mais en l'absence d'une telle circonstance, il n'appartient ni au Secrétaire général, ni à un autre fonctionnaire d'exprimer son désaccord avec le Tribunal. Si le Secrétaire général estime que les conclusions du Tribunal sont erronées, le seul moyen approprié de les corriger réside dans un recours au Tribunal d'appel. Telle est la structure mise en place par l'Assemblée générale et représente la seule méthode pour corriger d'éventuelles erreurs commises par le Tribunal du contentieux administratif. La situation est différente quand il s'agit d'un renvoi pour une affaire sur laquelle le Tribunal n'a pas tiré des conclusions pertinentes. En pareil cas, le Secrétaire général devra examiner et déterminer les moyens appropriés de traiter des questions donnant lieu au renvoi et prendre une décision en conséquence.

25. Qu'en est-il alors d'une décision du Tribunal tendant à ce qu'une conduite particulière est un acte répréhensible constituant une faute? L'imposition de mesures disciplinaires relève entièrement du Secrétaire général et n'incombe certainement pas

au Tribunal. La procédure qui gouverne l'imposition de telles mesures est gouvernée par le chapitre X du Règlement du personnel ST/SGB/2009/1, en particulier l'article 10.1. Dans les propos suivants qui traitent de ce chapitre, je signale de graves insuffisances rédactionnelles qui suscitent des incertitudes inopportunes concernant l'application de cette disposition, qui n'ont pas besoin d'être répétées ici. Il suffira de dire qu'il est certainement conforme aux dispositions du chapitre X que le Secrétaire général applique toute conclusion de fait ou de droit du Tribunal aux questions qu'il est chargées d'examiner en vertu de ce chapitre. Ainsi, par exemple, il faut une enquête, le (la) fonctionnaire doit avoir la possibilité de présenter tout fait nouveau à prendre en considération, et il ou elle doit être à même de citer des circonstances atténuantes susceptibles d'affecter la mesure disciplinaire à imposer. Un tel processus ne porte pas atteinte à l'autorité du Tribunal. Toutefois, une enquête sur la question de savoir si les conclusions du Tribunal étaient fondées eu égard aux faits dont il était saisi aurait cet effet, et, en outre, saperait l'autorité du Tribunal d'appel, seul organe chargé de corriger d'éventuelles erreurs commises par le Tribunal du contentieux administratif.

26. Je n'ai pas oublié que le (la) fonctionnaire ne serait pas normalement partie à la procédure du Tribunal, bien qu'il ou elle puisse être mis(e) en cause par le Tribunal conformément à l'article 11 du Règlement de procédure. Les exigences de l'équité procédurale sont satisfaites suffisamment si (comme c'est le cas ici) il ou elle a l'occasion d'affirmer à l'audience qu'il ne devrait pas y avoir de renvoi et, dans les procédures conduites en vertu du chapitre X, de présenter tout fait nouveau à être pris en considération.

Outrage à l'autorité du Tribunal

27. Étant donné les conclusions concernant le témoignage du Secrétaire général adjoint, la question se pose de savoir s'il devait être jugé pour avoir porté atteinte à l'autorité du Tribunal conformément à la juridiction inhérente de celui-ci. En fin de compte, j'ai décidé de ne pas introduire à une instance à cet égard. Toutefois, étant

donné l'importance de la question, il est souhaitable que j'explique les raisons de cette décision. La première question importante est évidemment celle de savoir si le Tribunal est habilité à traiter un acte répréhensible en introduisant une instance en outrage à l'autorité du Tribunal, bien que le Statut ne lui confère pas explicitement ce pouvoir. La question a été examinée par plusieurs tribunaux internationaux dans le cadre de leur juridiction.

28. Dans *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France) C.I.J. Recueil 1974*, p. 259-260, la Cour internationale de justice a énoncé la règle générale concernant les pouvoirs inhérents de la manière suivante :

23. À cet égard, il convient de souligner que la Cour possède un pouvoir inhérent qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que, si sa compétence au fond est établie, l'exercice de ses compétences ne se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige ainsi que le respect des « limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire » de la Cour et pour « conserver son caractère judiciaire » (*Cameroun septentrional, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 29*). Un pouvoir inhérent à ce genre, sur la base duquel la Cour est pleinement habilitée à adopter toute conclusion éventuellement nécessaire aux fins qui viennent d'être indiquées, découle de l'existence même de la Cour, organe judiciaire établi par le consentement des États, et lui est conféré afin que sa fonction judiciaire fondamentale puisse être sauvegardée.

Bien que cette déclaration ait été faite dans le contexte de la nécessité de déterminer que l'une des conditions préalables pour l'exercice de la juridiction de la Cour était satisfaite, il s'agit d'un principe fondamental qui s'applique à tous les pouvoirs qui sont nécessaires pour garantir qu'une entité judiciaire comme le présent Tribunal peut dûment exercer sa juridiction consistant à statuer sur le fond des affaires et sauvegarder sa fonction judiciaire fondamentale. C'est sur cette déclaration que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) s'est fondé dans l'examen de la question, et elle s'applique également au présent Tribunal.

