

DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Pr. Dr. Ann Lawrence Durviaux, Ulg

Avocate

Présentation

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">▪ Les cours de fonction publique▪ Support▪ Evaluation▪ Plan▪ Objet▪ La fonction publique en quelques chiffres |
|--|

1. Le cours de droit de la fonction publique

La fonction publique est abordée sous les angles politique et juridique dans un cours de 6 ECTS. L'auditoire est composé de personnes qui suivent les enseignements de sciences politiques et de droit (droit social, droit public et administratif).

2. Support

Les ouvrages suivants sont particulièrement utiles à la compréhension des thèmes traités dans le cours :

- le *Précis de fonction publique*, sous la direction de Jean Sarot (Bruylant, Bruxelles, 1994, 719 p.),
- l'ouvrage collectif relatif à *La réforme de la fonction publique* (n°1 de la série Bibliothèque de droit administratif, La Charte, Bruxelles, 2002, 249 p.) particulièrement utile à la compréhension de la matière, et enfin,
- *La transformation de la fonction administrative en Belgique*, de Alain Stenmans, (Crisp 1999).
- *Eléments du droit de la fonction publique*, Lombaert, Mathy et Rigodanzo, Kluwer 2007

L'enseignement est conçu afin de développer l'autonomie des étudiants dans le travail de réflexion et d'analyse des textes juridiques (réglementation, jurisprudence et doctrine). L'enseignant introduit les thèmes et présente les enjeux en invitant l'étudiant à participer à la construction et l'approfondissement de la matière. Des lectures, thèmes de réflexion ou problèmes d'application sont proposés à la réflexion des uns et des autres.

3. Evaluation

L'évaluation des étudiants prend la forme d'un examen oral à « livre ouvert ». Les questions posées sont des questions de compréhension qui demandent de manière systématique des justifications par les textes juridiques.

Aussi, il est impératif d'étudier cette matière en s'appuyant sur les textes normatifs et en lisant de manière approfondie les arrêts et jugements évoqués aux cours, ainsi que les articles de doctrine commentés.

4. Plan

Le premier chapitre est consacré au cadre général : savoirs déterminants, cadre normatif - droit supra-national et droit interne -, relation individuelle de travail (contrat et statut), statut pécuniaire, relations collectives de travail et pensions.

Le second chapitre est consacré à la fonction publique fédérale en raison de son antériorité et de son éventuelle fonction de modèle (ou contre-modèle) et aux fonctions publiques des entités fédérées. Droits et obligations des agents, début, déroulement et fin de carrière, déontologie et régime disciplinaire sont étudiés.

Le chap. (ou thème) 3 est consacré au droit social de la fonction publique.

Le chapitre 4 est consacré à la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires et au contrôle juridictionnel.

5. Objet

Il semble logique de commencer un cours en définissant son objet.

Il s'agit, ici, de **définir la fonction publique en droit belge**, à l'instar de l'exercice entrepris par les professeurs Herbiet et Lewalle dans une étude remarquée¹.

Comment dépasser cette idée générale que la fonction publique « recouvre une vaste collectivité, celle des agents publics » ?

L'exercice n'est pas purement académique.

En effet, il est important, d'une part, de mesurer d'emblée **la polysémie** de l'expression lorsqu'elle est utilisée dans des textes juridiques (perspective *de lege lata*), et, d'autre part, de bien cerner les situations particulières dans lesquelles se trouvent certains agents publics (perspective *de lege ferenda*).

L'expression « fonction publique » ne recouvre pas les mêmes réalités que celle « d'emplois publics » en sens de l'article 39 du TCE (ex 48)². Il existe, en effet, au sein de la « fonction publique », des fonctions (métiers ou activités professionnelles) différentes, qui impliquent des prérogatives différentes. Cette évidence est contenue, en germe, dans l'idée de « participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ». Autrement délicat est l'exercice de définition, dans un texte juridique, des différentes catégories utiles à distinguer.

¹ P., LEWALLE, M., HERBIET, C., DRESSEN, P. COUMONT, « Le concept de fonction publique en droit belge. Essai de définition », *A.P.T.* 1997, 25-45.

² *Infra*, chap. 1, sect. 2, §1, B.

La Constitution belge ne définit pas la « fonction publique » (les termes n'y figurent même pas).

Elle évoque tantôt les « **emplois civils et militaires** »³ pour en reconnaître l'égal accès à tous les belges (sauf les exceptions prévues par la loi), tantôt les « **emplois d'administration générale** »⁴ pour réserver au Roi le pouvoir d'y nommer.

A cette imprécision dans le choix des mots, correspond une hésitation sémantique plus fondamentale⁵.

Les auteurs du texte et les commentateurs hésitent entre une interprétation large et une interprétation étroite de celle-ci, selon que les expressions recouvrent seulement, ou pas, les emplois, à nouveau les expressions varient, qui recouvrent « l'exercice des pouvoirs publics » ou impliquent « une délégation de puissance publique », ou encore « la gestion des intérêts généraux », par opposition à des emplois qualifiés de « subalternes ».

Ces hésitations ont émaillé l'élaboration du droit de la responsabilité des pouvoirs publics pour le fait de leurs agents pendant plus d'un siècle⁶.

Les mêmes hésitations se retrouvent dans les lois et règlements.

Le fonctionnaire est tantôt « un agent de l'Etat, nommé à titre définitif à un échelon supérieur »⁷, tantôt « un agent occupé à titre définitif dans les services.... »⁸, tantôt inexistant⁹....

La fonction publique n'est pas seulement « administrative » (dans le sens de rattachée au pouvoir exécutif).

Elle est parfois rattachée au pouvoir législatif - fédéral et entités fédérées - (directement, comme le greffe¹⁰ et la questure¹¹, ou de manière plus indirecte, comme la cour des comptes¹² et les services des médiateurs), parfois rattachée au pouvoir judiciaire (juges, magistrats du ministère public, fonctionnaires des greffes et fonctionnaires du parquet), parfois rattachée à la Cour constitutionnelle (juges, référendaires, greffiers et personnel

³ Sur l'interprétation de cette disposition (art. 10) au regard du droit communautaire, *infra*, chap. 1, sect. 2, §1, B.

⁴ Art. 107 Const.

⁵ Voy., les références citées par P., LEWALLE, M., HERBIET, C., DRESSEN, P. COUMONT, *op.cit.*, spéc. pp. 27-28.

⁶ *Infra*, chap. 6.

⁷ Art. 5 de l'A.R. du 2 oct. 1937, dans sa version antérieure à la modification par A.R. du 17 mars 1995.

⁸ Art. 3, § 2, A.G.W. du 17 nov. 1994 portant le statut des fonctionnaires de la Région ; art. 1^{er} de l'A.R. du 26 sept. 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat.

⁹ Lorsque le texte qui le régit ne fait qu'énoncer des services et des conditions de recrutement, comme la loi-programme du 30 décembre 1988 et la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique.

¹⁰ Le greffe s'occupe du secrétariat des commissions, de l'organisation des séances, de l'impression et la distribution des documents parlementaires, de la section des études et documentation, des services des Annales et du double compte rendu analytique, voy. P., LEWALLE, M., HERBIET, C., DRESSEN, P. COUMONT, *op.cit.*, spéc. p. 29.

¹¹ Les services de la questure s'occupent des problèmes matériels et pratiques, recrutement du personnel, entretien des locaux, sécurité, protocole, comptabilité, ect., *ibid.*

¹² Art. 180 de la Const. ; art. 50 de la loi spéciale du 16 janv. 1989 relative au financement des Communautés et des Régions et art. 92 de l'A.R. du 17 juillet 1991, voy. *infra*, chap. 5

administratif) et au Conseil d'Etat (conseillers, auditeurs, référendaires, personnels administratifs).

Ces réalités multiples expliquent, sans doute, les différentes définitions proposées par la doctrine¹³.

Différents **sens étroits et sens larges** de l'expression ont été proposés dans un style parfois ampoulé.

Wauthier estimait que le fonctionnaire était, au sens strict « la personne qui, soit comme membre d'un corps, soit à titre individuel, participe aux actes ou s'atteste la suprématie de la puissance publique », et au sens large « tout citoyen qui est chargé d'un service public et qui, par conséquent, occupant un poste administratif déterminé, collabore d'une manière continue à la gestion de la chose publique »¹⁴.

Moureau a recensé les différentes acceptions de la notion de fonctionnaire public¹⁵. Il s'agit, au sens le plus commun, de « toute personne titulaire d'une fonction publique ou, selon l'expression du Procureur général Leclercq, d'une charge publique, impliquant une participation, si minime soit-elle, aux actes par lesquels se manifeste la suprématie de la puissance publique ». Il peut s'agir, en outre, parfois, des « titulaires de fonctions publiques techniques par opposition aux fonctions publiques politiques qui sont généralement électives », l'idée de carrière dans les différents services de l'Etat prédomine dans cette deuxième acception. Il peut, enfin, s'agir du « personnel permanent au service des administrations publiques », soit le personnel permanent des administrations publiques, à l'exclusion des juges et officiers du ministère public, des officiers et agents de la force publique, des titulaires des charges de notaires, d'avoués, d'huissiers.

Dans un style nettement plus « wéberien », Capart¹⁶ et Camu classaient les agents de l'Etat en quatre catégories : les fonctionnaires de haute administration (études, conseils, contrôles), ceux qui exécutent les décisions ou contrôlent l'exécution, ceux qui accomplissent les « besognes statistiques et courantes » (les deux dernières catégories).

Mast, Alen et Dujardin définissaient le fonctionnaire, dans un sens large, comme toute personne « qui participe de façon permanente à l'exercice des pouvoirs publics », par exemple, le Roi, un parlementaire, un juge, un rédacteur du ministère. Dans un sens étroit (plus courant), il s'agit d'un fonctionnaire qui « généralement, à titre définitif, preste des services de nature administrative », soit assimilant la notion de fonctionnaire à celle d'agent public¹⁷.

Dans la suite, la plupart des auteurs ont repris des variantes de ces définitions¹⁸.

¹³ Nous reprenons ici les exemples proposés par P., LEWALLE, M., HERBIET, C., DRESSEN, P. COUMONT, *op.cit.*, spéc. pp. 32-34.

¹⁴ *Précis de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1938, spéc. p. 38.

¹⁵ *Le statut des fonctionnaires*, Bruylant, 1938, spéc. p. 34.

¹⁶ *Le statut des agents de l'Etat*, Larcier 1938, spéc., p. 9.

¹⁷ *Précis de droit administratif*, Story-scientia, 1989, spéc. p. 133.

¹⁸ Voy. not., A. MOLITOR, *L'administration de la Belgique, Essai*, C.R.I.S.P., 1974, spéc. p. 269 ; M.A. FLAMME, *Précis de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, T.II, spéc. p. 660 et s. ; O. DAURMONT, « Profil de la fonction locale », in *La fonction publique locale en mutation*, Droit et gestion communale, La Chartre, 1995, spéc. p. 13.

Au-delà de ce « désordre » synthétisé de manière rassurante, le bon sens suffit pour percevoir qu'il existe des fonctions publiques différentes et, au sein de chacune d'entre elles, des **emplois** - au sens d'activités concrètes – différents, dont certains sont particuliers (par rapport aux emplois pouvant exister dans le secteur privé).

Comme le souligne le professeur Lewalle, il existe une imprécision beaucoup plus fondamentale¹⁹, celle qui entoure cette fonction publique « proprement dite » qui implique « l'exercice ou une participation à l'exercice de l'autorité publique » ou « de la puissance publique » selon le style plus ou moins phallique des auteurs.

Imprécision d'autant plus fondamentale que les « titulaires d'un mandat électif de nature politique » sont traditionnellement exclus de la définition de la « fonction publique » alors qu'ils exercent, souvent, une parcelle de cette « puissance publique » qui reste, à maints égards, insaisissable.

Les professeurs Lewalle et Herbiet ont proposé de définir la fonction publique en droit belge, dans une approche synthétique, comme « l'ensemble des agents non pourvus d'un mandat électif de nature politique, qui assurent, à quelque titre que ce soit (définitif, temporaire, stagiaire, intérimaire, statutaire, contractuel, organe et préposé), le fonctionnement des services des différents pouvoirs, quels qu'en soient le niveau et les missions, sous le pouvoir hiérarchique ou le contrôle de tutelle de ces derniers, dans le cadre d'un régime de droit public dérogatoire au droit commun »²⁰.

6. La fonction publique et le secteur public²¹

Le « secteur public » est très important en Belgique.

Au niveau fédéral, il recouvre les services publics fédéraux, les établissements scientifiques fédéraux (Institut national de criminalistique et de criminologie, Observatoire royal de Belgique, Musée royal de l'Afrique centrale, Institut royal des sciences naturelles de Belgique), ...²²; les organismes d'intérêt public²³; les corps dits « spéciaux », au nombre desquels figurent notamment la police fédérale et l'armée, l'ordre judiciaire, le Conseil d'Etat...²⁴, le personnel des chambres législatives ainsi que les autorités qui en relèvent (Cour des comptes, médiateurs), le Conseil supérieur de la Justice et la Cour d'arbitrage.

Au niveau des entités fédérées, il recouvre les ministères et les OIP relevant des diverses entités fédérées²⁵, les établissements d'enseignement relevant du secteur public, les

¹⁹ P., LEWALLE, M., HERBIET, C., DRESSEN, P. COUMONT, *op.cit.*, spéc. p. 34.

²⁰ P., LEWALLE, M., HERBIET, C., DRESSEN, P. COUMONT, *op.cit.*, spéc. p. 43.

²¹ La présentation du point 6 est reprise des notes de cours année académique 2003-2004, *Eléments de droit de la fonction publique*, de M. HERBIET.

²² Voy. p. 35 de la brochure « Aperçu des effectifs du secteur public ». La brochure n'intègre pas certaines réformes. La notion de « ministère » est dépassée au niveau fédéral depuis la mise en oeuvre du plan Copernic (voir infra). Les ministères traditionnels sont remplacés par des « S.P.F. » (Services publics fédéraux). La gendarmerie, visée à la page 9 de la brochure, a fait place à la police fédérale. La brochure de référence ne fait pas allusion au personnel des cabinets ministériels. Pareillement, il n'y est pas fait allusion au Conseil supérieur de la Justice, récemment créé (1998).

²³ Voy., p. 63 de la brochure.

²⁴ P. 9 de la brochure.

²⁵ Voy. pp. 97 et s. de la brochure.

commissions communautaires française, flamande et commune, le personnel des Conseils de Communautés et de Régions ainsi que les médiateurs qui en relèvent.

Au niveau local, il recouvre les administrations communales, intercommunales et provinciales ainsi que les Centres publics d'action sociale, les établissements d'enseignement relevant de ces autorités, les autorités représentant le pouvoir central auprès de ces administrations décentralisées (commissaires d'arrondissements, gouverneurs de provinces...).

Les effectifs de la fonction publique sont impressionnants²⁶. Des chiffres du début du millénaire annonçaient 30 % de la population active !

Des renseignements utiles peuvent être trouvés à ce sujet dans les documents suivants :

- Brochures « Aperçu des effectifs du secteur public » édité chaque année par le Ministère fédéral de la Fonction publique
- Rapport du Conseil économique et social de la Région wallonne
- Brochure « jaune » de l'Office national de sécurité sociale : répartition des employeurs et travailleurs du secteur public et du secteur privé
- Banque Nationale de Belgique - Institut des Comptes nationaux - Agrégats trimestriels 2001-I
- Banque Nationale de Belgique - Institut des Comptes nationaux - Estimation des agrégats annuels 2000
- Banque Nationale de Belgique - Institut des Comptes nationaux - Comptes des administrations publiques 2000
- Site web de l'Institut National de statistiques
- Site web du Ministère de l'Emploi et du Travail

Chapitre 1. Le cadre général

Plan du chapitre 1

- Les facteurs et savoirs déterminants
- Le cadre normatif
- La relation individuelle de travail
- Les relations collectives de travail

7. Présentation

²⁶ Les enseignants des établissements de l'enseignement libre subventionné perçoivent directement une « subvention-traitement » à charge du budget de leur communauté respective et ne relèvent pas de la fonction publique.

Les pouvoirs publics ou les administrations publiques (au sens organique) agissent par l'intermédiaire de personnes (êtres humains), c'est une évidence sur laquelle il n'est point besoin de s'étendre.

Classiquement, les « personnes » sont présentées en droit administratif comme un des moyens d'action de l'administration, sans qu'il faille pour autant voir dans cette typologie une « dépersonnalisation » de celles-ci.

A l'instar d'organisations privées (lucratives ou non), les pouvoirs publics doivent disposer d'un personnel compétent, motivé, disponible et efficace.

Cette finalité commune aux organisations privées et publiques peut être dissociée de toute idéologie ou toute opinion politique, il s'agit de bon sens élémentaire.

Par contre, dès qu'il s'agit de définir la manière de réaliser cette finalité, les positions des uns et des autres sont influencées par des systèmes de pensées, des croyances, des savoirs divers (économie, sociologie, psychologie, management, etc.).

Dans la réalisation concrète de cette finalité, la discipline juridique est un outil parmi d'autres, avec ses failles et ses limites bien connues. S'il est de bon ton de considérer telles règles inadaptées ou compliquées (tendance lourde dans nos sociétés), et dès lors sujettes à réformes, il n'est pas toujours aisé de mesurer le « saut » qualitatif qui procède des nouvelles règles.

Le diagnostic a-t-il bien été posé ?

Etait-ce une règle mal conçue ou appliquée de manière inadéquate (par l'administration ou par les juges) ?

Les nouvelles « valeurs » promues sont-elles traduites en règles de comportement cohérentes dans les nouveaux textes ?

Modifier un ordonnancement juridique pour améliorer une situation considérée comme « insuffisante » n'est pas une panacée. Passé l'enthousiasme de la réforme (de plus en plus souvent médiatisé), l'heure des bilans devrait sonner pour mesurer les résultats concrets de celle-ci (épisode souvent plus discret).

Le contenu normatif des textes est parfois déconcertant : il ne suffit pas d'écrire qu'un changement de culture ou de mentalité doit s'opérer dans un texte contraignant pour que le monde change dans les jours qui suivent son entrée en vigueur.

La discipline juridique suppose dès lors nécessairement de sortir d'un cadre stricte de l'étude de la règle écrite dans son dernier état, car celle-ci n'est, de plus en plus souvent, que la prémisse d'une réforme à venir.

Cependant, pour sortir des difficultés inhérentes à la « constance du changement » dans la discipline juridique et ailleurs, il est indispensable d'aborder toute question de manière systémique : un cadre général et des développements particuliers, logique réticulaire induite par des savoirs influençant le contenu des règles, facteurs influençant les prises de décisions politiques qui s'inscrivent ensuite dans des règles juridiques.

Telle est l'approche qui sera développée dans la suite de ce cours.

Section 1. Les facteurs et savoirs déterminants

- Facteurs et contexte
- De Camu à Copernic

8. Présentation

La fonction publique a été au cœur et aux alentours de nombreuses réformes administratives. Rien d'étonnant à cela, Messieurs Thijs et Van de walle²⁷ rappellent fort opportunément les propos de Monsieur Camu, commissaire royal à la réorganisation administrative, « *la réforme administrative est avant tout un problème d'hommes. L'amélioration des services publics dépend essentiellement de la qualité et du caractère de ceux qui les constituent* »²⁸.

Il est aisé de pressentir qu'il n'existe aucune solution miracle pour améliorer, au quotidien, la qualité des services publics et que les règles de comportement que se donne chaque individu impliqué importent au moins autant que les règles qui leur sont imposées.

Il n'en reste pas moins que les réformes se sont multipliées et ont été influencées de manière significative par des facteurs récurrents et des savoirs qu'il importe de mieux cerner.

De nombreuses études de très grande qualité y sont consacrées²⁹.

Avant d'étudier la dernière réforme d'envergure (Copernic), il importe d'exposer le contexte et les antécédents de celle-ci.

²⁷ « De Ducpétiaux à Copernic : 150 ans de réformes administratives en Belgique », *A.P.T.*, 2005, pp.33-50, spéc. p.36.

²⁸ L. CAMU, *Le statut des agents de l'Etat : premier rapport sur la réforme administrative*, 1937, Bruxelles, IMIF, spéc. p. 116.

²⁹ Sans prétendre à l'exhaustivité (c'est-à-dire, et ce sera le cas dans la suite du cours chaque fois que cette locution est choisie, en présentant nos excuses aux auteurs non cités et en ne mentionnant que ceux que nous avons pris le temps de lire pour écrire ce cours...), J., DE BROUWER, P. VANDERNOOT, « Réflexions pour une politique de la fonction publique », *A.P.T.* 1990, pp. 1-5 ; C., DE VISSCHER, « Les grandes tendances dans l'évolution des fonctions publiques et les enjeux de la réforme Copernic de l'administration fédérale », in *La réforme de la fonction publique, op.cit.*, pp. 3-29 ; H., DECUYPER, « Un point de vue syndical sur les effets de la nouvelle réforme de l'Etat », *A.P.T.* 1989, pp. 196-199 ; X., DELGRANGE, « Le Conseil d'Etat suspend une pièce centrale de la réforme Copernic. 'Et pourtant, elle tourne' », *Journ. jur.* 2001, liv. 5, 6. Commentaire de C.E. n° 98.735, 7 septembre 2001 ; A., FRANÇOIS, A., MOLITOR, « L'administration belge de 1970 à ce jour », *A.P.T.* 1987, pp. 99-123 ; D., LAGASSE, « Le juge administratif face à la politisation des nominations de fonctionnaires », *J.T.* 1987, pp. 157-158 ; J., MINET, « Le Plan Copernic ou de la recomposition des cadres de pensée de l'action administrative et des interrogations qu'elle soulève quant à la conception de nos institutions », *Rev. dr. pén.* 2001, pp. 691-713 ; F., OST, « 'Politique', vous avez dit 'politique' ? », *Journ. proc.* 1993, liv. 234, pp. 34-37 ; J., SOHIER, « La fonction publique face à l'effet 'Copernic': mythe ou réalité ? », *J.T.* 2003, liv. 6090, pp. 221-228 ; A., STENMANS, « La réforme de la fonction administrative », *A.P.T.* 2000, pp. 177-202 ; A., STENMANS, *La transformation de la fonction administrative en Belgique. Administration publique et société*, C.R.I.S.P., Bruxelles, 1999, 543 p. ; P., VAN DER VORST, « Les institutions publiques de sécurité sociale (parastataux sociaux) et la réforme de la fonction publique belge. Modernisation - Responsabilisation - De Nora à Copernic », *A.P.T.* 2001, liv. 3, pp. 177-194 ; la revue du Laboratoire d'Etudes et de Recherches en Administration publique de l'U.L.B. a consacré son n° 2 (2000) au thème du *Management et Etat de droit* et son n° 3 au thème de *La politisation de l'administration*.

§ 1. Facteurs, antécédents et contexte

9. Quelques facteurs généraux d'émergence des réformes administratives

Monsieur De Visscher³⁰ a mis en avant plusieurs facteurs d'émergence des réformes administratives, à vrai dire généraux : la situation économique (à l'échelle nationale, régionale ou mondiale), les évolutions technologiques, les demandes des usagers, la redéfinition du rôle de l'Etat dans l'économie, qui s'accompagne souvent d'une critique de son fonctionnement – (*Public Choice*) et son prolongement, la « nouvelle gestion publique » (*New Public Management*).

Une certaine planification économique et un interventionnisme public sur de nombreux fronts, qui procèdent toujours d'un choix politique, ont été facilités en période de croissance économique. Les périodes de crises et d'autres options politiques ont provoqué une diminution de l'interventionnisme public (politique de restriction budgétaire).

Les évolutions technologiques et industrielles ont induit une pression à la rationalisation des secteurs privés et publics (notamment lorsque ceux-ci sont en concurrence).

La mondialisation des échanges, la construction européenne, induisent des rapports et contacts fréquents entre administrations, qui favorisent les échanges d'expérience mais également l'introduction d'instruments de *benchmarking*.

L'émergence du citoyen-sujet, plongé au cœur d'une société qui cultive la « logique de marché », se libère de son assujettissement passif à l'autorité, et poursuit son intérêt propre en revendiquant la qualité des services qui sont prestés au nom de l'intérêt général.

Les idées néo-libérales³¹ tendent à démontrer l'inefficacité congénitale de toute structure publique et la supériorité, tout aussi congénitale, du « marché ».

Elles aboutissent à redessiner les structures de l'Etat et du « marché ».

Traduites en programmes politiques, elles s'écrivent en termes de privatisation, dérégulation, mise en compétition et concurrence, et sont reprises tant par les partis dits de droite, que les partis dits de gauche dans les pays anglo-saxons et en Europe continentale.

L'Etat est censé être réinventé³² (formule médiatisée par le Président Clinton). Le « *New Public Management* » constitue la boîte à outils de cette création : théorie des choix publics, des coûts de transaction et de l'agence, semblent inévitablement conduire à « externaliser » à des entreprises privées une partie importante des services auparavant prestés par des entités publiques, à dissocier la propriété de l'organisation de la gestion de celle-ci (application au Royaume-Uni dans le cadre des *Next Steps Agencies*). La tendance est à l'exportation des recettes de succès des entreprises privées vers les structures du secteur public.

³⁰ *Op. cit.*, spéc. pp. 6-11.

³¹ Bien relayées dans les milieux de pouvoirs et d'influence comme la Banque Mondiale, l'O.C.D.E ou les institutions européennes.

³² D. OSBORNE, T. GEABLER, *Reinventing Government : How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New-York, Plumebook, 1993.

10. Des facteurs spécifiquement belges ?

La Belgique n'a pas été épargnée par les problèmes budgétaires, des politiques dites d'austérité ont émaillé la vie parlementaire belge pendant des décennies. Elles ont impliqué une réduction drastique des dépenses publiques, selon certains, déconnectées de toute considération liées aux conséquences de celle-ci sur le fonctionnement des services publics³³.

Plus fondamentalement, les réformes institutionnelles engagées depuis les années 70 ont absorbé beaucoup de temps et de moyens. Des crises ponctuelles nées de dysfonctionnements des institutions ont conduit les citoyens à descendre dans les rues pour revendiquer des changements.

Partenaires dans la construction européenne, la Belgique a dû suivre un mouvement initié à Bruxelles, non rue de la Loi, mais au sein des services de la Commission européenne.

11. Les convergences dans les réformes dans les pays de l'O.C.D.E.³⁴

La plupart des réformes entreprises ces dernières années dans les pays de l'O.C.D.E. portent sur la réduction des effectifs des pouvoirs publics, la décentralisation et la responsabilisation en matière de GRH, la formation et le perfectionnement en matière de personnel, l'égalité des chances, la réforme des grades et les emplois, l'introduction de plus de flexibilité dans les contrats et les rapports de travail, la stratégie globale en matière de GRH, l'évaluation des prestations (performance), des nouvelles règles en matière de recrutement, de sélection et promotion, une réforme du système de rémunération et enfin, des règles particulières pour la fonction dirigeante.

Le professeur De Visscher³⁵ a souligné les grandes tendances de ces réformes : volonté de « déprivilégier » les fonctionnaires, introduction de davantage de souplesse et de flexibilité (réduction des effectifs, élaboration de stratégie globale en matière de gestion notamment de GRH, rapprochement des conditions de travail entre le secteur public et le secteur privé), souci de la performance ou de la qualité des prestations fournies par les fonctionnaires (politique de formation, système d'évaluation), décentralisation de la gestion des ressources humaines (vers les départements opérationnels, création de départements horizontaux), enfin, règles particulières pour les fonctionnaires dirigeants (introduction de conditions de travail comparables pour des fonctions équivalentes dans le secteur privé).

12. La constance des constats d'échecs et des situations de crise en Belgique

Dans leur étude déjà citée, Messieurs Thijs et Van De Walle ont résumé quelques 150 années de réformes administratives en Belgique. Sans doute avec quelques variantes liées aux

³³ A. FRANÇOIS, « Modernisation de la gestion de la fonction publique fédérale belge : analyse sectorielle du cas belge », in *Efficacité, effectivité et légitimité des politiques publiques*, SSTC, Louvain-La-Neuve et Leuven, 1999.

