

A R R E T

n° 175.265 du 2 octobre 2007

A. 185.266/XI-16.419

En cause : **DELVAUX** Alex,
ayant élu domicile chez
Me H. BARTHOLOMEEUSEN, avocat
rue du Prince Royal 19
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le ministre de la Justice,

ayant élu domicile chez
Me J. BOURTEMBOURG, avocat
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

Partie Intervenante:

ELSLANDER Jean-Claude,

ayant élu domicile chez
Mes B. & L. CAMBIER, avocats,
rue Jean-Baptiste Meunier 22
1050 Bruxelles

LE CONSEIL D'ETAT, XI^e CHAMBRE, SIÉGEANT EN RÉFÉRÉS,

Vu la demande introduite le 27 septembre 2007 par Alex DELVAUX, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de l'arrêté royal du 12 septembre 2007 portant désignation de Jean-Claude ELSLANDER, pour une durée de cinq ans, au mandat de procureur du Roi près le tribunal de première instance de Nivelles, publié par mention au Moniteur belge du 21 septembre 2007;

Vu la requête déposée à l'audience du 1^{er} octobre 2007 par Jean-Claude ELSLANDER qui demande à être reçu en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Vu le dossier administratif et la note d'observations;

Vu l'ordonnance du 27 septembre 2007 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 1^{er} octobre 2007 à 11 heures 30;

Entendu, en son rapport, Mme DEBROUX, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, le requérant et son conseil Me H. BARTHOLOMEEUSEN, avocat, Me J. BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me L. CAMBIER, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, Mme JOTTRAND, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que, par une requête déposée à l'audience du 1^{er} octobre 2007, la partie intervenante, bénéficiaire de l'acte attaqué, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

Considérant que le 15 mars 2002, le Moniteur belge a annoncé la vacance, au 19 novembre 2002, du mandat de procureur du Roi près le tribunal de première instance de Nivelles; que neuf candidats, dont le requérant, juge fiscal au tribunal de première instance de Mons, et la partie intervenante, juge d'instruction au tribunal de première instance de Nivelles, ont posé leurs candidatures à ce mandat; que les avis prescrits par l'article 259*quater*, § 2, 1/, 2/ et 3/, du Code judiciaire ont été requis et émis; que le 27 juin 2002, après audition des candidats, la commission de nomination et de désignation francophone du Conseil supérieur de la Justice a procédé, à la majorité des deux tiers des suffrages émis, à la présentation de Jean-Claude ELSLANDER au mandat à pourvoir; que par arrêté royal du 25 septembre 2002, cette présentation a été refusée, au motif qu'elle est entachée d'un manque de motivation, en ce que les titres et mérites des candidats n'ont pas été comparés de façon identique et objective; que le 3 octobre 2002, la commission de nomination et de désignation francophone du Conseil supérieur de la Justice a maintenu, à la majorité des deux tiers des suffrages émis, la présentation de Jean-Claude ELSLANDER au mandat à pourvoir et a transmis cette présentation à la partie adverse, le 15 octobre 2002; que par un arrêté royal du 11 novembre 2002, la partie intervenante a été nommée substitut du procureur du Roi près le tribunal de première instance de Nivelles et a en outre été désignée au mandat de procureur du Roi près ce tribunal pour un terme de sept ans, en remplacement de M. DEPRÊTRE, admis à la retraite; qu'il s'agit de la décision attaquée dans le cadre du recours enrôlé sous

