



TRIBUNAL DU CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF DES NATIONS UNIES

Cas n° : UNDT/NY/2009/039/
JAB/2008/080
Jugement n° : UNDT/2010/080
Date : 3 mai 2010
Original : Anglais

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

BERTUCCI

contre

LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL
DE L'ORGANISATION DES NATIONS
UNIES

JUGEMENT

Conseil du requérant :
François Lorient

Conseil du défendeur :
Susan Maddox, Section du droit administratif, Bureau de la gestion des ressources
humaines, Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies

Introduction

1. La présente affaire porte sur le bien-fondé d'une décision relative à la non-nomination du requérant au poste de sous-secrétaire général du Département des affaires économiques et sociales (DAES), qui a fait l'objet d'un avis de vacance dans le système électronique de recrutement et d'affectation des Nations Unies, appelé « Galaxy ». Le requérant, en sa qualité de fonctionnaire, a posé sa candidature; il a été retenu dans la liste restreinte mais n'a pas été nommé. Le candidat retenu n'était pas fonctionnaire de l'ONU.

2. Au moment de la procédure destinée à pourvoir le poste, le requérant faisait l'objet de plusieurs enquêtes qui ont conduit à une large publicité en sa défaveur. Pour le défendeur, aucune irrégularité du requérant n'a été imputée à un quelconque stade de la présente affaire. Son objectif est d'obtenir l'examen administratif de la décision de sélectionner une autre personne pour ledit poste. Dans un premier temps, l'Administration a insisté sur le fait que la décision de ne pas nommer le requérant relevait du Secrétaire général avant de changer sa position et prétendre dans le cadre de la présente procédure que la candidature du requérant n'avait pas été présélectionnée et qu'elle n'avait donc pas été examinée par le Secrétaire général. La question de savoir qui a pris ladite décision ne constitue pas un élément de preuve à l'heure actuelle et le défendeur n'entend pas apporter ici (ainsi que nous le verrons plus tard) une quelconque preuve à ce sujet. L'objectif du requérant est de faire reconnaître que la force et la persistance de la mauvaise publicité revêtaient un caractère de nature à influencer sur la décision soit de ne pas le présélectionner aux fins de l'examen de sa candidature par le Secrétaire général, soit de ne pas le nommer. L'objet de la présente affaire vise à démontrer que l'exploitation de la mauvaise publicité dont le requérant a fait l'objet en vue d'influer voire de déterminer la qualité de sa candidature est inéquitable puisqu'en définitive aucune irrégularité n'a été retenue et qu'il aurait été pour le moins opportun de remettre tout examen des candidatures au terme des enquêtes (dans les motifs que le Tribunal a exposés dans

l'ordonnance n° 59 (NY/2010), cette affaire est qualifiée de « première affaire » du requérant).

3. Le requérant a demandé la production de documents pertinents du comité de sélection et du Cabinet du Secrétaire général. Comme l'importance de ces documents était évidente, une ordonnance afin que ceux-ci soient présentés devant le Tribunal a été déposée en première instance. Une objection a été soulevée pour des raisons de confidentialité aux fins de la production devant le Tribunal, loin de toute question d'accès à ces documents par le requérant. Je n'ai pas retenu cette opposition et j'ai ordonné la production des documents devant le Tribunal (ordonnance n° 40 (NY/2010)). Mais l'ordonnance de production des documents n'a pas été respectée. L'historique des événements qui ont suivi est décrit dans mes motifs de l'ordonnance n° 59 (NY/2010) et ne nécessite pas d'être rappelée ici. Comme je l'ai mentionné dans ces motifs, le défendeur a présenté, le 24 mars 2010, un aperçu des preuves qu'il était prêt à apporter s'il y était autorisé. Le défendeur a continué de ne pas respecter l'ordonnance de production ainsi que les ordonnances accessoires visées auxdits motifs.

4. Le requérant a également déclaré que différentes sommes ne lui avaient pas été versées à tort au moment de la cessation de service. Selon un audit, les montants retenus seraient dus par le requérant à l'Organisation. Ils ont fini par lui être versés. Cette question a fait l'objet d'une « deuxième affaire » dans le cadre d'un jugement séparé.

Remarque concernant les preuves

5. Comme le Tribunal n'a pas encore promulgué de règlement de procédure régissant le caractère admissible des preuves, il convient de spécifier l'approche que j'ai adoptée pour examiner cette question. Étant donné la nature des compétences du Tribunal, je pense que la règle essentielle qui doit être adoptée est celle de considérer que tous les éléments portés devant le Tribunal, susceptibles de faciliter de manière rationnelle l'évaluation et la détermination de toute question de fait ou de droit, sont

réputés admissibles, sauf si l'administration de la justice nécessite de les exclure au motif qu'il serait inéquitable de les examiner. Il s'ensuit que, au seul motif que la preuve est fondée sur des oui-dire, elle n'est pas inadmissible (sous réserve du principe d'équité, puisqu'elle ne peut pas être examinée par l'autre partie) bien que le fait fondé sur des oui-dire doive être pris en compte lors de l'évaluation de sa force. Dans la présente affaire, le requérant a fait part de oui-dire, revêtant la forme de déclarations du Secrétaire général adjoint aux affaires économiques et sociales de l'époque.

Conclusions à tirer de la non-production des éléments de preuve

6. Comme le souligne l'ordonnance n° 59 (NY/2010), le défendeur a d'abord allégué que la question de la non-nomination du requérant au poste de sous-secrétaire général ne pouvait pas être portée devant la justice puisque cette décision relevait du Secrétaire général. Pour moi, cela signifiait que le Tribunal n'était pas compétent pour décider si la décision prise avait été entachée d'un vice de comportement, assimilable à une violation du contrat du requérant. Cette interprétation a été rectifiée par la suite et le défendeur a indiqué clairement qu'il n'avait pas allégué que le Tribunal ne fût pas compétent pour examiner la légalité de la décision mais plutôt que le pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général à l'égard de la nomination du Sous-Secrétaire général était tellement important que très peu d'éléments de preuve fussent susceptibles de revêtir un caractère pertinent. Je ne comprends pas comment, alors qu'il s'agit d'une question judiciaire, le champ des éléments de preuve susceptibles d'être pertinents serait altéré par l'ampleur ou le caractère du pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général, mais cette question est restée sans réponse.

7. Le 24 mars 2010, le défendeur a affirmé que les preuves du requérant se fondaient sur des allégations, en termes généraux, portant sur la conduite de l'enquête et le bien-fondé de l'affaire disciplinaire à son encontre et a ajouté que si ces questions étaient pertinentes, des précisions supplémentaires auraient dû être apportées afin de définir des critiques très précises de manière à ce que le défendeur fût en mesure d'y faire face. Toutefois, l'argument principal du défendeur à cet égard

est que les informations et la procédure d'enquête, ainsi que la procédure disciplinaire, ne sont pas pertinents. Il est admis qu'une enquête a été menée entre août 2007 et avril 2008 et que celle-ci a fait l'objet d'une publicité. Le fait qu'aucune irrégularité n'a été relevée n'est pas contesté et le défendeur n'entend pas prouver que le requérant a commis une faute.

8. Dans l'ordonnance n° 40 (NY/2010), j'ai évoqué le fait que le requérant avait été convié à un entretien par un comité de sélection des candidats de haut niveau constitué notamment par le Secrétaire général adjoint. La réponse formelle du Chef de l'époque du Groupe du droit administratif à la demande du requérant de reporter la décision de la nomination après la fin de l'enquête précisait que :

[le Secrétaire général adjoint, membre du comité de sélection] a déclaré qu'il partageait la décision unanime du comité de sélection selon laquelle votre nom serait inclus dans la liste restreinte des candidats soumise au Secrétaire général aux fins de son examen.

Le fait que le requérant avait été présélectionné et que la recommandation dont il faisait l'objet avait été transmise au Secrétaire général était aussi admis, en substance, dans la réponse à l'appel que le requérant a formé devant la Commission paritaire de recours.

9. Dans le cadre de l'audience d'orientation, j'ai invité le requérant à indiquer les moyens de preuve susceptibles d'être produits par le Secrétaire général adjoint. Le requérant a présenté un document sous forme de questions/réponses dans lequel le Secrétaire général adjoint lui répond directement ou répond à son conseil. Même si elles se fondent sur des oui-dire, ces informations sont délivrées de manière directe et il est raisonnable d'en tenir compte. Le Secrétaire général adjoint a répété ce qu'il avait déjà dit au Groupe du droit administratif, à savoir que le procès-verbal du comité de sélection avait été adressé au Secrétaire général et que le requérant avait été présélectionné. Il a ajouté qu'il avait discuté de la candidature du requérant avec le Secrétaire général et que la question de l'enquête en cours avait été évoquée. Le conseil du défendeur lors de l'audience préliminaire a indiqué que les arguments du défendeur avaient changé : les informations fournies précédemment au requérant et à

la Commission paritaire de recours étaient erronées et la candidature du requérant n'avait en fait pas été examinée par le Secrétaire général. Cette déclaration du conseil ne constitue évidemment pas une preuve. Le défendeur a également allégué, dans sa réponse qu'il a adressée conformément aux instructions du Tribunal, que le nom du requérant n'avait pas été transmis au Secrétaire général aux fins de l'examen de sa candidature. Comme on le verra (si cela n'est pas encore clair), les promesses de ce type formulées de cette manière ne peuvent pas être acceptées et doivent être étayées par des éléments de preuve avant d'être réputées crédibles.

