

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 228.367 du 16 septembre 2014

A. 208.885/XI-19.675

En cause : **WUSTEFELD Pierre-André**,
ayant élu domicile chez
Me J. BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, 24
1060 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
la Ministre de la Justice,
ayant élu domicile chez
Me Ph. COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, 27
1000 Bruxelles,

Partie intervenante :

LEFEBVE Cécile,
ayant élu domicile chez
Me Ph. HERMAN, avocat,
rue T'Serclaes de Tilly, 49-51
6061 Montignies-sur-Sambre.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 21 mai 2013 par Pierre-André WUSTEFELD, qui poursuit l'annulation de «l'arrêté royal du 17 mars 2013 portant nomination de Madame Cécile Lefebve en qualité de premier président de la Cour d'appel de Mons, publié [par mention] au Moniteur Belge du 26 mars 2013»;

Vu la requête introduite le 15 juillet 2013 par laquelle Cécile LEFEBVE demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure, et l'ordonnance qui l'accueille;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse, en réplique et en intervention, régulièrement échangés;

Vu le rapport, déposé le 5 février 2014, notifié aux parties, de M. M. OSWALD, auditeur au Conseil d'État, rédigé sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure;

Vu les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 13 mai 2014, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître à l'audience publique du 12 juin 2014;

Entendu, en son rapport, Mme C. DEBROUX, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, Mes N. FORTEMPS et V. FEYENS, loco Me J. BOURTEMBOURG, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me L. BURNON, loco Me Ph. COENRAETS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Ph. HERMAN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis, M. M. OSWALD, auditeur au Conseil d'État;

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

Considérant que les éléments utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Monsieur Jean-Louis FRANEAU, premier président de la cour d'appel de Mons, a été admis à la retraite à sa demande par un arrêté royal du 13 juin 2012, «entrant en vigueur le 31 juillet 2012» et publié par mention au *Moniteur belge* du 3 juillet 2012.

2. Le 16 août 2012, le *Moniteur belge* a annoncé la vacance du mandat de premier président de la cour d'appel de Mons. Trois candidats, dont la partie requérante, conseiller à la cour, et la partie intervenante, président de chambre et premier président faisant fonction au sein de cette même cour, ont posé leurs candidatures à ce mandat. Les candidats ont déposé un plan de gestion à l'appui de leur acte de candidature.

3. Conformément à la procédure prévue par le Code judiciaire, la partie adverse a adressé, le 25 septembre 2012, une demande d'avis écrit motivé relatif aux candidats, au premier président de la Cour de cassation et au bâtonnier de l'Ordre des avocats

du barreau de Mons. Elle a fait de même, le 20 novembre 2012, auprès de l'assemblée générale de la cour d'appel de Mons.

Le requérant a obtenu deux avis très favorables et un avis favorable, celui-ci émanant du premier président de la Cour de cassation. Le 18 octobre 2012, il a transmis à la partie adverse ses observations sur l'avis précité.

La partie intervenante a également reçu deux avis très favorables et un avis favorable, celui-ci émanant de l'assemblée générale de la cour d'appel de Mons.

4. Après avoir entendu les trois candidats le 11 janvier 2013, 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 Cécile LEFEBVE au mandat à pourvoir. Dans le même temps, elle a décidé de ne pas présenter les deux autres candidats.

5. Par un courrier du 26 février 2013, la partie intervenante, née le 23 juillet 1950, a cru devoir s'adresser à la partie adverse, pour «lever toute équivoque» sur la question de la recevabilité de sa candidature, au regard de la condition prévue à l'article 259^{quater}, § 3, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire et en vertu de laquelle «au moment où le mandat s'ouvre effectivement», soit, à son estime, le 31 juillet ou, au plus tard, le 1^{er} août 2012, «le candidat doit être éloigné d'au moins 5 ans de la limite d'âge visée à l'article 383, § 1^{er}, du même Code», celle-ci étant fixée à soixante-sept ans pour un magistrat d'une juridiction autre que la Cour de cassation.