29. Le jugement le plus pertinent de du TPIY est *Procureur c. Tadić, arrêt relatif aux allégations d'outrage formulé à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin* du

31 janvier 2000, n° IT-94-1-A-R77, qui traite d'une situation où l'un des avocats du défendeur a été accusé, entre autres, de conseiller à des témoins de mentir, de faire des signes aux témoins lors de leur interrogatoire et de dissuader des témoins de dire la vérité. La déclaration de principes du TPIY est à la fois utile et pertinente pour la position du présent Tribunal. Il est utile d'exposer intégralement le raisonnement du TPIY (en omettant les notes en bas de page) :

13. Aucune mention n'est faite, dans le Statut du Tribunal, de sa compétence en matière d'outrage. Le Tribunal dispose cependant du pouvoir inhérent, du fait et de sa fonction judiciaire, de s'assurer que l'exercice de sa compétence qui lui était expressément conférée par le Statut n'est pas entravé et que sa fonction judiciaire fondamentale est sauvegardée. En tant que juridiction pénale internationale, le Tribunal doit donc disposer du pouvoir inhérent de sanctionner une conduite qui entrave le cours de la justice. C'est à partir des sources usuelles du droit international que le contenu de ce pouvoir inhérent peut être défini.

14. Il n'existe pas en droit international coutumier des règles spécifiques directement applicables en la matière. Il existe bien une notion similaire en droit international conventionnel, dans le Statut du Tribunal militaire international (figurant en annexe à l'Accord de Londres de 1945), qui confère à ce Tribunal le pouvoir d'« agir sommairement en ce qui concerne les perturbateurs en leur infligeant une juste sanction, y compris l'exclusion d'un accusé ou de son défenseur de certaines phases de la procédure ou de toutes les phases ultérieures, mais sans que cela empêche de décider sur les charges ». Bien qu'aucun cas d'outrage n'ait été porté devant le Tribunal militaire international proprement dit, trois cas d'outrage l'ont été devant les tribunaux militaires des États-Unis siégeant à Nuremberg conformément à la loi n° 10 du Conseil de contrôle (20 décembre 1945), au terme de laquelle les quatre Puissances alliées au mené le procès des criminels de guerre dans leur zone d'occupation respective en Allemagne. Cette loi incorporait le Statut du Tribunal militaire international. Les tribunaux militaires des États-Unis ont interprété leur pouvoir comme comprenant le pouvoir de sanctionner l'outrage à la cour.

15. Il est par ailleurs utile de se référer aux principes généraux du droit commun aux grands systèmes juridiques dans le monde, tels qu'ils ont été développés et affirmés (le cas échéant) dans la jurisprudence internationale. D'un point de vue historique, la procédure applicable en cas d'outrage était et demeure d'une création de la *common law*. Bien que le concept général d'outrage soit en principe inconnu en droit de tradition civiliste, de nombreux

pays attachés à ce système ont adopté des dispositions législatives pour sanctionner les délits de cet ordre.

16. Le Committee on Contempt of Court, dans un rapport publié en 1974, a donné une définition largement acceptée de la finalité et du champ des procédures applicables en cas d'outrage tel qu'elles ont évolué au fil des siècles :

[...] un moyen par lequel les tribunaux peuvent agir pour prévenir ou sanctionner une conduite tendant à entraver le cours de la justice, à y porter préjudice ou à en abuser, soit en relation à une affaire particulière, soit en général.

La primauté du droit, qui est un des fondements de la société, est nécessaire pour assurer la paix et l'ordre. Ce principe est directement tributaire de la capacité des tribunaux à faire appliquer leurs actes et à maintenir la dignité et respect. À ces fins, les tribunaux de la *common law* ont, depuis le XIIe siècle, le pouvoir de sanctionner l'outrage. Afin d'éviter tout malentendu, il convient peut-être de souligner que les règles gouvernant l'outrage tel qu'elles se sont développées en *common law* ne sont pas destinés à rehausser la dignité des juges ou à sanctionner de simples affronts ou insultes lancées en lui ne courent ou à un Tribunal; c'est plutôt la justice à proprement parler qui est flouée par un outrage à la cour, et non pas la cour ou le juge qui cherchait à administrer la justice.

17. Bien que les règles gouvernant l'outrage soient désormais partiellement codifiées au Royaume-Uni, en *common law*, le pouvoir de sanctionner un outrage continue fondamentalement à relever de la compétence inhérente des cours supérieures et ne se fonde pas sur un texte législatif. Par contre, dans les systèmes de tradition romano-germanique, la répression de toute conduite entravant le cours de la justice procède d'un texte législatif, dont les dispositions s'appliquant en général à des infractions très spécifiques découlant d'une conduite bien définie ayant porté ou pouvant porter préjudice à la compétence des tribunaux.