10. Les faits reconnus par le défendeur dans la réponse à la demande d'examen administratif sont réputés probablement vrais. Principales raisons : La facilité avec laquelle la vérité peut être établie; l'identification de la source du fait allégué, à savoir la connaissance du Secrétaire général adjoint de ces faits et l'objectif du courrier rédigé par le Chef de l'époque du Groupe du droit administratif, à savoir une réponse officielle dans le cadre du système de justice interne. Une déclaration contradictoire formulée directement à l'audience, dépourvue de toute explication quant à la manière dont cette erreur extraordinaire a pu se produire ou des informations concernant la source des instructions ou le fait que les instructions se fondent sur la connaissance personnelle des faits, revêt une importance infime voire nulle. Une simple allégation ne revêt aucune valeur probante dans des conclusions écrites. Par ailleurs, elle n'est pas cohérente avec la suite logique des événements. Comme sur la base des éléments de preuve, il ne fait aucun doute que le comité de sélection a produit une liste restreinte de candidats présélectionnés incluant le nom du requérant, il convient d'en déduire que cette liste a ensuite été communiquée naturellement au Secrétaire général. L'éventualité que ces recommandations n'aient pas été adressées au Secrétaire général ne peut pas être raisonnablement retenue. Si une telle situation s'était produite, la violation des obligations en matière de déclaration liées aux avis de vacance de poste serait tellement manifeste (voir la discussion ci-après) qu'elle justifierait à elle seule de donner raison au requérant. L'autre éventualité, selon laquelle le Secrétaire général n'aurait pas tenu compte des recommandations, produit la même conséquence.

11. Le fait qu'il existe une contradiction dans des communications formelles et importantes sur un fait aussi essentiel constitue un point particulièrement troublant dans cette affaire que le défendeur n'a jamais cherché à expliquer. Cette position atteste d'une faute tellement grave qu'il est difficile d'y croire, ou chose tout aussi difficile à croire, d'une tromperie délibérée. Aucune autre explication ne me vient à l'esprit. Cette attitude a jeté un voile de suspicion que le défendeur, en refusant de communiquer des documents pertinents, n'a pas cherché à dissiper; bien au contraire, il a laissé la rumeur se répandre. Par conséquent, *aucune* déclaration relative à un *quelconque* fait important formulée au nom du défendeur ne peut être reçue *prima facie*. Par ailleurs, un doute substantiel et vague entache la pertinence de la procédure de sélection elle-même. Il existe une grande différence entre l'examen d'une procédure dans laquelle, du moins en surface, tout semble en ordre et une autre dans le cadre de laquelle le défendeur a affirmé des déclarations parfaitement contradictoires sur des faits faciles à vérifier et d'importance cruciale portant sur la prise de décision de premier ordre au niveau le plus haut, sans daigner fournir une explication ni même avancer la moindre justification, en particulier dans le cadre d'une procédure relevant du système de justice interne. Il s'agit d'une source d'inquiétude majeure qui remet gravement en cause l'intégrité de base de la globalité de la procédure. Il serait fort naïf de croire qu'il s'agit là d'une simple faute.

12. Selon les conclusions écrites du défendeur, le candidat retenu, qui n'était pas un fonctionnaire de l'ONU, a été convié à un entretien. Pour les raisons déjà avancées, ce point ne revêt aucune valeur probante en matière de preuve. Il n'existe aucun élément attestant d'un quelconque entretien et aucune preuve n'est fournie à cet effet. Une chose est sûre, le nom du candidat sélectionné n'était pas sur la liste restreinte compilée par le comité de sélection. Je pense que c'est ce que nous devons déduire des propos que le Secrétaire général adjoint a tenus au requérant (et reçus en preuve) selon lesquels le candidat retenu n'a pas été entendu par le comité de sélection et qu'il n'existe pas la moindre suggestion dans les éléments de preuve qu'un autre comité de sélection a été réuni. Le seul fait que le défendeur, qui connaissait la vérité, n'ait pas cherché à démontrer que le candidat présélectionné

avait été convié à un entretien, justifie la conclusion selon laquelle le comité de sélection ne l'a jamais entendu. Il s'agit là d'une entorse fondamentale à la procédure que le Secrétaire général déclarait vouloir suivre.

13. Il s'agit ensuite de savoir si le Secrétaire général a respecté les principes de bonne foi et de loyauté lors de l'examen de la candidature du requérant. Conformément à ces principes, il ne doit pas tenir compte de faits non pertinents et il est tenu de prendre en considération tous les faits importants, sa décision ne doit pas être altérée par une erreur importante de fait ou de droit ni ne doit porter un jugement manifestement déraisonnable ou injuste (désignés par facilité sous le terme de « règles de bienséance », bien que ces principes puissent s'apparenter (mais ne le sont pas pour éviter toute confusion) aux garanties d'une procédure régulière, ce qu'ils signifient souvent). Cette liste est exhaustive et plusieurs notions se recoupent mais les considérations de premier ordre sont suffisamment claires. Bien que le Secrétaire général jouisse forcément d'un vaste pouvoir discrétionnaire lors des nominations de haut niveau, il doit néanmoins respecter les règlements. Et il ne s'agit pas non plus d'une nouvelle loi : voir jugement n° 447 du Tribunal d'appel des Nations Unies, *Abbas* (1989) (abordé plus en détail ci-après). Bien sûr, les candidats externes ne sont pas liés par une relation contractuelle avec l'Organisation et ne disposent d'aucun recours juridique devant ce Tribunal si une irrégularité telle que celles spécifiées est observée (sous réserve, peut-être, de l'existence d'une attente légitime liée au jeu de la concurrence dans le cadre de cette nomination) mais le requérant qui revêtait la qualité de fonctionnaire disposait de droits contractuels indéniables. Le droit au respect des principes de bonne foi et de loyauté n'est pas altéré du fait que la nomination concerne un poste de haut fonctionnaire ou que le Secrétaire général dispose d'un pouvoir discrétionnaire important.

14. En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général, quelle que soit son ampleur, doit être exercé après avoir examiné de manière adéquate et appropriée la liste des candidats présélectionnés avant de faire son choix. Le principe d'examen adéquat et approprié ne diffère guère de l'expression « tenir pleinement compte » dont abonde la jurisprudence du Tribunal administratif des Nations Unies

lorsqu'il s'agit de décrire la procédure de sélection des candidatures lors de l'affectation d'un poste puisqu'il est évident que les candidatures doivent être prises en considération et ce, de manière pleine; un examen hâtif ou inéquitable n'est ni adéquat ni approprié. Sous réserve du respect des critères juridiques, que j'ai déjà décrits plus haut, le Secrétaire général fixe les conditions d'emploi du personnel et son pouvoir discrétionnaire en la matière est lui aussi total, dans la mesure où ces conditions ne revêtent aucun caractère déraisonnable ou illégal. En outre, bien que le Secrétaire général soit lié par l'article 101.3 de la Charte selon lequel la considération dominante doit être la « nécessité d'assurer à l'Organisation les services de personnes possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité » (et voir l'article 4.1 du Statut du personnel) et qu'il s'agisse de termes extrêmement généraux altérant inévitablement le pouvoir discrétionnaire, ce jugement doit s'inscrire dans un processus d'examen adéquat et suffisant des candidats.

15. Pour en revenir aux circonstances en l'espèce, comme nous l'avons déjà mentionné, le poste a fait l'objet d'un avis de vacance (j'affirme, à titre accessoire, que les compétences et qualifications requises ne comportent aucune condition politique de quelque type que ce soit). L'annonce mentionnait notamment :

Il est vivement recommandé à tous les candidats de présenter leur candidature aussitôt que possible (...) Ceux qui sont fonctionnaires à l'ONU ont intérêt à présenter la leur dans les 15 jours ou dans les 30 jours, car ces candidatures sont examinées en premier – sous réserve que les conditions énoncées dans le document ST/AI/2006/3 soient remplies et que la candidature ait été présentée en temps voulu.

L'avis de vacance de poste stipule aussi que le candidat doit remplir une notice personnelle et présenter ses deux rapports d'évaluation (PAS) les plus récents. Bien que l'organisation d'une entrevue de sélection ne fût pas mentionnée spécifiquement, il est clair que celle-ci était prévue et que le jury de sélection des candidats formulerait des recommandations au Secrétaire général. En bref, il s'agit-là de la même procédure prescrite par l'instruction administrative ST/AI/2006/3 aux fins de toute nomination aux postes jusqu'à D-1.