³⁴ *Integrating People Management into Public Service Reform*, Paris, O.C.D.E., 1996 ; N. LANFRANCHI, *Evolution de la gestion des ressources humaines dans les administrations publiques*, Paris, OCDE, 1999, cités par C. VISSCHER, *op.cit.*, spéc. pp. 12-15.

³⁵ *Op. cit.*, spéc. pp. 13-25.

époques, les constats et les solutions préconisées par les Commissions mises en place semblent converger avec une étonnante constance.

La montée en puissance des conflits entre partis politiques (1840) marque le début de la réflexion.

En effet, l'indépendance et la neutralité des fonctionnaires prennent une importance nouvelle dans ce contexte. Il s'agit de la gestation d'un problème récurrent dénoncé comme une source de l'inefficacité de la fonction publique : la politisation de l'administration³⁶.

Ducpétiaux réfléchit dans ce contexte particulier et dénonce³⁷ les « centralisation excessive, lenteur, manque d'unité, incertitude quant à la juridiction, manque de garanties pour les fonctionnaires et par conséquent, manque de zèle des fonctionnaires, toute-puissance des ministres allant de pair avec un arbitrage dangereux, imbrication du politique et de l'administration, favoritisme, manque d'initiative et de progrès ».

Les solutions étaient simples : engager des personnes compétentes, éviter toute intervention du politique, restructurer les ministères, simplifier des législations trop détaillées et complexes qui entravaient le bon fonctionnement de l'appareil administratif³⁸.

Le ton est donné et ne variera pratiquement pas en 150 ans.

Emile Greyson (dénonça les procédures de sélection)³⁹, Louis Wodon (prôna une scission des départements de contrôle et des départements de gestion, une amélioration du recrutement par l'organisation d'examens et la mise en place d'un jury permanent, une dépolitisation des nominations)⁴⁰, Max-Léo Gérard (structure pyramidale)⁴¹ contribuèrent de manière significative à la réflexion.

De nombreuses Commissions furent mises en place avant la deuxième guerre (De Haene de 1922 à 1925, Halleux de 1926 à 1928) et après la deuxième guerre (Philippart, puis Maton de 1949 à 1952, Gérard de 1953 à 1954). Un ministère dédié à la réforme administrative fut créé par le Gouvernement EYSKENS III (nov. 1958 à mars 1961).

Mais l'histoire a retenu le nom d'un Commissaire Royal à la réorganisation administrative, Louis Camu, désigné dans la tourmente des années trente (Krach boursier et montée de l'extrême droite en Europe et en Belgique). L'explosion des effectifs de la fonction publique et la difficile gestion de l'interventionnisme public massif qui avaient suivi la première guerre mondiale rendaient une réforme indispensable.

Son premier rapport fut consacré au statut du personnel de la fonction publique.

³⁶ Ce thème, à lui seul, supposerait de très longs développements. Il pourra utilement être approfondi par ceux qui le souhaitent dans le cadre du cours « Questions spéciales de fonction publique ».

³⁷ *Etude sur la réforme administrative*, (1859).

³⁸ N. THUIS ET S. VAN DE WALLE, *op. cit.*, spéc. p. 34.

³⁹ *L'administration, son action, ses interprètes, leur physionomie, leur silhouette par un ancien rond-de-cuir*, 1890.

⁴⁰ *Mémoire sur la réforme administrative*, 1915.

⁴¹ *L'organisation interne : le coût et le rendement des administrations*, 1922.

Prônant une approche cohérente et unique des conditions de recrutement, de la hiérarchie, des droits et devoirs du fonctionnaire et de la protection juridique de leur carrière, il entendait couper les germes d'un arbitraire et d'une gestion aléatoire des personnes engagées dans le fonctionnement des services publics.

Emblématique d'un changement de culture, le statut Camu entendait promouvoir *le principe du mérite* dans toutes les étapes de la carrière du fonctionnaire, s'inspirant de ce qui existait à l'époque au Royaume-Uni.

Les principes du droit belge de la fonction publique ont été posés dans ce texte : en matière de recrutement (renforcement des compétences, dépolitisation des nominations avec notamment la mise en place d'un secrétariat de recrutement, système de carrière compartimentée, catégories différentes en fonction de la formation, accès aux fonctions dirigeantes grâce aux diplômes universitaires, avancement lié à l'évaluation obtenue, etc.).

L'arrêté royal du 2 octobre 1937 et ses arrêtés royaux d'exécution constituent le cœur du droit belge de la fonction, autre est la question de savoir comment il a été et est appliqué.

La question n'est ni nouvelle, ni limitée au droit de la fonction publique...

La réforme des institutions belges, nous l'avons déjà dit, marquera également le droit de la fonction publique - il suffit d'évoquer l'élaboration laborieuse de l'arrêté royal contenant les principes généraux applicables en matière de fonction publique dans la suite de l'adoption des articles 83 et 84 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980⁴².

D'autres initiatives ponctuelles annonciatrices de la réforme Copernic doivent encore être soulignées.

La réalisation d'une radioscopie, la motivation formelle des actes administratifs, la Charte de l'utilisateur des services publics, les différents textes normatifs sur la publicité de l'administration et la création des médiateurs participent déjà d'un plus grand souci pour la qualité des tâches accomplies par les pouvoirs publics.

⁴² *Infra.*, section 2, § 2.

§2. La réforme Copernic

13. Généralités

La réforme initiée par le Ministre Van den Bossche⁴³, en exécution de l'accord de Gouvernement de juillet 1999⁴⁴, s'inspire des tendances soulignées ci-dessus.

Les priorités étaient énoncées sans ambiguïté : association du citoyen, qui est au centre de la démarche, et doit adhérer aux réformes ; réévaluation des activités directement assumées par l'Etat (gestion directe, gestion indirecte ou rendre au privé certaines activités) ; volonté d'efficacité et de simplification (diminution des charges administratives pour les entreprises) avec création des instruments de contrôles (test dit *Kafka*) ; enfin, clarification des rôles entre le politique et l'administration (composition et mission des cabinets ministériels, dialogue entre administration et cabinet, exécution loyale par les fonctionnaires des politiques légitimées par une majorité parlementaire).

Un programme d'action en trois phases a été décidé (réflexion, décision, opération). La manière dont les opérations ont été conduites a cependant fait l'objet de vives critiques⁴⁵ : discours maladroit, voire franchement méprisant vis-à-vis des fonctionnaires, simulacre de consultation, propos parfois déplacés du Ministre sur les institutions publiques.

La réforme s'annonçait Copernicienne à bien des égards, elle comportait de nombreux volets : nouvel arrêté royal du 22 déc. 2000 relatif aux principes généraux⁴⁶, arrêté royal du même jour modifiant le statut des agents de l'Etat⁴⁷, élargissement des hypothèses d'engagement par contrat prévues par la loi du 22 juillet 1993⁴⁸, réformes des fonctions dirigeantes (fonctions de management)⁴⁹, mise en place de nouvelles structures et nouvelle politique de gestion du personnel.

En dehors des modifications plus spécifiquement consacrées au droit de la fonction publique, la réforme Copernic est un vaste chantier. De nombreux documents peuvent être consultés

⁴³ *Le contexte des pouvoirs publics dans une société en mutation*, Bruxelles, Ministère de la fonction publique, 1999 (Note de Brouillon), www.mazfp.fgov.be; Gouvernement Fédéral, *Vers une modernisation des administrations publiques. Rapport des groupes de travail Structure de l'organisation et Gestion du Personnel*, Bruxelles, Ministère de la Fonction publique, 16 février 2000.

⁴⁴ Gouvernement Fédéral, *La voie vers le XXI^{ème} siècle. Déclaration gouvernementale et accord de Gouvernement*, Bruxelles, Services du Premier Ministre, 1999.

⁴⁵ J. SOHIER, *op.cit.*, spéc. p. 221.

⁴⁶ *Infra*, chap. 1, sect. 2, §2.

⁴⁷ *M.B.*, 9 janv. 2001.

⁴⁸ *Infra*, chap. 1, sect. 3. ; dans la suite de l'annulation de l'arrêté royal du 12 mars 2000 réglant la situation juridique du T.I.C. manager fédéral, par le Conseil d'Etat, le 18 oct. 2000, *Journ. Procès*, 2000, n° 405, p. 25 et s., obs de D. DELVAX.

⁴⁹ *Infra*, chap. 2 ; arrêtés royaux du 2 mai 2001 relatifs à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux (*M.B.*, du 8 mai 2001), du 11 juillet 2001 relatif à la pondération des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux et fixant leur traitement (*M.B.* du 13 juillet 2001) et du 21 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux (*M.B.* du 31 oct. 2001, *erratum M.B.* 15 nov. 2001). L'arrêté du 2 mai 2001 a été suspendu par un arrêt du C.E. le 7 sept. 2001 (Jadot, n°98.735- *J.T.*, 2001, p. 756 et s.). Dès le 29 oct. 2001, un nouvel arrêté corrigeait partiellement les irrégularités (*M.B.*, du 15 nov. 2001). Attaqué à nouveau, le Conseil d'Etat rejeta le recours, car le requérant avait été, entre-temps, nommé, suite à la réussite d'épreuves, C.E., 28 mai 2002, n° 107.081, Jadot.

via le site web de l'ancien Ministère de la fonction publique, nouveau Service public fédéral « Personnel et Organisation ».

Trois arrêtés royaux constituent le cœur de la réforme Copernic⁵⁰ :

- l'arrêté royal du 7 novembre 2000 portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral (Larcier- VI-B-1850),
- l'arrêté royal du 19 juillet 2001 relatif à l'installation des organes stratégiques des services publics fédéraux et relatif aux membres du personnel des services publics fédéraux désignés pour faire partie du cabinet d'un membre d'un Gouvernement ou d'un Collège d'une Communauté ou d'une Région (Larcier-VI-B-1218) et enfin,
- l'arrêté royal du 2 octobre 2002 relatif à l'audit interne au sein des services publics fédéraux (Larcier-VI-B-1852).

Les circulaires suivantes sont particulièrement utiles à la compréhension de la réforme sans ses détails :

- Circulaire n° 514 - Mise en place des services publics fédéraux et des services publics fédéraux de programmation,
- Circulaire n° 514bis du 19 septembre 2002 - Mise en place des services publics fédéraux et des services publics fédéraux de programmation,
- Circulaire n° 514ter du 10 février 2003 - Mise en place des services publics fédéraux et des services publics fédéraux de programmation,
- Circulaire n° 526 du 13 juillet 2002 relative à la définition des enveloppes de personnel pour les Services publics fédéraux,
- Circulaire n° 533 du 16 octobre 2002 relative au fonctionnement du Conseil stratégique des services publics fédéraux et des services publics fédéraux de programmation.

Les documents suivants éclairent les enjeux politiques de la réforme :

- Note de la Ministre de la Fonction publique Maria Arena de décembre 2003 : « Le monde bouge, la réforme Copernic en question »
- Copernic au centre de l'avenir
- Note de politique générale pour l'année 2003
- Un emploi dans l'administration publique, Guide pratique
- Le nouvel organigramme des services publics fédéraux
- Une administration fédérale plus performante
- Le nouveau contrôle interne
- Le contexte des pouvoirs publics dans une société en mutation
- La procédure d'assessment
- Plan stratégique du Ministère de la fonction publique 1998-2000
- Réalisation conceptuelle d'un nouvel organigramme pour le service public fédéral Personnel et Organisation - Rapport définitif

Les grands axes de la réforme sont bien connus⁵¹ :

- mise en place d'une nouvelle structure pour l'administration fédérale (remplacement des ministères par des Services publics fédéraux ; suppression des cabinets

⁵⁰ Voy. également, l'arrêté royal du 26 mai 2002 relatif au système de contrôle interne des services publics fédéraux, *M.B.* 31 mai 2002.

⁵¹ M. HERBIET, *Eléments du droit de la fonction publique, op.cit.*, spéc. Partie I, Titre II, chap. 1^{er}.

ministériels et renouvellement du mode de relations existant entre le ministre et son administration) ;

- informatisation de l'administration (« E-government ») ;
- responsabilisation de la haute fonction publique et engagement de « tops managers » sous régime de mandats temporaires, éventuellement issus du secteur privé ;
- suppression des contrôles internes superflus ;
- amélioration de la gestion des ressources humaines, axée sur les compétences, mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'évaluation et d'une nouvelle procédure de sélection ;
- mise en œuvre d'une nouvelle législation linguistique axée sur une connaissance non plus légale mais « fonctionnelle » de la langue ;
- mise à la retraite, sur une base volontaire, d'agents des niveaux 3 et 4 ;
- refonte des « principes généraux » (visés à l'article 87, §4 de la loi du 8 août 1980) autorisant les différents aspects précités de la réforme ;
- mise en œuvre de la simplification administrative dans le cadre de l'A.S.A. (Agence de simplification administrative).

Avant d'exposer les principales modifications de la réforme Copernic, les concepts fondamentaux retenus dans le statut Camu sont rappelés.

14. 1937 à 2002, les concepts fondamentaux du Statut Camu : l'agent, le cadre, l'emploi, la fonction, le grade, le niveau et le rang⁵²

La polysémie de l'expression « fonction publique »⁵³ induit celle d'**agent**. A tout le moins, l'expression est utilisée dans deux sens selon qu'elle vise l'ensemble des personnes occupées par une entité publique (agent définitif, stagiaire, temporaire ou engagé à titre précaire par contrat), ou seulement les personnes occupées à titre définitif par une entité publique⁵⁴.

Publié au Moniteur belge, le **cadre**⁵⁵ **du personnel** fixe le nombre d'emplois par niveau et par rang, ainsi que les grades⁵⁶. Tous les emplois ne sont pas nécessairement pourvus. Le **cadre**

⁵² M. HERBIET, *Eléments du droit de la fonction publique, op.cit.*, spéc. Partie I, Titre II, chap. 2.

⁵³ Et, par conséquent, celle de fonctionnaire : par ex, comparer l'article 11, alinéa 2 de la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes (tous les agents), l'article 17 de l'arrêté royal du 23 décembre 1998 relatif à l'Agence pour la simplification administrative (fonction intellectuelle), l'article 6 de l'arrêté royal du 8 août 1983 relatif à l'exercice d'une fonction supérieure dans les administrations de l'Etat (fonction supérieure).

⁵⁴ L'art. 112 du statut des agents de l'Etat (arrêté royal du 2 octobre 1937) et l'art.1^{er} de l'arrêté royal du 26 mars 1965 portant réglementation générale des indemnités et allocations quelconques accordées au personnel des ministères illustrent cette polysémie. L'art. 112 dispose que : « perd d'office et sans préavis la qualité d'agent de l'Etat : 1° l'agent dont la nomination est constatée irrégulière dans le délai de recours en annulation devant le Conseil d'Etat ; ce délai ne vaut pas en cas de fraude ou dol de l'agent; 2° l'agent qui ne satisfait plus à la condition de nationalité, qui ne jouit plus de ses droits civils et politiques, qui ne satisfait plus aux lois sur la milice ou dont l'inaptitude physique a été dûment constatée ; 3° sans préjudice de l'application de l'article 5 alinéa 3, de l'arrêté royal du 1er juin 1964 relatif à certains congés accordés à des agents des administrations de l'Etat et aux absences pour convenance personnelle, l'agent qui, sans motif valable, abandonne son poste et reste absent pendant plus de dix jours ; 4° l'agent qui se trouve dans un cas où l'application des lois civiles et pénales entraîne la cessation des fonctions ; 5° l'agent qui est révoqué. L'art. 1^{er} dispose que : « il est accordé une indemnité à l'agent qui est astreint à supporter des charges réelles qui ne peuvent être considérées comme normales et inhérentes à la fonction ».

⁵⁵ Sur la notion de « cadre linguistique » qui détermine la répartition des emplois repris au cadre organique entre les rôles linguistiques, voy., *infra*.

dit organique du personnel, renvoyant à l'idée d'effectif⁵⁷ et non à une description de fonctions (organigramme), se présente sous forme de tableau reprenant, par service et niveau, le nombre de chaque grade jugé nécessaire pour atteindre les objectifs assignés au service. Il était théoriquement précédé d'une étude des besoins en personnel et faisait l'objet d'un contrôle budgétaire. Le cadre organique⁵⁸ constitue une limite aux engagements⁵⁹. La technique a été fort critiquée. Certains soutenaient qu'ils étaient essentiellement conçus en termes de carrière, pas nécessairement en termes de postes de travail nécessaire.

L'**emploi** est, selon les précisions de Cyr Cambier, « le fonctionnaire à l'état de prévision », « une entité administrative qui exprime un besoin, celui de satisfaire au fonctionnement des services », « une unité de compte et une charge financière »⁶⁰ ou encore, la place occupée par l'agent dans le cadre du personnel, le lien entre l'agent et ledit emploi étant dénommé « affectation ».

La **fonction** est l'ensemble des tâches et responsabilités correspondant à un emploi du cadre organique. En principe, l'agent affecté à cet emploi doit être titulaire du grade prévu au cadre. En cas d'absence définitive ou temporaire du titulaire de la fonction, le recours à l'attribution à un agent de « fonctions supérieures » à son grade est prévu. Il est ainsi habilité à occuper un emploi du cadre et à en exercer la fonction sans être formellement titulaire du grade requis pour accéder audit emploi⁶¹.

En dehors de cette hypothèse d'exercice d'une fonction supérieure, l'occupation d'un emploi du cadre et l'exercice de la fonction correspondante sont subordonnés à la possession d'un certain **grade**, défini comme le titre qui situe l'agent à un rang et l'habilité à occuper un des emplois correspondant à ce grade⁶².

Les notions de « grades » et de « grades fonctionnels » sont différentes. De manière facultative, une carrière peut être établie en grades fonctionnels en tenant compte des conditions d'aptitude requises à l'intérieur des rangs. Il s'agit alors d'une sorte de spécialisation à l'intérieur d'un même grade, par exemple, le recrutement au grade de conseiller adjoint, de conseillers adjoints juristes ou de conseillers adjoints économistes.

⁵⁶ Cette notion était reprise dans l'art. 18 de l'ARPG du 26 septembre 1994. Elle a été abandonnée dans l'ARPG du 22 décembre 2000.

⁵⁷ L'effectif reste cependant différent du cadre : il peut être supérieur ou inférieur au nombre d'agents affectés sur celui-ci. Par exemple, des agents contractuels peuvent être engagés pour des besoins exceptionnels ou temporaires, ou encore, des agents statutaires admis à la retraite ou malades de longue durée ne sont pas remplacés pour des motifs budgétaires.

⁵⁸ Ainsi, l'article 11 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public dispose que « Art. 11. - § 1er. - Le Roi fixe le statut et le cadre du personnel des organismes énumérés à l'article 1^{er}, sur proposition du ou des ministres dont ils relèvent et de l'accord du ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions. L'accord du ministre qui a le Budget dans ses attributions est en outre requis pour la fixation du cadre et du statut pécuniaire ».

⁵⁹ Consacré de manière expresse par l'article 4, § 5 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, qui dispose que : « dans les services publics visés au § 1er, le nombre des agents statutaires et contractuels ne peut dépasser celui prévu au cadre organique, sauf pour les besoins et tâches visés au § 1^{er}, 1° (besoins exceptionnels et temporaires) et 2° (tâches auxiliaires et spécifiques) ».

⁶⁰ *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, spéc. p.27.

⁶¹ La fonction supérieure est définie par l'arrêté royal du 8 août 1983 relatif à l'exercice d'une fonction supérieure: « **Article 1^{er}**. - Pour l'application du présent arrêté, il faut entendre par fonction supérieure, toute fonction correspondant à l'emploi prévu au cadre, d'un grade au moins équivalent à celui dont l'agent est revêtu, et auquel est attachée une échelle de traitements plus avantageuse ».

⁶² Art. 3 et 4 du Statut du 2 octobre 1937. L'art. 4 prévoyait également que la répartition des grades entre les différents niveaux et rangs était faite par le Roi.

Au niveau fédéral, il existe deux types de grades : les grades communs et les grades particuliers.

Les **grades communs**, utilisés dans plusieurs ministères, étaient fixés par arrêté royal délibéré en conseil des ministres sur proposition du ministre de la Fonction publique. Chaque ministre avait la possibilité de reprendre les grades communs dans les cadres de ses services. Les grades communs et les échelles afférentes à chacun d'entre eux étaient énumérés dans l'arrêté royal du 10 avril 1995 fixant les échelles de traitements des grades communs à plusieurs ministères, lequel avait abrogé et remplacé l'arrêté royal du 29 juin 1973 ayant le même objet.

Les **grades particuliers** étaient ceux qui n'étaient pas énumérés dans l'arrêté royal précité sur les grades communs. Les grades particuliers étaient fixés par un arrêté royal pris sur la proposition du ministre compétent et avec l'accord du ministre de la Fonction publique. Un grade particulier ne pouvait être attribué que dans le cadre des services pour lesquels il avait été institué.

Le statut des agents du Ministre de la Communauté française opérait une distinction entre les grades courants et les fonctions dites « spécialisées », aux titulaires desquelles s'appliquaient des dispositions statutaires et des échelles de traitement particulières.

On distinguait également les **grades de recrutement**, accessibles en principe par concours ou examen, et les **grades de promotion**, accessibles aux agents déjà titulaires d'un grade déterminé et permettant de progresser dans la carrière vers des échelons supérieurs.

Si l'agent, pour occuper un emploi déterminé, devait être titulaire d'un certain grade, il convenait de remarquer que les grades répertoriés au cadre n'étaient accessibles, chacun pour ce qui le concernait, qu'aux personnes porteuses d'un certain diplôme.

Le **niveau** d'un grade détermine ainsi, sur la base du diplôme, la place dudit grade dans la hiérarchie selon la qualification et la formation devant être attestées par le titulaire de ce grade. Il s'agit d'un système hiérarchisé qui tend à privilégier la formation, et donc une certaine forme de mérite.

En principe, il existait 5 niveaux : (universitaire (1), supérieur de type court (2+), secondaire supérieur (2) et les autres (3 et 4)).

Les agents de l'Etat étaient nommés à des grades dont la hiérarchie comprenait 5 niveaux répartis en rangs dont le nombre était fixé par le Roi⁶³. Le diplôme exigé pour l'accès à chaque niveau était déterminé⁶⁴. L'autorité compétente pour nommer variait en fonction des niveaux⁶⁵. Les mêmes niveaux figuraient dans l'arrêté relatif aux principes généraux du 26 septembre 1994 (art. 19).

Le **rang** déterminait l'importance relative d'un grade dans son niveau.

⁶³ Art. 3 du statut du 2 octobre 1937.

⁶⁴ Art. 16 et annexe du statut du 2 octobre 1937.

⁶⁵ L'art. 5 du statut du 2 octobre 1937 disposait que : « les agents de l'Etat du niveau 1 sont nommés par Nous. Les agents de l'Etat des niveaux 2+, 2, 3 ou 4 sont nommés par le ministre ou par les chefs d'administration auxquels il a délégué ce pouvoir ».

Les grades « équivalents » étaient d'intitulés différents et correspondaient à des compétences ou diplômes différents, mais situaient les agents qui en étaient titulaires au même rang dans la hiérarchie⁶⁶.

Au niveau de l'Etat fédéral, le nombre de rangs était actuellement fixé à 14 pour les grades administratifs :

- 5 pour le niveau 1 : (17, 16, 15, 13 et 10)
- 2 pour le niveau 2+ : (28 et 26)
- 3 pour le niveau 2 : (23, 22 et 20)
- 2 pour le niveau 3 : (32 et 30)
- 2 pour le niveau 4 : (42 et 40).

En général, le nombre indiquant le rang d'un grade comportait deux chiffres : le premier indique le niveau et le second le rang au sein du niveau. Ainsi, un grade de rang 17 se classe au 7^{ème} rang du niveau 1. Plus le rang est élevé, plus le grade est important⁶⁷.

L'important réside dans les liens existant entre ces différents concepts. Ils témoignent d'une conception particulière de la fonction publique.

Chaque service était organisé selon une structure pyramidale d'emplois⁶⁸ correspondant à une hiérarchie de grades auxquels l'accès était, en principe, subordonné à la détention d'un diplôme d'un niveau déterminé.

Le **principe du mérite** était censé être pris en compte lors du recrutement (organisation d'un concours ou d'un examen) et à l'occasion des procédures de promotion donnant accès aux grades supérieurs, ces procédures aboutissant, en principe, à la désignation du candidat ayant été jugé le plus apte.

Les agents étaient recrutés sur la base d'un diplôme (formation particulière de base). Ils sont censés parfaire leur formation initiale à l'occasion d'un stage, puis, au cours de leur carrière, par une formation continuée organisée ou financée par le service public lui-même. Le principe du recrutement statutaire est affirmé. Le recrutement d'experts devait demeurer exceptionnel et était strictement réglementé.

⁶⁶ Art. 3 et 4 du statut du 2 octobre 1937.

⁶⁷ Pour faire simple, en Région wallonne, le niveau est révélé par une lettre, le niveau 1 correspondant à la lettre A, le niveau 2+ à la lettre B, etc. Contrairement à ce qui prévaut au niveau fédéral, plus le chiffre désignant le rang est petit, plus ledit rang est élevé dans la hiérarchie. Ainsi, le rang A1 correspond au grade de secrétaire général, le rang A2 au grade de directeur général,... le rang A6 correspond au grade de simple attaché. S'ajoute parfois à ces concepts celui des catégories, véritables frontières aux changements de grades ou de fonctions. Les membres du personnel sont regroupés en diverses catégories ou groupes de qualification en considération de leurs fonctions, diplômes et aptitudes. Ces catégories existent notamment pour le personnel du Ministère de la Communauté française et au sein d'organismes tels que le Centre hospitalier universitaire de Liège. Ainsi, les catégories suivantes existent au sein du MCF : les fonctionnaires généraux; le personnel administratif; le personnel scientifique; le personnel d'inspection; le personnel expert; le personnel spécialisé; le personnel technique.

⁶⁸ Paradoxalement donc, la récompense donnée à celui qui accomplissait bien son emploi était d'en changer. Les promotions barémiques entendent pallier à ce paradoxe.

Depuis 1937, tout agent qui entrait dans la fonction publique avait vocation à y rester et y « faire sa carrière » jusqu'à l'âge de la retraite. La stabilité d'emploi et le système dit objectif de carrière guidaient donc le statut administratif.

15. Les critiques du statut Camu⁶⁹

Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 5 septembre 2002 portant réforme de la carrière de certains agents des administrations de l'Etat (Larcier)⁷⁰ dresse un inventaire des principales failles du statut du 2 octobre 1937 dans ses différentes versions.

Le système de « carrière » fait l'objet de quatre critiques.

Premièrement, la carrière ne tiendrait pas suffisamment compte du contenu et du poids de la fonction ; « ... Un même grade, celui d'assistant administratif par exemple, peut couvrir une multitude de fonctions qui n'exigent pas nécessairement les mêmes responsabilités et les mêmes compétences (cela peut par exemple aller du classement à la direction d'une équipe de gestionnaires de dossiers). D'autre part, une même fonction, celle de huissier par exemple, peut être exercée par des agents de grades différents et ne bénéficiant pas de la même rémunération (grade d'agent administratif, commis,...). Les deux cas présentent des problèmes d'équité interne ».

Ce type de situation peut conduire à une certaine démotivation des agents concernés.

Deuxièmement, la carrière n'inciterait pas à se développer de manière permanente ; « le déroulement de la carrière de l'agent dépend presque exclusivement de son ancienneté et du contingentement des emplois. Ceci n'inciterait pas l'agent à exercer convenablement sa fonction et à s'actualiser et se développer davantage son savoir ». En outre, les examens de promotion basés sur les connaissances pures qui ne tiennent pas compte des exigences réelles de la fonction peuvent démotiver l'agent présentant certaines qualités.

Le principe de la pyramide limite les places au sommet..., réservées, selon des critiques communément formulées, aux amis et partisans...

Troisièmement, la carrière fédérale actuelle offrirait des possibilités de croissance et des perspectives de carrière peu claires, ce qui, à nouveau, découragerait les agents. La carrière serait trop complexe et peu transparente. « La multitude de grades et d'échelles barémiques crée des seuils supplémentaires, par exemple sur le plan de la mobilité interne. Il est alors difficile de développer un marché d'emplois interne. Pourtant, le changement de fonction est un instrument important pour l'agent pour gagner des connaissances et de l'expérience ».