6. Par un arrêté royal du 17 mars 2013, la partie intervenante a été désignée au mandat de premier président de la cour d'appel de Mons «pour un terme expirant le 31 juillet 2017», en remplacement de M. FRANEAU, admis à la retraite. Il s'agit de l'acte attaqué, publié par mention au *Moniteur belge* du 26 mars 2013;

Considérant que, partant du constat que «l'acte attaqué a été notifié au requérant par un envoi recommandé du 20 mars 2013» et soutenant que le délai de recours venait donc à expiration le 20 mai, la partie adverse sollicite du Conseil d'État qu'il vérifie, au besoin d'office, la recevabilité *ratione temporis* du présent recours, qui porte le cachet du greffe du 23 mai 2013;

Considérant que dans la lettre recommandée du 20 mars 2013 informant le requérant de la désignation de l'intervenante au mandat en cause, la partie adverse indique elle-même que «cette désignation sera publiée au Moniteur belge du 26/03/2013» et que le recours en annulation peut être introduit dans «les soixante

jours après cette publication»; que lorsqu'elle publie des actes de nomination ou de désignation au *Moniteur belge*, l'autorité administrative reconnaît l'utilité publique de cette publication et, partant, son caractère obligatoire; qu'en pareil cas, c'est la publication qui fait courir le délai de recours, même lorsque le candidat évincé a eu précédemment connaissance de l'existence de l'acte par une autre voie; qu'au demeurant, le requérant relève à juste titre que sa requête a, en tout état de cause, également été déposée dans un délai de soixante jours suivant la notification alléguée, celui-ci n'ayant pu le cas échéant prendre cours que le 25 mars 2013, soit le troisième jour ouvrable suivant l'envoi du pli recommandé, conformément à l'article 4, § 2, alinéa 3, du règlement général de procédure, et n'ayant donc pu venir à échéance, en cette hypothèse, que le 23 mai; que le recours introduit le 21 mai 2013 est manifestement recevable *ratione temporis*; que l'exception n'est pas accueillie;

Considérant que le requérant prend un moyen, le premier de la requête, de la violation des articles 259*quater*, § 3, alinéa 2, 3°, et 383, § 1^{er}, du Code judiciaire, de l'erreur de droit et de l'excès de pouvoir; qu'il fait valoir en substance que la partie intervenante, née le 23 juillet 1950, n'était pas, au moment de l'ouverture effective du mandat, éloignée de cinq ans de l'âge de l'admission à la retraite et ne pouvait donc être désignée au mandat de premier président de la cour d'appel de Mons pour un terme expirant le 31 juillet 2017;

qu'en réplique, il détaille l'argument; qu'il indique que la question de droit que soulève le moyen est de savoir si «le moment où le mandat s'ouvre effectivement», tel que fixé par l'article 259*quater*, § 3, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire, est «le jour de la vacance *en fait* de l'emploi, en l'espèce, le 1^{er} août 2012, ou le jour de la publication de l'avis de vacance au *Moniteur belge*, le 16 août 2012»; que, se basant sur la «réforme importante par la loi du 18 décembre 2006» de la procédure de désignation au mandat de chef de corps, laquelle a ramené la durée du mandat de sept à cinq ans et en a fait un mandat renouvelable une seule fois – à l'exception (pour la magistrature assise) du mandat de premier président de la Cour de cassation –, il fait valoir qu'il ressort de l'article 259*quater*, § 3^{bis}, alinéas 1^{er} et 6, du Code judiciaire notamment, insérés lors de ladite réforme, qu'en l'absence d'une demande de renouvellement d'un mandat presque échu par son titulaire, l'ouverture du mandat «n'opère pas de plein droit» mais «au contraire, nécessite une déclaration»; qu'il soutient que dès lors que le mandat n'est pas automatiquement ouvert à d'autres candidats, «il doit être procédé à l'ouverture du mandat dans le cas où le renouvellement n'est pas demandé» et qu'en l'espèce, le mandat de premier président de la cour d'appel de Mons «doit être considéré comme s'étant ouvert effectivement par la déclaration de vacance au *Moniteur belge* du 16 août 2012»; qu'il estime qu'il est vain de recourir aux travaux préparatoires de la loi du 3 mai 2003 qui a modifié l'article 259*quater*, § 3, alinéa 2, 3°, du Code, comme le font les