16. Quel était alors le point de référence pour les candidats répondant aux conditions d'admission dans un délai de 15 ou 30 jours ? Cette référence n'a de sens que si les dispositions de l'instruction administrative ST/AI/2006/3 relatives à ces candidats, sont appliquées et que, par conséquent, l'ordre de priorité défini dans l'article 7.1 est respecté. En effet, l'avis stipule spécifiquement que les candidatures des fonctionnaires des Nations Unies seront « examinées en premier », c'est-à-dire de manière prioritaire par rapport aux candidats externes. Si le Secrétaire général avait choisi de désigner à ce poste une personne ne relevant pas de la liste restreinte, alors qu'un candidat interne voire externe répondant aux exigences définies avait été identifié, cette décision serait parfaitement contraire aux dispositions très claires de l'avis et une tentative de dissimulation contraire aux principes de bonne foi et de loyauté. La référence pour les candidats répondant aux conditions d'admission dans un délai de 15 ou 30 jours est, par voie de conséquence, une référence au système d'entretien d'appréciation des compétences visé à l'article 7 de l'instruction administrative, tout en ignorant les éléments non pertinents concernant l'intervention de l'organe central de contrôle faute de quoi elle n'aurait aucun intérêt. Selon moi, cette partie de l'avis implique aussi clairement que *tous* les candidats, qu'ils soient internes ou externes, doivent être convoqués à un entretien d'appréciation. Par conséquent, le fait de ne pas convoquer le candidat présélectionné à un entretien d'appréciation et donc, de lui permettre de ne pas se soumettre aux questions du jury de sélection des candidats, constitue une entorse importante par rapport aux dispositions expresses et implicites contenues dans l'avis de vacance de poste. En ce qui concerne les autres candidats, cette décision confère au candidat sélectionné un avantage certain.

17. La réponse du Groupe du droit administratif à la demande du requérant d'examen administratif concède en substance « qu'il est indispensable que tous les candidats à un poste fassent l'objet d'un examen complet et équitable », reprenant ainsi les termes de jugements du Tribunal administratif. Les parties reconnaissent aussi que ce poste a fait l'objet d'un avis de vacance, que les candidatures ont été examinées conformément aux « pratiques établies », qu'une liste restreinte des

candidats qui doivent participer à un entretien a été établie et que lesdits candidats ont été conviés par un jury d'entretien composé de hauts fonctionnaires, que le requérant a été entendu et « faisait partie de la liste restreinte pour ce poste avec deux autres candidats ». En effet, on a fait valoir que la candidature du requérant a fait l'objet d'un examen « impartial et approfondi ».

18. Je suis d'avis que bien que le Secrétaire général ne fût pas tenu de recourir à cette procédure pour nommer le Sous-Secrétaire général, dès lors qu'il a opté pour celle-ci, il doit la respecter pleinement et équitablement. Par conséquent, il semble que de nombreux éléments aient été admis, du moins à la date de la réponse à la demande d'examen administratif, dans laquelle il est déclaré que la procédure a été respectée à la lettre et où il n'est fait mention à aucun moment de la nomination du candidat sélectionné en vertu d'une quelconque autre procédure. La seule conclusion possible est que l'avis de vacance constitue, sur le fond et dans l'effet, une déclaration du Secrétaire général confirmant son intention de nommer le Sous-Secrétaire général en adoptant les caractéristiques essentielles de la procédure visée à l'article 7 de l'instruction administrative ST/AI/2006/3 (sans recourir à l'organe central de contrôle) et que cette déclaration visait à persuader les candidats, y compris le requérant, de poser leur candidature, dans la mesure où ces conditions sont satisfaites. Lorsque le requérant a postulé ce poste, il était en droit d'attendre que la procédure engagée revêtît une force obligatoire et que sa candidature, à l'instar de celle des autres candidats, notamment celle du candidat sélectionné, fût l'objet d'un examen en conséquence. Or, il semble que cela n'a pas été le cas.

19. Si l'on prête une attention accrue à la manière dont la candidature du requérant a été examinée, on aboutit à la même conclusion, à savoir qu'elle n'a pas été examinée conformément aux règles de bienséance. J'ai déjà indiqué qu'il était nécessaire, quelle que soit l'ampleur du pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général, d'examiner la candidature du requérant de manière impartiale et approfondie, conformément à ces règles. Dans ce cas, bien qu'il soit admis que le comité de sélection ait établi une liste de candidats aux fins de la nomination audit poste, incluant le requérant et quoiqu'il soit évident que le Secrétaire général avait décidé de

n'en nommer aucun d'entre eux, il n'existe aucune preuve du fait que le Secrétaire général a tenu compte des recommandations du comité, et encore moins qu'il ait accordé aux candidats un examen impartial et approfondi (cf. l'expression « qu'il soit pleinement tenu compte »).

20. De plus, le mémoire du défendeur qu'il entendait déposer, s'il en avait l'occasion, atteste du fait qu'il n'avait pas l'intention de présenter des éléments portant sur ce point. Bien que les arguments mis en exergue par le défendeur soient que le nom du requérant n'ait pas été soumis à l'attention du Secrétaire général, les éléments qu'il entend présenter ne concernent pas cette question et ne visent même pas à étayer le fait que l'aveu du Groupe du droit administratif ou que l'élément de preuve fourni par le Secrétaire général adjoint soient erronés. Par conséquent, au-delà de toute complication générée par son exclusion de la procédure en raison de sa désobéissance, les arguments qu'il souhaitait avancer ne visaient pas à établir que le nom du requérant n'avait pas été retenu dans la liste du jury de sélection ni à démontrer que le Secrétaire général avait envisagé la possibilité de nommer au poste l'un des candidats présélectionnés.

21. Dans ce contexte, il convient de rappeler une considération du jugement du Tribunal administratif des Nations Unies dans l'affaire *Abbas* (voir ci-dessous) ayant pour objet l'affectation d'un poste D-2 (pour laquelle le Secrétaire général dispose d'un pouvoir discrétionnaire ample, analogue à celui dont il jouit pour l'affectation d'un poste de sous-secrétaire général). Déclarations du Tribunal administratif des Nations Unies :

VII. (...) Les arguments à la fois du requérant et du défendeur s'appuyant largement sur la jurisprudence du Tribunal, notamment le paragraphe VII du jugement n° 362 (*Williamson*) qui dispose comme suit :

« Si sa façon de procéder est sérieusement mise en doute, l'Administration doit être en mesure d'apporter au moins un minimum d'indications attestant que le droit statutaire du requérant a été respecté de bonne foi en ce sens qu'elle a « pleinement tenu compte » de sa candidature. »

En conséquence, dès qu'un fonctionnaire s'interroge sur la prise en compte réelle de sa candidature, la charge de la preuve incombe au défendeur. Ensuite, cette prise en considération doit, dans une mesure appréciable, satisfaire raisonnablement au critère exigeant qu'il soit « pleinement tenu compte » des aptitudes de l'intéressé. Enfin, il doit y avoir bonne foi et pleine connaissance de toutes les circonstances dans lesquelles une demande a été faite.

VIII. En l'espèce, à l'exception de l'affirmation selon laquelle la candidature du requérant avait été examinée, il n'existe aucune preuve suffisante que les critères ci-dessus ont été respectés. Aucune information n'a été fournie concernant la sélection finale, les candidats sélectionnés, la manière dont leurs compétences ont été évaluées, le ou les responsables de l'évaluation et les résultats obtenus. S'agissant des affectations et des promotions au niveau D-2, le Secrétaire général jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu mais comme le stipule clairement la circulaire pertinente à ce sujet, il doit s'efforcer dans tous les cas de retenir le meilleur candidat, quelle que soit la procédure adoptée. En l'occurrence, le Tribunal n'a reçu aucune indication sur la manière dont la demande du requérant aux fins de ce poste (Directeur de la Division des services d'appui aux programmes) a été examinée, sur le lieu, le moment ou les responsables de l'évaluation ni sur ses conséquences. Compte tenu des circonstances, des doutes persistent quant au fait que le requérant a bénéficié de toutes les garanties d'une procédure régulière et de toute la considération requise. Le Tribunal considère qu'il est évident que même si la candidature du requérant avait été examinée pleinement, il n'aurait pas été automatiquement sélectionné pour le poste [et, par conséquent, il n'aurait pas reçu d'indemnisation même d'un montant relativement faible au titre d'une perte non économique].