Certes, la mobilité pouvait être facilitée par l'existence des grades communs à tous les services. Par ailleurs, la mobilité suppose la prise en compte de l'aptitude de l'agent à exercer telle ou telle fonction. Or, en portant un grade identique, deux agents n'en sont pas pour autant capables d'échanger leurs fonctions, lesquelles peuvent exiger des compétences fort différentes.

⁶⁹ M. HERBIET, *Eléments du droit de la fonction publique, op.cit.*, spéc. Partie I, Titre II, chap. 3.

⁷⁰ M.B., 26 septembre 2002.

Enfin, la carrière pose une série de problèmes par rapport au marché de l'emploi. Problème de rémunération pour certaines fonctions spécialisées. Ce constat peut s'inverser pour certains niveaux et grades.

Certes, les différences à la baisse de traitement ont de tout temps été expliquées par la stabilité de l'emploi.

Les auteurs de la réforme Copernic entendaient remédier à ces inconvénients du système de carrière.

16. Les nouvelles structures et cellules dirigeantes⁷¹

Les ministères sont remplacés par des services publics fédéraux : 10 verticaux (reprenant plus ou moins les compétences opérationnelles des anciens ministères)⁷² et 4 horizontaux (activités de soutien et de contrôle)⁷³.

Ces derniers sont censés exercer un soutien stratégique aux services publics verticaux, en créant des synergies et en recherchant une certaine cohérence⁷⁴. Les compétences sont transversales : ressources humaines, politique budgétaire et de coordination de la politique générale. Il s'agit du service de la chancellerie et services généraux⁷⁵ (services du premier ministre), du service du budget et du contrôle de gestion⁷⁶, le service personnel et organisation⁷⁷ (ministère de la fonction publique) et le service I.C.T.⁷⁸ (nouvelles technologies de l'information et de la communication).

En outre, il devient possible de créer des services publics de programmation, provisoires, pour mettre en œuvre des politiques particulières (développement durable, intégration sociale, politique des villes, etc.).

En principe, un ministre est responsable d'un seul service public.

⁷¹ A.R. du 7 nov. 2000 portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral, *M.B.*, 18 nov. 2000, tel que modifié par l'arrêté royal du 19 juillet 2001, *M.B.*, 28 juillet 2001 ; voy. également l'arrêté royal du 19 juillet 2001 relatif à l'installation des organes stratégiques des services publics fédéraux et relatif aux membres du personnel des services publics fédéraux désignés pour faire partie du cabinet d'un membre d'un Gouvernement ou d'un Collège d'une Communauté ou d'une Région, *M.B.*, 28 juillet 2001, arrêté plusieurs fois modifié, notamment par les AR des 19 juillet 2003 et 23 octobre 2003.

⁷² Il existe 10 services publics fédéraux « verticaux » : l'intérieur (A.R. 14 janv. 2002, *M.B.*, 18 janv. 2002); les affaires étrangères (A.R. 8 mars 2002, *M.B.*, 15 mars 2002); la justice (A.R. 23 mai 2001, *M.B.*, 29 mai 2001); la défense; les finances (A.R. 17 févr. 2002, *M.B.*, 22 févr. 2002); l'emploi, le travail et la concentration sociale (A.R. 3 févr. 2002, *M.B.*, 7 févr. 2002); l'économie, les p.m.e. et classes moyennes (A.R. 25 févr. 2002, *M.B.*, 5 mars 2002); la mobilité et les transports (A.R. 20 nov. 2001, *M.B.*, 24 nov. 2001); la sécurité sociale et l'intégration sociale (A.R. 23 mai 2001, *M.B.*, 29 mai 2001); la santé publique, la sécurité de la chaîne alimentaire et l'environnement (A.R. 23 mai 2001, *M.B.*, 29 mai 2001).

⁷³ Présentés sur le site <http://www.belgium.be>.

⁷⁴ J., SOHIER, *op.cit*, spéc. p. 222.

⁷⁵ Arrêté royal du 15 mai 2001, *M.B.*, 17 mai 2001.

⁷⁶ Arrêté royal du 15 mai 2001, *M.B.*, 16 mai 2001.

⁷⁷ Arrêté royal du 11 mai 2001, *M.B.*, 15 mai 2001.

⁷⁸ Arrêté royal du 11 mai 2001, *M.B.*, 15 mai 2001.

La distinction entre conception et exécution est réinventée : le Ministre (et ses collaborateurs) est responsable de la conception et l'évaluation des politiques, des « agences » dirigées par des fonctionnaires sous mandat sont chargées de l'exécution.

Comme l'indique le professeur De Visscher, « *le politique se réapproprie en quelque sorte l'entièreté de la dimension politique de la gestion des affaires publiques, tandis que les fonctionnaires dirigeants sont responsabilisés sur les résultats au niveau à la fois de la mise en œuvre des politiques et de la gestion de leur département* »⁷⁹.

Le cabinet ministériel est censé céder la place à un *secrétariat personnel* réduit pour chaque ministre.

Apparaissent le conseil stratégique, le comité de direction, la cellule stratégique et le Comité d'audit.

Le *conseil stratégique*, présidé par le Ministre, est composé du président du comité de direction (chargé d'améliorer le relais entre administration et politique), du directeur du secrétariat du Ministre, du responsable de la cellule stratégique et d'experts externes. Peuvent être conviés « des responsables des différents services opérationnels du service public fédéral et, éventuellement, du président du comité de direction d'autres services publics fédéraux, de responsables d'organismes d'intérêt public fédéraux, ainsi que du responsable de toute autre entité publique »⁸⁰.

Le Conseil stratégique est composé :

- du Ministre (président);
- le cas échéant, du Ministre ou du secrétaire d'État compétent pour une partie des missions du service public fédéral;
- du président du comité de direction;
- le cas échéant, du directeur de la politique générale de la cellule de politique générale;
- du (des) directeur(s) de la (des) cellule(s) stratégique(s);
- d'experts externes aux services publics fédéraux ou aux services publics fédéraux de programmation.¹

Le nombre des experts est fixé par le Gouvernement en début de législature, sans préjudice de leur révision au cours de celle-ci.

Le président du conseil stratégique invite en outre, en fonction de la matière à traiter, les responsables des différents services opérationnels du service public fédéral et, éventuellement, le président du comité de direction d'autres services publics fédéraux, le responsable d'organismes d'intérêt public fédéraux ainsi que le responsable de toute autre entité publique ²et le(s) directeur(s) du (des) secrétariat(s)³.

¹La fréquence des réunions, la convocation et l'ordre du jour sont fixés par le Ministre qui assure la présidence.¹

► ¹ – Ainsi modifié par A.R. 19 juillet 2003, art. 2, 1^o, qui produit ses effets le 12 juillet 2003, en vertu de l'art. 15 dudit A.R.

► ² – Ainsi modifié par l'A.R. du 19 juillet 2003, art. 2, 2^o, qui produit ses effets le 12 juillet 2003, en vertu de l'art. 15 dudit A.R.

► ³ – Ainsi modifié par A.R. 19 juillet 2003, art. 2, 3^o, qui produit ses effets le 12 juillet 2003, en vertu de l'art. 15 dudit A.R.

⁷⁹ *Op. cit.*, spéc. p. 18.

⁸⁰ Art. 2 de l'AR précité.

Il a pour mission d'assister le Ministre dans la préparation et le suivi de sa politique (plan stratégique) et de surveiller le comité de direction dans la mise en œuvre du plan stratégique. Il donne des avis sur le plan stratégique et se prononce sur toutes propositions budgétaires.

Art. 3.

Le conseil stratégique :

- formule des avis pour l'établissement du plan stratégique du Ministre, le cas échéant du Secrétaire d'État, ainsi que pour toute modification de celui-ci en cours de législature;
- se prononce sur les propositions budgétaires annuelles à présenter par le Ministre compétent, le cas échéant le Secrétaire d'État compétent, et de réajustement éventuel du budget;
- ~~1.1.1~~;
- ~~1.1.1~~;
- donne des avis au Ministre, le cas échéant au Secrétaire d'État, sur le projet de contrat de management du président du comité de direction.

► 1 – Ainsi modifié par l'A.R. du 16 janvier 2003, art. 1^{er}, qui entre en vigueur le 29 janvier 2003, en vertu de l'art. 3 dudit A.R.

► 2 – Abrogé par l'A.R. du 1^{er} février 2005, art. 4, qui ne contient aucune disposition spécifique relative à son entrée en vigueur et a été publié le 16 février 2005.

Depuis l'entrée en vigueur, de l'AR du 27 avril 2008 modifiant diverses dispositions des organes stratégiques, le conseil stratégique n'est plus requis dans les SPF et les SPP. Par ailleurs, les cellules stratégiques ne relèvent plus des SPF/SPP, mais bien du gouvernement. Ces modifications font essentiellement suite aux critiques parues dans un rapport de la Cour des comptes de fin 2006.

Depuis la réforme dite «Copernic», l'administration fédérale est organisée en services publics fédéraux (SPF, ex-ministères) et services publics de programmation (SPP). On distingue entre les SPF verticaux et horizontaux. Les SPF horizontaux interviennent de façon transversale dans des matières qui concernent tous les SPF (le budget, par exemple). Quant aux SPP, ils traitent de questions déterminées (consommateurs, politique des grandes villes...). On compte à ce jour 14 SPF et 4 SPP.

Conseils stratégiques Auparavant, chaque SPF/SPP comportait nécessairement 3 organes: comité de direction (avec, à sa tête, un « top manager » nommé pour 6 ans), conseil stratégique et cellule stratégique.

Le conseil stratégique est une sorte d'interface entre le pouvoir politique, qui conçoit les politiques, et l'administration qui la met en œuvre. C'est pourquoi il est composé notamment du/des ministres compétents, du top manager du SPF/SPP et d'experts externes. Le conseil doit veiller à aider à l'établissement du plan stratégique du/des ministres (ou aux éventuelles adaptations), à la bonne mise en œuvre du plan et intervenait dans les propositions de budget.

Désormais, la présence du conseil stratégique devient optionnelle, c'est-à-dire que cet organe ne se retrouvera plus obligatoirement dans l'ensemble des SPF/SPP.

La justification fournie est que cet organe n'apparaissait pas comme « indispensable » dans les SPF horizontaux dès lors que leurs missions sont « purement opérationnelles », le ministre de la fonction publique allant jusqu'à affirmer que les missions du conseil « peuvent tout aussi bien être prises en charge par le ministre lui-même en concertation avec son administration ».

La Cour des comptes relevait en effet dans un rapport de fin 2006 que seuls deux conseils fonctionnaient en réalité, mais qu'ils étaient beaucoup plus nombreux « sur le papier » et ce, pour des raisons budgétaires.

Désormais, il est prévu que, en l'absence de conseil stratégique, le budget de ce dernier consacré aux experts peut être utilisé pour rémunérer des experts externes au sein de la cellule stratégique (voir ci-dessous). Les observations de la Cour sur ce point sont donc suivies, la pratique critiquée étant à présent autorisée.

Cellules stratégiques Les cellules stratégiques (cellules d'appui dévolues à chacun des ministres/secrétaires d'Etat) en vue de relayer leur politique (et de veiller à son évaluation) au sein du SPF/SPP concernés, demeurent. Si un ministre/secrétaire d'Etat est compétent pour différentes matières, il peut disposer de plusieurs cellules ou de noyaux au sein de cellules.

Un changement organique intervient à ce niveau puisque la cellule ne relève plus du SPF/SPP, mais du ministre concerné. En revanche, le directeur de cellule (et les directeurs de noyaux le cas échéant) demeure bien présent au comité de direction. La modification fait suite à l'observation formulée par la Cour des comptes. Elle avait noté que, les ministres ayant bien souvent dans leurs portefeuilles respectifs des attributions réparties sur plusieurs SPF, il était presque impossible de respecter le principe de spécialité budgétaire concernant les traitements du personnel des cellules.

Il n'est plus nécessaire de dresser un profil de compétences et une description de fonctions pour recruter: la seule exigence est que le personnel soit titulaire d'une fonction de niveau A ou B ou du diplôme qui y donne accès.

Désormais, le personnel engagé doit cependant fournir une copie de son diplôme ou la preuve qu'il satisfait aux conditions, exigence assez logique, mais la Cour des comptes n'avait rencontré que c'était rarement le cas.

Démission Il est désormais prévu que, en cas de démission du gouvernement ou d'un de ses membres, le ministre concerné met, jusqu'à la nomination du gouvernement suivant les prochaines élections, deux équivalents temps plein à disposition de son prédécesseur s'il n'est plus ministre. Auparavant, la mise à disposition valait pour la durée du nouveau gouvernement et était exclue en cas de démission individuelle.

Premier et Vice-Premiers Le Premier Ministre bénéficie en outre d'une cellule de coordination générale de la politique qui est chargée d'assister le gouvernement dans la préparation et l'évaluation de sa politique. Quant aux Vice-Premiers, ils disposent d'une cellule de politique générale pour les assister dans la préparation et dans l'évaluation de la politique générale du Gouvernement.

Il n'est plus prévu que le gouvernement en fixe la taille, la seule limite étant l'enveloppe budgétaire disponible. Cependant, il existe un vade-mecum dont les ministres doivent s'inspirer lors de l'installation de ces organes.

Entrée en vigueur L'arrêté entre en vigueur le 20 mars 2008.

[Arrêté royal modifiant diverses dispositions relatives aux organes stratégiques des services publics fédéraux](#)

Le *comité de direction* est composé du top manager concerné (président) et des responsables des diverses directions opérationnelles, des responsables des directions fonctionnelles du département (budget et contrôle de gestion, Personnel et Organisation, ICT), et le responsable de la cellule stratégique.

Art. 4.

Le comité de direction est composé :

- d'un président,
- des responsables des services opérationnels du service public fédéral,
- des directeurs fonctionnels des services d'encadrement «Budget et contrôle de la gestion», «Personnel et organisation» et «Technologie de l'information et de la communication» du service public fédéral,
- ¶du (des) directeur(s) de la (des) cellule(s) stratégique(s)¶.

Le comité de direction arrête son règlement d'ordre intérieur. Ce règlement est communiqué à tous les membres du personnel.

► 1 – Ainsi modifié par l'A.R. du 19 juillet 2003, art. 3, qui produit ses effets le 12 juillet 2003, en vertu de l'art. 15 dudit A.R.

Il a pour mission la gestion exécutive (day-to-day management) ou opérationnelle du département (dans le respect du plan stratégique), prépare le projet de budget (rôle de proposition et de surveillance de sa bonne exécution) et le plan de personnel annuel (soumis au conseil stratégique).

Art. 5.

Le comité de direction est chargé de la gestion du service public fédéral, conformément au plan stratégique.

Il formule toute proposition utile relative au fonctionnement du service public fédéral et assure la coordination de l'ensemble des services et des activités de celui-ci.

Il propose le projet de budget et le projet éventuel de réajustement de celui-ci; il en surveille l'exécution.

Il élabore le plan de personnel sur base des projets établis par les titulaires des fonctions de management et le transmet pour accord au Ministre. Le plan de personnel détermine, par fonction, le nombre de membres du personnel statutaires et contractuels exprimé en équivalents temps plein.

2

1. – Ainsi modifié par A.R. 16 janvier 2003, art. 2.

2. – L'art. 2 de l'A.R. du 16 janvier 2003 entre en vigueur le 29 janvier 2003, en vertu de l'art. 3 dudit A.R.

Art. 6.

Le président du comité de direction, en tant que chef du service public fédéral, est responsable du management opérationnel.

La *cellule stratégique*, créée au sein de chaque service public, censée offrir une expertise technique (étude, réflexion) à chaque ministre, est composée d'experts internes et externes à l'administration, engagés pour la durée de la législature (après sélection par le Selor sur la base d'un profil de compétence établi par le Ministre). Il s'agit d'une structure d'appui du conseil stratégique et du comité de direction pour la préparation et l'évaluation de la politique. Dans les faits, ils seront probablement les « successeurs des cabinets ministériels⁸¹.

7 novembre 2000 - ARRÊTÉ ROYAL portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral. (Mon. 18 novembre 2000)

> CHAPITRE I^{er} - LE SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL > Section 3 - La cellule stratégique

Art. 7.

§ 1^{er}. La taille de chacune des cellules stratégiques est déterminée par le Gouvernement en début de législature, sans préjudice de sa révision au cours de celle-ci.

La composition de chacune des cellules stratégiques est déterminée par le Ministre, le cas échéant le Secrétaire d'État, en début de législature, sans préjudice de sa révision au cours de celle-ci.

Le responsable de la cellule stratégique est désigné par le Ministre et, le cas échéant, par le Secrétaire d'État, parmi les membres de celle-ci. Il porte le titre de directeur de la politique concernée.

...

§ 2. Lorsque plusieurs Ministres et secrétaires d'État sont compétents pour différentes matières au sein d'un service public fédéral, plusieurs cellules stratégiques ou des noyaux dans une cellule stratégique peuvent être créés.

1. – Ainsi modifié par l'A.R. du 19 juillet 2001, art. 14, 1^o et 2^o.

⁸¹ J. SOHIER, *op. cit.*, spéc.p. 223

- ▶ 2. – Ainsi modifié par l'A.R. du 19 juillet 2001, art. 14, 2°.
- ▶ 3. – Ainsi modifié par l'A.R. du 19 juillet 2003, art. 4, 1°, qui produit ses effets le 12 juillet 2003, en vertu de l'art. 15 dudit A.R.
- ▶ 4. Supprimé au 12 juillet 2003 par A.R. 19 juillet 2003, art. 4, 2°.
- ▶ 5. – Ainsi modifié par A.R. 19 juillet 2003, art. 4, 3°, qui produit ses effets le 12 juillet 2003, en vertu de l'art. 15 dudit A.R.

novembre 2000 - ARRÊTÉ ROYAL portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral. (Mon. 18 novembre 2000)

> CHAPITRE I^{er} - LE SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL> Section 3 - La cellule stratégique

Art. 8.

¶ Chaque Ministre ou secrétaire d'État dispose d'une cellule stratégique ou, le cas échéant, d'un noyau dans une cellule stratégique au sein du service public fédéral ou des services publics fédéraux qui rentrent dans ses compétences.

La cellule stratégique ou le noyau dans la cellule stratégique appuie le Ministre ou le secrétaire d'État pour la préparation et l'évaluation de la politique, dans un objectif d'intégration et de coordination optimales de celle-ci au sein du service public fédéral.

Le directeur de la cellule stratégique ou le responsable du noyau rapporte directement au Ministre ou au secrétaire d'État.¶

- ▶ 1. – Ainsi modifié par A.R. 19 juillet 2003, art. 5, qui produit ses effets le 12 juillet 2003, en vertu de l'art. 15 dudit A.R.

Enfin, le *comité d'audit* est chargé du « contrôle interne », du « processus d'audit » et de « l'information financière »⁸². Il est composé d'un président désigné en son sein, d'experts externes et d'un représentant de l'inspection des finances, sans que le nombre total de ces membres ne puisse jamais être supérieur à six. Il est censé être indépendant et contrôler l'exécution des plans de management. Il peut également proposer toutes mesures en vue d'améliorer le fonctionnement des services publics, sans toutefois pouvoir s'impliquer dans la gestion effective.

novembre 2000 - ARRÊTÉ ROYAL portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral. (Mon. 18 novembre 2000)

> CHAPITRE I^{er} - LE SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL> [Section 4 - Le comité d'audit]

¶ Art. 8bis.

Le comité d'audit est composé :

- d'un président, qu'il désigne en son sein;
- d'experts externes;
- d'un représentant de l'inspection des finances.

⁸² Art. 16 de l'AR précité.

Le nombre des membres du comité d'audit ne peut être supérieur à six.

Ils ne peuvent exercer aucune fonction opérationnelle dans le service public fédéral.

Le comité d'audit invite, selon la matière à traiter, comme observateurs, les personnes qu'il estime nécessaires.

Le comité d'audit se réunit au moins quatre fois par an.

Les missions du comité d'audit se situent à trois niveaux: le contrôle interne, le processus d'audit et l'information financière. Il favorise la communication entre, d'une part, les membres du conseil stratégique et du comité de direction et, d'autre part, les membres du conseil stratégique et du service d'audit interne.

Le service d'encadrement «audit interne», qui relève administrativement du président du comité de direction, rapporte directement au comité d'audit. ¹

► ¹ – Ainsi modifié par A.R. 19 juillet 2001, art. 16.

¹ Art. 8ter.

Le comité d'audit fait directement rapport au conseil stratégique, notamment, chaque année, sur son fonctionnement et l'exercice de ses missions. ¹

► ¹ – Ainsi modifié par A.R. 19 juillet 2001, art. 16.

17. La nouvelle gestion du personnel

Les trois axes de la nouvelle gestion du personnel sont : d'une part, la responsabilisation du management (système du mandat), d'autre part, la décentralisation de compétences opérationnelles en matière de GRH aux services P&O des différents services publics fédéraux et la redéfinition des missions du SP horizontal P&O (qui se substitue au ministère de la fonction publique), et, enfin, la nouvelle GRH fondée sur la valorisation des compétences et des prestations plus que sur le respect des droits et obligations des fonctionnaires⁸³.

Des éléments très importants de cette réforme ont été traduits dans le nouvel arrêté royal du 22 décembre 2000 relatif « aux principes généraux »⁸⁴.

Ils seront étudiés dans la suite du cours.

Outre l'abandon de la condition de nationalité pour l'accès à la fonction publique⁸⁵, trois modifications relèvent d'un changement de paradigme :

- la possibilité de recruter, par contrat de travail, des experts pour des tâches qui requièrent des connaissances particulières ou une expérience de haut niveau⁸⁶ ;
- le concours, mode traditionnel de recrutement des agents statutaire, est remplacé par une « sélection comparative » ;
- la carrière, l'évaluation des agents et les fonctions dirigeantes sont profondément modifiées⁸⁷.

⁸³ C. DE VISSCHER, *op. cit.*, spéc. p. 19.

⁸⁴ *Infra*, chap. 1, sect. 2, §2.

⁸⁵ *Infra*, chap. 1, sect. 2, §1er, B.

⁸⁶ *Infra*, chap. 1, sect. 3.

⁸⁷ *Infra*, chap. 2.; art. 2, §1er, 4° de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 précité.

18. Les experts contractuels

La possibilité de recruter, par contrat, des « experts » était déjà contenue en germe dans l'art. 18 du statut Camu.

En vertu de cette disposition, le Roi pouvait recruter, à titre définitif cependant, « des personnes d'une haute valeur administrative, scientifique, technique ou artistique », en les dispensant de la réussite du concours de recrutement, afin « de faire entrer des personnes d'une valeur exceptionnelle dans l'administration, et cela dans l'intérêt de l'appareil de l'Etat »⁸⁸.

Il ne faut pas minimiser la nouveauté.

En effet, le recrutement contractuel, pour la « haute fonction publique », s'inscrit dans une certaine permanence, il devient un élément du système mis en place. Il s'agit d'une évolution sensible qui énerve le principe même de l'engagement statutaire⁸⁹.

Or, les critères réglementaires sont particulièrement vagues et le rapport au Roi peu explicite⁹⁰, ce qui a été dénoncé par le conseil d'Etat, section législation⁹¹.

19. La sélection comparative

Le principe du mérite et le souci d'impartialité sont à la base de l'obligation de réussir un concours pour pouvoir être recrutés comme agents statutaires dans la fonction publique. En effet, le concours débouche sur un classement déterminant les lauréats en fonction de leur résultat. Au moment de la nomination, l'autorité est obligée de suivre le classement. Le concours est organisé par un organisme indépendant des administrations, le secrétariat permanent au recrutement, service de l'Etat à gestion séparée (relevant des services du Premier ministre).

Désormais, le concours (principe général de recrutement) est remplacé par une « sélection comparative » qui reste organisée par le bureau de sélection de l'administration fédérale (Selor).

⁸⁸ Voy. not. J. SAROT, *Précis de fonction publique, op. cit.*, « Le recrutement », par O. DAURMONT, pp. 201 et s. ; C.E., 14 janv. 1987, *Grevesse*, n° 27.378, *J.T.*, 1987, p. 156 et note D. LAGASSE; C.E., 12 juill. 1988, *Vande Walle*, n° 30.604; C.E., 12 juill. 1988, *Gosselain*, n° 30.609.

⁸⁹ l'article 2, §2 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 permet aux Communautés et aux Régions d'adopter, par décret, d'autres règles permettant l'engagement d'agents par contrat de travail, en dehors des hypothèses mentionnées dans les principes généraux, au profit des personnes morales de droit public qui en dépendent.

⁹⁰ Il se limite à préciser qu'« il est possible, comme exemple de tâches qui requièrent des connaissances particulières ou une large expérience de haut niveau, de faire référence aux catégories suivantes de personnel : personnel d'encadrement T.I.C., fonctions de management et fonctions G.R.H. » (rapport au Roi, *M.B.*, 9 janv. 2001, p. 422).

⁹¹ Elle souligne ainsi que, « malgré l'ajout de la spécification selon laquelle des connaissances « particulières » et une expérience « large » sont requises, il n'en demeure pas moins que la nouvelle exception est définie par des critères vagues et relativement généraux, qui pourront donner lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation, ainsi qu'à de nombreuses contestations » (avis de la section de législation du Conseil d'Etat, publié au *M.B.*, 20 janv. 2001).

L'art. 9, §3 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 dispose que : « le statut règle la procédure, le mode de détermination des épreuves et des critères de recrutement et de sélection, ainsi que leur publicité ».

Cette disposition accroît donc l'autonomie des entités fédérées.

Il est cependant précisé que « le recrutement et la sélection s'effectuent sur la base d'un système de recrutement objectif qui, quant à sa forme et son contenu, offre les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, l'interdiction d'arbitraire, l'indépendance et l'impartialité ».

Le rapport au Roi précise que « à présent que le recrutement et la sélection ne devront plus nécessairement se faire sur la base d'un concours et du classement qui en résulte, il est opportun de souligner qu'un éventuel nouveau système de sélection devra répondre à cette garantie constitutionnelle »⁹².

La nouveauté réside bien dans la possibilité de prévoir que l'autorité n'est plus liée par le classement opéré au terme de la sélection comparative en matière de nomination. Désormais, le Selor transmet une liste des dix premiers candidats classés à l'autorité investie du pouvoir de nomination. Cette dernière peut interroger les différents candidats et nommer ceux qu'elle considère les plus aptes pour les fonctions à exercer, en dérogeant éventuellement au classement de la sélection comparative. Dans cette hypothèse, elle devra néanmoins motiver formellement sa décision (arrêté de nomination) en les motifs pour lesquels tel ou tel candidat a été préféré à un autre en principe mieux classé.

Cette nouveauté a été vivement critiquée par le Conseil d'Etat.

Ce dernier a stigmatisé le renoncement « à une règle qui a toujours été considérée comme une garantie essentielle de l'objectivité des recrutements, une condition qui résulte elle-même du principe constitutionnel de l'égalité d'admissibilité aux fonctions publiques, qui est expressément inscrit à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution ». Il s'étonne « qu'un système dans lequel le candidat le plus apte n'est plus sélectionné sur la base des résultats d'un concours, mais bien sur la base d'une appréciation de l'autorité investie du pouvoir de nomination, emportera inévitablement une augmentation du contentieux devant le Conseil d'Etat, section d'administration. Dans un tel système, la nomination, contrairement à ce qui vaut pour un système de concours, ne peut plus s'appuyer sur un critère tout à fait objectif et univoque — le résultat de l'examen — mais devra faire l'objet, dans le chef de l'autorité, d'une obligation de motivation étendue (...) »⁹³

Sans doute n'existe-t-il pas de solution miracle et qu'il a été choisi d'introduire un peu de souplesse dans un système parfois dénoncé comme trop rigide. Cependant, il n'est pas

⁹² *M.B.*, 9 janv. 2001, p. 425 ; la garantie constitutionnelle de l'égalité d'admissibilité des citoyens aux fonctions publiques implique cette précaution (avis de la section de législation du Conseil d'Etat, *op. cit.*, *M.B.*, 20 janv. 2001)

⁹³ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat, *M.B.*, 20 janv. 2001, *op. cit.*

certain que la souplesse nouvelle a été encadrée de manière suffisamment précise pour empêcher les dérives qui sont censées être par ailleurs combattues⁹⁴.