parties adverse et intervenante, dès lors que la procédure de désignation des chefs de corps a postérieurement été modifiée de manière fondamentale, et que, lors de cette réforme de 2006, dont le requérant cite les travaux préparatoires, le nombre d'années dont le candidat doit être éloigné de l'âge de la retraite au moment où le mandat s'ouvre effectivement a été aligné sur la nouvelle durée du mandat de chef de corps, soit cinq ans, l'objectif poursuivi étant de permettre au futur titulaire du mandat d'«approcher autant que faire se peut du terme normal de son mandat, ce qui suppose que ce soit la déclaration de vacance qui soit prise en considération, excepté l'hypothèse où elle est antérieure à l'expiration du mandat du précédent titulaire», afin qu'en substance, le mandataire désigné puisse véritablement mener à bien sa politique de gestion telle que tracée dans son plan de gestion; qu'il poursuit en affirmant que cette préoccupation guidait déjà le législateur à l'origine de l'article 259*quater* du Code judiciaire, qui, rétabli par la loi du 22 décembre 1998, disposait que la condition en cause devait être remplie «au moment de la désignation», pour pouvoir disposer «de garanties suffisantes en ce qui concerne la motivation et la continuité»; qu'il fait enfin référence aux procédures de recrutement et de promotion dans la fonction publique classique, où la dissociation entre la vacance d'emploi *en fait* et *en droit* est constante, un emploi n'y étant vacant que lorsqu'il est déclaré tel et les statuts des pouvoirs publics consacrant le jour de la déclaration de vacance comme date de référence pour évaluer la recevabilité des candidatures déposées; qu'il cite aussi de la jurisprudence du Conseil d'État tendant à appuyer sa thèse;

qu'en son dernier mémoire, le requérant conteste les thèses défendues par les parties adverse et intervenante; qu'il confirme qu'en toute hypothèse, dès qu'il n'y a pas renouvellement du mandat en cause, l'ouverture de celui-ci «nécessite une déclaration» et soutient notamment que la thèse de la partie intervenante selon laquelle l'article 259*quater*, §3*bis*, du Code judiciaire est spécifique à la procédure suivie en l'absence d'une demande de renouvellement du mandat ou d'un rejet de celle-ci mais ne prévoit pas qu'il soit «procédé à l'ouverture du mandat» lors du terme du second mandat de cinq ans ou lors d'un décès, d'une admission à la retraite ou d'une remise à disposition du mandat par le titulaire, ne ressort pas des textes et constituerait une «différence de traitement dont on a bien de peine à imaginer une quelconque justification»; qu'il souligne que l'ouverture effective du mandat «résulte dans ce cadre, en toute logique, de la combinaison entre la vacance en droit du mandat et sa vacance en fait», puisqu'on ne pourrait être nommé dans un emploi avant la déclaration de vacance de celui-ci, ni avant que le mandat de son précédent titulaire ait pris fin dans les faits; qu'il en conclut que le mandat du précédent chef de corps ayant expiré en fait, le 31 juillet, précédemment à la «vacance en droit» intervenue le 16 août 2012, jour de la publication de l'appel aux candidats au *Moniteur belge*, c'est à cette dernière date, «jour de la réunion de la vacance en fait

et en droit du mandat», que celui-ci s'est «effectivement ouvert», et qu'à cette date, l'intervenante se trouvait «à moins de cinq ans de l'âge de la retraite»;

Considérant que l'article 259*quater*, § 1^{er}, du Code judiciaire, tel que rétabli par la loi du 22 décembre 1998, prévoyait que «les chefs de corps visés à l'article 58*bis*, 2°, sont désignés par le Roi pour un mandat de sept ans non immédiatement renouvelable au sein de la même juridiction ou du même parquet»; que le paragraphe 3, alinéa 2, 3°, de la même disposition exigeait alors que, pour que sa candidature puisse être reçue, le candidat à ce mandat soit «éloigné d'au moins cinq ans de la limite d'âge visée à l'article 383, § 1^{er}», «au moment de la désignation»;

Considérant que l'article 19, 5°, de la loi du 3 mai 2003 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire a remplacé l'article 259*quater*, § 3, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire, tel que précité, par la disposition suivante :

« 3° au moment où le mandat s'ouvre effectivement, le candidat doit être éloigné d'au moins six ans de la limite d'âge visée à l'article 383, § 1^{er}»;

Considérant que l'objectif de ces deux modifications, poursuivi à l'époque par le législateur, a été exposé comme suit dans les travaux préparatoires :

« - afin de permettre au candidat de vérifier s'il répond aux exigences concernant son âge, un point de référence fixe est désormais adopté, à savoir l'instant où la place devient effectivement vacante et non plus le moment de la désignation (lequel peut difficilement être déterminé à l'avance)»

et

« A l'heure actuelle, l'article 259*quater* du Code judiciaire dispose que l'on peut poser sa candidature à un mandat de chef de corps à condition d'être éloigné d'au moins 5 ans de la limite d'âge au moment de la désignation.