22. Trois points importants dans ce passage sont pertinents en l'espèce. Le premier est le fait que les règles de bienséance (appelées « garanties d'une procédure régulière ») s'appliquent (cette question est abordée de manière exhaustive ci-dessus). Le second point est qu'un candidat, même à un poste D-2 (et, donc notamment à un poste de sous-secrétaire général) doit faire l'objet de toute la considération requise et le troisième, que le défendeur est tenu de s'assurer que ces conditions sont respectées. Toutefois, pour les raisons avancées dans le jugement *Sefraoui* UNDT/2009/95, je préférerais fonder l'obligation du défendeur en matière de preuve sur le socle des connaissances et des compétences du défendeur. Elle doit par ailleurs s'apparenter à une valeur probante plutôt qu'à une charge de la preuve; ce point revêt dans cette affaire une portée plus théorique que pratique. Il est évident que le défendeur n'a pas

seulement permis au requérant de prouver les faits en refusant de produire les documents requis mais n'a pas l'intention de lui-même de fournir des informations sur la procédure. Par conséquent, il a refusé de prouver que la candidature du requérant avait fait l'objet d'un examen impartial et exhaustif. Ce seul fait permet au Tribunal de conclure que le défendeur a enfreint le contrat avec le requérant.

23. Je n'ai pas oublié que le Secrétaire général a le droit, après avoir accordé toute l'attention nécessaire aux candidatures des postulants, de décider qu'aucune d'elles n'est susceptible d'être retenue et de nommer une autre personne dans le cadre d'une procédure différente. Mais ce cas de figure ne peut se produire que s'il a accordé toute la considération requise aux demandes émanant des fonctionnaires, d'autant plus qu'il s'est engagé à le faire dans les dispositions contenues dans l'avis de vacance de poste.

24. Le requérant a rappelé qu'il avait fait l'objet d'une large publicité négative liée à l'enquête en cours à son encontre et que, en dépit de ses efforts visant à faire reporter la décision du Secrétaire général au terme de ladite enquête, la procédure avait suivi son cours. Il craint que sa candidature puisse avoir été entachée par cette publicité qui, selon lui, n'avait aucun sens. Il soutient que, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions contraires selon lesquelles il aurait été coupable en fait de méfaits ont peut-être été tirées et ajoutées de manière injuste dans son dossier. Il a cherché à vérifier que cela s'était bien passé de cette manière mais le défendeur qui connaît bien sûr les faits, a refusé que ce dernier ou le Tribunal pût disposer d'un accès aux enregistrements pertinents.

25. Quelle conclusion peut-on et doit-on tirer de la non-production de ces documents ? À mon sens, la seule conclusion honnête à laquelle il convient d'aboutir est que les pièces non communiquées sont de nature à étayer sensiblement les arguments du requérant et affaiblir ceux du défendeur. Bien que le requérant ait compris que la question qu'il redoutait avait été prise en compte à tort, il n'est pas tenu de prouver qu'une erreur spécifique est survenue. Si à leur écoute, les enregistrements devaient attester d'autres irrégularités importantes, le défendeur ne

pourrait pas tirer avantage de la différence entre les irrégularités alléguées et celles avérées, à condition de se voir octroyer la possibilité équitable de répondre aux arguments modifiés. Bien sûr, l'existence et la nature de cette erreur relèvent spécifiquement de la connaissance du défendeur; par conséquent, l'éventualité de la présentation d'un mémoire surprenant est tellement improbable qu'elle ne peut être envisagée sérieusement.

26. Le défendeur ne peut bénéficier du doute selon lequel les documents dissimulés ne seraient pas de nature à étayer sensiblement les arguments du requérant puisqu'il a empêché le requérant et le Tribunal d'évaluer leur véritable nature. C'est la raison pour laquelle j'ai parlé de la conclusion *honnête* qu'il convient de tirer. Il ne s'agit pas d'examiner un quelconque motif réel ou éventuel. Pour commencer, posons-nous la question de savoir quels motifs peuvent s'avérer pertinents. Cette approche est la moins appropriée si, comme en l'espèce, le défendeur refuse de divulguer, alors qu'il est tenu de le faire, l'identité de la personne responsable de la décision en question, et encore moins tout élément expliquant les raisons qui le poussent à agir de la sorte. Par conséquent, la seule conclusion rationnelle et raisonnable susceptible d'aider au mieux le requérant doit être tirée, à savoir que les documents dissimulés auraient appuyé sensiblement ses arguments. C'est la seule conclusion qui permet au Tribunal de rendre la justice entre les parties. Après tout, bien qu'il soit conscient qu'il s'agissait de la conclusion la plus probable voire quasi inéluctable, le défendeur n'a jamais tenté de nous emmener sur une autre voie.

27. Il ressort de manière implicite de mes observations que je n'ai accordé aucune valeur probante aux explications avancées lors des audiences ou dans les conclusions, relatives à la non-divulgaration desdits documents. En l'absence de tout élément de preuve, ces explications ne peuvent pas être prises en compte. En outre, il serait manifestement injuste d'en tenir compte à moins que le requérant ne puisse vérifier la véracité de ces affirmations, or cette possibilité lui est refusée en raison de la non-divulgaration de l'identité de la personne responsable de la décision. Aucune preuve susceptible de démontrer le bien-fondé de la revendication de privilège et des raisons de se cacher derrière un point juridique, n'a jamais été présentée et aucune

tentative en ce sens n'a été observée. Il n'appartient pas au défendeur (en particulier dans les circonstances de l'espèce) d'affirmer que le Tribunal se fonde sur le fait que sa désobéissance ne constitue pas une tactique visant à empêcher toute divulgation de documents susceptibles d'étayer les arguments du requérant. En l'absence de toute preuve, aucune bonne raison ne permet de considérer que la demande de confidentialité a une autre finalité tactique. Je n'accepterais pas qu'un fonctionnaire adopte une telle position et je ne peux l'accepter, sur la base du même raisonnement, de la part du défendeur. Ses avocats peuvent soutenir autant qu'ils le souhaitent que le Secrétaire général doit être considéré comme un chef d'État, sa couronne doit pour autant rester en dehors de la salle d'audience. En outre, au-delà de toute question de principe, il existe malheureusement de bonnes raisons de douter à la fois de l'origine et de l'exactitude des arguments avancés pour son compte (un point qui sera abordé en détail ci-après).

28. Il convient d'observer que cette analyse des documents ne tient compte d'aucun élément s'apparentant à un véritable différend, à l'exception peut-être du fait de savoir si le nom du requérant a été inclus ou non sur la liste restreinte des candidats. Même ce fait, ainsi que les arguments portant sur d'autres éléments de preuve l'attestent, n'est pas contesté formellement puisqu'aucune tentative de fournir un quelconque élément à l'appui des arguments du conseiller lors de l'audience préliminaire n'a été engagée. En d'autres termes, en conclusion, aucun fait ne fait l'objet d'un réel litige. La seule concession que le défendeur est prêt à faire (en dehors de la question de la compensation, abordée ci-après), dans le cas où le requérant souhaite contester le caractère de « bonne foi » de l'enquête et les mesures prises dans ce cadre, est de présenter les rapports d'enquête. En l'occurrence, le requérant a fourni des preuves sur ce point mais comme je ne les ai pas utilisées et que je n'ai tiré aucune conclusion dans un sens ou dans un autre à ce sujet, il n'y a pas lieu d'examiner la réponse du défendeur. Par conséquent, il est clair que d'une part, le défendeur n'a subi aucun préjudice réel du fait qu'il n'ait pas été autorisé à participer aux procédures et que d'autre part, ironiquement, il n'a pas été gêné par les conséquences de sa désobéissance.

29. Il en découle que la prépondérance de la preuve établit que la décision du Secrétaire général concernant la candidature du requérant est frappée d'illégalité et qu'elle n'a pas été prise conformément aux droits contractuels du requérant selon lesquels ladite candidature doit être examinée équitablement et en bonne foi.

Jugement par défaut

30. Pour les raisons que je vais exposer, il me semble que sur le plan juridique, les approches évoquées ci-dessus sont particulièrement injustes envers le requérant bien qu'elles aient mené à un jugement en sa faveur, au détriment du défendeur. Cette injustice découle du refus du défendeur de respecter l'ordonnance du Tribunal de communiquer au requérant (ou du moins au Tribunal) les documents liés à la procédure destinée à pourvoir le poste. Bien qu'il existe de bonnes raisons de tirer une inférence défavorable relative à une partie qui détient des éléments capables d'établir la fausseté des arguments de l'autre partie mais qui refuse de les présenter, cela concerne uniquement le point susceptible d'être démenti par les informations éventuellement contradictoires qui n'ont pas été fournies. Le requérant doit encore prouver que la prépondérance de la preuve nécessite un jugement en sa faveur, mais avec l'avantage d'une inférence favorable. Lorsque, comme en l'espèce, l'inférence porte sur un fait de premier ordre, elle se traduit de manière presque invariable par un jugement favorable. Toutefois, pour des raisons évidentes, ce n'est pas toujours le cas : cela dépend de l'importance de l'inférence favorable. Néanmoins, en l'espèce, le défendeur n'a pas simplement refusé de produire les éléments de preuve en sa possession dans le cadre ordinaire de la conduite de son dossier (ce qu'il est, bien sûr, en droit de faire) mais a refusé d'obéir à une ordonnance exigeant la production de documents susceptibles de revêtir un caractère primordial pour les arguments du requérant. Une situation particulièrement difficile. C'est une chose que de refuser de produire une pièce en vue de prouver un fait ou de réfuter une inférence, mais c'en est une autre d'empêcher l'autre partie de prouver des faits pertinents pour la défense de sa cause, en particulier si une telle décision est prise au mépris le plus total d'une ordonnance rendue par le Tribunal. En termes de logique pure, il est théoriquement

possible que les éléments dissimulés ne jouent pas en faveur de la cause du requérant mais comme une ordonnance de divulgation n'aurait pas été rendue si le Tribunal n'avait pas été convaincu que lesdits documents étaient susceptibles de produire cet effet, cette conclusion semble peu probable. Ni même juste ou raisonnable. Si au terme de la lecture desdits documents par le Tribunal, il apparaît que les informations qu'ils contiennent ne jouent pas en faveur du requérant mais du défendeur, elles ne pourraient pas être utilisées par le Tribunal à l'encontre du requérant à moins que celles-ci ne soient divulguées au requérant, et le Tribunal laisserait le défendeur décider s'il souhaite ou non les produire. Par conséquent, une nouvelle fois, cette éventualité peut être écartée.