18. Il est nécessaire que le Tribunal soit investi du pouvoir de punir toute conduite tendant à entraver le cours de la justice, à y porter préjudice ou à en abuser, afin d'assurer que l'exercice de la compétence qui lui est conférée expressément par son Statut n'est pas entravée et que sa fonction judiciaire fondamentale est sauvegardée. Le pouvoir de sanctionner un outrage relève donc clairement de sa compétence inhérente. Ce n'est pas dire pour autant que les pouvoirs du Tribunal de sanctionner un outrage ou une conduite entravant le cours de la justice sont à tous égards les mêmes que ceux dont disposent les tribunaux internes, car sa compétence en tant que juridiction internationale doit tenir compte de sa position différente au sein de la structure de base de la communauté internationale.

19. Depuis sa création le Tribunal a exercé son droit de sanctionner les outrages.

Par la suite, le jugement mentionne diverses dispositions de son Règlement de procédure et de preuves et leurs relations avec la juridiction inhérente du Tribunal. Cet examen est riche d'enseignements, mais n'est pas pertinent pour la présente affaire.

30. Ce jugement a été confirmé en appel (*Procureur c. Tadić* n° IT-94-1-A-R77 et à été appliqué par la suite à d'autres affaires, par exemple *Alesovski* n° IT-95-14/1-AR77, *Marijačić et Rebić* n° IT-95-14-R77.2-A, *Jović* n° IT-95-14/2-R77, *Margetić* n° IT-95-14-R77.6, *Haxhiu* n° IT-04-94-R77.5 (où les défendeurs auraient délibérément enfreint une ordonnance du Tribunal tendant à garder certaines informations confidentielles), *Jokić* n° IT-05-088-R77.1-A (où le défendeur a refusé de répondre à des questions en témoignant) et *Haraqija* n° IT-04-84-R77.4 (subornation de témoin).

31. Le Statut du présent Tribunal ne contient aucune disposition concernant l'outrage à son autorité. Dans sa résolution A/RES/63/253, l'Assemblée générale, en créant un nouveau système d'administration de la justice, affirme que le Tribunal du contentieux administratif « n'aura pas d'autres pouvoirs que ceux qu'il tire de son Statut ». Je ne considère pas que cette affirmation exclue des pouvoirs qui sont nécessairement inhérents à l'établissement du Tribunal lui-même. À la différence du TPIY, le Règlement de procédure du Tribunal ne contient pas de disposition concernant une instance pour outrage. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que le Tribunal n'ait pas le pouvoir, dans un cas approprié, de traiter de manière ad hoc avec une telle conduite s'il le juge nécessaire (voir l'article 36 du Règlement de procédure), ses pouvoirs découlent non pas du Règlement de procédure, mais de la juridiction du Tribunal elle-même.

32. L'aptitude à traiter au moyen d'une instance en outrage au Tribunal avec des tentatives d'entraver l'exercice de la juridiction du Tribunal constitue, à mon avis, un

pouvoir inhérent du Tribunal et est nécessaire pour sauvegarder ses fonctions judiciaires.

33. La violation délibérée d'un engagement pris à l'égard du Tribunal représente en *common Law* un outrage. Toutefois, le parjure est une infraction en soi, et ne constitue pas un outrage, alors que c'est le cas du refus de témoigner. Il n'est pas nécessaire de traiter de l'accident historique qui a fait du parjure une infraction *sui generis*, qui reflète l'attitude anglaise particulière à l'égard du serment. Il n'y a aucun doute que la tentative de persuader un témoin à mentir constitue un outrage (voir *Vujin*) et je ne vois pas une grande différence entre ce genre de faute et le fait de mentir soi-même. À mon esprit, le fait de donner un témoignage mensonger, ou indifférent à l'égard de la vérité, revient essentiellement au même. Il s'agit d'une conduite qui a pour but de faire obstacle ou de porter préjudice à l'administration de la justice par le Tribunal. Devant le Tribunal, un témoin s'engage solennellement à dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. À mon avis, la violation délibérée de cet engagement constitue un outrage.

34. Il découle de la possession de la juridiction en ce qui concerne le jugement d'un fonctionnaire pour outrage à son autorité que le Tribunal doit avoir le pouvoir de punir une telle atteinte. Cette juridiction n'est pas en rapport avec, ou ne concerne pas, celle exercée par le Secrétaire général en vertu du chapitre X de STS/GB/2009/7 en matière de faute, bien qu'il n'y ait aucun doute (comme je l'ai déjà indiqué) que le fait d'entraver délibérément les travaux du Tribunal constitue également une faute, et, dans bien des cas, une faute grave.

35. Avant que le Tribunal ne puisse traiter avec un outrage par un fonctionnaire, il faudra le mettre en accusation à cet effet et tenir une audience pour examiner les faits. Il est manifeste qu'il a un problème de préjugé quand le juge qui décide de la question est également le juge qui a entendu le témoignage en premier lieu et qui l'a accusé. Le *common Law* règle ce problème de diverses manières, compte tenu des

circonstances particulières, en général en établissant une distinction entre un outrage général et une telle atteinte en pleine audience.