20. Les règles relatives à la carrière : niveaux et allocations de compétence

En vue d'accroître l'autonomie des entités fédérées et de leur permettre de formuler, dans leur statut, leurs propres conceptions en matière de carrière⁹⁵, l'arrêté royal du 22 décembre 2000 n'érige en principe général que l'obligation de classement des emplois par *niveau* et d'organisation d'un *système d'évaluation des agents*, dont les règles et procédures seront fixées par chaque Communauté et Région.

Par un arrêté royal du 5 septembre 2002⁹⁶, l'Etat fédéral a, ainsi, transformé les niveaux 4, 3, 2 et 2+ qui existaient, en niveaux D, C et B et modifié les appellations génériques.

Il existe désormais des « collaborateurs » (niveau D, fonctions exercées auparavant par des agents des niveaux inférieurs 3 et 4); des « assistants » (niveau C, fonctions exercées auparavant par des agents de niveau 2); des « experts » (niveau B, fonctions exercées auparavant par des agents de niveau 2+) .

Le rapport au Roi précise que « la différence entre un niveau de fonction supérieur et un niveau de fonction inférieur réside dans le degré de responsabilité et/ou dans l'importance des exigences posées aux titulaires de la fonction. Chaque niveau de fonction représente donc un certain poids, auquel correspondent une rémunération et une structure de carrière appropriées »⁹⁷ .

D'autres innovations doivent être soulignées :

- la « mesure de compétence » s'inscrit dans un souci de formation permanente et permet d'évaluer les compétences techniques d'un agent pour exercer une fonction dans son niveau⁹⁸, elle est censée occuper une place importante dans l'évolution de la carrière et, accessoirement sur le statut pécuniaire (allocation de compétences qui s'ajoute au traitement) ;
- la mise en place de « plans individuels de développement » qui « indiquent quelles sont les compétences à développer ou à améliorer par l'agent, et définissent des actions concrètes de développement (dont notamment, mais pas exclusivement, des actions de formation) »⁹⁹ ; ils peuvent être utilisés lors de la période ou pour la mesure des compétences (l'agent fait alors l'objet d'un avis censé décrire ses points forts et ses points faibles) ;

⁹⁴ *Contra.*, J. SOHIER, *op.cit.*, spéc. p. 225.

⁹⁵ Rapport au Roi, *op. cit.*, *M.B.*, 9 janv. 2001, p. 426.

⁹⁶ Qui ne concerne pas le niveau supérieur, anc. Niveau 1, réservé au recrutement des titulaires d'un diplôme universitaire, à l'époque toujours en cours de discussion, comme l'indique le rapport au Roi, *M.B.*, 26 sept. 2002, *op. cit.*, p. 43565.

⁹⁷ Rapport au Roi avant arrêté royal du 5 septembre 2002 portant réforme de la carrière de certains agents des administrations de l'Etat, *M.B.*, 26 sept. 2002, p. 43568.

⁹⁸ Elle peut être réalisée à partir d'un test d'application ou d'une formation certifiée, et d'une interview axée sur le comportement, selon le Rapport au Roi, *M.B.*, 26 sept. 2002, *op. cit.*, p. 43569.

⁹⁹ Rapport au Roi, *M.B.*, 26 sept. 2002, *op. cit.*, p. 43571.

- enfin, l'arrêté institue une « prime pour les agents dirigeants »¹⁰⁰, à savoir « les agents qui gèrent de manière directe une équipe d'une certaine taille »¹⁰¹ (statut pécuniaire). S'agit-il d'ouvrir un droit subjectif à une telle prime dans le chef des agents concernés ? Cette solution s'écarterait des règles traditionnelles du statut pécuniaire dans la fonction publique, où le traitement des agents était traditionnellement lié au grade, sans possibilité de distinction sur la base de la fonction effectivement occupée¹⁰².

Par un arrêté royal du 4 août 2004¹⁰³, le système de carrière du niveau A (ex 1) a été entièrement revu.

21. Les fonctions dirigeantes : le mandat

Le principe du mandat a connu de nombreux avatars sur lesquels nous reviendrons¹⁰⁴.

L'article 3 de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux (LARCIER) dispose que : « les fonctions de management sont des fonctions de gestion au sein d'un service public (...) exercées dans le cadre d'un mandat, c'est-à-dire une désignation temporaire renouvelable », envisagé pour une durée de 6 ans (à vérifier).

Le principe du mandat pour la haute fonction publique n'avait rien de révolutionnaire¹⁰⁵. Il pose cependant certaines difficultés bien connues du Gouvernement¹⁰⁶.

La nouveauté de la réforme Copernic a été d'étendre le système réservé aux agents de l'Etat, à tout candidat. En d'autres termes, de l'ouvrir à des non-fonctionnaires, cadres dans le secteur privé.

Assez vaguement justifiée par la constance du changement dans notre société¹⁰⁷, l'option du mandat posait problème. Comment réconcilier l'essence du mandat, qui est d'être temporaire,

¹⁰⁰ **Seuls sont visés les** agents des niveaux inférieurs, par ex. l'agent collaborateur « qui exerce la direction journalière de personnel occupé au nettoyage ou au restaurant », art. 204, A.R. 5 sept. 2002 précité.

¹⁰¹ « Les agents qui gèrent de manière directe une équipe de dix collaborateurs au minimum ont, en tout cas, droit à la prime », Rapport au Roi, *M.B.*, 26 sept. 2002, *op. cit.*, p. 43568.

¹⁰² J. SOHIER, *op.cit.*, spéc. p. 225.

¹⁰³ *M.B.*, 16 août 2004.

¹⁰⁴ A.R. du 29 oct. 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux, *M.B.*, 31 oct. 2001 ; A.R. du 22 mai 2000 portant diverses mesures en vue de la mise en place des cellules des ressources humaines dans les ministères fédéraux, *M.B.*, 27 mai 2000.

¹⁰⁵ Voy. not., les arrêtés royaux « principes généraux » du 22 nov. 1991 et du 22 sept 1994 et la loi du 22 juillet 1993 portant diverses mesures en matière de fonction publique.

¹⁰⁶ Sous la législature précédente, un arrêté royal du 20 avril 1999, organisant la nomination, la carrière et l'évaluation des agents chargés de la gestion de certains services publics, avait déjà prévu que l'exercice de certaines fonctions ferait l'objet d'un mandat conféré pour une période de cinq ans, soumis à des évaluations régulières, permettant à son titulaire de bénéficier d'une prime spéciale de direction (Arrêté royal du 30 avril 1999 relatif à la prime de direction attribuée aux agents chargés de la gestion de certains services publics, *M.B.*, 30 juin 1999). Il était motivé par la considération que : « .. la promotion d'une administration performante passe, dans l'optique du gouvernement, par la mise en oeuvre de la réforme des mandats et que l'octroi, aux agents chargés de la gestion de certains services publics, d'une prime de direction constituée, dans cette mise en oeuvre, un élément essentiel de reconnaissance de leur travail et un incitant à relever le défi d'une meilleure efficacité de l'administration et d'un service de qualité ».

avec le principe que la qualité d'agent n'est reconnue qu'aux personnes occupées à titre définitif ? Il semblait impossible, au Conseil d'Etat, d'engager des externes statutaires de manière temporaire¹⁰⁸, ce dont le Gouvernement ne se soucia guère.

22. Sélection et recrutement des fonctions dirigeantes

La sélection et le recrutement des top managers ont été revus plusieurs fois¹⁰⁹. Ils doivent avoir des compétences particulières en matière de gestion¹¹⁰.

Initialement, un système de sélection comparative par rôle linguistique avait été organisé (deux commissions)¹¹¹. Les candidats des deux rôles faisaient l'objet d'un classement unique en fonction de leur aptitude¹¹². Afin d'éviter les différences d'appréciation entre des deux commissions, une concertation entre les deux présidents était organisée¹¹³. Elle avait également pour objet de permettre une comparaison effective entre les candidats des deux groupes linguistiques.

La sélection comparative par groupe linguistique distinct respectait-elle le principe d'égalité ?

L'option choisie avait été critiquée par le Conseil d'Etat dans son avis¹¹⁴ : « que la sélection par groupe linguistique ne peut se justifier par le souci d'une représentation équilibrée du groupe linguistique concerné au sein de l'administration. En effet, la législation linguistique elle-même apporte la réponse à cette préoccupation. Ce n'est que lorsqu'une fonction donnée peut être occupée tant par un francophone que par un néerlandophone — et par conséquent que le maintien de l'équilibre visé par la législation linguistique ne nécessite pas la désignation d'un candidat appartenant à un groupe déterminé au préalable — que le problème d'égalité peut se poser ».

Sans surprise donc, le premier arrêté royal du 2 mai 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux, qui ne prévoyait pas de classement particulier entre les candidats, laissant à l'autorité investie

¹⁰⁷ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 oct. 2001, déjà cité.

¹⁰⁸ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 22 mars 2001, *M.B.*, 8 mai 2001, p. 14961.

¹⁰⁹ Arrêt royal du 2 octobre 2002 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions d'encadrement dans les services publics fédéraux (*M.B.*, 9 oct. 2002) ; arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation.¹ (*Mon. 31 octobre 2001; Err. Mon. 15 novembre 2001*)

¹¹⁰ L'article 6 de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 précise « une expérience de management de six ans », définie comme « une expérience en gestion au sein d'un service public ou d'une organisation du secteur privé », ou d'une expérience professionnelle utile d'au moins dix ans, qui selon le rapport du Roi est celle « liée à la description de la fonction et au profil de compétences et aux responsabilités y afférentes », *M.B.*, 30 oct. 2001. De manière curieuse, il est prévu, à titre de disposition transitoire, que les années prestées en qualité d'agent titulaire d'un grade du rang 13 seront prises en compte pour le calcul de ces six années (art. 26 de l'arrêté royal du 29 octobre 2001), alors qu'elles ne présentent aucun rapport avec le management (section de législation du Conseil d'Etat, avis du 22 mars 2001, *M.B.*, 8 mai 2001, p. 14960).

¹¹¹ Art.5 de l'arrêté royal du 29 oct. 2001.

¹¹² Il y a quatre groupes : le groupe A (candidats « très aptes »); le groupe B (candidats « aptes »); le groupe C (candidats « moins aptes »); le groupe D I (candidats « inaptes à la fonction à exercer »).

¹¹³ Art. 8, *in fine*, de l'arrêté royal du 29 oct. 2001.

¹¹⁴ *M.B.*, 31 oct. 2001.

du pouvoir de nommer une liberté illimitée de désigner le candidat de son choix au sein du groupe des candidats les plus aptes, a été suspendu par le Conseil d'Etat¹¹⁵.

Les modalités de la sélection comparative illustrent toute la difficulté de trouver un point d'équilibre entre la souplesse et le souci d'impartialité et d'objectivité.

Un *assessment*, consistant en une « évaluation des potentialités des candidats », afin d'apprécier leurs aptitudes à diriger et à exercer ainsi une fonction de management, ouvrait la procédure¹¹⁶.

Il était mené par des « experts-évaluateurs externes » désignés par le Selor, en présence de deux membres de chaque commission de sélection (observateurs). Une première évaluation était donnée par les experts (de « très apte » à « pas apte »), les observateurs disposant d'une voix consultative à cet égard.

J. Sohier a formulé la critique suivante : « l'arrêté ne contient aucune précision, ni quant à la procédure, ni quant au contenu de l'*assessment*, qui devraient donc relever du libre choix des experts » ; restent tout aussi floues « les modalités de choix de ces experts par le Selor »¹¹⁷.

Venait ensuite un entretien avec les candidats en vue d'évaluer leurs compétences spécifiques pour la fonction (énumérées dans le profil) (de très apte à pas apte), les experts-évaluateurs externes sont observateurs avec voix consultative.

Les experts et la commission établissaient l'évaluation finale (groupe A, B, C et D) et un classement.

Le Selor transmettait le résultat de l'*assessment* au ministre¹¹⁸.

Un dernier entretien était organisé avec les candidats du groupe A afin de comparer les candidats néerlandophones et francophones (sur base des critères pré-établis). A nouveau, cette dernière étape, pourtant cruciale, n'était pas encadrée. Le ministre pouvait déroger à l'ordre du classement. La seule obligation étant d'établir un rapport sur les résultats de la comparaison...

23. Plans de management et plans opérationnels

Les outils de gestion évoluent également : plans de management et opérationnels servent à décrire les missions à remplir par le manager¹¹⁹.

Le premier décrit les missions générales de gestion et obligations du manager, les objectifs stratégiques et opérationnels à atteindre et précise ses moyens budgétaires

¹¹⁵ C.E., 7 sept. 2001, Jadot, n° 98735, *J.T.*, 2001, *op. cit.* ; *voy. infra*, chap. 2 sur les modalités actuelles.

¹¹⁶ Art.8 de l'AR précité.

¹¹⁷ J. SOHIER, *op.cit.* spéc. p. 226.

¹¹⁸ Art. 9 de l'AR précité.

¹¹⁹ Art.11 de l'AR du 29 oct. 2001 précité.

Le second décrit, annuellement, la mise en œuvre des prestations concrètes opérées sur la base du plan de management, ainsi que le budget nécessaire à cette fin, les objectifs annuels, ainsi que les objectifs de management, financiers et d'amélioration de l'efficacité de la qualité du service public.

Ils sont adoptés de « commun accord » avec le ministre ou le président du comité de direction, qui a mené l'entretien final pour le recrutement du manager. Peu de précisions sont apportées sur le contenu des plans opérationnel et de management, ce qui accroît la liberté d'appréciation des uns et des autres.

24. L'évaluation¹²⁰

Les évaluations sont, en principe, bi-annuelles (évaluations intermédiaires), l'évaluation finale ayant lieu six mois avant la fin de son mandat. Elle est censée porter sur la réalisation des objectifs définis dans les plans de management et plan opérationnel, la manière dont ces objectifs ont été ou non atteints, la contribution personnelle du titulaire de la fonction de management à la réalisation de ces objectifs et les efforts consentis en termes de développement de ses compétences¹²¹.

Dans la première et la deuxième copie, elles se soldaient, de manière fort peu nuancée¹²², soit par une mention « insuffisant » soit par une mention « très bon ».

Plus fondamentalement, elle s'ouvrait avec une auto-évaluation, suivie d'un entretien.

A nouveau, le système était peu précis.

Les voies de recours étaient floues en cas de mention « insuffisant ». Si le manager pouvait introduire un recours administratif auprès des mêmes organes (ministre ou président) dans les 15 jours de la réception de son évaluation, il était censé attendre le bon vouloir du législateur qui souhaite créer une juridiction (d'exception) pour connaître du litige!¹²³

Or, si une appréciation intermédiaire se soldait par la mention « insuffisant », le mandat prenait fin de plein droit¹²⁴. Il était prévu que le manager issu du secteur privé recevrait une indemnité de départ et que l'agent nommé à titre définitif serait réaffecté dans une fonction « adéquate », qui lui sera proposée par le service compétent de son service public fédéral, éventuellement sous l'arbitrage du service public fédéral « Personnel et organisation ».

Par contre, si l'évaluation portait la mention « très bon », le manager pouvait demander le renouvellement de son mandat, sachant qu'il était alors réputé avoir satisfait à la sélection

¹²⁰ Revue par l'arrêté royal du 1^{er} février 2005 (M.B., 16 février 2005).

¹²¹ Art. 16 bis.

¹²² La section de législation du Conseil d'Etat avait fustigé les auteurs du premier arrêté, indiquant qu'ils « ont manifestement perdu de vue qu'il est également possible que les objectifs visés et les développements n'aient pas été manifestement réalisés ou qu'ils ne soient pas réalisés de façon optimale. Pourtant, dans ces cas, il faudra également attribuer une évaluation qui, par définition, ne peut être ni " très bon ", ni " insuffisant ". Si les auteurs du projet n'entendent prévoir que deux mentions, il conviendra d'adapter les conditions auxquelles les mentions sont liées » (M.B., 8 mai 2001, p. 14967).

¹²³ Indication édifiante figurant dans le rapport au Roi !

¹²⁴ Art.21 de l'AR précité.

comparative. S'il ne lui était pas attribué de nouveau mandat, bien qu'il n'ait pas fait l'objet d'une mention « insatisfaisant », il était appelé à bénéficier d'une indemnité de réintégration.

Le système a été revu par l'arrêté royal du 1^{er} février 2005 déjà mentionné.

Les autorités, le déroulement du cycle d'évaluation, le contenu du rapport, les mentions attribuées, le dossier d'évaluation et les voies de recours ont été précisés.

Des entretiens de fonctionnement sont désormais prévus chaque fois que la nécessité s'en fait sentir. Ils portent sur toute question relative au fonctionnement du titulaire de la fonction de management et le plan opérationnel, les éventuelles adaptations à y apporter et leur réalisation¹²⁵.

25. Les “not happy fews”

Dans des dispositions transitoires, l'arrêté royal du 29 octobre 2001 règle la situation des anciens secrétaires et directeurs généraux qui ne seraient pas repris dans les nouvelles fonctions de management.

Les rangs 16 et 17 étant appelés à être supprimés, leurs titulaires sont désignés comme « chargés de mission », en dehors de la structure hiérarchique de l'administration.

Nouvelle bizarrerie, ils conservent le bénéfice de leur échelle de traitement, liée à leur grade supprimé, il est prévu qu'ils conservent néanmoins leur grade « à titre personnel ». Sans doute s'agit-il d'un univers parallèle, fort commode, quoique inconnu à défaut de précisions.

Aussi, Sohier n'hésite pas à évoquer « une sorte de placard doré pour anciens fonctionnaires dirigeants, dont on ne sait plus que faire exactement et dont on ne peut pas se débarrasser aussi facilement... »¹²⁶.

26. Synthèse de la réforme Copernic

Le professeur Herbiet a synthétisé les principaux éléments de la réforme Copernic de la manière suivante¹²⁷ :

- **Evolution d'un système de carrière vers un système d'emploi** (voy. not. l'arrêté royal du 5 septembre 2002) : cet arrêté du 5 septembre 2002 ne concerne ni les carrières de niveau A (actuellement niveau 1), ni les grades particuliers ;
- **Evolution de la notion d'agent** : l'arrêté royal du 2 mai 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux entend remplacer le système de carrière, au moins pour la haute fonction publique, c'est-à-dire pour les emplois des rangs 17 et 16, par un système d'emploi. Les fonctions dirigeantes de chaque service public fédéral sont désormais (ou seront

¹²⁵ Art. 17.

¹²⁶ *Op. cit.*, Spéc. p. 227.

¹²⁷ Voy., M. HERBIET, *Éléments du droit de la fonction publique, op.cit.*, spéc. Partie I, titre II, chap. 3.

dans un proche avenir) confiées à des agents "sous statut temporaire", recrutés sur base d'un profil de compétence et d'une description de fonctions. Ils sont soumis à un système spécifique d'évaluation. La notion d'agent est pareillement remise en question en ce que la nouvelle réglementation autorise l'accès à ces fonctions dirigeantes ou supérieures (traditionnellement accessibles par promotion aux seuls agents titulaires de grades déterminés et justifiant d'une ancienneté déterminée et d'une évaluation positive), à des personnes issues du secteur privé¹²⁸. Les «cellules stratégiques» intégrées à chaque SPF se composent d'experts désignés par le ministre pour la durée de la législature et qui peuvent être recrutés dans le secteur privé. La fonction d'« attaché en ressources humaines », est également ouverte aux candidats du secteur privé.

- **Evolution de la notion de cadre :** la notion de « cadre organique » définie par l'article 18 de l'A.R.P.G. du 26 septembre 1994¹²⁹, est partiellement abandonnée dans le nouvel ARPG du 22 décembre 2000. Le rapport au Roi précédant cet arrêté annonce qu'« il est également proposé d'abandonner graduellement l'exigence de fixer des cadres dans lesquels le nombre d'emplois est préalablement fixé de manière statique ». Toutefois, à l'heure actuelle, cette notion est toujours utilisée dans les services publics fédéraux, comme par exemple, l'arrêté royal du 7 juillet 2002 portant le cadre organique du SPF « Technologies et Communications ». Le nombre de grades a considérablement décliné en suite de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 5 septembre 2002¹³⁰ et la structure de ce nouveau cadre est simplifiée par rapport aux cadres antérieurs. Le **plan de personnel** devient l'outil de gestion GRH par excellence¹³¹. Les procédures budgétaires sont adaptées en conséquence¹³².
- **Evolution de l'organisation :** la réforme de la fonction publique fédérale fonde désormais l'organisation de celle-ci, non sur une hiérarchie de grades mais sur la **fonction** (qui reste définie comme un ensemble de tâches et de responsabilités) confiée à chaque agent en considération des besoins spécifiques (et sujets à modification) de l'administration. Par conséquent, le **nombre d'emplois** correspondant à chaque grade et indiqué au cadre ou au plan de personnel résulte

¹²⁸ Les fonctions de management et d'encadrement (cette notion a été – provisoirement – abandonnée à la suite de l'arrêt 98.735 du Conseil d'Etat, qui a suspendu l'arrêté royal du 2 mai 2001) – des deux niveaux supérieurs sont accessibles à des personnes ayant acquis leur expérience dans le secteur privé.

¹²⁹ « les cadres du personnel fixent le nombre d'emplois par niveau et par rang. Ils fixent les grades. »

¹³⁰ Voy. *infra*.

¹³¹ Un arrêté royal du 16 janvier 2003 a modifié l'article 5 de l'arrêté royal du 7 novembre 2000 portant création et composition des organes communs aux services publics fédéraux pour y inclure la notion de plan de personnel : « Art. 5. - Le Comité de Direction est chargé de la gestion du service public fédéral, conformément au plan stratégique. Il formule toute proposition utile relative au fonctionnement du service public fédéral et assure la coordination de l'ensemble des services et des activités de celui-ci. Il propose le projet de budget et le projet éventuel de réajustement de celui-ci, il en surveille l'exécution. Il élabore le plan de personnel sur base des projets établis par les titulaires des fonctions de management et le transmet pour accord au Ministre. Le plan de personnel détermine, par fonction, le nombre de membres du personnel statutaires et contractuels exprimé en équivalents temps plein ».

¹³² La circulaire n°526 du 13 avril 2002 prévoit que : « ... (elle) s'inscrit dans le cadre de la réforme Copernic. L'un des programmes de Copernic vise la modernisation du cycle de contrôle budgétaire. Dans le cadre de ce nouveau concept, a aussi été prévue une nouvelle approche pour la gestion des crédits de personnel. Jusqu'à présent, le crédit était calculé sur la base d'un cadre organique et d'autorisations de recrutement, ce qui permettait d'évaluer le crédit nécessaire. Cette méthode sera abandonnée. Dans le cadre de la responsabilisation des Services publics fédéraux, les services disposeront d'une enveloppe de personnel pour l'ensemble du personnel statutaire et contractuel. Dans ce crédit, ils pourront mener leur politique de personnel via des plans de personnel à adapter souplement ».

d'une étude des besoins en personnel de l'organisation, axée non plus sur les grades en tant que tels mais sur les **fonctions** dont l'exercice y est jugé nécessaire.

- **Evolution de la notion de niveau :** l'article 19 de l'ARPG du 26 septembre 1994¹³³ a été abandonné par le nouvel ARPG du 22 décembre 2000 qui n'impose que la répartition des agents en niveaux. L'arrêté royal du 5 septembre 2002 – sans toucher au niveau 1 –¹³⁴, modifie le système des niveaux mis en place depuis 1937 : les niveaux 2+ et 2 deviennent respectivement les niveaux B (« expert ») et C (« assistant »), tandis que les niveaux 3 et 4 sont fusionnés en un seul niveau D (« collaborateur »). La différence entre un niveau de fonction supérieur et un niveau de fonction inférieur réside désormais, non dans la possession d'un diplôme, mais dans le degré de **responsabilité** et/ou dans **l'importance des exigences** posées aux titulaires de la fonction. Chaque niveau de fonction représente donc un certain poids auquel correspondent une rémunération et une structure de carrière appropriées. Le rapport au Roi évoque la mise en œuvre d'une étude visant le « poids » de chaque groupe de fonction. « Au cas où l'étude démontrerait que certains groupes de fonctions conviendraient mieux à un autre niveau, continue le rapport, une procédure de reclassement de la fonction au niveau plus approprié sera reconsidérée ». Le rapport ne précise toutefois pas si ce reclassement aura lieu exclusivement vers le niveau supérieur ou si un déclassement est envisagé.

- **Evolution de l'exigence en matière de diplôme.** En principe, le niveau A sera accessible aux candidats porteurs d'un diplôme universitaire ou assimilé, le niveau B sera accessible aux porteurs d'un diplôme de l'enseignement supérieur de type court et le niveau C aux titulaires d'un certificat de l'enseignement secondaire supérieur. Quant au niveau D, il sera accessible sans condition de diplôme. Le diplôme reste une condition d'accès à un niveau déterminé. Cependant, une dérogation est autorisée en cas de pénurie sur le marché de l'emploi¹³⁵. En outre, le système de progression de l'agent prévu par l'arrêté royal du 5 septembre 2002 autorise un accès direct au niveau supérieur, pour l'agent qui satisfait à un test de **mesure de compétence**¹³⁶ lui donnant accès à une fonction d'un niveau supérieur.

- **Evolution des méthode de sélection des agents : sélection et recrutement.** En matière de sélection des agents, une autonomie plus grande est accordée aux diverses entités fédérées. Elles peuvent choisir la méthode de sélection qu'elles jugent la plus appropriée. L'art. 9 du nouvel ARPG ne fait plus référence aux concours organisés par le SPR (actuel Selor). Si cette obligation reste imposée en vertu de l'article 87, §2 de la loi spéciale, « il sera désormais possible, selon le rapport au Roi précédant le nouvel ARPG, de modifier cette dernière disposition pour supprimer cette exigence, sans avoir à modifier à nouveau l'arrêté fixant les principes généraux ».

Plus fondamentalement, une distinction est ainsi opérée entre la sélection proprement dite, qui reste du ressort du Selor, et le **recrutement**, lequel relève de la responsabilité du seul ministre compétent. Le classement opéré sur la base des résultats du concours de recrutement ne s'impose plus à l'administration, remettant en cause une certaine conception du « mérite ».

¹³³ Cet article disposait que : « Les emplois sont classés en 5 niveaux dans les cadres du personnel ».

¹³⁴ Selon les projets d'arrêtés, le niveau 1 est appelé à devenir le niveau « A ».

¹³⁵ Art. 9 de l'arrêté fixant les principes généraux du 22 décembre 2000.

¹³⁶ Voy. *infra*.

L'arrêté royal du 5 septembre 2002 remet en cause également le système de sélection, désormais axé sur **l'analyse des compétences** du candidat à exercer une fonction au sein de l'administration. Il en finit avec les concours requérant des connaissances théoriques parfois sans rapport direct avec l'exercice de la fonction.

L'analyse des compétences se fait en deux temps : une épreuve générale permet de déterminer le niveau des **compétences comportementales** (encore appelées « génériques ») du candidat ; une épreuve plus particulière permet ensuite de déterminer ses aptitudes **fonctionnelles ou techniques**.

Certes, certains peuvent craindre pour l'objectivité de ce système de recrutement fondé sur l'analyse du comportement. Force est de constater qu'il n'existe pas de formule magique pour déterminer le bon point d'équilibre entre rigidité et souplesse. Tout système d'évaluation des compétences réalisé par un être humain comporte une part de subjectivité. Il est possible de donner au processus une certaine objectivité au travers des éléments appréciés et de la méthode d'évaluation.

- **Evolution des concepts de grade, de rang et de promotion** : sur le plan de l'organisation hiérarchique, la notion de rang est partiellement abandonnée. Seuls ont été maintenu, à titre transitoire, les rangs définis au niveau 1. Le nombre, par niveau, des grades communs aux différents services publics a été revu à la baisse. Au sein de chaque niveau, est créé un nombre minimum de grades correspondant chacun à une fonction différente et à une rémunération liée au marché de l'emploi.

Ainsi, les grades nouveaux peuvent être appréhendés, par niveau, dans le tableau repris ci-dessous : les grades du niveau B passent ainsi de 16 à 4 ; ceux du niveau C de 4 à 2 et ceux niveau D (anciens niveaux 3 et 4) de 6 à 3.