31. Pour régler la question de confidentialité, lorsque celle-ci est brandie aux fins de la non-divulgation de documents, le droit prévoit que ceux-ci soient communiqués à la cour ou dans ce cas, au Tribunal. S'il est fait droit à la demande, les documents ne sont pas divulgués au requérant mais si la justice exige qu'ils soient pris en compte afin d'appuyer sa cause, ils doivent alors être dûment pris en considération tout en respectant, bien sûr, leur caractère confidentiel. Si la demande est rejetée, alors les documents doivent être fournis au requérant si ceux-ci sont susceptibles d'appuyer sa cause. Parfois, seule une partie des documents revêt un caractère confidentiel; dans ce cas, le requérant est autorisé à consulter les parties qui ne sont pas confidentielles. À cet effet, les documents comportent alors souvent des passages occultés. De cette manière, le droit protège les intérêts des deux parties et, chose essentielle, les intérêts de la justice sont bien servis. Il convient d'observer que c'est au Tribunal de porter ces jugements et non au défendeur.

32. Si cette procédure avait été suivie dans la présente affaire, aucune question de jugement par défaut n'aurait été soulevée. La seule affirmation de l'injustice manifeste qui a permis au défendeur de dissimuler des éléments pertinents tout en exigeant du requérant qu'il élabore ses arguments, suffit pour attester son existence. Or, c'est précisément ce que la demande écrite formulée par le conseil du défendeur revient à dire, dans les termes suivants :

... le défendeur soutient que le requérant n'a pas exposé ses arguments concernant sa non-sélection au poste de sous-secrétaire général du Département des affaires économiques et sociales que requiert le défendeur afin de fournir les éléments pertinents en réponse. Le défendeur ne conteste pas le fait que le requérant a fait l'objet d'une publicité et d'une enquête au cours de la procédure de sélection. Le défendeur a compris sur la base de la demande d'examen du requérant ... et dans le cadre de l'audience d'orientation devant le Tribunal que l'affaire en l'espèce reposait sur l'existence de l'enquête ayant pour objet sa candidature. La seule raison pour laquelle le défendeur n'a pas demandé au Tribunal de statuer en référé à l'encontre du requérant dans l'affaire de sa non-sélection est la réticence du Tribunal à se prononcer sur une affaire sans que le requérant n'ait pu « présenter sa cause ». Par conséquent, un jugement par défaut à l'encontre du défendeur pénaliserait ce dernier, lorsque le mémoire du requérant, dans la mesure où on lui accorde sa valeur maximum, ne nécessite pas de réponse du défendeur, autre que dans le cadre du dépôt des conclusions.

Ce mémoire révèle plusieurs idées erronées importantes. La première concerne la nature du jugement sommaire. Il est vrai que, si les arguments d'une partie, lorsqu'on leur accorde leur valeur maximum, peuvent ne pas aboutir à un jugement en faveur de ladite partie, il convient de statuer en référé en faveur de l'autre partie. Cette approche ne tient pas compte de l'établissement des faits, mais s'efforce de définir si les faits allégués visés dans l'acte de procédure, s'ils sont vrais, peuvent justifier raisonnablement un jugement. Dans son exposé des faits, rédigé conformément aux directives relatives à l'audience d'orientation, le requérant soutient en substance (notamment) que le Secrétaire général a été influencé lors de la nomination, par des articles mensongers parus dans la presse, des campagnes destinées à discréditer le requérant et des pressions exercées par différents gouvernements (identifiés) et que le Secrétaire général avait soit supposé qu'il était coupable des allégations au cœur de l'enquête ou qu'il agissait comme s'il était coupable alors qu'en fait il était innocent. Si ces allégations étaient réputées vraies, ce qui pourrait s'avérer nécessaire pour que le Tribunal puisse statuer en référé, la demande d'ordonnance en référé serait alors rejetée pour des raisons évidentes. Le mémoire du défendeur à cet égard ne revêt aucune valeur probante.

33. Bien sûr, il est possible que, si l'affaire avait été jugée, le requérant n'eût pas été en mesure de prouver ses allégations car les éléments de preuve qu'il a fournis étaient insuffisants; dans ce cas, le défendeur aurait pu alors demander une ordonnance en référé ou formuler ses arguments sans produire de preuve. Dans un tel scénario, le problème évident est que le requérant ne peut pas terminer son argumentation sans disposer de la preuve littérale qu'il a demandée au défendeur de fournir et dont le Tribunal a ordonné la production. Par conséquent, le défendeur aurait pu tirer avantage de la conclusion selon laquelle le requérant n'était pas en mesure de prouver le bien-fondé de sa cause tout en gardant dans sa besace les éléments nécessaires permettant à ce dernier d'étayer ses arguments. Le défendeur se fonde donc sur l'impossibilité du requérant de fournir les éléments de preuve les plus pertinents, que ledit défendeur entend dissimuler. Cette injustice flagrante ne peut être tolérée. En effet, elle se traduit par un abus de procédure. L'idée selon laquelle le fait qu'un tel abus n'étant pas permis pénaliserait injustement le *défendeur* est totalement absurde.

34. Le principe applicable n'est pas seulement clair mais se fonde sur des notions valables de justice procédurale : le défendeur ne peut pas demander à un requérant d'apporter les preuves lorsque les éléments qui font partie ou dont il est raisonnable de penser qu'ils font partie de ces preuves ne sont pas communiqués par le défendeur en dépit d'une ordonnance l'intimant de les produire. Le défendeur tirerait alors profit de son comportement illicite, contraire à ses obligations contractuelles envers le requérant et à celles qui lui incombent en vertu des instruments à l'égard du Tribunal. Le fait d'empêcher une telle situation ne revient pas à pénaliser le défendeur. À mon sens, il n'est pas juste ni raisonnable de demander si le requérant est en droit d'obtenir une décision, sur la base des éléments qu'il est en mesure de fournir, puisque cela reviendrait à ignorer un point essentiel, à savoir que le bien-fondé de sa cause ne peut pas être simplement limité à ces éléments mais qu'il a le droit de fournir les preuves qui doivent être produites par le défendeur en vertu d'une ordonnance du Tribunal. Bien que l'on ne connaisse pas le contenu de ces documents, qui selon toute hypothèse revêtent un caractère pertinent, la seule supposition

raisonnable est qu'ils sont de nature à étayer les arguments du requérant. En outre, le défendeur ne peut pas être autorisé, en empêchant que ladite supposition soit testée du fait de la dissimulation de ces documents, à soutenir le contraire. Dans l'idiome énigmatique inventé par Joseph Heller, le défendeur serait autorisé à se fonder sur une situation de « catch 22 ». Le mémoire présenté pour le compte du défendeur non seulement ne revêt aucune valeur probante mais est insolent.

35. La seule conclusion possible est que le requérant doit obtenir un jugement par défaut à l'encontre du défendeur.

Le Tribunal est induit en erreur

36. Le 10 mars 2010, le conseil du défendeur a formulé les observations écrites suivantes :

Le défendeur observe qu'à la différence de l'ancien dispositif, le nouveau système de justice offre au défendeur le droit d'interjeter appel des décisions contraignantes du Tribunal du contentieux administratif. Lorsque le défendeur exerce ce droit, l'article 11.3 du Statut du Tribunal du contentieux administratif prévoit que cette décision, qui revêtirait sinon un caractère contraignant pour le défendeur n'est plus exécutoire.

Le défendeur a été informé qu'un avis d'appel a été déposé aujourd'hui devant le Tribunal d'appel concernant ... [les ordonnances rendues dans cette affaire et dans l'affaire *Islam*].