36. Comme cela a été noté, le Règlement de procédure du Tribunal ne traite pas de la question de l'outrage. Comme cette question affecte les droits du fonctionnaire accusé, les procédures doivent être telles qu'elles assurent la régularité et la transparence de la procédure. Certes, les sanctions imposées peuvent seulement affecter le contrat du fonctionnaire d'une manière ou d'une autre, mais elles doivent être précisées. Le Règlement de procédure est établi par une décision prise par les juges du Tribunal en réunion plénière et doit être approuvé par l'Assemblée générale. J'hésite à adopter une procédure ad hoc sur une question très importante qui n'a pas été examinée par les juges du Tribunal, voire l'Assemblée générale, et je ne le ferais pas si une autre option était disponible dans la pratique. Eu égard aux dispositions de l'article 10.8 du Statut, j'ai décidé qu'une procédure ad hoc en matière d'outrage n'est pas vraiment nécessaire et j'ai donc décidé de ne pas y avoir recours. Pour éviter tout malentendu, je dois déclarer ce qui devrait aller de soi, à savoir que cette décision ne doit pas être interprétée comme signifiant que je pense que le Tribunal n'a pas, ou n'a peut-être pas, le pouvoir de traiter, comme constituant un outrage, avec des attaques contre l'administration de la justice, y compris la violation délibérée de l'obligation de dire la vérité en témoignant.

37. Pour être complet, je voudrais préciser, bien que cela soit implicite dans ce que je viens de dire, que la décision de savoir si le Tribunal devrait agir sous forme d'une mise en accusation ou en déférant la question conformément à l'article 10.8 relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dont l'exercice dépendra de toutes les circonstances prises en considération.

La forme de l'ordonnance

38. Il est plus difficile de décider de la forme de l'ordonnance qui exige que la plainte du requérant contre la conduite de l'assistant spécial soit examinée comme il

se doit, et tout dépend de la question de savoir si la procédure décrite à la section 2 de l'instruction administrative ST/AI/371 à été implicitement abrogée par ST/SGB/2009/7. Cela dépend essentiellement de la mesure dans laquelle la procédure applicable à une allégation de faute prévue dans cette dernière est incompatible avec celle énoncée dans l'ancienne instruction. Elle diffère en particulier du fait que l'instrument plus récent (contrairement à la version précédente) ne prévoit pas de procédure – et moins encore obligatoire – pour des enquêtes sur des allégations de faute et renonce au renvoi des affaires au comité paritaire de discipline.

39. Conformément à l'article 110.4 de l'ancien Règlement du personnel, aucune instance disciplinaire ne pouvait être ouverte contre un(e) fonctionnaire jusqu'à ce qu'il (elle) soit informé(e) des allégations portées contre lui ou elle et qu'il (elle) dispose d'une occasion raisonnable pour y répondre. L'article stipulait également qu'aucune mesure disciplinaire ne pouvait être prise à moins que la question ne soit d'abord soumise au comité paritaire de discipline qui déterminerait si des mesures étaient appropriées, et lesquelles, sauf s'il était dérogé à cette soumission par accord mutuel et en cas de renvoi sans préavis. Étant donné la suppression du comité conformément à la section 3 de ST/SGB/2009/11, qui doit être interprétée dans le contexte de l'institution d'une nouvelle procédure par ST/SGB/2009/7, il n'y a pas de doute que les dispositions de l'instruction ST/AI/371 concernant le comité ont été implicitement abolies pour toute affaire pendante le 1^{er} juillet 2009 août ou après cette date. La situation est plus difficile en ce qui concerne l'application d'une procédure disciplinaire avant que le fonctionnaire ne soit informé des allégations et ait la possibilité d'y répondre. Les articles 10.1 et 10.3 ne contiennent pas de définition de l'expression « ouvrir une instance disciplinaire », bien qu'elle soit employée manifestement pour la distinguer de « passible d'instance disciplinaire ». La section 6 de ST/AI/371 exigeait que le fonctionnaire soit informé des allégations et donné la possibilité d'y répondre, mais cela seulement après l'achèvement de l'enquête préliminaire, manifestement dans l'hypothèse que même si l'enquête aboutit à des résultats défavorables, une « instance disciplinaire » n'a pas encore été

ouverte, et que cela aura lieu quand la question est soumise au comité paritaire de discipline ou quand le fonctionnaire est renvoyé sans préavis. (L'incompatibilité apparente entre le sens ordinaire de « procédure disciplinaire » dans le Statut et la procédure envisagée par l'instruction administrative ne semble pas avoir été éliminée dans ce cas). Les nouvelles règles divisent la procédure en une enquête sur les allégations, l'ouverture d'une instance disciplinaire et l'application de mesures disciplinaires.

