

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

IXe CHAMBRE

A R R Ê T

n° 206.430 du 6 juillet 2010

A. 172.839/IX-5310

En cause : Pierre LEFRANC,
assisté et représenté par
Veerle Tollenaere et Tom De Sutter, avocats
ayant leur cabinet à Gand
Koning Albertlaan 128
où il est fait élection de domicile

contre :

l'ÉTAT BELGE, représenté par le ministre de
l'Intérieur
assisté et représenté par
Patrick Peeters, avocat
ayant son cabinet à Bruxelles
chaussée de la Hulpe 120
où il est fait élection de domicile

Partie intervenante :

Chantal BAMPS,
assistée et représentée par
Dirk Lindemans, avocat
ayant son cabinet à Bruxelles
boulevard de l'Empereur 3
où il est fait élection de domicile

I. Objet de la demande

1. Le recours, introduit le 10 mai 2006, a pour objet l'annulation de l'arrêté royal du 5 mars 2006 nommant Chantal Bamps, auditeur au Conseil d'État, conseiller d'État.

II. Déroulement de la procédure

2. La partie défenderesse a introduit un mémoire en réponse et le requérant a introduit un mémoire en réplique.

La partie intervenante a introduit une requête en intervention. L'intervention a été accueillie par ordonnance du 2 juin 2006. La partie intervenante a introduit un mémoire.

Walter Van Noten, premier auditeur chef de section, a rédigé un rapport.

Le requérant a introduit une demande de poursuite de la procédure et un dernier mémoire. La partie défenderesse a introduit un dernier mémoire.

Les parties ont été convoquées à l'audience, qui a eu lieu le 18 mai 2010, à 14.30 heures.

M. Johan Bovin, conseiller d'État, a fait rapport.

Me Veerle Tollenaere, avocat, qui comparaît pour le requérant, Me Patrick Peeters, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse et Me Dirk Lindemans, avocat, qui comparaît pour la partie intervenante, ont été entendus.

Walter Van Noten, premier auditeur chef de section, a donné un avis.

Il a été fait application des dispositions sur l'emploi des langues, énoncées au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Les faits

3.1. Le Moniteur belge du 14 septembre 2005 publie la vacance d'un emploi de conseiller d'État d'expression néerlandaise.

3.2. À la suite de cette publication, sept candidatures sont introduites, parmi lesquelles celle du requérant et de la partie intervenante.

3.3. Le 6 décembre 2005, l'assemblée générale du Conseil d'État délibère au sujet de la présentation d'une liste de trois candidats. Le requérant est présenté comme premier candidat, Bert Thys comme deuxième et Jeroen Van Nieuwenhove comme troisième. La motivation de cette présentation est la suivante :

« 1. Sept candidatures ont été introduites.

Tous les candidats remplissent les conditions de capacités requises de conseillers d'État.

2. Vu le fait que des sept candidats, quatre appartiennent à l'auditorat du Conseil d'État, (Chantal Bamps, Peter Sourbron, Bert Thys et Jeroen Van Nieuwenhove), les trois autres étant des "externes" (Pierre Lefranc, Francis Van Nuffel et Stephan Wyckaert), l'assemblée générale a d'abord examiné la proportion actuelle entre les anciens auditeurs et les externes au sein du Conseil. Selon l'article 70, § 2, alinéa 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les conseillers sont nommés pour moitié au moins de leur nombre parmi les membres de l'auditorat et du bureau de coordination. Au total il y a actuellement 25 anciens auditeurs et 18 externes; du côté néerlandophone la proportion est de 13 auditeurs - 8 externes, du côté francophone la proportion est de 12 auditeurs - 10 externes.

Il est donc légalement possible à présent de nommer un candidat externe. Du côté néerlandophone, cela serait même souhaitable pour compenser un certain déséquilibre au détriment des externes, pour autant évidemment que les candidats externes puissent se prévaloir de titres et de mérites au moins comparables avec ceux des candidats de l'auditorat.

3. Les quatre candidats de l'auditorat ont déjà posé précédemment leur candidature à la fonction de conseiller d'État pour laquelle l'assemblée générale a fait une présentation le 10 mai 2005. À cette date, l'assemblée générale a proposé les candidats suivants : 1. Wilfried Van Varenbergh (entre-temps nommé conseiller d'État); 2. Bert Thys; 3. Jeroen Van Nieuwenhove. Concernant les quatre candidats visés l'assemblée générale n'aperçoit pas de raison de s'écarter des choix faits le 10 mai 2005. Cela signifie que parmi ces candidats, Bert Thys et Jeroen Van Nieuwenhove ont été classés à la première et la deuxième place, et qu'il faut le cas échéant choisir entre Chantal Bamps et Peter Sourbron pour déterminer qui aurait la troisième place.