Par conséquent, le défendeur fait respectueusement valoir que ... les ordonnances ... ne sont pas exécutoires dans l'attente du résultat de l'appel.

La référence à l'article 11.3 du Statut du Tribunal du contentieux administratif est probablement erronée et il convient de lire l'article 7.5 du Statut du Tribunal d'appel. L'article 11.3 dispose que, « s'il *n'est pas* interjeté appel, [les jugements] sont exécutoires à l'expiration du délai d'appel prévu dans le Statut du Tribunal d'appel »; en effet, ces jugements ne sont pas exécutoires pendant une période de 45 jours. Le sursis à l'exécution d'un jugement en vertu de l'introduction d'un recours est prévu par l'article 7.5 du Statut du Tribunal d'appel. La dernière phrase citée ci-dessus est

claire à ce sujet car, bien sûr, l'article 11.3 ne prévoit aucune disposition au-delà du délai initial de 45 jours maximum de l'introduction d'un recours.

37. Comme il ne fait aucun doute que l'application de l'article 7.5 suppose que le recours avait été introduit conformément aux modalités définies dans le Statut, j'ai naturellement déduit sur la base de ces observations que ledit recours avait effectivement été engagé et que la référence au terme « avis » constituait une simple formalité conventionnelle, c'est-à-dire un avis de l'appel en soi et j'ai accepté la proposition du conseil au pied de la lettre, conformément au sentiment de confiance que les tribunaux portent aux observations de ce type. Par conséquent, je n'ai pas exigé la production des documents en question dans l'immédiat. Le 5 avril 2010, j'ai indiqué qu'ils devaient être produits lorsque l'affaire *Islam* a été entendue et le conseil du défendeur a formulé une demande de suspension de mon ordonnance en refusant de comparaître dans cette affaire. Le 8 avril 2010, la demande était déposée et « l'avis d'appel » était produit. Ce n'est qu'à ce moment-là que j'ai compris que ces « avis d'appel », dont j'ai été informé qu'ils constituaient l'introduction de l'appel devant le Tribunal d'appel, n'étaient en fait que de simples communications écrites informelles déposées auprès du Tribunal d'appel que le défendeur avait *l'intention* de saisir.

38. Le Statut du Tribunal du contentieux administratif établit des dispositions spécifiques concernant les modalités d'introduction d'un appel. Si l'on peut concevoir qu'une conformité stricte aux plus petits détails ne revêt pas une importance essentielle, il va de soi que la conformité aux principales dispositions constitue un préalable avant de suggérer que l'appel a été introduit. Lors de l'audience du 11 mars 2010, j'ai soulevé cette question auprès du conseil qui avait signé la demande du 10 mars. J'ai supposé que le conseil agissait simplement sur la base des instructions, et que, comme moi, il avait toute confiance en ces instructions, sans jamais penser qu'il était en train d'inspecter les documents. J'ai été informé que le nouveau système de justice interne n'était pas encore complètement assimilé, un fait peut-être à l'origine de la faute.

39. L'idée de malentendu en guise d'explication n'est pas crédible. Il n'est guère possible d'accepter qu'un avocat soit si peu informé et puisse avoir imaginé que la simple communication d'une *intention* de former un recours s'apparente à l'*introduction* d'une procédure en appel. L'idée même d'*intention* de faire quelque chose implique inéluctablement l'idée qu'elle *n'a pas été faite*. Pour comprendre cela, nul besoin d'être titulaire d'un diplôme en droit. Une connaissance élémentaire du français suffit. Par ailleurs, l'article 7.5 du Statut du Tribunal d'appel est également formulé dans une langue accessible à tous. Ses références à la nécessité d'introduire un recours aux fins de la suspension d'un jugement impliquent nécessairement que ledit *recours ait été introduit*. Pire encore, de fausses informations ont été utilisées afin d'obtenir une décision du Tribunal, à savoir la décision de ne pas poursuivre l'affaire.

40. Le fait de savoir si une telle situation résulte de calculs délibérés ou d'une véritable indifférence à l'égard de la nécessité de précision de nature à s'apparenter à une faute lourde importe peu. Aucune de ces explications n'est conforme aux responsabilités éthiques et professionnelles d'un avocat. Je ne peux dire qui est responsable de cette déclaration inexacte. Je suis moi-même en partie à blâmer pour avoir fait confiance au conseil. Je ne suis pas prêt de commettre à nouveau la même erreur. L'historique de cette affaire a démontré que les personnes véritablement responsables des décisions prises, notamment des décisions juridiques, refusent d'être identifiées et d'assumer leurs responsabilités personnelles et professionnelles, en se cachant derrière leur avocat, présent en chair et en os, devant cette instance; un avocat qui reste leur subordonné et qui, selon leurs instructions, n'est pas autorisé à divulguer leur nom. Malheureusement, il est désormais évident que la position du Tribunal en tant qu'entité juridique n'est simplement pas acceptée par des éléments de premier ordre au sein de l'Administration et que les suppositions de responsabilité éthique et professionnelle en vertu desquelles moi-même, à l'instar de mes collègues, j'exerce mes fonctions, sont infondées, du moins pour certains avocats de l'Administration. Les notions de vérité et de responsabilité en matière de décision ne sont pas compliquées et occupent assurément une place de choix dans le principe

même de l'administration de la justice. Toutefois, s'il existe une composante dans la culture des Nations Unies pour qui la vérité et la responsabilité personnelle ne constituent pas une norme qui doit être appliquée voire embrassée, mais un obstacle qu'il convient d'éviter autant que possible, il n'y a rien ou pas grand-chose à faire et il ne reste plus qu'au Tribunal de se battre du mieux qu'il peut, en considérant que rien n'est acquis et en ne formulant aucune supposition sans preuve.

41. En l'espèce, je ne suis plus sûr de rien mais l'importance de cette question est telle que je suis prêt à déployer encore une fois tous mes efforts pour trouver une solution. Dès lors, j'ordonne que les personnes qui ont donné les instructions et préparé le mémoire auquel je me réfère (au paragraphe [36] ci-dessus) se présentent devant le Tribunal afin d'expliquer la manière dont le mémoire a été compilé et d'établir les raisons pour lesquelles le Tribunal ne doit pas engager de poursuites à leur encontre, dans les limites de ses pouvoirs inhérents et/ou qu'aucune référence ne puisse être faite au Secrétaire général en vertu de l'article 10.8 du Statut du Tribunal du contentieux administratif. Elles doivent se présenter devant le Tribunal à 10 heures le mercredi 12 mai 2010. Si elles le souhaitent, elles peuvent être représentées par un avocat.

Indemnisation

42. Les questions factuelles pertinentes aux fins de l'évaluation de l'indemnisation sont également affectées par l'attitude du défendeur à l'égard de la production des documents liés à la procédure destinée à pourvoir le poste. Dans l'affaire *Abbas*, à l'instar de la plupart des nominations ou promotions classiques, le candidat retenu n'est pas en mesure d'établir s'il aurait été affecté au poste à pourvoir si la procédure avait été menée de manière adéquate. Toutefois, la présente affaire ne concerne pas une nomination classique. Il est évident que le requérant avait toutes les chances d'être affecté au poste convoité. Par conséquent, l'indemnisation au titre de la perte économique doit être évaluée sur la base de la valeur de la perte de toute chance de nomination du requérant. Dans son cas, le requérant (au moment de la présentation de la demande) avait acquis une expérience au sein du système des

Nations Unies à un niveau croissant de responsabilité pendant 34 ans, au terme desquels il a atteint la classe D-2 et, comme la plupart des fonctionnaires de haut rang D-2 du Département des affaires économiques et sociales, il a assumé ponctuellement les fonctions de sous-secrétaire général et de secrétaire général adjoint (en tant que fonctionnaire responsable); ses performances ont été jugées exceptionnelles et remarquables dans ses rapports d'évaluation annuels (PAS); le poste à pourvoir était celui de sous-secrétaire général du Département des affaires économiques et sociales « coordination des politiques et affaires interorganisations » et il est recommandé (avec deux autres personnes) aux fins de l'affectation dudit poste. Si les compétences du requérant aux fins de la nomination font de lui un candidat remarquable, alors, hormis certains caractères sans rapport avec ses activités professionnelles ou son intégrité, ses chances d'être affecté au poste étaient de toute évidence grandes. Je n'ai pas perdu de vue le fait qu'il faisait à l'époque l'objet d'une enquête pour une faute apparemment grave, qui aurait pu entacher sa candidature. En outre, le jury de sélection était parfaitement au courant de cette enquête, ce qui ne l'a pas empêché de l'inclure dans la liste restreinte des candidats. Le défendeur n'a pas indiqué qu'il souhaitait présenter l'argument selon lequel, si le Secrétaire général avait tenu compte de l'importance de cette mauvaise publicité, il était en droit de le faire. Son approche visait à dissimuler les éléments qu'il avait pris ou non en considération et le fait qu'il avait tenu compte ou non de la recommandation formulée par le jury de sélection ou de la candidature du requérant. Cette attitude étaye les deux conclusions selon lesquelles, en effet, le défendeur ne souhaite pas aborder la question de la probabilité de la sélection du requérant ni fournir les informations qui permettraient de comparer les prétentions du requérant avec celles des autres candidats, notamment bien entendu celles du candidat retenu. Quelles conclusions faut-il alors tirer de la dissimulation des documents aux fins de la fixation de l'indemnisation ?