40. Il n'est pas du tout clair si une enquête sur des allégations de faute dans les cas où seule une mesure non disciplinaire serait envisagée relève de l'article 10.1 c), qui traite uniquement de l'imposition d'une mesure disciplinaire. L'article 10.1 ne prévoit pas l'imposition d'une mesure non disciplinaire, tout en stipulant qu'une telle mesure ne doit pas être imposée sans donner au préalable au fonctionnaire la possibilité de se défendre par écrit. L'exigence de proportionnalité visée à l'article 10.3 b) s'applique seulement à une mesure disciplinaire, bien que l'on puisse faire valoir que la proportionnalité est une exigence implicite pour une mesure non disciplinaire. L'appel prévu à l'article 10.3 c) envisage d'imposition « d'autres mesures prévues par l'article 10.2 », mais cette disposition subsidiaire représente uniquement une liste de mesures disciplinaires et non disciplinaires et ne dit rien concernant leur application.

41. Un aspect étrange et regrettable tant de l'ancien que du nouveau système réside dans le fait qu'il n'y a aucune référence à la nécessité de trouver un fonctionnaire coupable d'une faute avant l'application d'une mesure disciplinaire ou non disciplinaire. Aux termes de l'instruction administrative ST/AI/371 (italiques de l'auteur), si l'enquête préliminaire « *produit des éléments suffisants indiquant* » qu'une faute a été commise (sect. 3), alors, au vu de sa nature et sa gravité *apparentes*, la suspension pourrait être recommandée (sect. 4), on décide s'il doit être donné suite à l'affaire (sect. 5), on informe le fonctionnaire des allégations portées contre lui (sect. 6), on lui donne l'occasion de répondre (sect. 7), on établit un dossier

et on le soumet à un haut fonctionnaire (sect. 7 et 8), qui décide s'il y a lieu de classer l'affaire ou, « *s'il semble ressortir des faits qu'une faute a été commise* », soumet la question à un comité paritaire de discipline ou, *s'il est établi sans l'ombre d'un doute* qu'une faute a été commise dont la gravité le justifie, recommande le renvoi sans préavis (sect. 9). La tâche confiée au comité consiste à donner « un avis sur les mesures à prendre éventuellement » (sect. 10). Il faut assumer que l'imposition d'une mesure disciplinaire exige que le comité constate une faute et, en l'absence d'une telle constatation, recommanderait nécessairement qu'aucune mesure disciplinaire ne serait appropriée. Une question aussi fondamentale ne devrait pas être réglée sur la base d'une supposition.

42. Le nouvel article 10.3 est encore pire. Il semble avoir été rédigé de manière à donner la plus grande latitude possible au Secrétaire général (ou à ses représentants – par la suite, toute référence au Secrétaire général inclut ses représentants) – du début à la fin et de donner au fonctionnaire le peu de moyens possibles de mettre en cause le processus. Cela est contraire à l'exigence importante de la transparence. Il est également inefficace (et des adjectifs plus critiques viennent aisément à l'esprit) de construire un système dont les éléments ne seront découverts que progressivement à la fois par l'administration et le fonctionnaire, si ce dernier a le courage d'intenter une action.

43. Conformément à l'article 10.3, le Secrétaire général *peut* imposer une mesure disciplinaire ou autre (c'est-à-dire ouvrir une « instance disciplinaire »), si l'enquête *conclut* seulement *qu'il y a peut-être eu faute*. L'emploi des mots en italiques semble indiquer un caractère provisoire inapproprié, qui non seulement soulève des incertitudes mais laisse une latitude si illimitée qu'il encourage la prise de décisions arbitraires et capricieuses. Je ne crois pas que l'on puisse interpréter la première conclusion comme signifiant qu'il y a eu faute effective et non seulement potentielle, car telle est la logique de la procédure, du moins pour un juriste, sinon peut-être pour un administrateur, mais c'est une omission surprenante et regrettable qu'il n'existe

pas de disposition explicite à cet égard, bien que l'on puisse peut-être avoir recours à l'article 10.1 a).

44. En outre, le processus par lequel on arriverait à une telle conclusion n'est pas indiqué, sauf en ce qui concerne la nécessité d'une enquête. Quelles sont les responsabilités du Secrétaire général à l'égard de l'enquête – est-il tenu d'accepter les constatations de fait, les conclusions tirées par les enquêteurs, leurs conclusions en droit et leurs vues quant à la régularité et l'utilité de l'enquête et sa portée? Il n'existe pas non plus une obligation explicite de documenter le processus par lequel le Secrétaire général tire sa conclusion (bien que cela puisse également être impliqué). Bien que le fonctionnaire doive avoir l'occasion de répondre aux accusations, il n'est pas dit expressément que la réponse doit être prise en considération, ni ce qui se passe si des faits nouveaux sont révélés. Le requérant a-t-il le droit de voir le rapport, d'interroger les témoins ou de demander une enquête pour obtenir d'autres informations (et sinon, pourquoi pas)? L'article n'envisage pas non plus, du moins explicitement, qu'il est possible de ne pas appliquer une mesure disciplinaire au autre. Même le droit de présenter une requête au Tribunal est limité à l'application de mesures disciplinaires ou autres et la contestation d'un constat de culpabilité n'est permise, si en fait elle l'est, seulement de manière implicite.