Aucun des trois candidats externes n'a déjà posé sa candidature antérieurement. L'assemblée générale a vérifié pour chacun d'eux où ils se situent, compte tenu de leurs titres et mérites par rapport aux deux candidats présentés le 10 mai 2005. L'assemblée générale a abouti à la conclusion à cet égard que les titres et mérites de Pierre Lefranc sont d'un tel ordre qu'ils font de lui le candidat le plus apte parmi les externes. Compte tenu également du fait qu'il est souhaitable de veiller à l'apport d'externes du côté néerlandophone au sein du Conseil d'État, l'assemblée générale estime par ailleurs que dans le cadre de la présente vacance d'emploi, Pierre Lefranc mérite la préférence sur Bert Thys et Jeroen Van Nieuwenhove. Les titres et mérites des deux autres externes, Francis Van Nuffel et Stephan Wyckaert sont actuellement jugés moins grands que ceux de Bert Thys et Jeroen Van Nieuwenhove; dans ces circonstances ils ne sont pas retenus dans la présentation.

4. Vu les éléments qui précèdent, le Conseil aboutit dès lors à la présentation des candidats suivante :

- premier candidat : Pierre Lefranc,
- deuxième candidat : Bert Thys,
- troisième candidat : Jeroen Van Nieuwenhove.

La motivation spécifique pour chacun des candidats, qui se lira en combinaison avec les considérations d'ordre général qui précèdent, s'énonce comme suit :

a. Premier candidat : Pierre Lefranc

Né en 1960, juge au Tribunal de première instance de Gand depuis 2002.

Il est titulaire du diplôme de licencié en droit. Avocat pendant 12 ans au barreau de Gand. Pendant cette période, il a également été pendant 6 ans et pendant encore 9 mois par la suite, assistant à mi-temps à la Universiteit Gent. Il est l'auteur de nombreuses publications.

Comme avocat et collaborateur scientifique, ce candidat s'est spécialisé en droit administratif. Comme juge également, il traite actuellement d'affaires dans le secteur du droit public, à savoir l'aménagement du territoire et le droit environnemental. Comme avocat, il a laissé auprès du Conseil d'État le souvenir d'un juriste qui assure bien les affaires qui lui sont confiées. Ses publications montrent qu'il se soucie du contexte dans lequel le droit est élaboré et doit être appliqué. Il fait montre d'une grande maturité et d'une aptitude à coopérer dans un contexte collégial. Par la nomination de ce candidat, le Conseil s'enrichirait grâce à l'expérience d'un juriste compétent qui a déployé une activité variée en dehors du Conseil.

b. Deuxième candidat : Bert Thys

Né en 1960, premier auditeur, première nomination comme magistrat au Conseil d'État en 1994.

Il était fonctionnaire dans une administration locale (province), avant d'être nommé au Conseil d'État. Chargé de cours à la Provinciale Bestuurschool van Antwerpen. Auteur d'un nombre de publications.

Au sein du Conseil, ce candidat est apprécié et respecté. Il fait montre d'une grande maturité et force de travail. Il fait preuve d'ouverture d'esprit et de flexibilité, qualités qui lui permettent d'adapter sans problème à la lumière d'arguments raisonnables des points de vue adoptés précédemment. Ses rapports sont nuancés et précis, et très utiles pour le Conseil. Il fait montre d'une attitude collégiale.

c. troisième candidat : Jeroen Van Nieuwenhove

Né en 1968, auditeur, première nomination comme magistrat au Conseil d'État en 1998.

Était assistant en droit constitutionnel et fonctionnaire à mi-temps au Sénat avant d'être nommé au Conseil d'État. Il est l'auteur de nombreuses publications.

Ce candidat est présenté en dépit de son ancienneté plutôt réduite. Le Conseil apprécie la maturité, le sens de l'initiative, la force de travail et la vision de ce candidat. Dans ses rapports, ce candidat fait des analyses très approfondies et n'évite pas les problèmes. Souvent, il invite le Conseil à réfléchir de manière critique sur la jurisprudence et la législation établies. Il se soucie également de manière concrète du fonctionnement efficace du Conseil.