43. Avant d'évoquer la conclusion spécifique selon laquelle, à mon sens, la justice s'impose, je souhaite clarifier la réflexion concernant l'évaluation de la valeur de la perte de toute chance contenue dans le jugement *Koh* UNDT/2010/40. J'ai précisé dans cette réflexion que, bien que la prédiction d'événements futurs soit par

nature spéculative, la justice nécessite de disposer d'une évaluation fondée sur le bon sens de cette probabilité afin d'indemniser un candidat au titre de sa perte dans le cas où la violation de contrat est avérée, tout en admettant le caractère approximatif de celle-ci. Je voudrais souligner que la nécessité de conférer une valeur chiffrée à une probabilité de manière à définir le montant de l'indemnisation ne saurait masquer le caractère approximatif, sensé et pratique de l'évaluation. Le point de départ doit être l'avis du Tribunal selon lequel le requérant avait une chance réelle et importante d'être affecté au poste convoité. Par conséquent, si, au terme d'un quelconque calcul, les chances d'être affecté audit poste s'avèrent, par exemple, inférieures à 10 %, le Tribunal doit, je pense, prendre un peu de recul et se demander, par mesure de bon sens, si ses chances sont telles dans le monde réel que la perte doive faire l'objet d'une compensation ou si elles sont en fait pratiquement nulles et doivent alors être négligées. En revanche, si les chances d'être affecté audit poste sont, disons, de l'ordre de 90 %, il serait, à mon sens, nécessaire de prendre un peu de recul et de se demander si l'affectation revêt alors un caractère pratiquement certain auquel cas la réduction de 10 % qui s'applique doit être abandonnée. En d'autres termes, la précision artificielle des chiffres doit refléter, et non masquer, la réalité pratique et empreinte de bon sens qu'elle est censée représenter.

44. Il me semble, en l'espèce (une situation heureusement qui ne risque pas de se répéter) que la seule conclusion juste qui puisse être tirée sur le plan juridique est celle qui sera la plus favorable pour le requérant, c'est-à-dire qu'il était en effet le candidat le mieux placé et, si les choses avaient été menées rondement, il aurait probablement été désigné et que donc le montant de son indemnisation doit être calculé en se fondant sur le fait qu'il aurait été nommé au poste. Je tiens à souligner que cette décision ne vise pas à punir le défendeur. Il s'agit de la simple conséquence logique de la manière dont le défendeur s'est conduit lui-même. Par ses actions illégales, le défendeur a nié les preuves évidentes de la perte subie par le requérant. Il s'ensuit que l'évaluation de la perte que le Tribunal est tenu de réaliser doit tenir compte du fait que ces documents ont été dissimulés. La seule manière dont cette

affaire peut être réglée équitablement est d'opter pour la meilleure solution en faveur du requérant.

45. L'indemnisation pour perte économique doit être calculée, dès lors, sur la base du fait que le requérant aurait été affecté au poste de sous-secrétaire général du Département des affaires économiques et sociales si ses droits contractuels avaient été respectés. Dans son premier recours auprès de la Commission paritaire de recours, le requérant demandait, notamment, une indemnisation équivalant à trois ans de salaire, au titre de la perte subie. Le défendeur a porté à mon attention que le candidat retenu s'était vu octroyer un contrat à durée déterminée de deux ans. Il n'existe aucune preuve ni aucune base rationnelle permettant d'affirmer que, si c'était le requérant qui avait été affecté au poste, la durée du contrat aurait été plus longue. Il est vrai que sa qualité lui aurait permis de demander une prolongation de son contrat comme il l'affirme, mais je suis dans l'incapacité d'évaluer raisonnablement la probabilité que cette prolongation lui aurait été accordée et je ne peux m'égarer dans les affres de ce niveau de spéculation. Le montant de l'indemnisation au titre de la perte économique doit être égal à la rémunération de deux ans, y compris l'indemnité de poste pour New York, plus l'assurance médicale et dentaire, moins les contributions au régime de pension et à l'évaluation. J'ordonne aux parties de m'adresser leurs observations relatives au calcul approprié de cette somme.

46. Le requérant subit aussi un préjudice en n'accédant pas à la réputation ni au statut qui vont nécessairement de pair avec un poste de sous-secrétaire général des Nations Unies, outre en l'espèce le fait qu'il aurait peut-être fait valoir des justifications afin de contrer la mauvaise publicité dont il était la cible. La réputation et le statut qui vont nécessairement de pair avec un poste de sous-secrétaire général revêtent une valeur certaine et influent sur la « valeur commerciale » du titulaire du poste dans les fonctions qu'il occupera également a posteriori à une telle classe au sein des Nations Unies. Bien que le chef du préjudice soit difficile à quantifier, la simple difficulté liée à cette évaluation ne peut pas remettre en cause la prise d'une décision puisque cela reviendrait à refuser toute indemnisation. Par conséquent, le requérant doit aussi être indemnisé au titre de la perte liée à la réputation et au statut

dont il aurait bénéficié s'il avait été affecté au poste de sous-secrétaire général au sein de l'Organisation des Nations Unies et réaliser une évaluation du montant approprié, en se basant sur la bonne foi et une connaissance réaliste du monde. Si l'on suppose que le requérant aurait pris sa retraite au terme de ses deux années de fonction en la qualité de Sous-Secrétaire général (la supposition la plus favorable pour le défendeur), il aurait alors 64 ans, et donc encore de nombreuses années productives devant lui. À la lumière du fait que le salaire versé à un fonctionnaire de haut rang des Nations Unies est en général inférieur à celui reconnu à un fonctionnaire de niveau identique dans le privé, j'estime que le montant de 200 000 dollars des États-Unis constitue une estimation approximative de la valeur en capital de l'accroissement des perspectives de gain dont le requérant aurait bénéficié s'il avait pris sa pension en la qualité de Sous-Secrétaire général et non de fonctionnaire à un poste de classe D-2. À ce montant doit s'ajouter une somme au titre de la perte des avantages non économiques mais bien réels qui vont de pair avec le prestige et la réputation d'avoir servi au sein des Nations Unies, en la qualité de Sous-Secrétaire général. La mesure dans laquelle ce montant doit être versé, à la lumière du plafond visé à l'article 10.5 (b) doit être tributaire des calculs et éléments de preuve visés ci-après.

47. L'article 10.5(a) établit que le Tribunal a toute compétence pour ordonner l'exécution de l'obligation invoquée, notamment, procéder à toute nomination, promotion ou (lorsqu'il est mis fin au contrat) réintégration. Lorsqu'une telle ordonnance est rendue, un montant susceptible d'être payé par l'Organisation pour éviter d'appliquer cette mesure doit être spécifié. En l'espèce, aucune ordonnance ne peut être rendue aux fins de l'exécution de toute obligation invoquée pour la simple raison que le titulaire actuel du poste ne peut pas être destitué, car il ne constitue pas une partie à la procédure et une ordonnance qui aurait pour objectif d'affecter le requérant audit poste nécessite que le titulaire actuel soit destitué. La décision de nommer le titulaire actuel est illégale en ce sens que, comme je l'ai constaté, le Secrétaire général n'avait pas respecté les obligations juridiques liées à la procédure de sélection qui lui incombait. Toutefois, cette situation dans les circonstances actuelles ne justifie pas l'annulation de la décision de nommer le titulaire, ici aussi

parce qu'il ne constitue pas une partie et que, par conséquent, il ne peut pas être visé par une ordonnance de ce type. La question de la pertinence d'en faire une partie au procès en vertu de l'article 11 du Règlement de procédure du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies n'a plus lieu de se poser mais dans toute affaire où un problème de ce type se posera à l'avenir, il conviendra d'envisager cette hypothèse.