45. L'intitulé de l'article en question comme créant un « droit au respect de la légalité » constitue une déformation des faits. De tous les exemples de mauvaise rédaction que j'ai constatés pendant mon bref mandat comme juge du Tribunal, cela est le pire. Le conseil du défendeur a déclaré que l'instruction administrative destinée à indiquer les éléments pertinents de la procédure était « *encore en cours d'élaboration* », bien que le nouveau Règlement soit entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009, et envisagé pendant plusieurs années auparavant. Certes, les bonnes intentions sont meilleures que les mauvaises, mais sans portée juridique.

46. En outre, il est assez douteux qu'un instrument subordonné puisse juridiquement qualifier les pouvoirs non qualifiés conférés par un instrument

supérieur, bien que dans la pratique de l'ONU il se peut qu'une instruction administrative soit l'expression juridiquement contraignante de la manière dont le Secrétaire général entend exercer ses pouvoirs discrétionnaires. L'approche habituelle consiste à inclure dans l'instrument supérieur des dispositions tendant à ce que certains processus ou certaines procédures soient précisées dans un instrument subordonné. Toutefois, en attendant la promulgation d'une instruction administrative, cela demeure une simple hypothèse.

47. Il est impératif que d'une manière ou d'une autre, chacune des mesures à prendre à la suite de l'enquête et avant que le fonctionnaire ne soit trouvé coupable d'une faute et fasse l'objet d'une mesure disciplinaire ou autre soit clairement identifiée et que les éléments pertinents à prouver soit précisés d'une manière juridiquement contraignante. Il n'est pas du tout satisfaisant que ces questions demeurent implicites dans un processus judiciaire, voire laissées à l'interprétation de l'administration.

48. Étant donné les différences considérables existant entre le système créé par le nouveau règlement et celui prévu dans l'instruction administrative ST/AI/371, il est manifeste que pour le moins la majeure partie de cette dernière a été abrogée. Il s'agit donc de savoir si la section 2 a survécu, comme l'affirme le conseil du défendeur. La principale difficulté que soulève cette affirmation, c'est que le nouveau règlement ne prévoit pas de procédure analogue à une enquête préliminaire, préalable indispensable à une enquête conduite par un comité indépendant, dont les avis le Secrétaire général est obligé de prendre en considération. Au contraire, le nouveau processus est incompatible avec toute procédure de cette nature. La seule enquête envisagée dans le nouveau règlement est une enquête complète aboutissant à une décision du Secrétaire général d'appliquer une mesure disciplinaire ou autre, bien qu'il ne soit pas impossible que le Secrétaire général ait toute latitude d'exiger une enquête préliminaire dans le cadre du processus d'enquête. Le problème réside dans le fait que l'enquête préliminaire prévue à la section 2 de ST/AI/371 est obligatoire,

alors qu'une procédure discrétionnaire (dans l'hypothèse qu'elle soit instituée) ne peut pas l'être. Ainsi, le seul élément qui puisse survivre est le commencement d'une procédure d'enquête par une constatation tendant à ce qu'« il a lieu de croire qu'un fonctionnaire a eu une conduite répréhensible qui peut entraîner l'application d'une mesure disciplinaire », en laissant de côté le fait que la seule enquête déclenchée par cette constatation est une enquête préliminaire et dénote un « processus d'enquête » au sens le plus large.

49. La différence la plus manifeste entre les deux régimes en ce qui concerne l'ouverture d'une enquête (laissant de côté la différence entre une enquête préliminaire qui, dans certaines circonstances, aboutit à une procédure devant un tribunal réputé indépendant et une enquête finale sans un tel élément intermédiaire) réside dans le fait que l'ancienne procédure est objective et obligatoire et que la nouvelle est discrétionnaire et facultative. Cette différence est si importante qu'elle entraîne nécessairement la conclusion que l'ancienne procédure est abrogée. Dans un contexte plus large, l'exigence « lieu de croire etc. » fait tellement partie intégrante non seulement de la démarche de la section 2, mais du système tout entier de l'instruction administrative, qu'elle ne peut pas survivre toute seule. Par conséquent, je conclus que l'instruction administrative ST/AI/371 a été abrogée implicitement du fait de l'adoption du règlement ST/SGB/2009/7 avec lequel elle est manifestement incompatible.

50. La constatation, conformément à la section 2, qu'il y a « lieu de croire » que la conduite pertinente s'est produite déclenche seulement une enquête préliminaire. Ensuite, l'affaire passe par une procédure qui, sauf en cas de renvoi sans préavis, aboutit à une évaluation indépendante par le comité paritaire de discipline, si l'on décide de prendre des mesures à l'encontre du fonctionnaire. Bien que le comité puisse seulement donner un avis consultatif, l'audition devant le comité représentait un droit important puisqu'il faisait intervenir une évaluation indépendante et, il faut l'espérer, critique de l'enquête et du rapport, et, si le comité le jugeait approprié,