5. Les candidats suivants ne sont pas classés (par ordre alphabétique) :

- Chantal BAMPS
Née en 1960, auditeur, première nomination comme magistrat au Conseil d'État en 1997. Ancienneté relativement limitée.
- Peter SOURBRON
Né en 1966, auditeur, première nomination comme magistrat au Conseil d'État en 1996. Ancienneté relativement limitée.
- Francis VAN NUFFEL
Né en 1968, avocat au barreau de Bruxelles. Possède une bonne expérience pratique du droit public mais semble s'orienter plutôt vers une carrière auprès des cours et tribunaux.
- Stephan WYCKAERT
Né en 1961, collaborateur post-doctorant à la Universiteit Gent et avocat au barreau d'Anvers.
Possède surtout un profil académique. Offre moins de garanties pour fonctionner au sein d'une juridiction, où collégialité, aptitude à communiquer et une certaine souplesse sont importantes. »

4. La liste des candidats n'ayant pas été présentée à l'unanimité par le Conseil d'État, la Chambre des représentants ou le Sénat avaient le droit, conformément à l'article 70, § 1, alinéa 7, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, de soit confirmer la liste présentée par le Conseil d'État, soit présenter une deuxième liste de trois noms qui fait l'objet d'une motivation formelle.

5. Le 12 janvier 2006, l'assemblée plénière du Sénat délibère au sujet de la présentation d'une liste de trois candidats. Le sénateur Francis Delpérée fait rapport dans les termes qui suivent au sujet des travaux de la Commission de l'Intérieur et des Affaires administratives :

« Conformément à l'article 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il doit être pourvu à une fonction de conseiller d'État dans le cadre néerlandophone du Conseil d'État.

Comme l'assemblée générale du Conseil d'État n'a pas présenté de candidat à l'unanimité, il appartient au Sénat, en vertu de l'article 70, §1^{er}, alinéas 2 à 12, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, soit de proposer une deuxième liste de candidats pour une place vacante de conseiller d'État près du Conseil d'État, soit de confirmer la liste présentée par le Conseil d'État.

L'article 70, §1^{er}, prévoit à cet égard que le Sénat peut entendre les candidats.

Lors de sa réunion du 22 décembre 2005, le Bureau a demandé à la Commission de l'Intérieur et des Affaires administratives de procéder à de telles auditions.

À cette fin, les sept candidats à la fonction de conseiller d'État ont été invités par le Président de la commission à une audition le 10 janvier 2005. La commission a entendu : Mme Chantal Bamps, auditeur au Conseil d'État ; M. Pierre Lefranc, juge au tribunal de première instance de Gand ; M. Peter Sourbron, auditeur au Conseil d'État ; M. Bert Thys, premier auditeur au Conseil d'État ; M. Jeroen Van Nieuwenhove, auditeur au Conseil d'État ; M. Stephan Wyckaert, avocat au barreau d'Anvers.

Un candidat, M. Francis Van Nuffel, avocat au barreau de Bruxelles, a fait savoir qu'il se désistait et ne s'est pas présenté à l'audition.

Considérant :

- Que les curriculum vitae ont été communiqués aux membres de la commission ;
- Que les candidats ont été entendus par la commission à huis clos ;
- Que tous les sénateurs ont eu l'occasion d'assister à cette audition ;
- Qu'après l'audition, la commission a tenu un débat à huis clos, au cours duquel ont été effectués une comparaison et une mise en balance des titres et mérites des différents candidats.

La commission a donné aux titres et mérites respectifs des candidats sa propre appréciation et a décidé de ne pas suivre la liste de candidats présentés par le Conseil d'État. La commission estime notamment qu'il est important que plus de chances soient données à des candidats externes au Conseil d'État, ainsi qu'à des candidates de sexe féminin.

La commission n'a toutefois pas trouvé de consensus pour présenter au ministre de l'Intérieur une deuxième liste de trois noms.

Le présent rapport a été approuvé par 12 voix et 2 abstentions. »

La séance plénière du Sénat procède ensuite aux scrutins secrets distincts pour la présentation d'un premier, d'un deuxième candidat, d'un troisième candidat à l'emploi vacant de conseiller d'État. Le résultat en est que la partie

intervenante est présentée comme première candidate, Pierre Lefranc comme deuxième candidat et Bert Thys comme troisième candidat.

6. Le 10 février 2006, la liste triple de candidats présentée par l'assemblée générale du Conseil d'État et la liste triple de candidats présentée par le Sénat est publiée au Moniteur belge.