48. Le requérant doit également bénéficier d'un réajustement de ses droits à pension (à partir de la date de sa retraite) en se basant sur le montant qu'il aurait perçu s'il avait pris sa pension après avoir servi deux ans en la qualité de sous-secrétaire général au sein de l'Organisation des Nations Unies. Par conséquent, le défendeur doit verser un montant auprès de la caisse des pensions tel qu'il permette d'obtenir ce résultat. Comme ce paiement est versé au titre d'une obligation invoquée suite à une « décision administrative contestée [qui] porte sur ... une promotion », il semble au premier abord relever de l'article 10.5(a) du Statut du Tribunal du contentieux administratif et donc, comme le précise la dernière phrase de cet article, des limites prescrites par l'article 10.5(b). Toutefois, réflexion faite, je suis convaincu que cela ne soit pas le cas. En effet, le montant relevant du dernier paragraphe est une somme susceptible d'être payée en lieu et place d'appliquer une mesure, à savoir annuler une décision erronée ou procéder à la nomination ou promotion prévue ou, dans le cas d'un licenciement, ordonner une réaffectation. Il n'y a aucun choix possible lorsque l'obligation invoquée est le règlement d'une somme d'argent. La somme d'argent à laquelle se réfère le paragraphe (b) de l'article constitue clairement un montant forfaitaire, et non un versement périodique. Dès lors, le montant d'une pension ne peut être englobé ni dans un mécanisme de substitution tel que visé à l'article 10.5(a) ni dans un montant forfaitaire tel que visé à l'article 10.5(b). Dans l'affaire *Beaudry* UNDT/2010/39, j'ai considéré que le montant de la pension pouvait être capitalisé et payé à titre d'indemnisation en vertu de l'article 10.5(b); ce qui impliquait qu'il pouvait être réglé selon les dispositions de l'article 10.5(a). Cependant, après un examen plus approfondi, il est apparu que ce dernier lien de cause à effet ne coulait pas forcément de source. Certes, s'il avait été ordonné de régler un montant forfaitaire représentant la valeur en capital d'un montant de pension (comme cela peut être le cas) en vertu de l'article 10.5(b), il aurait été soumis

aux limites établies. Toutefois, si le Tribunal ordonnait simplement que cette somme fût payée par voie d'accroissement sur la base des montants de pension déjà réglés ou exigibles par le fonctionnaire, aucun montant ne pourrait alors être payé à sa place, conformément aux dispositions visées audit paragraphe de l'article et, par conséquent, l'obligation de définir le montant de l'indemnisation à verser à la place, en vertu de l'article 10.5(a) et donc, l'obligation de respecter le plafond défini dans l'article 10.5(b) ne seraient pas d'application.

49. Le refus du défendeur de respecter les ordonnances du Tribunal constitue une violation des obligations contractuelles de l'Organisation à se conformer au Statut du Tribunal, outre une violation des obligations qui lui incombent en vertu des instruments. Le droit du fonctionnaire au respect du défendeur à l'égard de cet aspect du contrat de travail est précieux même s'il ne peut être quantifié. Toutefois, comme le Tribunal a procédé à certains ajustements dans l'intérêt de la justice pour contrebalancer le préjudice causé au requérant, le montant des dommages-intérêts à ce titre est relativement limité, voire symbolique. Je fixe donc le montant des dommages-intérêts au titre de cette violation à 10 000 dollars des États-Unis.

50. Si le requérant perçoit un revenu émanant d'une activité professionnelle personnelle entre le moment où il prend sa retraite et la date d'expiration théorique du contrat supplémentaire, il doit alors être déclaré dans son intégralité et le montant net (après impôts) doit être déduit de la somme versée. À cet égard, le requérant est tenu de fournir au Tribunal une preuve de ses revenus, conformément à l'ordonnance ci-dessous.

51. Il convient d'apporter des ajustements au montant fixé en raison des dispositions de l'article 10.5(b) du Statut du Tribunal. Comme j'ai déjà évoqué les effets de cet article dans le jugement *Beaudry*, il est inutile de les rappeler ici. Il en résulte que, en dehors de toute situation financière personnelle difficile ou de toute autre disparité importante de nature à opposer l'exception, le montant total que j'ai ordonné de verser devra être réduit afin de respecter les limites fixées. Je ne suis pas en mesure de déterminer ce montant final sans les informations relatives à la somme qui doit être versée conformément à mes ordonnances et à la somme calculée en vertu

de l'article 10.5(b). Si le requérant souhaite fournir une preuve attestant des difficultés majeures auxquelles il doit faire face en raison de l'application du plafond imposé par cette disposition, il doit alors déposer et signifier ladite preuve qui peut revêtir dans un premier temps la forme d'une déclaration signée.

52. J'en arrive à la question des dépens auxquels, en vertu de l'article 10.6 du Statut du Tribunal, une partie qui « a manifestement abusé de la procédure » peut être condamnée. Il est clair, en l'espèce, que le défendeur a agi de la sorte, pour les raisons déjà largement évoquées dans mes ordonnances précédentes et le présent jugement. Il est donc inutile de les passer de nouveau en revue. Ce montant est destiné à régler les débours et dépens qui sont payés ou doivent être payés par l'autre partie à la procédure. L'abus de procédure constitue l'élément déclencheur ou la condition préalable pour délivrer une ordonnance aux fins du paiement des dépens. Les dépens qui doivent être payés ne sont pas limités à la composante de l'affaire susceptible d'être liée directement à l'abus. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la formulation de l'article, qui ne prévoit pas que les dépens doivent être limités de cette manière. Cela ne signifie pas que le Tribunal n'est pas doté d'un pouvoir discrétionnaire de limiter le montant des dépens ou les éléments au titre desquels ils sont exigibles, mais en l'espèce, la justice n'a aucune raison de procéder de la sorte. Par souci d'exhaustivité, j'observe que les montants exigibles en vertu de cet article ne sont pas concernés par le plafond fixé dans l'article 10.5(b).

53. Il est ordonné au défendeur de payer tous les dépens raisonnablement supportés par le requérant, notamment tous les décaissements, directement encourus au titre du présent contentieux depuis le 1^{er} juillet 2009. Le niveau des dépens doit être équivalent à celui en général payé dans l'État de New York pour des activités de ce type dans une cour ou un tribunal qui traite les conflits de travail. Le conseil du requérant a indiqué le montant de 25 000 dollars des États-Unis, aussi bien dans la première que dans la deuxième affaire. Bien que mon expérience en matière de niveau des dépens se limite à l'Australie, je pense qu'il est juste de dire que cette somme semble bien inférieure au montant qu'aurait fixé un procureur dans ce pays et, à mon sens, au montant qui serait établi dans une affaire de ce type à New York. Les

dépens sont supportés dans la grande majorité des cas dans le cadre de la première affaire. Par conséquent, sous réserve des dispositions ci-après, j'ordonne que le défendeur verse au requérant la somme de 22 000 dollars des États-Unis au titre des dépens, en vertu de l'article 10.6 du Statut du Tribunal. Si le défendeur demande une facture, il doit alors payer les coûts inhérents à son établissement et, si le montant est contesté, chaque partie doit produire des éléments de preuve et présenter des observations à ce sujet, selon les modalités suivantes. Les éléments et les observations doivent être déposés tout d'abord au Greffe afin d'être évalués par le greffier. Si l'une des parties conteste l'évaluation du greffier, la question est alors transférée à un juge du Tribunal qui doit arrêter une décision. Si le montant à payer dans ce cas est inférieur à 18 000 dollars des États-Unis (à l'exclusion des frais d'évaluation), j'ordonnerais (si j'étais le juge) au défendeur de payer à la fois les frais liés à la facturation et à l'évaluation afin de décourager toute procédure inutile. Bien sûr, cette approche ne revêt aucun caractère contraignant pour un autre juge.

Ordonnance

1. La décision du Secrétaire général concernant la nomination du Sous-Secrétaire général du DAES est illégale et adoptée en violation du contrat de travail du requérant.
2. Le défendeur doit déposer et signifier avant le 7 mai 2010 à la fermeture des bureaux, une déclaration des montants à payer au Sous-Secrétaire général au titre de ses émoluments, conformément au paragraphe [45] du présent jugement, ainsi qu'une déclaration du salaire de base net de deux ans qu'il perçoit au titre de ses fonctions.
3. Le requérant doit déposer et signifier les documents suivants, avant le 11 mai 2010 à la fermeture des bureaux :
 - a. Un accord sur les calculs du défendeur ou, à défaut, une évaluation propre assortie d'une explication détaillant la méthode de calcul adoptée;

- b. Une preuve de tous les revenus perçus depuis le départ à la retraite, notamment une déclaration signée sous serment afin d'attester l'exactitude de ces montants; et
 - c. Une preuve, le cas échéant, sur laquelle se fonder pour établir des circonstances exceptionnelles.
4. Le défendeur doit informer le requérant, avant le 14 mai 2010 à la fermeture des bureaux, s'il consent à payer les dépens d'un montant de 22 000 dollars des États-Unis.
5. Si le défendeur l'exige, le requérant doit déposer une déclaration détaillée des débours et dépens avant le 21 mai 2010.
6. Le défendeur doit déposer et signifier avant le 2 juin 2010 à la fermeture des bureaux une réponse à la déclaration des débours et dépens du requérant.
7. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur le montant des dépens avant le 9 juin 2010, le greffier doit alors en être informé sans délai. Le greffier doit alors prendre toutes les mesures pour se conformer à la procédure visée au paragraphe [53] ci-dessus.

(Signé)

Juge Adams

Ainsi jugé le 3 mai 2010

Enregistré au greffe le 3 mai 2010

(Signé)

Hafida Lahiouel, Greffier, New York