Au moment de l'appel aux candidats, la date de la désignation ne peut être fixée qu'approximativement et certains candidats ne peuvent par conséquent pas déterminer avec certitude s'ils seront encore de justesse dans les conditions ou non. C'est la raison pour laquelle un point de référence fixe a été retenu, à savoir le moment où le mandat s'ouvre effectivement. Ce moment est connu dès l'instant où l'appel aux candidats est lancé; on sait en effet quand le mandat du chef de corps prendra fin. Par ailleurs, il est possible que le mandat soit déjà ouvert au moment de l'appel aux candidats (par exemple, en cas de décès du chef de corps).

En exigeant initialement qu'il faille être éloigné de 5 ans de la limite d'âge au moment de la désignation, l'objectif du législateur était de veiller à ce que le mandat du chef de corps soit exercé effectivement pendant 5 ans. Compte tenu de la modification du point de référence, il s'impose de modifier

la période d'éloignement par rapport à la limite d'âge. En effet, la fonction ne pourra pas être exercée effectivement pendant 5 ans si le mandat est déjà ouvert au moment de l'appel aux candidats. Afin d'en avoir la garantie dans tous les cas, la période minimale d'éloignement par rapport à la limite d'âge doit donc être portée à 6 ans» (*Doc. parl. Chambre*, sess. 2002-2003, n° 2107/001, pp. 5 et 16-17) »;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que le «moment où le mandat s'ouvre effectivement», visé à l'article 259*quater*, § 3, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire, correspond au moment où ce mandat devient «effectivement» vacant, c'est-à-dire dès l'instant où il n'est plus occupé en fait par son précédent titulaire; qu'il s'agit donc d'un fait dont la date de survenance est fixe et connue lors de l'appel aux candidats, qu'il soit prévisible de longue date, telle une admission à la retraite, ou qu'il soit plus imprévu, tels un décès ou une démission;

Considérant que la distinction que le requérant prétend faire entre la vacance d'un mandat qui existerait en fait mais non encore en droit, ou inversement, n'apparaît d'aucune des dispositions du Code judiciaire relatives à la procédure de désignation aux mandats de chefs de corps; que, pour les raisons exposées ci-après, il ne peut être suivi lorsqu'il soutient, à cet égard, que la réforme mise en place par la loi du 18 décembre 2006 aurait eu pour conséquence de remettre la fixation du «point de référence» susvisé en cause et que serait désormais imposé au candidat de respecter la condition de limite d'âge, à la date de la réunion des vacances *en fait* et *en droit* de l'emploi convoité;

Considérant que l'article 259*quater*, § 1^{er}, du Code judiciaire, remplacé par la loi du 18 décembre 2006, a ramené le «mandat de base» d'un chef de corps, autre que les premier président ou procureur général près la Cour de cassation, à une durée de cinq ans au lieu de sept mais prévoit qu'il est «immédiatement renouvelable une seule fois»; qu'en conséquence, le paragraphe 3*bis*, de la même disposition, inséré par cette même loi du 18 décembre 2006, fixe la procédure à suivre en cas de demande (ou d'absence de demande) de ce renouvellement et dispose notamment ce qui suit :

« § 3*bis*. Au plus tard à la fin du 52^e mois d'exercice du mandat, le chef de corps visé au § 1^{er}, alinéa 2, informe le ministre de la Justice s'il demande ou non le renouvellement du mandat. S'il ne le demande pas, il est procédé à l'ouverture du mandat.

Pour pouvoir demander le renouvellement, le chef de corps doit, à la date d'expiration du premier mandat, être éloigné d'au moins cinq ans de la limite d'âge visée à l'article 383, § 1^{er}.

Si l'intéressé a demandé le renouvellement du mandat, [...]

Le renouvellement du mandat ou l'ouverture du mandat a lieu dans les 30 jours avant l'expiration du mandat.
[...]]»;

Considérant qu'aux termes de cette disposition, le demandeur de renouvellement de son propre mandat doit donc respecter une limite d'âge lui imposant, à la «date d'expiration» de son premier mandat, d'être éloigné d'au moins cinq ans de son admission à la retraite; que, d'emblée, le Conseil d'État n'aperçoit pas de raison objective qui justifierait que cette même obligation d'âge, telle que requise dans le chef d'un autre candidat à la fonction, pourrait être fixée à un autre moment qui, quant à lui, dépendrait d'une formalité à accomplir par l'autorité investie du pouvoir de nommer et redeviendrait donc «difficilement [déterminable] à l'avance», contrairement à la volonté du législateur de mai 2003;