7. Par arrêté royal du 5 mars 2006, la partie intervenante est nommée conseiller d'État. La motivation de l'arrêté royal est la suivante :

«Considérant que Madame Chantal BAMPs, née à Tirlemont le 10 septembre 1960, est détentrice de trois titres universitaires ; qu'en 1982, elle a obtenu à la « Vrije Universiteit Brussel » une licence en sciences politiques avec distinction; que, dans la même université, elle a ensuite obtenu en 1984 une licence spéciale en droit international pour enfin obtenir en 1993, une licence en Droit avec grande distinction; que, comme il apparaîtra ci-après, l'intéressée a obtenu cette dernière licence alors qu'elle était déjà membre du personnel du Conseil d'État; qu'après une courte expérience professionnelle au service du personnel du CPAS d'Etterbeek (1^{er} janvier 1983 – 1^{er} juillet 1983) et en tant que collaboratrice dans un cabinet d'avocats (septembre 1984 - août 1985), elle est entre-temps devenue, en novembre 1985, secrétaire d'administration au Conseil d'État; qu'en cette qualité, elle a successivement été affectée au service du personnel (novembre 1985 – mars 1986), sa mission étant d'assurer le suivi des affaires en matière de statut et de personnel, ensuite au bureau de coordination (mars 1986 – mars 1992) où elle était chargée de missions diverses propres au bureau de coordination; qu'enfin, elle a été affectée à la section d'administration de mars 1992 à mars 1997 (lisez : contentieux administratif), où elle a exercé les fonctions de greffier assumé pendant cinq ans; qu'en cette dernière qualité, elle a également été chargée de fournir une assistance juridique aux magistrats des chambres en matière de contentieux des étrangers et ensuite en matière d'aménagement du territoire ainsi que d'assurer la coordination pour les besoins des membres de la chambre, de la législation sur les étrangers et d'effectuer des travaux de recherche en faveur des membres de la chambre; qu'elle a ultérieurement participé à un concours de recrutement d'auditeur adjoint et de référendaire adjoint au Conseil d'État auquel elle s'est classée lauréate; qu'elle a ensuite été nommée successivement, par arrêté royal du 20 février 1997, en qualité de référendaire adjoint au bureau de coordination du Conseil d'État, par arrêté royal du 8 septembre 1997, en qualité d'auditeur adjoint au Conseil d'État, et le 19 avril 1999 en qualité d'auditeur au Conseil d'État; qu'en sa qualité de membre de l'auditorat, elle a été chargée de la rédaction de rapports en matière d'aménagement du territoire et depuis septembre 2005, en matière d'environnement; qu'elle travaille donc depuis plus de vingt ans déjà au Conseil d'État, dont près de 9 années comme magistrat (18 mars 1997 à ce jour), période qui a été précédée de 5 années de fonction en qualité de greffier assumé à la section d'administration (mars 1992 – mars 1997); qu'il ressort des données chiffrées jointes à son acte de candidature qu'en sa qualité de membre de l'auditorat, Mme Ch. BAMPs a établi au cours des cinq dernières années judiciaires, 135 rapports par année judiciaire en moyenne, dont 80 rapports en référé en moyenne; qu'il s'agit en l'occurrence d'une moyenne élevée; qu'un certain nombre de ces rapports ont été repris dans des publications

scientifiques, qu'il est en outre établi que Madame Ch. BAMPS est active sur le plan scientifique - ce qui ressort de ses publications scientifiques – en tant que coauteur ou auteur d'articles publiés dans des revues scientifiques spécialisées – aussi bien dans le domaine du droit civil que dans divers domaines du droit administratif (loi sur les étrangers, publicité de l'administration, compétence du Conseil d'État) ; qu'en raison notamment de ses publications scientifiques, elle a été désignée à partir du 1^{er} juin 2005, en tant que collaboratrice scientifique bénévole auprès du « Vakgroep Staats- en Bestuursrecht » (Unité d'enseignement et de recherche Droit constitutionnel et administratif) à la Vrije Universiteit Brussel; qu'enfin, elle a été nommée par le Gouvernement flamand le 22 juillet 2005 membre-magistrat du « Hoge Raad voor Herstelbeleid » (Conseil Supérieur de la politique de relance) ;