Niveau	<i>Grades</i>	Echelles de traitement
D		
	Collaborateur administratif	DA1 à DA4
	Collaborateur technique	DT2 à DT5
	Collaborateur restaurant et nettoyage	DT1
C		
	Assistant administratif	CA1 à CA3
	Assistant technique	CT1 à CT3
B		
	Expert administratif	BA1 à BA3
	Expert financier	BF1 à BF3
	Expert technique	BT1 à BT3
	Expert ICT (informatique)	BI1 à BI3

Il n'y a **plus de véritable hiérarchie** entre les différents grades appartenant à un même niveau. Ils sont attribués selon la fonction exercée par l'agent et sont tous des grades de recrutement.

La **progression au sein d'un même niveau** se fait sur un plan exclusivement barémique, l'agent bénéficiant d'échelles successives en fonction de la réussite de **tests de compétences** établissant qu'il a actualisé, au fil du temps, son aptitude à exercer sa fonction. Le seul indice permettant de distinguer les chefs d'équipes reste l'attribution d'une **prime de direction**, acquise lorsque l'agent dirige un groupe d'un certain nombre de ses collègues.

Les **promotions** devraient, selon les tenants de la réforme, « s'effectuer, non plus en fonction de critères objectifs tels que l'ancienneté ou le concours mais en fonction des compétences et de l'expérience appréciées par les responsables ».

L'arrêté royal du 5 septembre 2002 (Larcier)¹³⁷ prévoit ainsi que la progression de l'agent ne s'effectuera plus que d'une fonction à l'autre en conséquence des résultats obtenus à des tests intitulés mesures de compétence et censés analyser, d'une part, la manière dont l'agent a actualisé ses compétences et, d'autre part, son aptitude à exercer une fonction supérieure.

Si l'agent a toujours vocation à mener sa carrière au sein de l'administration jusqu'à l'âge supposé de sa retraite, cette carrière n'est plus forcément axée sur l'accès à différents grades classés hiérarchiquement. D'autres modes de valorisation des mérites de l'agent ont été instaurés et l'agent voit désormais sa rémunération progresser en rapport des fonctions qui lui sont confiées. Au sein d'un même niveau, l'arrêté royal du 5 septembre 2002 a, en effet, non seulement réduit le nombre de grades, mais également gommé toute notion de hiérarchie entre les nouveaux grades, lesquels ne se distinguent plus que par le type de fonction auxquelles ils donnent respectivement accès.

Le déroulement de la carrière de l'agent est lié à la comparaison de ses compétences avec les exigences de la fonction à assumer.

Chaque année, dès la fin de son stage, l'agent des niveaux C et B peut se soumettre à **une mesure de compétences** (test d'application ou **formation certifiée** pour les compétences techniques, **interview** pour les compétences comportementales) qui peut aboutir, en cas de réussite, à l'octroi d'une **allocation de compétences**, prime annuelle et de validité comprise entre 3 et 8 ans selon le type de fonction exercée. En cas de réussite successive de plusieurs mesures de compétences, l'agent peut prétendre à **l'octroi d'une échelle barémique supérieure** liée au même grade. Ce système a pour but de récompenser les agents qui actualisent leurs compétences.

Les agents contractuels peuvent prétendre, dans les mêmes conditions, à l'octroi de cette allocation de compétences. Le rapport ne précise pas s'il peuvent prétendre à l'octroi d'une échelle barémique supérieure.

Il s'agit là de mesures propres à récompenser les agents qui actualisent leurs compétences de manière à pouvoir exercer leur fonction de façon optimale en fonction de l'évolution des techniques. Ceci signifie qu'un agent qui n'actualise pas ses compétences devient peu à peu inapte à exercer sa fonction, sans que l'arrêté ne

¹³⁷ Arrêté royal du 5 septembre 2002 portant réforme de la carrière de certains agents des administrations de l'État. (*M.B.*, 26 septembre 2002; Add. *M.B.* 4 octobre 2002)

prévoit de sanction spécifique.

Pour l'accès à un autre niveau de fonction, la sélection comparative s'opère selon le même schéma que pour le recrutement de base : il s'agit d'une appréciation des compétences de chaque candidat par rapport à la fonction du niveau supérieur. Il ne s'agit plus de faire la preuve de connaissances théoriques en rapport avec le niveau supérieur.

Les perspectives de carrière sont favorisées par la possibilité de valoriser la carrière par l'accès à une fonction supérieure relevant d'un autre niveau et ce, via une procédure de sélection privilégiant les **tests d'application** aux examens de connaissance pure. La réduction du nombre de grades¹³⁸ doit permettre, en instaurant une plus grande homogénéité des services, une **circulation plus facile des candidats à la mobilité interne**, créant ainsi un véritable marché de l'emploi interne à l'administration.

Le développement des compétences des agents s'organise au cours du **stage** et, par la suite, par la **voie de formation jugée pertinente**. Des **plans de carrière individuels** sont proposés à chaque agent. Le stage est revu : il est d'un an pour les agents des niveaux B et C et de 3 mois pour les agents de niveau D. Le dossier de sélection reprenant les atouts et les défauts du candidat sert de base à l'élaboration d'un plan de développement individuel mené sous la direction du « dirigeant-accompagnateur » et du service P&O du SPF concerné. La mesure des compétences débouche également sur l'élaboration d'un **plan de développement individuel**.

- **Evolution des conditions financières** : la réforme Copernic se traduit notamment par une augmentation des traitements des agents. Il s'agit, d'une part, d'une augmentation de 1% du traitement annuel brut et, d'autre part, de l'augmentation du pécule de vacances qui passe à 92% du traitement mensuel brut (concept de « 13^{ème} mois »). Par ailleurs, la suppression d'un certain nombre d'échelles a eu pour conséquence, pour bon nombre d'agents, un accès direct à une échelle supérieure à celle dont ils bénéficiaient jusque là. L'impact de l'ensemble de ces mesures sur le traitement annuel brut des agents représente une augmentation moyenne de l'ordre de 3,6 à 6,4%.

27. Analyse critique de la réforme Copernic

De prime abord, outre qu'elle s'inscrit dans un courant général, la réforme est fondée sur des objectifs très largement partagés.

L'abandon d'une culture de type bureaucratique, présentée comme impliquant un souci scrupuleux de respecter la règle, au profit d'une culture de service public tournée vers la promotion de l'efficacité a été salué¹³⁹. A priori, le problème culturel est beaucoup plus complexe et ne peut être réduit à un respect scrupuleux de la règle.

L'accroissement de la responsabilisation s'accompagne d'une refonte des contrôles budgétaires et administratifs qui sont « mal vécus ».

¹³⁸ Le nombre de grades particuliers est limité aux besoins fonctionnels.

¹³⁹ C. DE VISSCHER, *op. cit.*, spéc. p. 19.

La carrière est revalorisée en tenant mieux compte des compétences par rapport à l'ancienneté ou au diplôme. L'amélioration de la coordination entre l'administration et le politique est indispensable au bon fonctionnement des services publics.

Des critiques ont cependant été émises : tendance à la « marchandisation », dérive vers un « spoil system » à l'américaine, management déconnecté de la réalité, etc.

Sans doute manque-t-il une remise en cause, ou, à tout le moins, une réflexion approfondie du rôle et des méthodes du politique.

Plus concrètement, Jérôme Sohier a souligné que l'objectif d'assurer une plus grande indépendance de l'administration par rapport au politique n'était pas assuré par la mise en place des nouvelles structures.

En effet, la distinction entre le conseil stratégique et le comité de direction, « paraît assez artificielle, puisque, d'une part, le *top manager* du service public concerné assure la présidence du second, tout en étant appelé à jouer un rôle essentiel dans le premier, tandis que, d'autre part, le ministre préside le conseil stratégique, tout en étant un acteur privilégié du comité de direction par le biais de son responsable des cellules stratégiques »¹⁴⁰. Le dédoublement de structure, tel que conçu, présente peu d'intérêt en ce qui concerne l'indépendance de l'une par rapport à l'autre.

Par contre, la mise en place d'un comité d'audit, dont la composition est plus indépendante constitue une innovation certaine.

La participation d'« experts externes », (dans le comité d'audit et au sein du conseil stratégique) suscite plus de réserve, notamment parce que l'appellation « expert » ne semble pas contrôlée, laissant aux politiques un pouvoir trop discrétionnaire.

¹⁴⁰ J. SOHIER, *op.cit.*, spéc. p. 223

Section 2. Le cadre normatif

Plan de la section

- Le droit supra-national
- Le droit interne

28. Présentation

Les liens entre la fonction publique et l'Etat qu'elle sert sont évidents. En droit belge, il n'est dès lors guère surprenant que le droit de la fonction publique ait été influencé par les réformes institutionnelles, de manière nécessairement complexe (§2). Par ailleurs, le droit de la fonction publique n'a pas échappé à un vaste mouvement d'eupéanisation selon le titre d'une contribution remarquable¹⁴¹.

§1. Le droit supra-national

Plan

- La convention européenne des droits de l'homme
- Le Traité CE

29. Présentation

Le droit de la fonction publique, apparemment domaine « réservé de l'Etat », est considérablement influencé par le droit européen, à tout le moins par deux textes fondamentaux : la convention européenne des droits de l'homme et le Traité C.E¹⁴².

¹⁴¹ S. WEERTS, « L'eupéanisation de la fonction publique : illustration d'un phénomène à travers un examen jurisprudentiel de quelques principes généraux du droit de la fonction publique », in *Etat des lieux de la fonction publique*, coll. Droit et Justice, n° 59, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 33-60.

¹⁴² Voy. not., M. LEROY et J. SOHIER, « Les règles supranationales relatives à l'accès à la fonction publique », *A.P.T.*, 1997, pp. 53 et s.

De cette influence émerge des principes généraux¹⁴³ du droit de la fonction publique, soit des « règles fondamentales qui président à une conception commune de la fonction publique », notamment en matière de carrière et des droits des fonctionnaires¹⁴⁴.

A. La convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁵

30. Présentation

Au service de l'Etat, le fonctionnaire doit respecter une série d'obligations particulières, généralement reprises dans la réglementation ou dans un statut : loyauté, intégrité, respect du principe de non-discrimination sont censés guider le moindre de ses gestes.

Dans quelle mesure ces obligations peuvent-elles ou doivent-elles limiter l'exercice de libertés publiques reconnues par ailleurs ?

La question n'est pas nouvelle¹⁴⁶ et les réponses à y apporter ne peuvent être simples. Par ailleurs, le fonctionnaire se voit reconnaître une série de droits spécifiquement liés à sa fonction.

L'article 1, alinéa 1 reconnaît à « toute personne » qui relève de la juridiction des Etats membres du Conseil de l'Europe le bénéfice des droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu « qu'en règle générale, les garanties de la Convention s'appliquent aussi aux fonctionnaires »¹⁴⁷.

L'arrêt *Fromagerie Le Ski* de la Cour de cassation du 27 mai 1971¹⁴⁸ a admis que les dispositions d'effet direct des traités internationaux priment les dispositions législatives de droit interne¹⁴⁹.

La Convention européenne agit dès lors comme un vecteur puissant de renouvellement du statut des fonctionnaires. Elle bouleverse la logique du statut unilatéral des agents de l'Etat conçu pour garantir une efficacité des services publics en reconnaissant des droits et libertés

¹⁴³ Le sens de l'expression diffère de celui de la même expression utilisée en droit belge, *infra*, chap. 1, sect. 2, §2.

¹⁴⁴ S. WEERTS, *op.cit.*, spéc. p. 35.

¹⁴⁵ Voy. not. sur le sujet, R ANDERSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire dans la fonction publique belge », *Rev. trim. D.H.* 1995, pp. 229-244; R. ERGEC, « La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution », *J.T.*, 1997, p. 256 et s.; Y HAECK, « Artikel 6 par. 1 EVRM beschermt militairen niet », *Juristenkrant* 2001, liv. 27, p. 13; F. KRENC, « Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme : éléments de synthèse », *Ann. dr. Louvain* 2005, liv. 3-4, pp. 213-258; B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Série 'Droit et Justice', n° 32. Nemesis, Bruxelles - Bruylant, Bruxelles, 2001, 169 p.

¹⁴⁶ M. WALINE, *Droit administratif*, 7ème édition, Paris, Sirey, 1957, spéc. p. 758.

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., 28 août 1996, Glasenapp, www.echr.coe.int.

¹⁴⁸ *Pas.*, I, p. 886 et s., concl. W.-J. GANSHOF van der MEERSCH, *J.T.*, 1971, p. 470.

¹⁴⁹ B. LOMBAERT, *La convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Bruxelles, 2001, p. 4, n°3.

directement aux agents qui doivent s'accommoder avec les obligations dictées par l'intérêt général¹⁵⁰.

La convention européenne comporte de nombreuses dispositions qui intéressent particulièrement le droit de la fonction publique, singulièrement au droit disciplinaire¹⁵¹.

Si le fonctionnaire jouit, en principe, des droits et libertés énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵², le droit d'accéder à la fonction publique n'est pas, en tant que tel, garanti.

31. L'art. 6 de la CEDH¹⁵³

L'art. 6 de la CEDH dispose que :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue *équitablement, publiquement* et dans un *délai raisonnable*¹⁵⁴, par un *tribunal indépendant et impartial*, établi par la loi, qui décidera, soit des *contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*, soit du bien-fondé de toute accusation en *matière pénale* dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu *publiquement*, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès, dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque, dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

¹⁵⁰ E. GILLET, *op. cit.*, pp. 217-222.

¹⁵¹ R. ANDERSEN, *op.cit.*

¹⁵² B. LOMBAERT, *op.cit.*, spéc. p.1 ; arrêt Glanesap et Kosiec, 28 août 1985, www.echr.coe.int.

¹⁵³ 4 novembre 1950 - CONVENTION de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome, approuvée par la loi du 13 mai 1955. (*Mon. 19 août 1955; Err. Mon. 29 juin 1961*)

¹⁵⁴ Souligné par l'auteur ici et dans la suite du texte.

Il n'est guère de procédures ou de contentieux qui n'aient été examinés au regard des exigences posées par l'art. 6 de la CEDH.

La Cour européenne des droits de l'homme a hésité longtemps avant de considérer les fonctionnaires, singulièrement leur droit à un procès équitable lors des contestations relatives à l'exercice de leurs fonctions¹⁵⁵. L'interprétation de la jurisprudence de la Cour européenne s'est révélée parfois délicate.

Dans un premier temps, elle s'est refusée de se prononcer sur les litiges relatifs au recrutement, la carrière et la cessation des activités¹⁵⁶, estimant qu'il ne s'agissait pas de « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil »¹⁵⁷. Sans doute l'appartenance au secteur public et la présence d'un droit, à tout le moins dérogatoire au droit commun, influença cette première approche.

Il n'est cependant pas toujours simple de distinguer les éléments de droit public de ceux de droit privé. La cessation d'une activité ouvre le droit à la pension, qui comporte un aspect patrimonial, susceptible de guider la Cour¹⁵⁸. Le critère a très vite montré ses limites : il est délicat d'imaginer un litige qui ne présente pas un aspect patrimonial, la distinction entre un objet principal (purement patrimonial) et un objet accessoire étant, souvent en droit, un exercice impossible¹⁵⁹.

La Cour s'est alors tournée vers le droit communautaire et la notion de participation à l'exercice de la puissance publique dégagée dans le cadre du principe de libre circulation des travailleurs¹⁶⁰, c'est-à-dire un tout autre domaine.

L'arrêt Pellegrin a clarifié la position de la cour : « seuls sont soustraits au champ d'application de l'art. 6.1 C.E.D.H. les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. »¹⁶¹. Le lien contractuel ou statutaire est indifférent, seule la participation directe ou indirecte à la puissance publique et aux fonctions impliquant la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des collectivités publiques importe. Par conséquent, les litiges en matière de pensions relèvent de l'art. 6,1° puisque l'admission à la retraite implique la fin du lien qui unissait le fonctionnaire à son employeur, selon la Cour.

¹⁵⁵ Voy. Not. pour une étude détaillée, M. PUECHAVY, « Les fonctionnaires et l'article 6, 1° », in Mélanges offerts à P. LAMBERT, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 673 et s.

¹⁵⁶ Voy. not., Cour eur. DH, 26 novembre 1992, Lombardo/ Italie; 19 février 1998, Huber c. France, www.echr.coe.int.

¹⁵⁷ Cour eur. DH, 24 août 1993, Massa, www.echr.coe.int.

¹⁵⁸ M. PUECHAVY, *op. cit.*, spéc., pp. 676 et s.

¹⁵⁹ Voy. par ex., Cour EDH, 17 mars 1997, Neigel, www.echr.coe.int, obs. D. YERNAULT, « Procession d'Echternach à Strasbourg ? Le droit des fonctionnaires à un procès équitable et l'exercice de la puissance publique », *Rev. Trim. Dr.h.*, 1998, pp. 307 et s.

¹⁶⁰ *Infra*, chap. 1, sect. 2, § 1, B.

¹⁶¹ Cour eur. D.H. 8 décembre 1999, *R.T.D.H.* 2000, p. 819 avec obs. P. WACHSMANN ; Y. HOUYET, « L'article 6, 1° de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le contentieux de la fonction publique : arrêt Pellegrin », *A.P.T.*, 2000, pp. 276 et s.

De nombreux arrêts ont confirmé la position de principe de l'arrêt Pellegrin¹⁶².

Des opinions dissidentes ont été émises¹⁶³. Elles soulignent les dangers d'une interprétation qui conduirait à exclure un groupe important d'individus du droit à un procès équitable. En effet, la cour estime assez facilement qu'il existe un lien avec l'exercice de la puissance publique¹⁶⁴. Il est délicat de comprendre pourquoi, pour la question étudiée, la situation d'un fonctionnaire « supérieur » est différente d'un fonctionnaire « subalterne »¹⁶⁵.

Dans un arrêt Vilho Eskelinen et autres contre Finlande, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que le critère fonctionnel de l'arrêt Pellegrin « doit être développé plus avant »¹⁶⁶⁻¹⁶⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme estime que l'article 6 de la CEDH est applicable aux fonctionnaires sauf si le droit interne de l'Etat concerné a expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question et si cette dérogation repose sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat.

En vertu la dernière Pellegrin, étaient soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme les litiges des agents publics dont l'emploi était caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agissait comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Un exemple manifeste de telles activités était constitué par les forces armées et la police (Pellegrin § 66).

Dans l'arrêt Vilho Eskelinen, saisie d'un litige introduit notamment par des policiers finlandais et portant sur une question de rémunération, la Cour note que « l'examen des affaires tranchées depuis l'arrêt Pellegrin montre qu'il n'est pas aisé de déterminer quels sont la nature et le statut des fonctions d'un requérant ; de même, la catégorie à laquelle celui-ci appartient au sein de la fonction publique n'est pas toujours facile à distinguer sur la base de son rôle effectif. Dans certains cas, le degré d'appartenance à un secteur spécifique de la fonction publique qui suffit pour exclure l'applicabilité de l'article 6 indépendamment de la nature des responsabilités de l'intéressé n'apparaît pas clairement. [...] Par ailleurs, il est particulièrement frappant de constater que, prise à la lettre, l'approche fonctionnelle » commande d'exclure l'application de l'article 6 dans des litiges où **la situation d'un requérant fonctionnaire est semblable à celle de n'importe quel autre plaideur, c'est-à-dire où le conflit opposant le salarié et l'employeur n'a pas spécialement trait au "lien spécial de confiance et de loyauté"** ».

¹⁶² Par ex., Cour eur. Dr.h., 30 mars 2000, Procaccini ; 27 juin 2000, Frydlender ; 18 juillet 2000, S.M. c Fr. ; 2 août 2000, Satonnet ; 26 octobre 2000, Castanheira Barros ; 5 décembre 2000, Mosticchio ; 17 décembre 2002, Heidecker-Carpentier ; 15 avril 2003, Jarlan ; 6 juillet 2004, Gobry.Egalement, C.E., 20 décembre 2004, J.L.M.B., 2005, pp. 607-616.

¹⁶³ Déjà dans l'arrêt Pellegrin, not. des juges Traja, Tulkens, Fischebach, Casadeval et Thomassen.

¹⁶⁴ Par ex., arrêt Mosticchio, *op. cit.* ; Cour eur. Dr. H., 27 février 2001, R. C. Belgique, relatif à un militaire de réserve, considéré comme un fonctionnaire exerçant un emploi caractéristique de puissance publique (occasionnel), exclu de la protection de l'art. 6.1° (demande de pension en réparation de lésions) ; pour une critique de cet arrêt P. LAMBERT, « Les pensions de réparations des lésions encourues par un officier de réserve et l'article 6 de la convention de sauvegarde », *J.T.*, 2001, p. 366.

¹⁶⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001) », *Dossier JT*, Larcier, 2003.

¹⁶⁶ Cour eur. D.H., 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et autres, *J.T.*, 2007, pp. 633-642, obs. D. RENDERS ; *J.L.M.B.*, 2007, pp. 860-880, obs. E. J. VAN BRUSTEM.

¹⁶⁷ J.-F. Flauss, *Actualité de la CEDH*, AJDA 2000. 526

Dès lors, la cour juge utile de faire évoluer sa jurisprudence.

Elle estime donc que « pour que l'Etat défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6, deux conditions doivent être remplies. **En premier lieu**, le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. **En second lieu**, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat ».

Concrètement, « **le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant**. Pour que l'exclusion soit justifiée, il ne suffit pas que l'Etat démontre que le fonctionnaire en question participe à l'exercice de la puissance publique ou qu'il existe — pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt Pellegrin — un “lien spécial de confiance et de loyauté” entre l'intéressé et l'Etat employeur. Il faut aussi que l'Etat montre que **l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial susmentionné**. Ainsi, rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de l'article 6 les conflits ordinaires du travail — tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type — à raison du caractère spécial de la relation entre le fonctionnaire concerné et l'Etat en question. En effet, il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer, et il appartiendra à l'Etat défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire ».

En effet, si ce critère avait dû être appliqué en l'espèce, les cinq policiers concernés, dont l'emploi comporte l'exercice d'une parcelle de la puissance publique, n'auraient pu bénéficier de l'application de l'article 6 CEDH alors que l'assistante administrative pouvait s'en prévaloir¹⁶⁸.

Cette solution heurte l'équité et les articles 1 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme qui précisent que « toute personne relevant de [la] juridiction » des Etats contractants doit jouir « sans distinction aucune » des droits et libertés énumérés au titre I de la Convention¹⁶⁹.

L'arrêt du 19 avril 2007 précité constitue dès lors « la troisième étape jurisprudentielle »¹⁷⁰ de l'élargissement de l'application de l'article 6 CEDH aux agents de l'Etat. L'application de l'article 6 CEDH aux fonctionnaires ne sera désormais exclue que si des conditions cumulatives sont rencontrées : le droit interne de l'Etat doit avoir expressément exclu cette protection juridictionnelle et cette exclusion de l'article 6 CEDH dans le litige doit reposer sur des motifs liés à l'intérêt de l'Etat. A cette fin, il faut que l'Etat montre que l'objet du litige

¹⁶⁸ D. RENDERS, « L'irrésistible extension du champ d'application de l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. D.H., 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et autres, *J.T.*, 2007, p. 641 ; E. J. VAN BRUSTEM, « Fonction publique et article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : la remise en question du critère fonctionnel est-elle le prélude à une extension des garanties procédurales en faveur d'un plus grand nombre de fonctionnaires ? », obs. sous Cour eur. D.H., 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et autres, *J.L.M.B.*, 2007, p. 872.

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et autres, *J.L.M.B.*, 2007, p. 865, obs. E. J. VAN BRUSTEM.

¹⁷⁰ D. RENDERS, *op. cit.*, p. 641.

est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial de confiance et de loyauté entre l'intéressé et l'Etat employeur¹⁷¹.

Il n'y a donc pas une exclusion systématique des agents qui exercent une parcelle de la puissance publique de la protection de l'article 6 mais un examen au cas par cas du litige soumis selon une interprétation dynamique du champ d'application de l'article 6 de la Convention¹⁷².

En outre, les critères d'application posés par les arrêts Pellegrin et Vilho Eskelinen suscitent de nouvelles incertitudes. D'aucuns ont émis le souhait qu'un protocole additionnel fut adopté pour généraliser l'application des garanties prévues à l'art. 6 à l'ensemble du contentieux de la fonction publique¹⁷³.

Force est de reconnaître, à tout le moins en Belgique, que les principes généraux de droit, reconnus par les juridictions pallient à ce problème particulier, à la fois dans la fonction juridictionnelle et dans la fonction administrative auquel l'article 6 de la Convention ne s'applique pas¹⁷⁴ : respect du droit de la défense, obligation de motivation des actes administratifs, respect d'un délai raisonnable.

32. L'interdiction du travail forcé et obligatoire (art. 4 CEDH)

Le serment qui marque l'acceptation de sa nomination et des charges qui en découlent s'inscrit dans le prolongement de l'art. 4 de la CEDH qui prohibe le travail forcé ou obligatoire.

33. Le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)

Le droit au respect de la vie privée et familiale a été appliqué dans des affaires relatives à l'accès à la fonction publique et dans le contentieux disciplinaire.

Les modalités de contrôle « secret » de l'aptitude d'un candidat à des fonctions sensibles dans la sécurité nationale, ont été examinées à l'aune de cette disposition¹⁷⁵.

¹⁷¹ E.J. VAN BRUSTEM, *op. cit.*, p. 866.

¹⁷² D. RENDERS, *op. cit.*, p. 642.

¹⁷³ Voy., not. B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. pp. 49-50.

¹⁷⁴ Par exemple, C.A., 25 janvier 2001, 4/2001, www.arbitrage.be, la cour annule l'article 25 de la loi du 13 mai 1999 portant statut disciplinaire des membres du personnel des services de polices, en ce qu'il disposait que l'agent était tenu de collaborer loyalement aux enquêtes disciplinaires le concernant, cette obligation méconnaissant le droit au silence ; C.E., 14 novembre 2001, Vantighem, n° 100.858, www.raadvst-consetat.be, qui applique le respect des droits de la défense en matière disciplinaire et l'érige en principe général à valeur législative, le principe impliquant le droit de préparer utilement sa défense en pleine connaissance de cause, l'autorité devant établir un dossier, informer la personne concernée avec précision et en temps utile, de tous les faits mis à sa charge et de ce qu'une sanction est envisagée. L'autorité doit permettre à l'agent de se faire assister par un défenseur, lui laisser un délai suffisant pour préparer sa défense et l'entendre préalablement en le mettant en mesure de discuter les éléments rassemblés à l'appui de l'accusation.

¹⁷⁵ Cour eur; DH, Leander c. Suède, 26 mars 1987, www.echr.coe.eu..

Le test de dépistage de la présence du virus IHV (pour un poste de dactylo), réalisé à l'insu du patient après qu'il n'ait refusé de s'y soumettre, pratiqué préalablement à l'embauche par la Commission européenne, a été condamné au nom de ce principe¹⁷⁶.

Des questions posées lors d'un concours (ou d'un entretien) doivent également respecter le droit au respect de la vie privée. Il n'est cependant pas interdit de poser des questions sur l'aptitude d'un candidat à exercer une activité professionnelle en dehors de l'Union européenne, même si elles peuvent amener à discuter de la manière dont un candidat appréhende sa vie familiale¹⁷⁷.

Dans sa vie privée, le fonctionnaire doit avoir une certaine retenue : il doit éviter tout comportement « contraire à la dignité de sa fonction »¹⁷⁸ ou qui puisse ébranler la confiance du public dans son service. Il ne peut pas plus compromettre la dignité de ses fonctions.

L'art. 8 ne fait pas obstacle à l'exercice d'un pouvoir disciplinaire même si les faits relèvent, par définition, de la vie privée¹⁷⁹. Un agent de la chancellerie, démis d'office en raison de faits de mœurs sur des mineurs d'âges, ne peut invoquer utilement le droit au respect de la vie privée pour critiquer cette sanction disciplinaire¹⁸⁰.

Des fouilles de véhicules et effets personnels des agents qui se trouvent sur un lieu de travail, pratiquées dans le cadre d'une enquête disciplinaire ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée, pour autant qu'elles aient lieu sur base d'indications concrètes¹⁸¹.

Par contre, a été jugé contraire à l'art. 8, l'ordre de service qui prévoyait, en cas de maladie avec autorisation de sortie, qu'elle ait lieu entre 7 et 18h00, avec interdiction de fréquenter des lieux de divertissements (cinéma, cafés), aux motifs que cette interdiction dépassait les nécessités du service et était hors de proportion avec les nécessités liées au contrôle de l'incapacité de travail¹⁸².

34. Liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9)

La question du port de signes religieux a suscité de nombreuses controverses dans le monde intellectuel, politique, judiciaire et médiatique. La loi française du 15 mars 2004 interdisant le port ostensible de signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics a inspiré des mandataires belges (Lizin et Destexhe), qui ont voulu interdire le port d'insignes religieux aux fonctionnaires.

¹⁷⁶ C.J.C.E., 5 octobre 1994, X c. Commission européenne, C-404/92, *Rec.*, p. I-4737 ; O. DE SCHUTTER, « Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne », *Rev. Trim. Dr. H.*, 1995, pp. 97 et s. ; M. REGOUT-MASSON, *J.T.*, 1995, p. 147 et s. ; J. JACQMAIN, *Chron. Dr. S.*, 1995, p. 10 et s.

¹⁷⁷ T.P.I.C.E., 10 novembre 2004, Eduard Vonier c. Commission des Communautés européennes, T-165/03.

¹⁷⁸ *Infra*, chap. 2.

¹⁷⁹ CE., 21 juin 2004, Simons, n° 132.733, www.raadvst-consetat.be ; C.E., 31 janvier 2003, Leruitte, n° 115.347, www.raadvst-consetat.be ; C.E., 16 septembre 1998, Collard, n° 75.789, www.raadvst-consetat.be.

¹⁸⁰ Comm.eur. dr.h, J.G. c. Belgique, 13 mars 1989.

¹⁸¹ C.A., arrêt 4/2001, *op. cit.*

¹⁸² C.E., 6 septembre 1989, V...c. Commune de Schaerbeek et Région de Bruxelles-Capitale, *Rev. Trim, dr.h.*, 1993, pp. 83 et s.

La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie de cette question portée devant elle par une enseignante d'une école publique française (enfants en bas âge) qui s'était vue interdire de porter le foulard islamique. La Cour a considéré qu'il est « difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves »¹⁸³.

En droit belge, sans doute la liberté de l'enseignant se heurterait au principe de neutralité censé régir le fonctionnement de toute institution publique¹⁸⁴. La neutralité peut impliquer qu'en agent, dans ses rapports avec l'usager, s'abstienne de tout acte de nature à susciter un doute sur sa neutralité¹⁸⁵.

Si le sujet est délicat, il n'est pas certain qu'il faille pour autant assimiler les agents publics (enseignants d'établissements publics) aux usagers (élèves), comme l'a fait justement valoir le juge Tulkens dans une opinion dissidente¹⁸⁶.

En Communauté flamande, un décret spécial charge le Conseil autonome de l'enseignement communautaire d'établir une déclaration de neutralité. Or, ce texte ne comporte pas de prescription quant au port de signes religieux ostentatoires

Le Conseil d'Etat a dès lors suspendu le renvoi d'une professeure de religion islamique qui refusait d'ôter son voile au sein de l'établissement de la Communauté flamande pris sur base du règlement intérieur de l'école¹⁸⁷.

Le principe de neutralité imposé aux enseignants ne peut faire l'objet d'une interprétation extensive. Ainsi, le fait pour un enseignant du réseau officiel d'inscrire ses enfants dans une école libre n'a pas trait à l'exercice de ses fonctions et ne rentre pas dans les cas exceptionnels où l'intérêt de l'agent doit s'effacer devant l'intérêt de la collectivité¹⁸⁸.

35. Liberté d'expression (art. 10)

Si le droit d'accès à la fonction publique n'est pas garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, les fonctionnaires sont protégés par l'art. 10, dans la mesure où cette disposition impose que toute ingérence dans la liberté d'expression du fonctionnaire doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime, jugé nécessaire dans une société démocratique, répondant à un besoin social impérieux. La restriction doit être proportionnée au but poursuivi, les motifs de celle-ci devant, en outre, être pertinents et suffisants.

¹⁸³ Cour eur. DH, 15 février 2001, Dahlab, N CHAUVIN, « Le port du foulard islamique par une enseignante », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 536 et s. et s. Cour eur. D.H., (Grande chambre), 10 novembre 2005, Leyla Sahin, note E. DUBOUT, *Rev. Trim. dr. h.*, 2006, pp. 183-215.

¹⁸⁴ F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2000, spéc. p. 237.

¹⁸⁵ F. KRENC, *op.cit.*, p. 232.

¹⁸⁶ Cour eur. DH, 10 novembre 2005, Leyla Sahin c./Turquie, www.echr.coe.int.

¹⁸⁷ C.E., 18 octobre 2007, XXX c. Communauté flamande, n°175.886, *C.D.P.K.*, 2007/4, pp. 610-620.

¹⁸⁸ C.E., 13 décembre 2000, Tierentijn c. Communauté française, n°91.625, www.raadvst-consetat.be

Ainsi, la révocation d'un enseignant (école publique) en raison de son activité politique a été jugée contraire à l'art. 10¹⁸⁹. L'imposition aux candidats aux élections d'un congé pendant leur période de campagne électorale avec perte de traitement ne répond pas à un besoin social impérieux¹⁹⁰.

La révocation d'un juge (président d'un tribunal administratif au Lichtenstein) pour avoir émis une opinion relative à la compétence de la Cour constitutionnelle pour connaître des litiges opposant le peuple au Prince, n'a pas été jugée nécessaire à une société démocratique¹⁹¹.

L'agent peut éventuellement exprimer un avis différent de celui de l'autorité. Le Tribunal de première instance des communautés européennes a ainsi annulé une décision de la Commission qui refusait d'autoriser la publication d'une étude économique par un fonctionnaire. « Dans une société démocratique fondée sur le respect des droits fondamentaux, l'expression publique par un fonctionnaire de points de vue différents de ceux de l'institution pour laquelle il travaille ne peut pas, en soi, être considérée comme étant de nature à mettre en danger les intérêts des Communautés. A l'évidence, l'utilité de la liberté d'expression est justement la possibilité d'exprimer des opinions différentes de celles retenues au niveau officiel. Admettre que la liberté d'expression puisse être limitée au seul motif que l'opinion en cause diffère de la position retenue par les institutions reviendrait à priver ce droit fondamental de son objet »¹⁹².

Certaines atteintes à la liberté d'expression ont des conséquences particulières lorsqu'elles s'appliquent à des agents de l'Etat. Un instituteur nommé par la Communauté flamande et condamné pour parricide a été suspendu de plein droit de ses droits électoraux. Il ne peut dès lors plus conserver la qualité de membre du personnel de la communauté flamande conformément à une disposition du statut du personnel de l'enseignement communautaire flamand. La Cour d'arbitrage (devenue constitutionnelle) a jugé que la privation automatique des droits électoraux avec les répercussions qu'elle entraîne est disproportionnée et viole les articles 10 et 11 de la Constitution¹⁹³.

Le fonctionnaire a divers devoirs inhérents à sa charge : devoir de réserve, obligation de loyauté et de neutralité politique, interdiction de porter atteinte aux droits et libertés d'autrui.

Il veillera à exercer son droit de critique de l'administration avec mesure¹⁹⁴. La réserve est souhaitée pour préserver une certaine image d'impartialité et de neutralité, censée inspirer la confiance du public¹⁹⁵. La manière et la forme de l'expression de la pensée est importante¹⁹⁶.

¹⁸⁹ F. SUDRE, « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Vogt* de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme juridique », *Rev. Trim. Dr. H.*, 1996, pp. 408-409.

¹⁹⁰ C.E., 30 novembre 2005, Harmegnies c. Ville de Charleroi, n°88.855, www.raadvst-consetat.be.

¹⁹¹ Cour eur. DH, 28 octobre 1999, Wille, www.echr.coe.int.

¹⁹² Décision inédite rapportée par B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 113, note n°273.

¹⁹³ C.A., 14 décembre 2005, n°187/2005, obs. N. BANNEUX, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 540-548.

¹⁹⁴ C.E., 15 septembre 2004, Pirotte, n°134.957, www.raadvst-consetat.be.

¹⁹⁵ F. KRENC, *op. cit.*, spéc. P. 236.

¹⁹⁶ M. VERDUSSEN, « Le devoir de réserve au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le devoir de réserve*, spec. p. 24.

Ainsi, une certaine discipline, indispensable à l'efficacité d'une armée, implique une obligation de réserve particulièrement stricte dans le chef d'un militaire¹⁹⁷, allant parfois jusqu'au secret¹⁹⁸ ; un haut fonctionnaire d'une institution financière ne peut prendre la plume pour accuser nommément plusieurs dirigeants qui auraient commis des irrégularités en dehors de tout débat d'intérêt général¹⁹⁹, un journaliste de la télévision publique ne peut profiter d'une interview pour interpeller son interlocuteur sur des conflits individuels devant les caméras²⁰⁰.

La Cour de justice des communautés européennes est très sensible à cette question. Elle a ainsi jugé qu'un fonctionnaire « ne pourrait, par une expression verbale ou écrite, violer ses obligations statutaires (...) à l'égard de l'institution qu'il est censé servir, en rompant ainsi la relation de confiance qui l'unit à cette institution et en rendant ultérieurement plus difficile, voire impossible, l'accomplissement, en collaboration avec ce fonctionnaire, des missions dévolues à ladite institution »²⁰¹.

L'obligation de neutralité politique est délicate dans une matière où la politisation des nominations et avancement est souvent dénoncée. La Cour européenne des droits de l'homme a parfois admis des restrictions à la liberté d'expression au nom d'une indispensable neutralité politique.

Ont été admis à ce titre, l'interdiction adressée à des policiers de se livrer à des activités politiques²⁰² - certes énoncée dans un pays (Hongrie) où la police s'était engagée auprès d'un régime totalitaire - ; des restrictions à la participation de hauts fonctionnaires anglais locaux à certaines formes d'activités politiques au nom de la relation de confiance fondant le système de l'administration locale²⁰³.

L'obligation de loyauté du fonctionnaire, envers ses supérieurs hiérarchique et l'institution pour laquelle il travaille, l'oblige à refuser d'obtempérer à un ordre illégal ou infamant²⁰⁴.

Sa loyauté doit également s'exprimer à l'égard du texte fondamental qu'est la Constitution. Il n'est pas rare que le texte du serment y fasse référence de manière expresse. Il doit être particulièrement attentif au respect des libertés publiques et ne peut poser aucune acte menant à la destruction de l'Etat²⁰⁵.

Des restrictions à la liberté d'expression sont admises afin de protéger la réputation et les droits d'autrui, l'art. 17 de la Convention interdit à quiconque, sans ambiguïté, de se prévaloir

¹⁹⁷ Cour eur. Dr H., 8 juin 1976, Engel c./Pays-bas, www.echr.coe.int.

¹⁹⁸ Cour eur. Dr H., 16 décembre 2002, Hadjianastassiou, www.echr.coe.int.

¹⁹⁹ Cour eur. Dr H., 14 mars 2002, de Diego Nafrai, www.echr.coe.int.

²⁰⁰ C.E., 17 juin 2008, Fraikin c/ RTBF, n°184.291, www.raadvst-consetat.be.

²⁰¹ C.J.C.E., 6 mars 2001, Connoly c. Commission, C-273/99, *Rec.*, 2001, p.-I-1575 ; voy. encore, TPI, 28 octobre 2004, Herbert Meister, T-76/03.

²⁰² J. CALLEWAERT, « De la fausse vraie neutralité politique », *Rev. Trim. Dr. H.*, 2000, pp. 119 et s.; P. LAMBERT, « La transition vers une démocratie pluraliste », *J.T.*, 1999, p. 563 et s.

²⁰³ Cour eur. Dr H., 2 septembre 1988, Ahmed et autres c. Royaume-Uni, www.echr.coe.int.

²⁰⁴ B. LOMBAERT, « Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique », *J.T.*, 1998, pp. 265 et s.

²⁰⁵ F. RIGAUX ET F. DELPÉRÉE, « Le loyalisme constitutionnel », *J.T.*, 1977, pp. 253 et s., spéc. p. 357.

de la Convention pour se livrer à un acte qui tend à la destruction des libertés qui y sont consacrées²⁰⁶.

Le fonctionnaire qui choisi de s'exprimer n'est pas exonéré de toute responsabilité. Ainsi, en droit européen, les déclarations publiques d'un fonctionnaire qui donnent une image négative sur la fiabilité des ponts élévateurs peuvent être considérées comme des entraves à la libre circulation des personnes et entraîner la responsabilité personnelle du fonctionnaire concerné en sus de l'Etat membre. Il peut s'ensuivre une condamnation à des dommages et intérêts²⁰⁷.

36. La liberté de réunion et d'association (art. 11)

Les restrictions à la liberté d'association, comme celles relatives aux droits reconnus par les articles 8, 9 et 10 de la Convention, doivent être prévues par la loi, viser un ou des buts légitimes et être nécessairement dans une société démocratique pour atteindre ces buts.

Le principe de la restriction légale est particulièrement important. Aussi, une sanction disciplinaire infligée à un magistrat pour appartenance à une loge maçonnique, a été jugée contraire à l'art. 11 de la Convention. La Cour a estimé que le texte sur base duquel l'autorité disciplinaire s'est fondée n'était pas suffisamment explicite pour répondre aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité inhérentes à la notion de loi²⁰⁸.

Certaines membres de la fonction publique (forces armées²⁰⁹, police, administration d'Etat) peuvent se voir imposer des restrictions particulières. La question de savoir si les restrictions particulières doivent ou non satisfaire au test de proportionnalité est controversée²¹⁰, la Cour européenne des droits de l'homme n'a à ce jour pas tranché la controverse.

La Cour d'arbitrage a, quant à elle, autorisé les restrictions spécifiques à l'exercice du droit d'association par les membres de la police, sans toutefois que celles-ci puissent porter atteinte à l'essence de ce droit. Elle a rappelé que seul peut être limité l'exercice du droit d'association par les membres du service de police, et uniquement dans la mesure où de telles restrictions répondent « au critère de nécessité dans une société démocratique, puisque ce critère est la base des conventions »²¹¹. L'interdiction de « manifester publiquement leurs opinions politiques et de se livrer à des activités politiques » a été jugée non manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif de garantir un service de police efficace dont l'impartialité est incontestable. Par contre, l'interdiction de s'affilier ou de prêter leur

²⁰⁶ Cour eur. Dr H., 18 mai 2004, Seurot c./France, www.echr.coe.int ; l'arrêt ne tranche pas la question de l'application de l'art. 17 en admettant que le licenciement d'un enseignant qui avait écrit des propos racistes dans le journal de l'établissement public dans lequel il travaillait ne contrevenait pas à l'art. 10.

²⁰⁷ CJCE, 17 avril 2007, AGM-COS. MET Srl c/ Suomen Valtio et Tarmo Lehtinen, aff. C-470/03, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1120.

²⁰⁸ Cour eur DH, 17 février 2004, Maestri c. Italie, *A.J.D.A.*, 2004, p. 414, obs. M. BRILLIE, « Une sanction disciplinaire doit être prévisible » ; voy. sur le même sujet, obs. sous Cour eur. DH, 2 août 2001, N.F. c./Italie, P. LAMBERT, « La compatibilité de l'exercices des fonctions de magistrats avec l'appartenance à la franc-maçonnerie », *J.T.*, 2001, p. 830 et s.

²⁰⁹ Voy. le rapport du Conseil de l'Europe, <http://www.coe.int> (CM/Monitor (2005) I Volume I, final révisé 11 octobre 2005 sur le droit d'association reconnu (ou non) aux membres des forces armées.

²¹⁰ R. ERGEC, « L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T.*, 1993, p. 9 et s. ; S. Van Drooghenbroeck, *La convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, spéc. p.184 et s.

²¹¹ C.A., 15 juillet 1993, 62/93, www.arbitrage.be

concours à des partis politiques ou à des associations poursuivant des fins politique, de par sa généralité, a été considérée comme manifestement disproportionnée dès lors que « l'affiliation à un parti (...) politique, de même que d'autres formes non publiques de coopération, ne sont pas de nature à mettre en péril la neutralité du corps ni à faire obstacle à sa disponibilité ».

La liberté syndicale (droit de fonder avec d'autres un syndicat ou droit d'y adhérer) est reconnue par l'article 11 de la Convention. Les Etats se sont vu reconnaître une large autonomie dans la définition des moyens qui doivent permettre aux syndicats de défendre les intérêts de leurs membres. En effet, La portée de cet article a été limitée par la Cour européenne des DH.

D'une part, elle estime que sont exclus de cette disposition le droit à la consultation syndicale et le droit à la négociation, jugés non nécessaires à un exercice efficace de la liberté syndicale²¹².

D'autre part, la Cour a interprété l'article 11 de la convention comme consacrant également le droit de ne pas adhérer à un syndicat²¹³, ce qui implique une obligation positive dans le chef de autorités publiques pour assurer le respect effectif de ce droit²¹⁴.

Enfin, la possibilité pour un Etat de limiter la consultation d'un syndicat (en modélisant des règles de représentativité) a été reconnue par la Cour, pour autant qu'il n'agisse pas de manière discriminatoire et qu'il ne porte pas atteinte à la liberté syndicale²¹⁵.

Sur la même problématique, la Cour d'arbitrage a jugé que la loi du 11 juillet 1978 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire des forces terrestres, aériennes et navale et du service médical violait les articles 10 et 11 de la constitution ainsi que la liberté syndicale, en ce qu'une seule organisation syndicale agréée, pouvait, outre les organisations syndicales affiliées à une organisation représentée au Conseil national du Travail, être considérée comme représentative²¹⁶. Saisie à nouveau sur la loi qui a modifié la disposition annulée, la Cour d'arbitrage a clairement énoncé que l'art. 11 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme ne garantit pas à une organisation le droit d'être reçue dans la catégorie des syndicats représentatifs, quelle que soit sa représentativité de fait²¹⁷, tout en jugeant la nouvelle loi conforme à la Constitution²¹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'un syndicat ne peut être dissous du seul fait qu'il se compose de fonctionnaires²¹⁹. Le syndicat peut recourir à des actions collectives

²¹² Cour eur. DH, 27 octobre 1975, Syndicat nationale de la police belge ; 6 février 1976, Schmidt et Dahlström c. Suède ; 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives C. Suède (à vérifier), www.echr.coe.int.

²¹³ Comme l'art. 20 de la déclaration universelle des droits de l'homme; Cour eur. DH, 30 juin 1993, Sigurdur A. Sigurjonsson C. Islande, www.echr.coe.int.

²¹⁴ Cour eur. DH, 25 avril 1996, Gustafsson c. Suède ; F. Sudre, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. Dr. H.*, 1995, pp. 363 et s..

²¹⁵ Cour eur DH, 29 janvier 2002, Fédération syndicale unitaire C. France, www.echr.coe.int.

²¹⁶ CA, 18 avril 2002, n° 70/2002 ; le législateur a modifié la loi critiquée par l'art. 144 de la loi-programme du 2 août 2002, *M.B.*, 29 août 2002, 2^{ème} éd., le seuil de représentativité est désormais fixé à 5% du nombre des militaires actifs.

²¹⁷ CA, 19 novembre 2003, n°148/2000 ; 22 juillet 2004, n°144/2002.

²¹⁸ Voy. Encore, sur la représentation devant le Conseil d'Etat, CA, 30 juin 2005, n°115/2000.

²¹⁹ Cour eur. D.H., 21 février 2006, Tùm haber sen et çimar, www.echr.coe.int.

en vue de défendre des intérêts professionnels²²⁰. Il peut se prévaloir d'un préjudice grave difficilement réparable lorsqu'un Centre hospitalier adopte les actes réglementaires relatifs au statut du personnel en l'excluant de la procédure d'adoption²²¹.

La convention de sauvegarde ne mentionne pas de manière expresse le droit de grève. Dans un premier temps, la Cour européenne a simplement reconnu que le droit de grève était un des moyens de défendre les intérêts professionnels des adhérents à un syndicat, mais que l'Etat pouvait réglementer l'exercice de ce droit dans certaines hypothèses²²², pour autant, comme toute restrictions à la liberté d'association, qu'il respecte les conditions de l'art. 11, §2.

L'article 6.4 de la Charte sociale européenne consacre désormais expressément le droit de grève. La Charte sociale européenne produit des effets directs en droit interne ce qui permet aux destinataires de ce droit de s'en prévaloir devant les juridictions nationales²²³.

Cependant, la charte permet des exceptions soient prévues si cela est nécessaire dans une société démocratique pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs.

Le droit de grève dans la fonction publique est apparu pendant longtemps difficilement conciliable avec le principe de continuité des services publics²²⁴. Si tel n'est plus le principe aujourd'hui, le législateur conserve la possibilité de restreindre l'exercice du droit de grève dans certaines circonstances, afin de préserver la continuité des services publics. Les autorités peuvent limiter le droit de grève des membres du personnel de police²²⁵ et ce droit n'est pas reconnu aux militaires. La cour d'arbitrage (devenue constitutionnelle) a admis les restrictions prévues pour les membres du personnel de police en soulignant la grande disponibilité dont ils doivent faire preuve par rapport aux autres catégories du personnel de la fonction publique, nécessaire dans une société démocratique afin de garantir le respect des droits et libertés d'autrui et de protéger l'ordre public²²⁶.

Cette position rejoint celle de l'O.I.T. qui admet des restrictions au droit de grève pour les fonctionnaires qui exercent des fonctions d'autorité au nom de l'Etat, ainsi que la résolution 1442 (6 juin 2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative au droit de grève dans les services publics essentiels.

L'instauration d'un « service minimum » dans certains services publics est aujourd'hui poursuivie par certaines propositions de loi²²⁷ et au cœur de nombreux débats politiques.

²²⁰ Cour eur. D.H., 17 juillet 2007, Dilek et autres, www.echr.coe.int.

²²¹ C.E., 9 juin 2000, Centrale générale des services publics, n°87.928 cité in « Le référé administratif. Chronique de jurisprudence des chambres françaises du Conseil d'Etat. 01/08/1999 au 31/12/2002 », *A.P.T.*, 2004, p. 207.

²²² Cour eur. DH, 6 février 1976, Schmidt et Dahlström.

²²³ C.E., arrêt Henry, n° 52.424, du 22 mars 1995, www.raadvst-consetat.be.

²²⁴ B. LOMBAERT, « La grève des fonctionnaires ou la lente émergence d'un droit fondamental », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 517 et s.; du même auteur « La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge », *op. cit.*, spéc., 137.

²²⁵ Art. 126, §2 de la loi du 7 décembre 1988 organisant un service de police intégré.

²²⁶ CA, 6 avril 2000, n° 42/2000, www.arbitrage.be.

²²⁷ Not., Proposition de loi réglant le droit de grève dans le secteur public, Ch repr., sess. 2003-2004, Doc. Parl., 51-492/1.

37. Le droit à un recours effectif (art. 13)

Le principe s'énonce facilement, toute personne qui se prétend victime d'une violation des droits garantis par la Convention doit disposer d'un recours effectif devant une instance nationale susceptible d'entendre ses griefs et de lui octroyer une réparation.

Il se traduit plus difficilement dans la réalité. Le temps pris pour rendre justice participe à l'effectivité du recours. Les Etats ont une obligation positive à cet égard²²⁸.

La cour d'arbitrage (devenue consitutionnelle) a rendu plusieurs arrêts sur cette délicate question, qui ont conduit notamment à une extension de la compétence du Conseil d'Etat²²⁹ à l'annulation des actes relatifs aux membres de leur personnel, des assemblées législatives et de leurs organes, de la Cour des Comptes, de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice. Limitée aux actes individuels, la Cour d'arbitrage a réitéré ses critiques²³⁰.

La technique de la validation législative a été examinée au regard de l'art. 13 de la cedh dans différents arrêts de la cour d'arbitrage²³¹ commentés abondamment²³². Un des arrêts était relatif à nouveau, au statut du personnel de police.

38. L'interdiction de discrimination (art. 14)

L'art. 10, alinéa 2 de la Constitution pose problème au regard de l'art. 39 du TCE²³³ et de l'art. 14 de la Convention de sauvegarde. Il dispose que seuls les belges sont admissibles aux emplois civils et militaires sauf les exceptions établies par la loi.

Une proposition de révision de la Constitution est actuellement envisagée pour ouvrir les emplois publics aux ressortissants étrangers (citoyens de l'U.E ou non), réserve faite des emplois dits « de souveraineté »²³⁴.

39. Le droit respect des biens (art. 1^{er} du Premier Protocole additionnel)

Le droit à la pension, bien qu'il ne soit pas garanti comme tel par la Convention européenne des droits de l'homme, bénéficie à certaines conditions de la protection de l'article 1^{er} du premier protocole qui protège le droit de propriété²³⁵. L'agent de l'Etat peut s'en prévaloir

²²⁸ Cour eur. DH, 5 février 2002, Conka c. Belgique, www.echr.coe.int.

²²⁹ CA, 26 avril 1994, 33/94; 15 mai 1996, 31/96; loi du 5 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, loi du 5 avril 1999 relatives aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le code judiciaire (*M.B.*, 22 juin 1999); B. HENDRICKX, S. DEPRÉ, « Le droit d'accès au Conseil d'Etat », *Mélanges en hommage à Pierre Lambert, op. cit.*, pp. 403 et s.

²³⁰ C.A., 19 mai 2004, n° 89/2004, www.arbitrage.be.

²³¹ CA., 2 juin 2004, n°99/2004; 17 septembre 2003, n° 111/2003, www.arbitrage.be.

²³² G. ROSOUX, « Le contrôle juridictionnel des « validations législatives » en France et en Belgique : un conflit de légitimités », *Rev. Dr. Liège*, 2005, pp. 137 et s.; P. NIHOUL, « Les lois de validation et le Conseil d'Etat : quand le législateur interfère dans le contentieux administratif », *A.P.T.*, 2004, pp. 73 et s.; H. SIMONART, « Droit à un procès équitable et intervention législative en cours de procédure », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 297 et s.

²³³ *Infra*, point B.

²³⁴ Proposition déposée par F. Delpérée, Sénat, sess. 2004-2005, Doc. Parl., 3-110/1.

²³⁵ Cour eur. D.H., 16 septembre 1996, Gaygusuz, <http://www.echr.coe.int>.

sans que cette protection lui donne droit à un montant déterminé ou à un régime de pension déterminé²³⁶.

Un fonctionnaire révoqué suite à une condamnation pénale (vol, abus de confiance et abus d'autorité), perdait de ce fait tout droit à une pension. Il s'en est plaint auprès d'une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme qui a conclu à la violation de l'art. 1^{er} du premier protocole additionnel, estimant que la déchéance avait des conséquences disproportionnées²³⁷. Cet arrêt a été réformé pour une question de procédure.

Le Conseil d'Etat belge a également jugé qu'une révocation disciplinaire d'un agent, musicien instrumentiste de l'orchestre symphonique de la RTBF, qui entraînait une déchéance rétroactive du droit à la pension ne vise pas l'intérêt général et est contraire à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme²³⁸.

40. La liberté de circulation (art. 2 du Protocole n°4)

Les obligations de résidence imposées à certains fonctionnaires ont été examinées au regard de ce principe. Le conseil d'Etat estime que seules des raisons exceptionnelles peuvent justifier de telles limitations à la liberté individuelle²³⁹. L'obligation de résidence doit répondre à un besoin impérieux, une nécessité supérieure – des raisons tenant à la santé publique, à la sécurité publique ou à l'ordre public ou des raisons liées à l'intérêt du service justifiant une disponibilité permanente (police, pompier)²⁴⁰.

La Conseil d'Etat a estimé que ces obligations de résidence doivent être limitées dans le temps, par exemple aux périodes de garde²⁴¹.

B. Le droit communautaire (TCE)²⁴²

41. Présentation

Le droit communautaire devait amener les Etats membres à reconsidérer leur droit de la fonction publique²⁴³. En effet, l'art. 48 du Traité de Rome (39 TCE) consacre la libre

²³⁶ Cour eur. D.H., 9 mars 2006, L. c. Belgique, <http://www.echr.coe.int>.

²³⁷ Azinas, 20 juin 2002; 18 octobre 2005, Banfield c. Royaume-Uni.

²³⁸ C.E., 24 mai 2007, D. c. RTBF, n°171.523, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 1110-1115.