Considérant qu'aucun argument ne peut être tiré du fait que, contrairement à l'article 259*quater*, § 3, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire, le paragraphe 3*bis* du même article indique qu'il «est procédé à l'ouverture» du mandat, dès lors que cette expression spécifique ne se retrouve pas dans la version néerlandaise qui use d'une même formule dans les deux cas, étant que le mandat «valt open», c'est-à-dire qu'il s'ouvre;

Considérant qu'imposé pour qu'un mandat du chef de corps soit au moins exercé effectivement pendant cinq ans à une époque où la durée du mandat était fixée à sept ans (*Doc. parl.* Chambre, sess. 2002-2003, n° 2107/001, p.17), l'éloignement du candidat «d'au moins six ans» de son admission à la retraite ne se justifiait évidemment plus dans le contexte d'un mandat lui-même ramené à cinq ans; qu'en tout état de cause, prévoir que l'âge des magistrats doit être éloigné de cinq ans de l'âge de la retraite et non plus de six ans, comme l'impose l'article 259*quater*, § 3, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire, modifié par la loi du 18 décembre 2006, laisse sauve et est étranger à la question du point de départ du calcul des années en question;

Considérant que, contrairement à ce que semble soutenir le requérant, l'«ouverture du mandat» dont question à l'article 259*quater*, § 3*bis*, du Code judiciaire, ne saurait équivaloir à une «déclaration de vacance» à laquelle l'autorité serait prétendument tenue de procéder; que cette notion, qui suppose que l'autorité investie du pouvoir de nommer aurait pu décider de ne pas pourvoir à cette fonction ou, à tout le moins, aurait pu s'en abstenir, n'est pas compatible avec l'obligation légale de procéder à la désignation de tous les chefs de corps visés à l'article 58*bis*, 2°, du Code judiciaire, et est absente de toute disposition relative à la procédure très spécifique de désignation aux mandats dans l'Ordre judiciaire; que l'article 259*ter*, §

1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire se borne à faire mention, qui plus est incidemment, d'une obligation de «publication de la vacance d'emploi au *Moniteur belge*»;

Considérant qu'en réalité, il y a simplement lieu de comprendre l'article 259^{quater}, § 3^{bis}, précité, en ce qui concerne la problématique soulevée par le premier moyen, en ce sens qu'il règle deux hypothèses procédurales distinctes, l'une étant que conformément à la procédure spécifique et dérogatoire qu'il détaille, lorsqu'un chef de corps demande le renouvellement de son mandat et l'obtient, ce premier mandat de cinq ans ne devient pas vacant à son échéance, qu'il ne «s'ouvre» pas à d'autres candidats et que, sans mise en concurrence, son exercice est poursuivi par le même titulaire pour une nouvelle durée de cinq ans, et la seconde étant l'hypothèse contraire de l'absence de renouvellement, soit que le chef de corps sortant ne le demande pas, soit qu'il lui soit refusé, auquel cas le législateur renvoie à la procédure de désignation de droit commun, dans le cadre de laquelle le mandat est «ouvert» à tous candidats remplissant les conditions légales requises qui, eux, devront souffrir que leur candidature soit mise en concurrence avec d'autres et que leurs titres et mérites soient comparés entre eux; que, même en cette seconde hypothèse, l'article 259^{quater}, § 3^{bis}, du Code judiciaire ne constitue nullement un obstacle à ce que le mandat s'ouvre «effectivement», au sens du paragraphe 3, alinéa 2, 3^o, de la même disposition, lorsqu'il devient vacant ou inoccupé, soit lorsque le mandat du chef de corps sortant prend fin effectivement;

Considérant qu'en l'espèce, le mandat litigieux s'est ouvert effectivement lors de l'admission à la retraite du premier président sortant de la cour d'appel de Mons, M. FRANEAU, soit le 31 juillet 2012; qu'à cette date, l'intervenante était de justesse éloignée de cinq ans de la limite d'âge visée à l'article 383, § 1^{er}, du Code judiciaire, soit du 31 juillet 2017; que le premier moyen n'est pas fondé;

Considérant que l'auditeur rapporteur n'a pas examiné les autres moyens; qu'il y a lieu de rouvrir les débats afin de poursuivre l'instruction de l'affaire,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat désigné par M. l'Auditeur général est chargé de poursuivre l'instruction de la cause.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre, le seize septembre deux mille quatorze par :

M. Ph. QUERTAINMONT,	président de chambre,
Mme C. DEBROUX,	conseiller d'État,
M. Y. HOUYET,	conseiller d'État,
assisté par	
M. X. DUPONT,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

X. DUPONT

Ph. QUERTAINMONT