Considérant qu'il ressort des données qui précèdent et, plus spécialement, des données relatives aux études qu'elle a effectuées et aux circonstances dans lesquelles celles-ci se sont poursuivies ainsi que des résultats qu'elle a obtenus dans ce cadre que Mme Ch. BAMPS témoigne d'un grand dévouement et d'une grande persévérance; qu'en raison des différentes expériences professionnelles qu'elles a acquises non seulement en dehors du Conseil d'État mais aussi en dehors (lire : au sein) de celui-ci, elle témoigne d'une connaissance approfondie de l'institution qui lui permet de se familiariser sans difficulté avec le fonctionnement du Conseil et ce avec une grande maturité; qu'elle témoigne en outre, de manière constante, d'un très haut rendement en qualité de magistrat du Conseil d'État – ce qui laisse supposer qu'elle sera en mesure de parvenir à un rendement tout aussi élevé en qualité de conseiller d'État - ; que la circonstance qu'elle fasse preuve d'un rendement élevé dans les dossiers de suspension démontre qu'elle est capable de résister à une pression de travail élevée; que ce rendement témoigne également d'une grande flexibilité, impression qui se trouve renforcée par le fait qu'à l'auditorat, elle peut actuellement être chargée sans la moindre difficulté du traitement de diverses matières telles que l'urbanisme et le droit de l'environnement; que cette flexibilité ne l'empêche pas d'être également attentive au contexte dans lequel se développe le droit qu'elle est appelée à appliquer dans ces cas concrets, ce qui ressort du fait qu'elle reste également active sur le plan scientifique et du fait qu'elle a récemment été désignée comme membre d'un conseil consultatif régional chargé de prendre des mesures de sauvegarde, sans pour autant perdre de vue sa fonction principale de magistrat; que son expérience est en outre polyvalente et est de nature à lui permettre de participer directement et à part entière aux activités du Conseil d'État; que dans la mesure où, en qualité de membre d'un organe consultatif collégial, elle a collaboré en tant qu'auteur ou coauteur à différentes publications, elle est apte à prêter sa collaboration dans un cadre collégial ; que les exigences en matière de force de travail et de rendement, d'expérience utile, de maîtrise actuelle de certaines matières juridiques traitées par le Conseil d'État, l'intérêt qu'elle porte à ces matières où elle fait preuve d'une flexibilité et capacité d'adaptation certaines, l'engagement et l'intérêt scientifiques dont elle fait preuve, sa capacité à faire face à un volume de travail élevé, la collégialité et la souplesse certaines qu'elle a démontrées, sont des critères d'appréciation importants pour la fonction à conférer ; que les titres et mérites de Mme Ch. BAMPS, tels qu'ils ont été ci-dessus exposés et examinés, font d'elle la candidate la plus apte à exercer la fonction de conseiller d'État;

Considérant que dans sa composition actuelle, le Conseil d'État compte quarante-quatre membres ; que sur ce nombre, seuls sept membres sont des femmes dont deux présidents de Chambre et cinq conseillers d'État ; que plus particulièrement dans le groupe linguistique néerlandais de vingt-deux membres, il n'y a actuellement qu'une seule présidente de chambre et pour le surplus, pas de conseiller d'État féminin ; qu'il existe donc, au sein du groupe linguistique néerlandais du Conseil d'État, un déséquilibre manifeste entre les deux sexes au détriment du sexe féminin ; que le Sénat a incontestablement tenu compte de cette situation pour ne pas suivre la proposition de l'assemblée générale du Conseil d'État et a en conséquence choisi de présenter une femme comme premier candidat ; que la Haute Assemblée a ainsi fait savoir que lorsque le candidat féminin présenté possède également les titres et les mérites requis comme c'est le cas en l'occurrence, ce candidat doit recevoir la préférence ; que, compte tenu de l'objectif légitime visant à corriger un déséquilibre manifeste existant au détriment des conseillers d'État du sexe féminin, cette mesure correctrice s'impose d'autant plus qu'il a été constaté ci-avant que Mme Ch. BAMPS possède les titres et les mérites requis, lesquels, après évaluation, sont au moins comparables à ceux des trois autres candidats proposés ; que la mesure correctrice proposée l'emporte sans conteste sur l'option défendue par l'assemblée générale du Conseil d'État, à savoir le souhait qu'elle a manifesté de corriger un certain déséquilibre existant au détriment des personnalités extérieures au Conseil d'État ; que ce déséquilibre (13 auditeurs, 8 personnalités extérieures) n'a de toute évidence pas la même ampleur que le déséquilibre entre les deux sexes ; que cette mesure n'est pas disproportionnée compte tenu du déséquilibre manifeste existant ;

Considérant que, compte tenu de l'opportunité de veiller à un apport de conseillers d'État féminins du rôle linguistique néerlandais, d'une part, et vu les titres et mérites, tels que constatés ci-avant, que Mme Ch. BAMPS, fait valoir, d'autre part, il s'indique de proposer le premier candidat présenté par le Sénat, à savoir Mme Ch. BAMPS précitée, à la nomination à la fonction de conseiller d'État ;

Considérant que le candidat présenté satisfait à toutes les conditions de nomination précise prescrites par les dispositions des lois coordonnées précitées ;

Le Moniteur belge du 16 mars 2006 publie cet arrêté de nomination par extrait.

IV. Compétence du Conseil d'État pour connaître du recours

8.1. A cet égard, la partie intervenante énonce dans son mémoire en intervention ce qui suit :

« EN DROIT

1. Préalablement

L'indépendance et l'impartialité des institutions juridictionnelles constituent la règle de base de l'état de droit, formulée notamment à l'article 6 C.E.D.H. et à l'article 14 BUPO. Conformément à la jurisprudence de votre Conseil et de la

Cour de Cassation, il s'agit toutefois en l'occurrence d'une règle fondamentale, qui peut être invoquée indépendamment des dispositions de droit conventionnel.