²³⁹ C.E., 26 juin 1989, Evers, n° 32.786., www.raadvst-consetat.be

²⁴⁰ *Op. cit.*

²⁴¹ C.E., 16 mars 1974, Detournay, n°16.328 ; 15 juin 1994, Minet, n°48.002; 4 juillet 2003, Buts, n° 121.320, www.raadvst.consetat.be.

²⁴² Voy. not., *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*. The Impact of European Community Law Europa Law Publishing, Groningen, 2001, 298 p.; F. DELPÉRÉE, « La nationalité belge, condition d'accès aux emplois publics ? », *A.P.T.* 1981, pp. 253-262 ; E., HONORAT, « Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales », *A.P.T.* 1997, pp. 3-14 ; J. JACQMAIN, « La libre circulation des travailleurs dans le secteur public », *Rev. trav.* 1994, liv. 13, pp. 85-98 ; J. LEMOYNE DE FORGES, « Fonctions publiques nationales et Union européenne », *A.P.T.* 1997, pp. 82-88 ; X., L'accès des ressortissants C.E.E. et des étrangers ordinaires aux fonctions publiques, *A.P.T.* 1997, pp. 3-88.

²⁴³ Sur la question de l'accès des étrangers ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne aux fonctions publiques nationales, voy. not. les actes du colloque organisé le 3 octobre 1996 par l'A.F.S.A. et l'I.F.S.A. sur

circulation des travailleurs et l'art. 12 du TCE l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres de l'Union en matière d'emploi, de rémunération et des autres conditions de travail.

Une réserve dite de « nationalité » est introduite dans l'art. 39 pour les « emplois dans l'administration publique ».

Dans le prolongement de l'article 8, alinéa 2, de la Constitution, qui dispose que « la Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques déterminent quelles sont, (...outre la qualité de belge...), les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits », l'article 10 alinéa 2 de la Constitution réserve toujours l'accès aux emplois civils et militaires aux citoyens belges.

La nationalité était, dans de nombreux statuts des Etats membre, une condition d'admissibilité aux emplois publics traditionnellement prévue par les statuts.

Le droit de la fonction publique a été influencé par le droit communautaire en matière d'entrée en fonction (accès et procédures d'accès) et de carrière²⁴⁴.

42. L'art. 39 TCE

L'art. 39 du TCE dispose que :

- « 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté.
- 2. Elle implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.
- 3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : a) de répondre à des emplois effectivement offerts ; b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres ; c) de séjourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux ; d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi.
- 4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. »

Le règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté²⁴⁵ a concrétisé cette liberté fondamentale.

« l'accès des ressortissants C.E.E. et des étrangers ordinaires aux fonctions publiques », publié dans *A.P.T.*, 1997, pp. 3-88, not. F. RIGAUX, F. DELPEREE, « Nationalité et citoyenneté, développements et incidences sur le droit de la fonction publique belge », *A.P.T.*, 1997, pp. 15-24

²⁴⁴ S. WEERTS, *op.cit.*, spéc. p. 43-54.

²⁴⁵ *J.O.C.E.*, L 257, 19 octobre 1968.

L'application directe de ces deux textes est acquise : ils sont suffisamment clairs et précis pour que toute personne puisse s'en prévaloir, tant à l'égard d'un Etat (effet vertical) qu'à l'égard d'un autre particulier (effet horizontal), par exemple un employeur²⁴⁶.

43. La fonction publique et la libre circulation des travailleurs²⁴⁷

Toute clause distributive de compétence génère inmanquablement un contentieux entre les collectivités publiques bénéficiaires.

Plusieurs Etats membres réservaient l'accès à la fonction publique à leurs nationaux. Il en allait ainsi pour l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Italie et le Luxembourg. Les liens entre la nationalité, la citoyenneté et l'exercice des droits politiques ont été complexifiés par le droit international et singulièrement le droit communautaire²⁴⁸.

44. Les emplois dans l'administration publique

Les notions utilisées en droit communautaire ne peuvent être comprises sans une étude de leur interprétation par les instances communautaires et singulièrement par la Cour de Justice des Communautés européennes.

La réserve de nationalité introduisant une exception au principe de libre circulation des travailleurs a été interprétée de manière restrictive, conformément aux standards de l'interprétation en droit. A vrai dire, certains suggèrent même que l'art. 39 du TCE a été véritablement réécrit par la jurisprudence de la Cour, au point que son sens véritable s'écarte largement du texte du Traité²⁴⁹.

Il était possible de soutenir que l'exception de l'art. 39 du TCE faisait échapper l'administration au sens organique du terme, voire plus largement le secteur public, à la règle du libre accès des ressortissants des autres Etats membres²⁵⁰.

La Cour de Justice allait très largement s'écarter de cette interprétation.

Dans son arrêt *Sotgiu*²⁵¹, la Cour de justice va, d'une part, opter pour une interprétation restrictive de l'exception, d'autre part, préciser que l'exception permet seulement d'instaurer une restriction de l'accès des ressortissants d'autres Etats membre à certains emplois publics mais non, une fois admis à l'emploi, de les désavantager par rapport aux nationaux, et enfin,

²⁴⁶ J. JACQMAIN, *op.cit.* spéc. p. 88.

²⁴⁷ Voy. not., B. BACLET-HAINQUE, « L'Europe des emplois dans l'administration publique », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 224 et s.

²⁴⁸ F. RIGAUX, F. DELPEREE, « Nationalité et citoyenneté, développements et incidences sur le droit de la fonction publique belge », *op.cit.*, pp. 15-24.

²⁴⁹ F. RIGAUX, F. DELPEREE, « Nationalité et citoyenneté, développements et incidences sur le droit de la fonction publique belge », *op.cit.*, spéc. p. 22.

²⁵⁰ E. HONORAT, *op.cit.*, spéc. p. 3.

²⁵¹ 12 février 1974, C-152/77, *Rec.* p. 153 et s. ; un italien, salarié de droit privé de la poste allemande, critiquait une indemnité de séparation comportant des taux différents selon que la famille du travailleur demeurait sur le territoire national ou à l'étranger.

préciser « qu'il est sans intérêt de savoir si un travailleur se trouve engagé en qualité d'ouvrier, d'employé ou de fonctionnaire, ou encore si son lien d'emploi relève du droit public ou du droit privé ».

La Cour consacre donc le caractère autonome de la notion « d'emplois publics », technique usuelle pour dépasser les spécificités nationales pouvant contrarier l'application uniforme du droit communautaire dans tous les Etats membres.

La Cour de justice a ainsi limité l'application de l'exception à la question de l'accès aux emplois publics (et non aux autres conditions de travail)²⁵², se gardant bien de prendre position sur la délicate question du lien juridique unissant le fonctionnaire à son employeur (contrat ou statut)²⁵³.

Restait à préciser la portée de l'expression « emplois dans l'administration publique ».

Les « clauses de nationalité » figurant dans la réglementation belge allaient être l'occasion de concrétiser le sens de cette expression.

Un élève conducteur de locomotive, un poseur de voie, un agent de triage, un ouvrier non qualifié, une puéricultrice, un veilleur de nuit, un plombier, un menuisier, un électricien, un architecte, un contrôleur employé par des pouvoirs publics occupent-ils un « emploi dans l'administration publique » ?

La Cour de justice va limiter la portée de l'expression « emplois dans l'administration publique ». En effet, ceux-ci doivent présenter une certaine spécificité ; ils doivent impliquer l'exercice de la puissance publique ou la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat²⁵⁴.

Elle estime que ces emplois supposent « l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité ».

Sont visés par l'exception de point 4 de l'article 39 (et partant exclus), les emplois qui « compte tenu des tâches et des responsabilités qui leur sont inhérents, sont susceptibles de revêtir les caractéristiques des activités spécifiques de l'administration dans les domaines prédécrits »²⁵⁵.

L'expression consacrée est « la participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques ».

²⁵² S. WEERTS, *op.cit.*, spéc. p. 45.

²⁵³ *Infra*, chap. 1, sect. 3, §§ 1et 2.

²⁵⁴ C.J.C.E., 17 déc. 1980, Commission c./ Royaume de Belgique, C-149/99, *Rec.*, 1980, p. 3881 et s. ; C.J.C.E., 15 mars 1988, Commission c. République de Grèce, C-147/86, *Rec.*, 1988, p. 1637 et s. ; F. DELPEREE, « Les législations nationales - Le droit belge - La nationalité belge, conditions d'accès aux emplois publics ? », *op.cit* ; Civ. Bruxelles, 9 févr. 1990, *Chron. dr. soc.*, 1990, p. 311.

²⁵⁵ C.J.C.E., 27 novembre 1991, Bleis, C-4/91, *Rec.*, p. I-5627.

Concrètement, sont visés par cette disposition, les emplois publics dans la magistrature, la diplomatie, les forces armées, la police, la gendarmerie, ainsi que l'administration fiscale. Ces emplois semblent, en effet, impliquer l'exercice direct de la puissance publique²⁵⁶.

La Cour de justice a précisé que, dans certains secteurs d'activités, la condition de nationalité ne pouvait être imposée (sauf démonstration circonstanciée) : distribution de l'eau, de gaz et d'électricité, des services opérationnels de santé publique, enseignement public, transports maritimes et aériens, chemins de fer, télécommunications, radiotélévision, opéra et orchestres municipaux et communaux²⁵⁷.

Enfin, la Cour de justice a précisé la notion « d'emploi » au sens de l'art. 39 du TCE.

Dans un premier temps, elle a exigé que ces emplois aient un rapport avec des activités spécifiques de l'administration publique en tant que cette administration est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat²⁵⁸.

Dans un second temps, la Cour de justice a exigé que ces emplois soient caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique²⁵⁹. Enfin, elle posa l'exigence que ces emplois impliquent l'exercice habituel - et non ponctuel²⁶⁰- des prérogatives de puissance publique²⁶¹.

Seul l'exercice des fonctions dites régaliennes semble préservé par cette jurisprudence²⁶².

La jurisprudence de la Cour de justice est restée relativement constante sur l'interprétation de l'art. 39 du TCE. Progressivement ont été écartés du champ d'application de l'exception des emplois²⁶³, dans le secteur médical²⁶⁴, de stagiaire dans l'enseignement²⁶⁵, dans la recherche civile (réserve faite des fonctions de directions ou de conseil de l'Etat sur les questions scientifiques et techniques)²⁶⁶, de lecteurs étrangers auprès des universités²⁶⁷, d'enseignants dans le secondaire (entre le primaire et l'universitaire)²⁶⁸, de restauration dans une université²⁶⁹.

De manière tout à fait classique, la Commission européenne a tenté d'élaborer une directive sur le sujet afin d'ouvrir la fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres. Face à l'opposition de nombreux états, elle préféra la voie d'une communication

²⁵⁶ J. SAROT, *Précis de fonction publique, op. cit.*, « Le recrutement », par O. DAURMONT, pp. 146 et s.

²⁵⁷ C.J.C.E., 26 mai 1982, Commission c. Belgique, mis en exergue par S. WEERTS, *op.cit.*, spéc. p. 47

²⁵⁸ S. WEERTS, *op.cit.*, spéc. p. 46.

²⁵⁹ C.J.C.E., 3 juin 1986, www.curia.europa.eu.

²⁶⁰ C.J.C.E., 30 septembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, www.curia.europa.eu.

²⁶¹ C.J.C.E., 30 septembre 2003, Anker, www.curia.europa.eu.

²⁶² S. WEERTS, *op.cit.*, spéc. p. 46.

²⁶³ Voy. not., pour un état de la jurisprudence, les conclusions de l'avocat général Léger du 5 mars 1996, précédant l'arrêt du 2 juillet 1996, Commission/Luxembourg, Belgique, Grèce, C-473/93, C-173/94 et C-290/94, www.curia.europa.eu.

²⁶⁴ C.J.C.E., 3 juin 1986, Commission / France, C-307/84, *Rec.*, p. 1725.

²⁶⁵ C.J.C.E., 3 juillet 1986, Lawrie-Blum, C-66/85, *Rec.*, p. 2121.

²⁶⁶ C.J.C.E., 16 juin 1987, Commission/ Italie, C-225/85, *Rec.*, 2625.

²⁶⁷ C.J.C.E., 30 mai 1989, Allué et Coonan, C-33/88, *Rec.*, p. 1591.

²⁶⁸ C.J.C.E., 27 novembre 1991, Bleis, C-4/91, *Rec.*, p. I-5627.

²⁶⁹ C.J.C.E., 23 février 1994, Scholtz, C-419/92, *Rec.*, p. I-505.

interprétative²⁷⁰ relative à la « libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des Etats membres – Action de la Commission en matière d'application de l'article 48, paragraphe 4 du TCE.

Le document donne de précieuses indications sur la manière dont la Commission entend interpréter l'expression « emplois dans l'administration publique ».

Les emplois dans certains secteurs sont ainsi concernés de manière évidente : force armée, police, magistrature, administration fiscale et diplomatie. Encore faut-il, pour ces emplois et d'autres, que la fonction implique l'élaboration d'actes juridiques, la mise à exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants.

Le débat n'est cependant pas clos. Les arrêts du 2 juillet 1996 rendus contre le Luxembourg, la Belgique et la Grèce en attestent²⁷¹. La Cour y réaffirme avec fermeté sa jurisprudence antérieure, malgré l'opposition farouche du Luxembourg. Elle y reprend en outre, l'approche dite par « secteurs », chère à la Commission, qui sont présumés hors « administration publique ». Sont donc *a priori* hors administration, les secteurs de la recherche civile, l'enseignement, la santé, les transports (terrestres, maritimes et aériens), les postes, les télécommunications, la radiotélévision, la distribution d'eau, du gaz et de l'électricité, l'art (musical et lyrique).

L'interprétation *in casu* d'une activité spécifique de l'administration publique reste parfois problématique.

45. L'arrêté royal relatif aux principes généraux

En droit belge, et plus précisément par le biais de l'arrêté royal pris en exécution de l'art. 87 des lois de réformes institutionnelles²⁷², la condition de nationalité belge a été posée pour l'exercice des fonctions comportant une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, de la Communauté ou de la Région²⁷³.

Cette disposition, conforme à l'art. 39 TCE (ex 48), n'en était pas moins contraire à l'art. 10 de la Constitution²⁷⁴.

En effet, le Roi n'est pas compétent pour adopter une norme qui déroge à la Constitution, l'art. 10 de la Constitution prévoyant que seules des lois particulières peuvent aménager ces conditions²⁷⁵.

²⁷⁰ 18 mars 1988, *J.O.C.E.*, C 72, p. 2 et s.

²⁷¹ *Op. cit.*

²⁷² *Infra*, chap. 1, sect.2, §2.

²⁷³ Dans certaines hypothèses, c'est la condition de citoyenneté européenne qui a été posée. L'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des entités fédérées et des entités qui en dépendent (art. 1^{er}, §3), imposait la conditions de nationalité, réserve faite des fonction qui peuvent avoir pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat. Le statut administratif des agents de l'Etat dans sa version modifiée le 26 sept. 1994, précisant que les fonctions qui impliquent l'exercice de la puissance publique ou qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat sont réservés aux belges.

²⁷⁴ F. RIGAUX et F. DELPEREE, « Nationalité et citoyenneté – Développements et incidences sur le droit de la fonction publique en Belgique », *A.P.T.*, 1997, *op. cit.*, spéc. p.22.

Comment appréhender ce type de conflit de normes ? Les juridictions supérieures de notre pays sont divisées.

Le Conseil d'Etat estime que « lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le Traité doit prévaloir, et ce même si la norme de droit interne est prévue par la Constitution »²⁷⁶.

La Cour Constitutionnelle (ex cour d'arbitrage) estime quant à elle que le principe de la hiérarchie des normes implique qu'il soit interdit au législateur d'adopter une norme contraire à la Constitution, que ce soit directement ou indirectement par le biais d'une loi d'assentiment donné à un traité international²⁷⁷.

Dans ce contexte délicat et sans régler ce problème de hiérarchie des normes²⁷⁸, le dernier arrêté royal de principes généraux du 22 décembre 2000 ne contient plus de condition de nationalité « afin de permettre à l'avenir l'accès à la fonction publique aux ressortissants non belges, qu'ils soient ou non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne »²⁷⁹. Il est désormais possible pour les entités fédérées de décider, par décret ou ordonnance adoptée par leur conseil, si une dérogation à la condition de nationalité doit éventuellement être prévue au profit des étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne et/ou pour des emplois incluant, le cas échéant, une participation à l'exercice de la puissance publique.

46. Les procédures d'accès

En général, les pouvoirs publics organisent des procédures de sélection (concours, sélection comparative) pour choisir les personnes qui vont occuper des emplois dans les administrations.

Dans quelle mesure, l'article 39 du TCE limite-t-il le pouvoir des Etats membres dans le choix des modalités concrètes de recrutement ?

La directive 89/48/CE du Conseil du 21 septembre 1988 relative à un système de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur²⁸⁰, applicable aux professions de l'administration publique²⁸¹ a été au cœur de débats dans un litige opposant Mme Burbaud à un Ministère français²⁸². Diplômée au Portugal et ayant acquis la nationalité française, elle

²⁷⁵ Le problème n'est pas isolé. L'arrêté royal du 13 avril 1995, *M.B.* du 29 avril 1995, réglant les conditions d'engagement des contractuels contient, en germe, le même problème.

²⁷⁶ C.E., 5 oct. 1996, *Orfinger*, n° 62.922, www.raadvst-consetat.be.

²⁷⁷ C.A., 3 févr. 1994, arrêt n° 12/94, www.arbitrage.be ; H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Cah. dr. eur.* 1995, p. 7 et s. ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge - Regard sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 114-115, spéc. 472 et s. ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2009.

²⁷⁸ L'art. 10, al. 2 de la Const. n'étant pas encore modifié.

²⁷⁹ Rapport au Roi avant l'arrêté royal du 22 décembre 2000, *M.B.*, 9 janv. 2001, p. 421.

²⁸⁰ Formation professionnelle d'une durée minimale de trois ans.

²⁸¹ C.J.C.E., 8 juillet 1999, Fernandez de Bodilla, C-234/97, www.curia.europa.eu.

²⁸² C.J.C.E., 9 septembre 2003, Burbaud c. Min de l'emploi et de la Solidarité, www.curia.europa.eu.

demandait à être intégrée dans le corps des directeurs d'hôpitaux publics. L'Etat français avait refusé d'accéder à cette demande, en arguant la condition de réussite d'une épreuve organisée par l'Ecole nationale de santé publique établie à Rennes.

Cette épreuve constituait-elle une restriction à la libre circulation des travailleurs ? A supposer qu'elle le fut, n'était-elle pas justifiée au regard de la fonction envisagée ?

La Cour de justice a considéré que si la réussite d'une épreuve préalable permettait d'obtenir la titularisation, elle devait être considérée comme un diplôme. Le principe de libre circulation et la directive susmentionnée devaient être pris en considération. Aussi, si celle-ci impliquait une formation préliminaire à la titularisation, l'épreuve était contraire au droit communautaire.

47. La carrière

La carrière se caractérise par une succession prévisible et attendue d'emplois²⁸³ et non un recrutement pour un poste particulier (système de l'emploi). Par définition, la carrière implique la gestion de la durée (ancienneté) qui intervient dans les promotions (ou avancement) et dans le calcul de la rémunération²⁸⁴.

L'interaction entre la gestion de cette ancienneté, la mobilité du personnel en général et la libre circulation des personnes (et dès lors des travailleurs) en particulier est évidente.

Comment intégrer les exigences liées à la libre circulation des travailleurs et au principe d'interdiction des discriminations dans la gestion des carrières des fonctionnaires ? A nouveau, l'art. 39 du TCE limite le pouvoir des Etats membres²⁸⁵. Les emplois hors administration publique peuvent néanmoins relever de la fonction publique nationale. Pour ceux-là, l'article 39 du TCE a eu un impact positif : l'élimination des discriminations directes ou indirectes à l'encontre des ressortissants d'autres Etats membres et la suppression des obstacles à la libre circulation des travailleurs.

L'art. 39 et le règlement n° 1612/68 précité prohibent tout acte qui, « bien qu'applicable sans acception de nationalité, a pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres Etats membres de l'emploi offert »²⁸⁶. Cette prohibition concerne les conditions d'emplois au sens large, rémunération, licenciement, réintégration professionnelle, chômage, etc.

L'arrêt Bosman constitue une éclatante application du principe²⁸⁷. Cette approche a des répercussions sur le contenu des statuts.

Dans l'appréciation de l'ancienneté, les Etats membres ne peuvent s'opposer directement ou indirectement à la prise en compte d'activités exercées dans un autre Etat membre.

²⁸³ E. AYOUD, *La fonction publique en 20 principes*, Paris, Ed. Frison-Roche, 1994, spéc. p. 75.

²⁸⁴ S. WEERTS, *op.cit.*, spéc. pp. 51-52.

²⁸⁵ C.J.C.E., 30 septembre 2000, *Osterreichischer Gewerkschaftsbund? Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. République d'Autriche*, www.curia.europa.eu.

²⁸⁶ Art. 3, §1, deuxième tiret du règlement.

²⁸⁷ C.J.C.E., 15 décembre 1995, C-415-93, *Rec.*, p. I-4921.

Dans l'appréciation de l'équivalence des qualifications, les instances communautaires sont très largement intervenues²⁸⁸.

§ 2. Le droit interne

48. Présentation

Les réformes institutionnelles entreprises depuis le début des années 70 en Belgique ont eu un impact très important sur le droit de la fonction publique.

Les entités fédérées ont progressivement revendiqué une plus grande autonomie dans la gestion de leur administration, le volet des ressources humaines étant particulièrement important.

Le compromis a été inscrit dans l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 qui consacre une *habilitation imprécise* du gouvernement pour adopter un arrêté royal relatif aux principes généraux en matière de fonction publique applicables de plein droit aux entités fédérées.

Cet arrêté royal occupe une place singulière dans la hiérarchie des normes.

Sa nature et son élaboration itérative sont particulièrement complexes.

49. La fédéralisation de l'Etat

Fin des années 80, les entités fédérées ont revendiqué la compétence de fixer les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel.

Chaque Gouvernement disposait, en effet, d'une administration, d'institutions et d'un personnel²⁸⁹.

Chaque gouvernement entendait pouvoir fixer le cadre du personnel de son administration et procéder aux nominations [...] ²⁹⁰.

Si ce personnel prêtait serment, conformément aux dispositions légales, entre les mains de l'autorité que le gouvernement désigne à cet effet, il était prévu que son recrutement se ferait par l'intermédiaire du Secrétariat permanent de recrutement²⁹¹ du personnel de l'État.

²⁸⁸ Voy. pour plus de développements, E. HONORAT, *op.cit.*, spéc. pp. 11-14.

²⁸⁹ Art. 87, §1^{er}, L. spéc. du 8 août 1980.

²⁹⁰ Art. 87, § 2 modifié par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (*M.B.*, 13 août 1988).

²⁹¹ En vertu du même art. 87, §2. Dans son arrêt du 21 juin 2000 (n°78/2000), la cour d'arbitrage a estimé que cette disposition ne prévoyait pas aux personnes morales de droit public qui dépendent des entités fédérées. Lorsque cette obligation leur incombe, c'est en application de dispositions réglementaires qui échappent à la compétence de la cour.

Il s'agit, sans doute, d'une première précaution prise afin de conserver, à la fois, une certaine unité dans le recrutement et d'empêcher certaines dérives bien connues.

« Sans préjudice du § 4, les communautés et les Régions fixent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire », c'est à l'exclusion des règles relatives aux pensions²⁹².

En effet, en matière de pensions, leur personnel est soumis aux règles légales et statutaires applicables au personnel définitif, temporaire et auxiliaire de l'État.

Afin d'éviter une trop grande diversification des statuts²⁹³, un compromis a été trouvé et inscrit dans l'article 87, §4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980²⁹⁴.

Cet article dispose que : [§ 4. Un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, pris après avis des gouvernements, désigne ceux des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'État qui seront applicables de plein droit, au personnel des communautés et des Régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des Régions, à l'exception du personnel visé à l'article 17 de la Constitution.]²⁹⁵⁻²⁹⁶.

A vrai dire, la technique juridique choisie, s'est révélée d'une rare complexité.

L'élaboration de cet arrêté royal a donné lieu à une véritable « saga judiciaire ».

Les contours et conséquences de cette complexité multidimensionnelles méritent une attention particulière²⁹⁷.

²⁹² Art. 87, § 3 remplacé par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (*M.B.*, 13 août 1988).

²⁹³ A vrai dire cet objectif est curieux. La compétence d'une entité fédérée pour régler une matière semble impliquer qu'elle puisse poser des choix politiques qui lui sont propres. Le professeur DELPEREE n'a pas hésité à évoquer le « paternalisme du pouvoir central à l'égard des institutions fédérées », *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2000, spéc. p. 620.

²⁹⁴ L'art. 87, §7 s'applique à la Communauté germanophone et la Région de Bruxelles-Capitale en vertu respectivement de l'art. 54 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone et l'art. 40 de la loi du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

²⁹⁵ Art. 87, § 4 inséré par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (*M.B.*, 13 août 1988).

²⁹⁶ Cette disposition a fait l'objet de deux recours portés devant la cour d'arbitrage ; Constitution en ce qu'il traite différemment l'État, d'une part, et les communautés et les régions, d'autre part, ou les citoyens qui sont candidats à des emplois d'une administration fédérale, d'une part, ou d'une administration communautaire ou régionale, d'autre part. L'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 8 août 1988, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'est pas applicable qu'au personnel des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des régions et non au personnel de celles qui dépendent de l'État (Cour d'Arbitrage, n° 78/97, 17 décembre 1997 (*M.B.*, 10 février 1998). L'article 87, §§ 2 et 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (C.A. n° 78/2000 du 21 juin 2000 (*M.B.*, 5 septembre 2000).

²⁹⁷ Voy., notamment, P. BERCKX, « De algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren », *T.B.P.* 1992, pp. 219-255 ; O. DAURMONT, « Les principes généraux du droit de la fonction publique », in *Précis de fonction publique, op.cit.* spéc. pp.83-102 ; O. DAURMONT E. GILLET, « Les principes généraux du statut des agents de l'Etat, des Communautés et des Régions », *J.T.* 1990, pp. 653-658 ; J. DE BROUWER, P. VANDERNOOT, « Les principes généraux du statut de la fonction publique de l'Etat, des Communautés et des Régions ainsi que des organismes d'intérêt public qui en dépendent », *A.P.T.* 1991, pp. 169-182 ; P. DE BRUYCKER, « Déontologie de la fonction publique et transparence administrative. Quelques observations à propos de la confrontation des devoirs des fonctionnaires avec le droit d'accès aux documents administratifs après l'A.R. du 22 novembre 1991 relatif aux principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat », *A.P.T.* 1993, pp. 172-196 ; F. FRANCEUS, « De algemene principes van het

En moins de 10 ans, trois arrêtés ont été promulgués les 22 novembre 1991, 26 septembre 1994 et 22 décembre 2000.

Une part importante des problèmes liés à l'élaboration de l'ARPG aurait pu être évitée si le Gouvernement avait suivi les nombreuses remarques formulées par la section législation du Conseil d'Etat²⁹⁸.

En effet, le premier AR du 22 novembre 1991 a été annulé par le Conseil d'Etat parce que le Gouvernement l'avait adopté en affaires dites « courantes » (soit après dissolution des chambres)²⁹⁹, ce que laissait augurer l'avis rendu par la section législation du 13 novembre 1991.

L'AR du 26 septembre 1994 fut attaqué, à nouveau devant le Conseil d'Etat³⁰⁰, qui posa par deux fois des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage³⁰¹. Sans attendre l'issue de la procédure devant le Conseil d'Etat³⁰², l'AR fut abrogé par l'AR du 22 décembre 2000.

Plus fondamentalement, l'ARPG est enserré dans de nombreuses contraintes issues du droit international, de la Constitution, des lois spéciales de réformes institutionnelles (notamment l'habilitation de l'article 87, §4 de la loi du 8 août 1980) et de certaines lois ordinaires.

Sous l'impulsion de la Cour de Justice, le droit communautaire a infléchi la condition de nationalité pour accéder à la fonction publique³⁰³. La C.E.D.H intervient lorsque, par exemple, il s'agit de poser des limites à la liberté d'expression.