le numéro A. 131.645/XI-15.725; qu'en raison du rapport du membre de l'auditorat chargé de l'instruction de ladite cause, concluant à l'annulation de l'acte attaqué, l'arrêté royal du 11 novembre 2002 a été retiré par un arrêté royal du 25 avril 2007, publié par mention au Moniteur belge du 27 avril 2007; qu'interrogées, le 23 mai 2007, sur leurs intentions suite à ce retrait, les parties requérante et intervenante ont, toutes deux, manifesté leur volonté de maintenir leur candidature à la fonction à pourvoir, respectivement par lettres des 28 et 25 mai 2007; que, par une lettre du 1^{er} juin 2007, la partie adverse a rappelé au président de la commission de nomination et de désignation francophone du Conseil supérieur de la Justice, le retrait de l'arrêté royal du 11 novembre 2002 et les raisons de la proposition de l'annulation de cet acte formulée par l'auditeur rapporteur en charge du dossier, a transmis la liste des candidats pour le mandat à pourvoir, et "suite à [leur] réunion de travail du 22 mai 2007 avec [son] représentant, [se permettait] de [lui] suggérer, comme convenu, d'auditionner les candidats pour le 15 juin 2007 et de [lui] transmettre une présentation pour le 1^{er} juillet 2007 au plus tard"; que le 15 juin 2007, la commission de nomination et de désignation francophone du Conseil supérieur de la Justice a décidé de "retirer sa présentation du 3 octobre 2002 déposée au SPF Justice le 15 octobre 2002" et qu'après l'audition des candidats restant en lice, elle a procédé, à la majorité des deux tiers des suffrages émis, à la présentation de Jean-Claude ELSLANDER au mandat à pourvoir; que par un arrêté royal du 12 septembre 2007, la partie intervenante a été nommée substitut du procureur du Roi près le tribunal de première instance de Nivelles et a en outre été désignée, sans effet rétroactif, au mandat de procureur du Roi près ce tribunal pour un terme de cinq ans, en remplacement de M. DEPRÊTRE, admis à la retraite; qu'il s'agit de la décision attaquée;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant qu'en outre le recours à la procédure d'extrême urgence qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel et ne peut être admis qu'en cas d'imminence du péril que la procédure de suspension a pour objet de prévenir et qu'à la condition que le requérant ait fait toute diligence pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'Etat dès que possible; qu'il appartient à celui qui entend recourir à cette procédure d'exposer de manière concrète et précise, dans sa demande de suspension, les circonstances qui, selon lui, rendent nécessaire le recours à la procédure d'extrême urgence;

Considérant que l'acte attaqué a été porté à la connaissance du requérant par un courrier du 18 septembre 2007, et publié par mention au Moniteur belge du 21 septembre 2007; qu'en introduisant la présente demande dès le 27 septembre 2007, le requérant a fait toute diligence pour saisir le Conseil d'Etat dès que possible, et que sa propre attitude ne dément pas l'extrême urgence de la cause alléguée;

Considérant que le requérant justifie le recours à la procédure d'extrême urgence, par le "parti pris évident" de la "seconde présentation qui fonde l'arrêté royal du 11 novembre 2002", "poussé à son paroxysme dans la troisième présentation qui constitue l'unique fondement de l'acte" attaqué, par le fait que la partie adverse a tardé à reconnaître les illégalités du premier arrêté royal de désignation, alors que celui-ci aurait pu et dû être retiré "fin 2003 au plus tard", en sorte qu'il a pu sortir ses pleins effets durant près de quatre ans et demi, et que, certes, la partie adverse a "mis un terme à cette situation de non droit" et au préjudice ainsi subi par le requérant, par l'arrêté royal de retrait d'avril 2007 mais que, cinq mois plus tard, elle "a fait choix de prendre une décision confirmative dans le cadre de la procédure initiale réactivée de façon illicite" par une troisième présentation par la commission de désignation, non prévue par le Code judiciaire, tentant ainsi de profiter, comme par le passé, de la durée de la procédure "classique" au Conseil d'Etat que le requérant est à nouveau contraint d'introduire; qu'il considère que ces circonstances particulières conduisent à provoquer, à son détriment, un véritable "dénier de justice" et que seul le recours à la procédure d'extrême urgence peut constituer un recours utile et la réponse adéquate "à la stratégie procédurale choisie par la partie adverse"; qu'il ajoute que l'arrêté royal attaqué "est exécutoire et aura des effets à brefs délais que le requérant a intérêt à voir empêcher", tel, dès la prestation de serment, le retour en fonction du candidat présenté, et qu'il "estime le temps venu que survienne une solution juridictionnelle à sa postulation de 2002 et que cessent les effets dilatoires délibérément recherchés pour empêcher cette solution"; qu'à titre d' "effets immédiats de l'arrêté entrepris", le requérant soutient qu'il est probable que la durée d'exercice du mandat par l'intervenant sur la base de l'arrêté royal de désignation retiré soit déduite de la durée du mandat de cinq ans conféré par l'acte présentement attaqué, en sorte que "cette imputation conduira à son renouvellement pour une période de 5 ans, fin 2007, ce que la procédure classique de suspension est [...] incapable d'empêcher"; qu'il constate que paradoxalement, c'est sa contestation initiale qui a permis de faire passer le mandat du candidat présenté de sept ans (non renouvelable) à deux fois cinq ans, soit dix ans, et que sans son recours initial, il aurait pu postuler l'emploi en 2008, alors qu'à présent, "la publication de la vacance n'est pas à attendre avant 2011";