Sur la base de l'exigence d'indépendance, le collège juridictionnel ne peut pas être soumis à des instructions externes. L'exigence d'impartialité suppose que le collège juridictionnel et ses membres n'avantagent aucune des parties à la cause ou qu'ils soient tentés de le faire sur la base d'un préjugé quelconque.

Dans ce contexte, il est de tradition de distinguer l'impartialité subjective de l'impartialité objective. L'impartialité subjective ou personnelle implique que le juge ne puisse avoir de conviction ni d'opinion toute faite préalable à l'égard d'une partie au litige, ce qui est présumé jusqu'à preuve contraire. Cette supposition ne s'applique toutefois pas à l'égard de l'impartialité objective ou structurelle, qui implique que le système juridique et l'organisation judiciaire doivent présenter les garanties nécessaires pour exclure tout doute légitime quant à une partialité possible, conformément à l'adage *Justice must not only be done, it must also be seen to be done*. ALEN écrit à ce propos :

" Tout juge dont l'impartialité peut raisonnablement être mise en cause, doit s'abstenir de prendre part à la décision. Il est à cet égard sans importance que le juge en cause ait été en réalité impartial ou non ; il suffit que la possibilité existe et que le doute légitime soit présent à cet égard."

Il est évident que ce qui prévaut pour des magistrats individuels, doit également prévaloir pour des collèges juridictionnels, pris dans leur ensemble.

L'arrêt PROCOLA de la Cour européenne des Droits de l'Homme a très clairement démontré que l'exercice de la fonction consultative et juridictionnelle à l'égard des mêmes actes de puissance publique peut être qualifiée de problématique au regard des développements qui précèdent. Cette haute juridiction a condamné le fonctionnement du Conseil d'État luxembourgeois dans une affaire où ce Conseil avait d'abord rendu un avis sur un projet de règlement à l'encontre duquel des recours en annulation ont été introduits ultérieurement auprès du comité du contentieux du même Conseil.

La doctrine a estimé à juste titre qu'il n'y avait pas lieu que ce type de difficulté se manifeste concernant votre Conseil, celui-ci observant une séparation très stricte entre les sections de législation et d'administration et l'article 61 du règlement de procédure excluant de surcroît qu'un membre de la section d'administration puisse connaître de demandes d'annulation d'actes sur le texte desquels il aurait donné un avis comme membre de la section de législation.

Pourtant, cette solution n'est pas totalement hermétique du fait de la subsistance d'une situation où votre Conseil peut être invité à se prononcer sur un acte qui repose notamment sur une présentation émise par l'Assemblée générale de ce même Conseil. Indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure l'impartialité individuelle des conseillers d'État impliqués en l'espèce est en cause, on ne peut que constater qu'il est demandé à un seul organe de la même institution de statuer sur la pertinence d'un jugement propre, formé

antérieurement, ce qui va à l'encontre des exigences fondamentales de l'impartialité objective.

Votre Conseil a d'ailleurs lui-même mis le doigt sur la plaie puisqu'il nous est donné de lire dans l'avis rendu par la section de législation sur le projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, qui a conduit à la rédaction actuelle de l'article 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'État :

"Étant donné que le Conseil d'État peut être appelé à statuer sur un recours en suspension et en annulation introduit contre la nomination d'un candidat présenté à l'unanimité par l'assemblée générale, il convient de préciser la composition de l'assemblée générale pour ce genre de présentation en réservant la possibilité pour un certain nombre de conseillers de ne pas siéger afin qu'ils puissent se prononcer sur d'éventuels recours. "

Le législateur n'a toutefois pas estimé utile de tenir compte de cette suggestion.

Pourtant, un problème étroitement lié se présente en l'occurrence, même lorsque, dans les circonstances concrètes de l'affaire, l'assemblée générale de votre Conseil n'a pas émis de présentation unanime. Il est demandé à votre Conseil, en tant qu'institution et au-delà des limites séparant les deux sections, de se prononcer sur la légitimité d'un acte, qui doit notamment confrontée à être contrôlée par rapport à une présentation qui a été faite par l'Assemblée générale de votre Conseil. Au regard des principes PROCOLA, nous sommes ici en présence d'une violation manifeste de l'exigence d'impartialité objective, qui doit être respectée par tout collègue juridictionnel.