donnait aux fonctionnaires la chance de contester personnellement ou par un conseil les faits en question, de citer d'autres témoins, de présenter d'autres faits et de témoigner. L'élimination de cette procédure revêt manifestement la plus grande importance dans l'optique du fonctionnaire. En présence d'une telle procédure, il est justifié que le seuil pour le commencement d'une instance disciplinaire soit peu élevé. Toutefois, cette procédure a maintenant été abandonnée et la question se pose nécessairement de savoir (cela n'étant pas prévu) quel est le critère pour déterminer si une enquête doit être conduite. Certes, non seulement le commencement d'une enquête entraîne-t-il des conséquences pour le fonctionnaire, du moins en ce qui concerne sa réputation, mais entraîne l'utilisation des ressources de l'Organisation et, potentiellement, des dépenses considérables. Toute décision administrative affectant les droits d'un fonctionnaire exige, au préalable, la prise en compte des facteurs significatifs pertinents. S'agissant des allégations de faute, il est raisonnable de penser qu'une enquête révélera dans des délais raisonnables des faits suffisants pour permettre une décision rationnelle sur la question de savoir, si la conduite alléguée a eu lieu; et que la gravité de l'affaire n'est pas nettement disproportionnée avec l'ampleur des ressources nécessaires pour la régler.

51. Je mentionne ces questions non pas pour préconiser quoique ce soit, mais dans une tentative d'indiquer les considérations pertinentes dont un décideur sensé tiendra compte dans une affaire de cette nature. Des affaires différentes soulèveront des considérations différentes dont le décideur devra tenir compte avant d'entreprendre une enquête. Pour des raisons manifestes, il est souhaitable de promulguer un instrument approprié qui donne des orientations utiles à cet égard. Malheureusement, comme je l'ai mentionné, cela n'a pas encore été fait et les administrateurs concernés devront agir le mieux possible. Il appartiendra au Tribunal de décider, si dans une affaire particulière dont il est saisi, la décision de lancer une enquête a été faite sans prendre en considération des éléments importants et en négligeant les faits non pertinents et qu'elle n'est pas déraisonnable, et la liste des

considérations présentées ci-devant est nécessairement indicative, tout en donnant peut-être quelques orientations par rapport au vide qui existe actuellement.

Conflit d'intérêts

52. Si le Tribunal défère l'affaire au Secrétaire général conformément à l'article 10.8, il incombera à celui-ci de décider s'il y a lieu d'ouvrir d'une instance disciplinaire contre le Secrétaire général adjoint et, si le résultat lui est défavorable, des mesures à prendre. Les deux éléments pertinents à prendre en considération seraient, potentiellement, sa conduite par rapport à la plainte du requérant et sa conduite en témoignant devant le Tribunal. Les intérêts du Secrétaire général en tant que plus haut fonctionnaire de l'Organisation entrent en conflit avec ceux du Secrétaire général adjoint. Il me semble évident qu'il n'est pas opportun qu'un juriste du Bureau des affaires juridiques conseille au Secrétaire général adjoint ce qu'il devrait faire pour éviter tout acte susceptible de déclencher l'exercice des attributions du Secrétaire général et il n'importe pas, à ce propos, que l'on ait eu l'intention d'affirmer au nom du Secrétaire général qu'il n'était pas nécessaire d'organiser une audience ou que la question du renvoi devrait être différée en attendant le résultat de l'appel. Le conseil tendant à ce que le Secrétaire général adjoint ne fasse aucune déclaration devant le Tribunal est manifestement une manœuvre tactique destinée à soutenir les arguments à présenter au nom du Secrétaire général, comme cela était effectivement le cas dans la déclaration écrite qui a été présentée. Comment le verra, j'entends ordonner un renvoi. Conformément à l'article 10.8, il incombera au Secrétaire général de décider des mesures à prendre, qui incluent l'ouverture d'une instance disciplinaire contre le Secrétaire général adjoint et, en fonction de son résultat, l'application de mesures disciplinaires contre lui. Cette considération découle du renvoi lui-même, question sur laquelle on a recommandé au Secrétaire général adjoint, au nom du Secrétaire général, de ne pas faire de déclaration. En décrivant cette démarche comme malheureuse, on reste très en deçà de la vérité. Le conseil du défendeur a indiqué qu'on ne donnerait pas de conseils additionnels au

Secrétaire général adjoint si l'affaire a été déférée, mais cette démarche, bien que nécessaire, ne rétablit pas la situation. À mon avis, il faut également que le juriste qui a conseillé le Secrétaire général ne joue aucun rôle dans les conseils donnés au Secrétaire général quant aux mesures qu'il devrait prendre en donnant suite au renvoi et à une éventuelle enquête.

53. Les questions susceptibles d'être déférées concernent la conduite *officielle* du Secrétaire général adjoint à l'égard de la plainte du requérant et sa conduite *personnelle* en témoignant. S'agissant du renvoi potentiel, ses intérêts concernant *les deux* catégories sont *personnels*, puisque le renvoi porte sur sa responsabilité personnelle et non pas officielle. Cela est évidemment d'autant plus manifeste dans le cas de son témoignage. Tout témoin devant un Tribunal témoigne à titre personnel, même s'il est un fonctionnaire de l'Organisation, qu'il s'agisse de la conduite officielle de ce témoin ou que le témoin divulgue simplement des faits pertinents. L'obligation de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité est une obligation *personnelle* et non officielle, bien que cette obligation soit également une obligation contractuelle dont la violation pourrait bien constituer une faute en vertu des instruments juridiques qui font partie du contrat d'emploi.