Considérant que pour établir le préjudice grave difficilement réparable qu'il tend à prévenir en introduisant la présente demande de suspension, le requérant

fait valoir que la technique du retrait *in extremis* suivie d'une troisième présentation illicite, choisie par l'autorité qui est à l'origine d'une décision illégale et "partisane", permet "la perpétuation illégale d'un véritable déni de justice" puisque la partie adverse a empêché le Conseil d'Etat de se prononcer, gelant à nouveau la solution qui s'imposait "en relançant grâce à de nouvelles et multiples illégalités, un nouveau délai", que le rejet de l'actuelle demande de suspension conduirait à la constatation à terme que le requérant n'aura pas, en l'espèce, bénéficié d'un recours effectif, que si tout candidat à un emploi de la fonction publique s'expose à un échec, "cette appréciation ne saurait être approuvée lorsque, comme en l'espèce, l'évincement ne découle pas de la marge d'appréciation admissible que possède l'autorité, mais résulte d'un manque évident d'impartialité et de nombreuses violations de la loi", qu'étant victime d'un tel traitement discriminatoire, le requérant subit un préjudice moral grave, qui résulte aussi de la manière dont la partie adverse éclaire la presse, et que s'il peut, en cas d'annulation de l'acte, n'être plus en mesure de saisir sa chance d'être désigné, ce ne serait nullement en raison de l'évolution de sa situation professionnelle, "mais bien [de] l'action néfaste de la partie adverse qui empêche tout recours d'aboutir"; qu'enfin, il expose en substance que "cette situation d'enlèvement procédural que provoque la partie adverse permet au candidat présenté de faire valoir une expérience en qualité de chef de corps depuis 2002, valorisable dans le cadre de sa carrière pour une désignation ultérieure, ce qui ne sera pas le cas du requérant", puisqu'il suffit à la partie adverse, comme par le passé, d'empêcher le Conseil d'Etat de constater l'illégalité de la désignation querellée en retirant l'acte à la veille d'un arrêt d'annulation pour éviter que l'expérience du candidat présenté fasse l'objet d'une "déclaration d'illégalité"; qu'il ajoute qu'à défaut de suspension, lui-même ne pourra acquérir semblable expérience et se trouvera donc anormalement déforcé dans le cadre d'une postulation d'une promotion future, alors qu'en égard à son âge, "les dernières mises en compétition utiles s'annoncent maintenant pour lui, avec pour conséquence qu'il lui est essentiel d'avoir l'opportunité de pouvoir acquérir sans délai l'expérience de la gestion d'un parquet d'instance";