BERX écrit à juste titre à ce propos :

"L'exercice successif, prescrit ou permis par le droit national (ou la participation à cet exercice), de différentes fonctions publiques (par rapport à un même litige) par le juge, n'est pas compatible avec l'exigence d'impartialité structurelle du juge. A priori, la Cour estime fondée l'apparente absence d'impartialité et la crainte qu'elle peut faire naître chez le justiciable. Dans cette hypothèse, le juge est en effet obligé de statuer sur le bien-fondé de sa propre appréciation antérieure. Puisque le juge a collaboré à l'élaboration d'un acte juridique d'un autre pouvoir public, soumis à son appréciation, ou qu'il a lui-même accompli en tant qu'organe de cet autre pouvoir public, il ne peut plus l'apprécier en tant que juge impartial, en tant que tiers. Sur la base de cette règle, l'impartialité structurelle ou objective des différentes juridictions (administratives) belges peut être contestée."

À cet égard, l'arrêt KLEYN du 6 mai 2003 clarifie davantage encore, si tant est que cela soit possible, les enseignements de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que cette décision énonce que si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'impose aux juridictions nationales aucune forme d'organisation spécifique, il interdit néanmoins que des juges ayant participé à l'adoption d'un avis dans une affaire déterminée, doivent s'abstenir de participer à l'examen du recours concernant cette cause. Dans le cas présent, on ne peut sérieusement contester que les membres de la section administration de votre Conseil

aient participé à l'adoption de l'avis de l'Assemblée générale, et que, partant, ils doivent s'abstenir de l'examen du présent recours.

Dans ces circonstances, la partie intervenante estime qu'il est nécessaire dans cette question susceptible d'avoir d'importantes répercussions sur la possibilité pour votre Conseil de connaître de cette affaire, de poser à la Cour d'arbitrage, une question préjudicielle dans les termes qui suivent :

"L'article 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, combiné ou non avec l'article 14 de ces mêmes lois, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe général de droit de l'impartialité objective des juridictions, tel qu'il est formulé, entre autres, dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que les parties à un litige mettant en cause la légalité d'une nomination de conseiller d'État doivent soumettre ce litige à une juridiction dont les membres ont déjà été associés à une présentation faisant intégralement partie de la procédure de nomination attaquée, alors que d'autres parties litigantes (comme, par exemple, les parties à un litige concernant la nomination d'un magistrat de l'ordre judiciaire) peuvent soumettre leur cause à une juridiction qui n'a en aucune manière été associée à l'élaboration de la décision attaquée ?"

Le cas échéant, la partie intervenante se réserve également le droit de demander la récusation des membres du siège qui auraient en outre participé à la rédaction de la liste de présentation de l'Assemblée générale.

À leur égard, la problématique précitée ne s'applique pas seulement d'un point de vue institutionnel mais aussi d'un point de vue personnel. La partie intervenante n'ayant toutefois pas eu, à ce stade, connaissance de la composition concrète du siège, elle ne peut pas encore pas prendre position en la matière. »

8.2. Dans son dernier mémoire, le requérant fait valoir ce qui suit concernant la « Question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle »:

"1. La partie intervenante a demandé dans son mémoire en intervention du 9 août 2006 de poser la question préjudicielle suivante à la Cour d'Arbitrage, actuellement la Cour Constitutionnelle :

"L'article 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, combiné ou non avec l'article 14 de ces mêmes lois, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe général de droit de l'impartialité objective des juridictions, tel qu'il est formulé, entre autres, dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que les parties à un litige mettant en cause la légalité d'une nomination de conseiller d'État doivent soumettre ce litige à une juridiction dont les membres ont déjà été associés à une présentation faisant intégralement partie de la procédure de nomination attaquée, alors que d'autres parties litigantes (comme, par exemple, les parties à un litige concernant la nomination d'un magistrat de l'ordre judiciaire) peuvent soumettre leur cause à une juridiction qui n'a en aucune manière été associée à l'élaboration de la décision attaquée ?"

La partie intervenante a précisé qu'« il est nécessaire dans cette affaire susceptible d'avoir d'importantes répercussions sur la possibilité pour votre Conseil de connaître de cette affaire » de poser à la Cour d'arbitrage cette question préjudicielle.

Dans son mémoire en réplique, le requérant ne s'est pas opposé au fait de poser cette question, qui lui semble tout à fait justifiée et comme l'affirme la partie intervenante, nécessaire pour apporter une réponse quant à la possibilité pour votre Conseil de connaître du litige. Le requérant demande lui aussi de soumettre cette question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

2. Le rapport de l'auditorat affirme qu'« il n'y a pas lieu d'accueillir la demande de la partie intervenante de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle concernant la compétence du Conseil d'État de statuer sur la légalité de l'arrêté attaqué ».