54. La fonction du Bureau des affaires juridiques en ce qui concerne les conseils à donner au Secrétaire général et à d'autres fonctionnaires de l'Organisation n'inclut pas les conseils juridiques donnés au sujet des intérêts personnels des fonctionnaires, mais seulement au sujet de leurs fonctions, droits et obligations officiels. L'invitation adressée au Secrétaire général adjoint de faire connaître au Tribunal sa position ne lui était pas adressée en sa qualité de Secrétaire général adjoint, puisque la représentation de l'Organisation incombe au Secrétaire général, qui était déjà représenté et était habilité à comparaître. En tant que Secrétaire général adjoint, le chef du Département de l'Assemblée générale et de la gestion des conférences ne pouvait pas avoir des intérêts indépendants ou séparés de ceux du Secrétaire général. Par conséquent, l'invitation lui était nécessairement adressée en sa qualité de personne qui pourrait

être affectée négativement par une décision du Tribunal et contre qui, en fin de compte, le Secrétaire général pourrait prendre une décision aux lourdes conséquences, alors que le conseil de celui-ci a malheureusement donné au Secrétaire général adjoint des conseils quant à la manière de procéder.

55. Il n'incombait pas au Bureau des affaires juridiques de donner des conseils au Secrétaire général adjoint sur sa démarche à adopter dans le contexte du renvoi. Il est devenu manifeste lors de l'audience que le juriste en question n'a malheureusement pas compris la distinction entre les capacités officielle et personnelle du Secrétaire général adjoint. Si cela avait été bien compris, le problème du conflit d'intérêt ne se serait pas posé.

Communication au Tribunal des résultats du renvoi

56. Comme cela a été mentionné, c'est au Secrétaire général qu'il incombe de décider de la suite à donner au renvoi, bien que la suite doive être appropriée, et aux fins pour lesquelles il jouit de son autorité. Son pouvoir discrétionnaire ne saurait être exercé de manière capricieuse ou arbitraire. Dans une affaire ordinaire, le Tribunal ne s'intéresse pas aux résultats du renvoi, et la question non seulement peut mais doit être laissée au Secrétaire général pour ce qui est des mesures appropriées à prendre. Toutefois, le renvoi concernant le témoignage du Secrétaire général adjoint n'est pas un renvoi ordinaire, mais concerne une conduite qui compromet l'intégrité du système de justice interne et le fonctionnement du Tribunal lui-même. En conséquence il s'agit d'une question qui intéresse vivement le Tribunal. Certes, le Tribunal ne dispose pas du pouvoir explicite d'exiger que le Secrétaire général l'informe du résultat du renvoi et, en principe, il est très douteux que ce pouvoir soit inhérent à ceux que lui confère l'article 10.8, étant donné les fonctions différentes du Tribunal d'une part, et du Secrétaire général de l'autre. La situation est moins claire lorsque la conduite mise en cause concerne directement le Tribunal et ses pouvoirs qui sont nécessaires, bien qu'inhérents, pour son propre fonctionnement.

57. Par conséquent, il me semble que la démarche préférable consiste, au lieu d'exercer un pouvoir d'une validité douteuse, à prier le Secrétaire général d'informer le Tribunal, à sa convenance, du résultat du renvoi.

LE TRIBUNAL ORDONNE :

1. Le défendeur nommera un fonctionnaire ayant au moins le rang de Secrétaire général adjoint, autre que le Secrétaire général adjoint du Département de l'Assemblée générale et de la gestion des conférences, pour examiner une nouvelle fois la plainte du requérant concernant la conduite de l'assistant spécial.

2. Dans le cas que l'on conclut qu'il est raisonnable de soupçonner l'assistant spécial d'avoir agi d'une manière qui justifierait l'imposition d'une mesure disciplinaire et qu'il est opportun de lancer une enquête conformément à l'article 10.1

du règlement ST/SGB/2009/7 sur les allégations pour lesquelles une telle conclusion a été tirée, il ou elle prendra toutes les mesures nécessaires aux fins d'une telle enquête.

3. L'affaire est déferée au Secrétaire général conformément à l'article 10.8 du Statut du Tribunal afin qu'il examine la question :

- a) des mesures à prendre à l'égard de la conduite du Secrétaire général adjoint du Département de l'Assemblée générale et la gestion des conférences en ce qui concerne la suite donnée à la plainte du requérant;
- b) des mesures à prendre à l'égard de la conduite du Secrétaire général adjoint en témoignant devant le Tribunal.

(Signé)

Juge Adams

Ainsi jugé le 22 février 2010

Enregistré au greffe le 22 février 2010

(Signé)

Hafida Lahiouel, Greffier, New York