Considérant que le risque de préjudice grave difficilement réparable, requis pour que la suspension de l'exécution d'un acte administratif puisse être ordonnée, doit, aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, résulter de "l'exécution immédiate de l'acte" attaqué; que doivent, en conséquence, être rejetées toutes les critiques émises, en l'espèce, pour justifier le recours à la procédure d'extrême urgence et pour établir un risque de préjudice grave difficilement réparable, qui concernent la procédure antérieure ayant, en définitive, conduit au retrait de l'acte attaqué en 2002, retrait qui a donné satisfaction au requérant, et qu'il n'a d'ailleurs pas attaqué; qu'il en va de même de la critique émise quant aux propos prétendument tenus par la partie adverse face à la presse écrite, ce qu'au demeurant, la pièce déposée à l'appui de

l'argumentation n'établit pas, puisque l'article de presse produit est largement antérieur à l'adoption de l'acte présentement attaqué;

Considérant que le risque de préjudice et l'imminence de celui-ci, tels que décrits en termes de requête, résulteraient aussi du caractère éventuellement non effectif des recours prévus par la législation belge; que cependant cette législation institue un recours effectif, étant la demande de suspension d'un acte administratif illégal, introduite dans les conditions que la loi prévoit; que l'existence d'un tel recours est démontrée en l'espèce par le requérant lui-même, qui l'a introduit et qui obtient un arrêt le lendemain de l'audience et dans les cinq jours de son introduction; qu'à cet égard, l'effectivité d'un recours ne dépend évidemment pas de la certitude d'une issue favorable; que le Conseil d'Etat relève aussi que les a) et b) de l'article "3" du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York, le 19 décembre 1966, cités en termes de requête à l'appui de l'argument, n'existent pas, l'article 3 précité ne comportant qu'un seul alinéa comprenant une seule et unique phrase, sans subdivision;

Considérant ensuite qu'il résulte des termes clairs de l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, que deux conditions cumulatives doivent être remplies pour que la suspension de l'exécution d'un acte administratif puisse être ordonnée et qu'en règle il ne suffit pas de prétendre au caractère sérieux des moyens pour que le préjudice grave difficilement réparable soit établi; qu'à supposer que le préjudice moral invoqué soit grave, le requérant n'établit nullement qu'il serait difficilement réparable, ni notamment que ce préjudice serait d'une gravité telle qu'il ne pourrait être utilement réparé par un éventuel arrêt d'annulation;

Considérant encore qu'en principe, l'autorité investie du pouvoir de nomination, si elle est amenée à recommencer ou à reprendre une procédure de nomination après un arrêt d'annulation, ne peut pas tenir compte, dans l'appréciation des titres et mérites des candidats, de l'expérience acquise par ceux-ci dans l'exercice des fonctions inhérentes à la nomination annulée; qu'en l'espèce, en termes de requête, la partie requérante ne craint expressément l'expérience éventuellement acquise irrégulièrement par la partie intervenante que dans l'hypothèse d'être, à nouveau, en compétition avec elle "dans le cadre d'une promotion future"; que ce risque de préjudice est trop hypothétique pour pouvoir être pris en considération, rien n'indiquant concrètement que les parties requérante et intervenante puissent un jour se retrouver en compétition, au cours d'une même procédure, pour un même emploi supérieur;

Considérant enfin que l'arrêté royal attaqué n'est manifestement pas rétroactif, de sorte que l'argumentation du requérant qui tend à prouver l'urgence sur

la base du fait que la durée d'exercice du mandat par l'intervenant sur la base de l'arrêté royal de désignation retiré sera déduite de la durée du mandat de cinq ans conféré par l'acte présentement attaqué, manque en fait;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que ni le risque de préjudice grave difficilement réparable allégué, ni, *a fortiori*, l'urgence à statuer en la présente cause, ne sont établis en l'espèce,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par Jean-Claude ELSLANDER dans la procédure en référé est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre des référés, le deux octobre deux mille sept, par :

M. MESSINNE,	président de chambre,
M. VANHAEVERBEEK,	conseiller d'Etat,
Mme DEBROUX,	conseiller d'Etat,
Mme MOREL,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

C. MOREL .

J. MESSINNE .