Même si de l'avis du membre compétent de l'auditorat, il n'y a pas lieu de poser la question préjudicielle, cela n'est pas pour autant que le Conseil d'État ne peut pas poser cette question, même dans cette phase du litige, bien au contraire. Eu égard à l'importance de cette question pour la compétence du Conseil d'État et l'organisation de la protection juridique dans ce genre de litiges, le requérant insiste pour soumettre cette question à la Cour constitutionnelle avant de statuer sur la recevabilité de l'appel. Les critiques de constitutionnalité avancées par la partie intervenante concernent en effet l'impartialité objective du Conseil d'État pour connaître du présent litige. Pour autant que de besoin, on peut mettre en évidence la différence importante entre ce litige relatif à la nomination d'un conseiller d'État et les litiges déjà examinés par le Conseil qui concernaient des nominations à l'auditorat (récemment encore C.E., Stevens, n° 167.193, 29 janvier 2007 ; Geens, n° 189.347, 8 janvier 2009). Dans le deuxième cas, il s'agit en effet de l'appréciation des nominations dans une autre section du Conseil d'État par les conseillers d'État qui constituent le siège. Dans ce cas, le Conseil d'État n'a pas dû se prononcer en assemblée générale sur la présentation, contrairement à ce qui est le cas pour la nomination de conseiller d'État. Le problème juridique et constitutionnel fondamental de l'impartialité objective dans les litiges relatifs aux nominations de conseillers d'État n'est comparable à aucun autre litige quelconque que le Conseil d'État examine. S'ajoute à cela le fait que c'est la première fois que le Conseil d'État a à se prononcer sur ce litige. Dans ces circonstances, il est très important que le Conseil d'État apporte une réponse claire à la question de savoir s'il peut connaître du litige sans violer le principe constitutionnel d'égalité et les articles 6 Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En outre, pour l'application de ces dispositions conventionnelles, il y a lieu d'entendre par décision judiciaire, limitée à l'intérêt du requérant, une décision devant émaner d'une instance judiciaire impartiale. En posant une question préjudicielle, on peut par ailleurs éviter qu'une partie déçue par l'issue du litige se tourne ensuite vers la Cour européenne des droits de l'homme pour lui soumettre ce problème.

Au demeurant, le fait de poser la question préjudicielle ne peut pas entraver la suite de la procédure devant le Conseil d'État. Si la Cour constitutionnelle devait

juger que les dispositions légales citées par la partie intervenante n'emportent pas violation du principe d'égalité, le Conseil conserve en effet la pleine compétence d'appréciation qui est même expressément confirmée par la Cour constitutionnelle, pour se prononcer sur le litige dont il est saisi.

Si, au contraire, la Cour constitutionnelle devait juger qu'il est effectivement question de violation du principe d'égalité, le Conseil d'État devra se déclarer incompétent pour connaître du litige et il revient au législateur d'élaborer une règle organisant pour ce genre de litiges un accès au juge, conforme aux dispositions constitutionnelles et conventionnelles.

3. Au principal, le requérant demande, dans l'intérêt d'une bonne et impartiale administration de la justice par le Conseil d'État, de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle qui a été formulée par la partie intervenante dans son mémoire en intervention. »

8.3. Il convient de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle reformulée qui suit.

DÉCISION

1. Les débats sont rouverts.

2. Le Conseil d'État pose à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, combiné ou non avec l'article 70 de ces mêmes lois, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe général du droit de l'impartialité objective des juridictions, tel qu'il est formulé, entre autres, dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que les parties à un litige mettant en cause la légalité d'une nomination de conseiller d'État doivent soumettre ce litige à une juridiction dont les membres ont déjà été associés à une présentation faisant intégralement partie de la procédure de nomination attaquée, alors que d'autres parties litigantes (comme, par exemple, les parties à un litige concernant la nomination d'un magistrat de l'ordre judiciaire) peuvent soumettre leur cause à une juridiction qui n'a en aucune manière été associée à l'élaboration de la décision attaquée ?

3. Le Conseil d'État surseoit à statuer dans la présente cause jusqu'à la réception de la réponse de la Cour constitutionnelle à la question préjudicielle posée par l'arrêt.

Le présent arrêt a été prononcé à Bruxelles, en audience publique du 6 juillet 2010,
par le Conseil d'État, IXe chambre, composée de :

Johan Bovin,	conseiller d'État, président f.f.,
Wilfried Van Vaerenbergh,	conseiller d'État,
Pierre Barra,	conseiller d'État,
assistés de	
Vera Wauters,	greffier.

Le Greffier

Le Président

Vera Wauters

Johan Bovin

TRADUCTION ETABLIE CONFORMEMENT A L'ARTICLE 63,
ALINEA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNEES LE 12 JANVIER 1973.