Statuut : van 22 november 1991 tot 26 september 1994 », *T.B.P.* 1995, pp. 5-11 ; E. GILLET, « Les principes généraux du statut des agents de l'Etat, des Communautés et des Régions », *A.P.T.* 1991, pp. 252-255 ; F., LEURQUIN DE VISSCHER, « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », in *La réforme de la fonction publique, op.cit.*, pp. 33-54 ; F., LEURQUIN DE VISSCHER, « Heurs et malheurs de l'Arrêté Royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique », *A.P.T.* 1995, pp. 84-91. C.E. n° 47.689, 31 mai 1994, <http://www.raadvst-consetat.be> (7 janvier 2000); *A.P.T.* 1995, p. 79, note F., LEURQUIN DE VISSCHER; arr. r.v.st. 1994, s.p.; m.b. 20 juillet 1994, 19.067 et <http://moniteur.be> (11 octobre 2005); *jaarboek mensenrechten* 1996-97, 353; *R.A.C.E.* 1994, s.p. ; F., LEURQUIN DE VISSCHER, « Les principes généraux du droit de la fonction publique et la réforme de l'Etat », *Ann. dr. Louvain* 1991, pp. 333-350 ; K. LEUS, « Sens et non-sens de l'arrêté royal contenant les principes généraux de la fonction publique », in *La réforme de la fonction publique, op.cit.*, pp. 57-73; C. MOLITOR, « Le contrôle par le Conseil d'Etat de la rétroactivité de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut de la fonction publique », *A.P.T.* 1997, pp. 200-215 ; X., [Arrêté Royal du 22 novembre 1991] fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des exécutifs et aux personnes morales de droit public qui en dépendent », *A.P.T.* 1991, pp. 256-279.

²⁹⁸ F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, spéc. pp. 40-41.

²⁹⁹ C.E. (Ass.gén.), 31 mai 1991, Le Clercq, n° 47.689 ; *J.T.*, 1994, p. 515 et s., rapport du Prem. Aud. J. SALMON ; *A.P.T.*, 1995, p. 79 et s., note F. LEURQUIN-DE-VISSCHER.

³⁰⁰ C.E., 5 nov. 1996, Orfinger, n°62.922, *A.P.T.*, 1996, p. 139; R. ERGEC, « La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution », *op.cit.* ; C. MOLITOR, « Le contrôle par le Conseil d'Etat de la rétroactivité de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut de la fonction publique », *op.cit.* ; C.E., 19 mars 1999, Orfinger, n°79.358.

³⁰¹ C.A., 19 déc. 1997, 78/97, C.A., 21 juin 2000, 78/2000.

³⁰² C.E., 21 sept. 2001, n°99.010 (désistement d'instance).

³⁰³ Si l'article 1^{er}, §3, 1^o de l'ARPG du 26 septembre 1994 exigeait d'être belge, pour pouvoir être nommé agent, lorsque les fonctions comportaient une participation, directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, de la Communauté ou de la Région et dans les autres hypothèses, être belge ou citoyen de l'Union européenne, l'ARPG du 22 décembre

Ainsi, l'article 62, §1^{er} de l'AR du 26 septembre 1994 a été annulé par la Cour d'arbitrage au motif que le Roi « n'a pu se réserver aucune compétence pour désigner les seules personnes de droit public dont le personnel serait soumis aux P.G. »³⁰⁴. Il doit en outre, de par son objet, respecter certaines lois ordinaires.

Enfin, il doit « permettre une gestion du personnel compatible avec les nécessités résultant du cadre concurrentiel dans lequel certaines entreprises publiques doivent exercer leurs compétences »³⁰⁵.

50. Une habilitation, relativement imprécise, ambivalente et complexe

L'habilitation du gouvernement fédéral est relativement imprécise et implique des choix politiques délicats : il ne peut que désigner, « *ceux des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'État qui seront applicables de plein droit, au personnel des communautés et des Régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des Régions, à l'exception du personnel visé à l'article 17 de la Constitution* ».

Il ne peut dès lors s'agir que de déterminer les règles qui sont essentielles en matière de fonction publique belge, qui sont issues du statut des agents de l'État et qui doivent s'appliquer de plein droit aux entités fédérées.

Madame LEURQUIN-DE-VISSCHER a parfaitement illustré l'imprécision, l'ambivalence et la complexité de cette habilitation³⁰⁶.

Premièrement, les principes essentiels se sont amenuisés au fur et à mesure des différentes versions de l'A.R., à l'exception notoire de la procédure disciplinaire³⁰⁷.

La dernière version, la plus courte, accentue, de ce fait, l'autonomie des entités fédérées.

Participe également de cette tendance, la normativité variable des principes retenus, la possibilité de régler, soit par décret, certains aspects précis (engagement contractuel), soit par les statuts (stage, formation, organisation de la carrière, système d'évaluation, etc.), enfin, un pouvoir d'exécution (obligation de mettre en œuvre le principe de recrutement objectif ou de fixer les montants des droits pécuniaires du personnel).

Le texte n'est pas dépourvu d'ambivalence.

Deuxièmement, les « principes généraux » formalisés relèvent plus de la normativité de règles techniques que de directives générales.

2000 n'a pu repris l'exigence de nationalité (à mettre en relation avec la modification de l'article 10, al. 2 de la Constitution.

³⁰⁴ C.A., 14 juillet 1997, 39/97, point B.4.4.2., *M.B.*, 14 août 1997.

³⁰⁵ C.A., 21 juin 2000, 78/200, point B.3.2., *M.B.*, 5 sept. 2000.

³⁰⁶ « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », in *La réforme de la fonction publique, op.cit.*, pp. 33-54, spéc. 34-38.

³⁰⁷ Il suffit à cet égard de consulter le texte des trois arrêtés royaux déjà mentionnés.

Ce choix énerve quelque peu l'autonomie des entités fédérées, qui aurait été mieux préservée par des options plus générales qu'elles auraient pu ensuite concrétiser. Il est vrai que l'applicabilité de plein droit prévue dans l'habilitation laissait augurer une « certaine » normativité.

Troisièmement, l'habilitation est limitée aux principes du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat.

Par conséquent, une certaine corrélation est requise.

Aussi, et cela énerve les impératifs liés à la sécurité juridique, si une règle du statut du personnel de l'Etat disparaît alors qu'elle était contenue dans l'ARPG, elle ne peut plus y figurer³⁰⁸.

Le PG repris dans l'ARPG peut également être un principe jurisprudentiel relatif au personnel de l'Etat, comme l'égale admissibilité aux emplois publics.

En outre, il est admis que l'autorité fédérale peut déroger à une règle reprise dans l'ARPG par une réglementation ultérieure³⁰⁹.

Quatrièmement, il est délicat, dans la Belgique fédérale, de dégager ce qui peut relever d'une conception commune³¹⁰, en matière de fonction publique (et dans d'autres matières).

Trois axes ont été déterminés.

Le premier est relatif au principe de l'engagement statutaire qui a, cependant, vu l'élargissement de ses exceptions³¹¹.

Le deuxième est relatif aux principes régissant les droits et devoirs impliqués par la situation statutaire : droit à la liberté d'expression, devoir de loyauté, devoir de formation, etc.

Le troisième est relatif aux garanties en matière de recrutement, de discipline, de rémunération et dans le domaine des relations de travail.

51. La nature et l'élaboration itérative complexes de l'ARPG

L'ARPG est à la fois un acte d'une autorité administrative et une règle répartitrice de compétence³¹².

³⁰⁸ Ainsi, l'article 27 de l'ARPG du 22 décembre 1990 exigeant la fixation d'échelles barémiques, alors que l'AR du 11 juillet 2001 relatif à la pondération des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux, fixant leur traitement, ne contient pas d'échelles barémiques.

³⁰⁹ K. LEUS, « Sens et non sens de l'arrêté... », *op.cit.*, spéc. pp.59-60.

³¹⁰ Selon l'expression choisie dans le rapport au Roi précédant l'AR du 22 décembre 2000.

³¹¹ *Infra*, sect. 3.

³¹² F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, spéc. pp. 42-53.

La détermination de l'autorité compétente pour fixer les principes généraux applicables aux Communautés et aux Régions n'allait pas de soi.

Les partisans de la thèse de la compétence du pouvoir législatif arguait de la circonstance que cette compétence n'avait pas été formellement attribuée au pouvoir exécutif (le Roi se voit seulement reconnaître la compétence de nommer aux emplois publics), et de la compétence résiduaire du pouvoir législatif.

Les partisans d'une seconde thèse l'ont emporté.

Celle-ci interprète l'art. 107 de la Constitution en relation avec le principe de séparation des pouvoirs, s'appuyant notamment sur le Rapport au Roi précédant l'AR du 2 oct. 1937 portant le statut des agents de l'Etat.

Dans cette interprétation, le pouvoir de nommer englobe celui de fixer les règles générales, afin de prévenir toute immixtion du pouvoir législatif.

Le Conseil d'Etat a suivi cette deuxième thèse.

Avec Madame LEURQUIN-DE-VISSCHER³¹³, nous considérons que l'argument soulevé en 1937 ne vaut pas nécessairement pour le problème soulevé en 1980.

En effet, la question qui s'est posée en 1980 était de savoir quelle autorité devait être désignée, dans un Etat Fédéral, pour déterminer des règles communes.

Aussi, le choix du législateur spécial avait un sens, dans le processus de fédéralisation déjà largement engagé.

Le choix du Gouvernement fédéral par AR délibéré en conseil des Ministres a pour conséquence que l'ARPG est un **acte d'une autorité administrative** susceptible, d'une part, d'être soumis à la censure du Conseil d'Etat dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et d'autre part, de faire l'objet d'un **contrôle de légalité (par voie d'exception)** par toutes les juridictions dans le cadre de l'article 159 de la Constitution³¹⁴.

A l'occasion de recours en annulation intentés contre des décrets déterminant partiellement la situation juridique des agents, la Cour d'arbitrage (devenue constitutionnelle) a été confrontée à la question de savoir si ces décrets devaient respecter l'ARPG (en d'autres termes, si l'ARPG était, en tant que tel, une règle établie par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences de l'Etat, des Communautés et des Régions).

S'il ne fait pas de doute que les dispositions des §§ 3 et 4 de l'article 87 relèvent bien de ce concept, qu'en est-il de l'ARPG ?

La Cour d'arbitrage (devenue constitutionnelle) a proposé deux justifications.

³¹³ *Ibid.*, spéc. p. 44.

³¹⁴ Par ex., C.E., 9 janvier 1998, A.S.B.L. Gerfa, n° 70.600.

La première, guère convaincante, vise à reconnaître à l'ARPG le caractère d'une norme répartitrice de compétences parce qu'il est censé se substituer à pareille norme (l'art. 13, § 6 de la loi spéc. du 8 août 1980)³¹⁵.

Le litige (aff. 31/95) portait sur l'art 22 du décret de la Commission communautaire française du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la formation professionnelle qui disposait que : « le Collège fixe, après avis du Comité de gestion, le cadre organique du personnel de l'Institut ainsi que les statuts administratifs et pécuniaire de celui-ci ».

Le premier moyen était pris de la violation de l'art. 87, §3 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et les règles répartitrices de compétences. Le Conseil d'Etat ayant annulé (n° 47.689, du 31 mai 1994), l'ARPG du 22.12.1991. Selon les requérants, la modification de l'art. 87, §3 et l'abrogation de l'art. 13, §6³¹⁶ de la même loi, par celle de la loi du 8.08.1988, ne pouvaient avoir d'effet que lors de l'entrée en vigueur de l'ARPG. Compte tenu de l'annulation rétroactive de celui-ci, le décret avait violé les règles répartitrices de compétences, car l'art. 13, §6 retrouvait son empire (et donc l'accord du Ministre de la fonction publique fédérale aurait dû être obtenu).

La cour ne suivra pas l'argument, constatant que l'ARPG de 1994 était entré en vigueur, le 1^{er} janvier 1994, entraînant l'abrogation de l'art. 13, §6 (conformément aux art. 16, 4° et 18, §3, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1988). Elle va cependant affirmer que l'ARPG fait partie intégrante d'un ensemble de règles répartitrices de compétences, en ce que le législateur spécial a subordonné l'abrogation de l'art. 13, §6, à l'entrée en vigueur de cet arrêté.

Elle va réaffirmer sa position dans le point B.4.3 de l'arrêt 45/95.

La deuxième, limpide mais contestable, est que l'ARPG concrétise la restriction formulée par l'art. 87, §4 à laquelle doivent se conformer les entités fédérées³¹⁷. La Cour considère que l'AR qui énonce les principes généraux fait partie intégrante des règles déterminant les compétences respectives de l'Etat fédéral, des communautés et des régions, règles sur le respect desquelles il appartient à la cour de statuer, en vertu de l'article 1^{er}, 1° de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Ce faisant, la Cour Constitutionnelle (ex cour d'arbitrage) s'est affranchie de l'interprétation doctrinale des articles 1^{er} et 26 de la loi spéc. du 6 janvier 1989 qui fonde sa compétence.

En effet, il était admis que seule la Constitution pouvait attribuer directement des compétences à l'Etat fédéral et aux entités fédérées ou habiliter les législateurs (spécial ou ordinaire) à préciser ou réaliser cette attribution de compétence³¹⁸.

³¹⁵ *Ibid.*, C.A., 4 avril 1995, 31/95 (point B.3.3) et C.A. 6 juin 1995, 45/95 (point B.4.3).

³¹⁶ L'art. 13, §6 ancien disposait que : « A l'exception de la fixation du statut administratif et pécuniaire, les compétences attribuées par la loi du 16 mars 1954 au Ministre ayant la fonction publique dans ses attributions sont exercées par les organes correspondants de la Communauté ou de la Région ».

³¹⁷ C.A., 14 juillet 1997, 39/97 (point B.4.3).

³¹⁸ Voy. notamment, H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspective*, Bruxelles, Bruylant, 1988, spéc. n° 136 et s.; J. VELARS, *Van Arbitragehoh tot Grondwettelijk Hoh*, Antwerpen, Apeldoorn, Maklu, 1990 spéc. n°122-123.

Aussi, l'ensemble des règles adoptées par les entités fédérées doivent-elles respecter l'ARPG.

52. L'application de l'ARPG au personnel des organismes publics des entités fédérées

Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises³¹⁹, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. « Sans préjudice de l'article 87, § 4, il en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle ».

La compétence des entités fédérées était limitée par l'article 13 de la loi spéciale qui rendait les dispositions de la loi du 16 mars 1954 applicables aux organismes dépendant de ces dernières (article 13, §3), les compétences visées par cette loi étant exercées par les organes correspondant des entités fédérées (article 13, §5), **à l'exception de la fixation des statuts administratif et pécuniaire qui restait de la compétence du ministre de la fonction publique nationale.**

Ceci était normal, dans la mesure où la première version de l'article 87, §3 réservait l'application des statuts fédéraux au personnel des entités fédérées.

La modification de l'article 87, §3 par la loi du 8 août 1988 accorde une autonomie aux entités fédérées en matière de fonction publique et abroge les §§ 3 et 6 de l'article 13 de la loi du 8 août 1980 précités, mais à partir du moment où l'ARPG serait adopté et où les entités fédérées accéderaient à l'autonomie en matière de personnel.

Parallèlement, l'article 96 de la loi spéciale, tel que modifié, prévoyait l'application aux organismes des entités fédérées du système de contrôle institué par la loi du 16 mars 1954, jusqu'à ce que cette loi soit remplacée par décret des communautés ou régions elles-mêmes³²⁰.

Jean Sarot a ainsi pu déduire de l'abrogation de l'article 13, §6 précité que « la fixation du statut administratif et pécuniaire des agents des OIP n'est plus soumise à l'accord du ministre national de la fonction publique ».

Depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal de principes généraux, les gouvernements des entités fédérées sont donc exclusivement compétents pour fixer ces statuts en vertu de l'article 11 de la loi du 16 mars 1954³²¹.

³¹⁹ Art. 9 de la loi spéciale du 8 août 1980.

³²⁰ Art. 96 : « Les dispositions de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public restent applicables aux organismes d'intérêt public qui dépendent de la Communauté ou de la Région aussi longtemps qu'elles ne sont pas modifiées par la Communauté ou la Région concernée ».

³²¹ Les règles applicables aux OIP du fédéral restent toutefois applicables aux OIP régionaux et communautaires tant que les entités fédérées n'ont pas fait usage de cette compétence : l'arrêté royal du 8 janvier 1973 portant statut du personnel des organismes d'intérêt public pour le fédéral est donc d'application jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation au niveau communautaire ou régional.

L'article 62 de l'ARPG du 26 septembre 1994 donnait compétence au Roi de fixer la liste des organismes d'intérêt public relevant des entités fédérées et auxquels les principes généraux étaient applicables.

Ce procédé, qui permettait de soustraire certains organismes au champ d'application des principes généraux, a été jugé par le Conseil d'Etat contraire à l'article 87, §4 de la loi spéciale.

Il a été abandonné par le nouvel ARPG du 22 décembre 2000³²².

La spécificité de certains organismes a été prise en compte par le biais de la possibilité d'engager plus largement par contrat de travail lorsqu'ils sont en concurrence pour la totalité ou pour partie de leurs activités avec des entreprises privées³²³.

53. Remise en cause de l'utilité de l'ARPG

Dans un tel contexte, il n'est guère étonnant, au fur et à mesure de la concrétisation de la fédéralisation de l'Etat belge, que l'utilité d'un tel arrêté soit posée.

Kaat Leus a avancé divers arguments³²⁴.

Certaines entités fédérées dénoncent l'inutilité de l'instrument et revendiquent une plus grande autonomie dans la gestion de leur fonction publique.

Des sensibilités et approches différentes se sont accentuées au fil des ans. Des réformes fondamentales conduites dans des pays voisins remettent en question le principe de l'engagement statutaire.

Plus fondamentalement, est-il possible de conserver les deux types d'engagement, avec pour conséquence des protections juridictionnelles et des régimes de protection différents pour des personnes qui accomplissent quotidiennement les mêmes tâches, pour le même type d'employeurs ?³²⁵

A terme, le droit communautaire, par le biais de l'art. 39,§4 du TCE (ex 48) n'est-il pas un facteur d'harmonisation inexorable ?

54. L'Etat fédéral et les organismes d'intérêt public qui en dépendent

³²² Avis de la section législation du Conseil d'Etat : « il ressort des mots cités que les principes généraux sont intégralement applicables au personnel des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et des Régions... » (*Moniteur belge* du 1er octobre 1994, p. 24882, dans le même sens : Doc. Parl., VI.R., 1997-1998, 1132/1).

³²³ Voy. *infra*, sect.3.

³²⁴ « Sens et non sens de l'arrêté... », *op.cit.*, spéc. pp. 57-73.

³²⁵ Voy. les développements du chap.3 relatif au droit social dans la fonction publique.

En vertu de l'art. 107 de la Constitution, il est généralement admis que le Roi dispose d'une compétence directe d'élaborer le statut des agents de l'Etat, sans que la loi ne puisse priver ou limiter celle-ci. Cette compétence explique que le statut administratif des agents de l'Etat soit repris dans un arrêté royal, toujours l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, dit statut Camu, plusieurs fois modifié, notamment dans le cadre de la vaste réforme Copernic.

Il est de même compétent pour fixer le statut du personnel des organismes repris dans l'art. 1^{er} de la loi du 16 mars 1954, sur proposition du ou des ministres dont ils relèvent, l'accord du Ministre du budget étant requis pour la fixation du statut pécuniaire³²⁶.

L'arrêté royal du 8 janvier 1973 détermine le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public.

La loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique³²⁷ s'applique aux services publics fédéraux, au personnel civil du service public de la défense et aux organismes publics cités dans l'art. 1^{er}.

55. Le droit de la fonction publique des entités fédérées

L'élaboration du droit de la fonction publique applicable aux entités fédérées s'est réalisée de manière chaotique. Il ne pouvait guère en aller autrement compte tenu des différentes versions de l'ARPG de 1991 à 2000.

Les régions wallonne, flamande, de Bruxelles Capitale, les Communautés française et germanophone, la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune ont adopté leur propre statut du personnel.

³²⁶ Art. 11, §1^{er} de la loi du 16 mars 1954.

³²⁷ *M.B.* 14 août 1993.

Section 3. La relation individuelle de travail

Plan de la section

- L'alternative contrat, statut administratif
- La détermination concrète du caractère contractuel ou statutaire d'une relation individuelle de travail, en droit belge

56. Présentation

La question de la « nature » de la relation de travail qui se noue entre, d'une part, les agents et, d'autre part, les administrations qui les emploient, est une question classique en droit belge³²⁸ et ailleurs³²⁹. De nombreux écrits lui ont été consacrés³³⁰.

Statut (acte unilatéral) ou contrat sont deux sources possibles de droits et obligations pour les uns et les autres.

Il importe de déterminer les enjeux et les incidences de cette alternative.

Cette problématique est liée à une autre traditionnellement présentée comme l'alternative de principe entre, d'une part, un système de carrière ou un système d'emploi, comme principe d'organisation de la fonction publique³³¹.

Dans le premier, d'inspiration française, les personnes sont nommées, jusqu'à l'âge de la retraite, pour « faire carrière » dans l'administration, à savoir, occuper, tout au long de leur vie, diverses occupations professionnelles, selon un système objectif de promotion.

³²⁸ Voy. not., A BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 1966, pp. 315 et s. ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 284 et s. ; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^{ème} édition, Faculté de droit de Liège, 1978, pp. 201 et s. ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 663 et s. ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, T.I, pp. 19 et s.

³²⁹ Voy. notamment, A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., 1980, pp. 23 et s.

³³⁰ A. DE BECKER, B., LOMBAERT, *La nature juridique de la relation de travail entre l'administration et ses agents*, in *La réforme de la fonction publique*, op.cit., pp. 77-117 ; F., DELPEREE, C., HOREVOETS, Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 17-36 ; HANNAY, E., « L'engagement contractuel dans les services publics de la règle à la pratique », *Actualité du droit et du contentieux de la fonction publique*, I.F.E., 8 et 9 juin 2004 ; M.HERBIET et D. DELHEZ, « La situation juridique du personnel communal : du statut au contrat ou le constat d'une dérive », *Rev. Dr. Com.*, 2003, pp. 3-18 ; E.,GILLET, La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent, in *Précis de la fonction publique*, op.cit., spéc. pp. 11-82 ; E.,GILLET, La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent, *A.P.T.* 1990, 6-19 ; P., LEWALLE, *Droit administratif*, cours, Edition 2005-2006, pp.139-172 ; F., LEURQUIN-DE-VISSCHER, Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique, in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 37-55 ; B., LOMBAERT, « La distinction entre le régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente ? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique ? », in *Etat des lieux de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.61-108 ; M. NIHOUL, « Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative : l'eau et le feu ? », *C.D.P.K.* 1999, 364-367 ; M. PAQUES et G. PARTSCH, « L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale », in *La fonction publique en mutation*, Bruxelles, C.D.G.E.P., La Charte, 1995, pp. 138 et s. ; G. VAN DE VELDE, De contractuele tewerkstellingsvorm in sommige overheidsdiensten, *T.B.P.* 1992, 614-626 ; Ouvrage collectif, *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 270 p.

³³¹ A. MOLITOR, *L'administration en Belgique*, Bruxelles, CRISP, 1974, spéc. p. 283 ; A. STENMANS, *La transformation de la fonction administrative en Belgique*, Bruxelles, CRIPS, 1999, spéc. p. 47.

Dans le second, d'inspiration anglo-saxonne, les personnes sont engagées dans l'administration, sur base d'un contrat de travail, pour un emploi précis ou une tâche déterminée, avec ou sans limitation de temps. Il n'implique dès lors pas l'organisation d'un système de carrière.

Dans le droit positif belge, les deux systèmes existent.

§ 1. L'alternative : contrat, statut administratif

57. Les deux thèses en présence : aperçu et implications

La **thèse de la situation contractuelle** procède de l'idée que la relation qui noue l'agent à l'administration qui l'emploie est analogue à celle qui naît d'un contrat de droit privé (contrat de travail ou contrat d'entreprise). L'autonomie de la volonté permet aux parties de déterminer le contenu des engagements qui ne pouvaient être modifiés que de l'accord des deux parties. Dans le cadre d'un contrat de travail, chaque partie peut mettre fin à la relation de manière unilatérale, moyennant le respect des règles prévues par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrat de travail (préavis, indemnités). En effet, l'engagement « à vie » est considéré comme contraire à l'ordre public. Aussi, l'engagement « à durée indéterminée » n'a pas le sens commun qui pourrait lui être attaché : il dure jusqu'à ce qu'une partie décide de le rompre.

La **thèse dite légale et réglementaire (ou statutaire au sens strict)**³³² suppose que l'autorité publique détermine de manière unilatérale – c'est-à-dire sans rechercher l'accord du destinataire des règles, par une loi ou un règlement – les éléments de la relation qui se noue entre elle et ses agents. La reconnaissance du fait syndical dans le secteur public n'énerve pas ce constat. En effet, si les syndicats participent à des négociations et des concertations lors de l'élaboration des règles, si celles-ci débouchent sur un protocole d'accord, l'autorité reste juridiquement libre de ne pas le suivre, même si elle est politiquement et moralement liée³³³.

En outre, la relation naît d'un acte unilatéral, la désignation (nomination) de l'agent par l'autorité.

Le statut peut comporter des objets divers : le statut administratif (la plupart du temps, il prend la forme d'un règlement) contient des règles relatives à la carrière proprement dite de l'engagement à la fin, le statut pécuniaire est relatif à la rémunération et à la pension, le statut syndical règle les relations dites collectives de travail (exercice de la liberté d'association, de la représentation syndicale sur les lieux de travail, etc.).

Certains aspects de la relation individuelle de travail sont réglés par la loi : par exemple, les règles en matière de pensions, du statut syndical, les règles en matière d'emploi des langues, les lois sociales applicables au secteur public, comme la loi du 8 avril 1965 instituant des

³³² Au sens large, l'expression « statut » peut, en effet, viser la position juridique du personnel, qui peut être statutaire ou contractuel, par exemple l'arrêté royal du 30 mars 2001 portant la position juridique du personnel des services de police, *M.B.*, du 31 mars 2001, comme le souligne très justement B. LOMBAERT, *Cours de Droit administratif*, Faculté Saint-Louis, 2006.

³³³ *Infra*, Section 4.

règlements de travail³³⁴ ou la loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

La relation statutaire n'en devient pas pour autant forcée. Elle respecte la liberté individuelle (art. 12 de la Constitution), l'agent accepte d'exercer la fonction qui lui est confiée par un acte de nomination (acte unilatéral) et le manifeste par la prestation de serment³³⁵⁻³³⁶. A défaut de prestation de serment, la nomination peut être annulée avec effet rétroactif par le Conseil d'Etat, renforçant l'interprétation décrite ci-dessus.

L'existence d'un statut est de nature à faciliter la gestion du personnel dans la mesure où il est censé instaurer des règles qui s'appliquent à tous, dans les différentes étapes et situations qui émaillent une vie professionnelle. Il ne peut être dérogé de manière individuelle au profit d'une ou plusieurs personnes et semble donc constituer un rempart contre le népotisme, le clientélisme ou le favoritisme³³⁷.

Il permet également une mise en œuvre concrète du principe constitutionnel d'égalité d'admissibilité aux emplois publics : l'ensemble des règles qui tendent à des recrutements et nominations objectifs le démontrent à suffisance.

D'une certaine manière, la relation statutaire implique une certaine stabilité d'emploi, en ce sens qu'il ne peut être mis fin à une carrière que dans les conditions et circonstances précisées par le statut. Elle a parfois été présentée comme nécessaire à la continuité du service, à la nécessité de s'assurer de la fidélité, au dévouement des agents indispensable à la bonne gestion publique.

Les choses sont cependant plus nuancées : la désignation d'un agent peut être temporaire (lorsque l'emploi qu'il occupe n'est pas permanent), l'agent qui ne donne pas satisfaction à ses supérieures peut voir sa carrière interrompue pour ces raisons.

Il est généralement admis que la relation de type statutaire est plus adaptée à la gestion des services publics³³⁸ et à ses lois, de continuité ou de régularité, du changement ou de mutabilité et d'égalité des usagers.

En effet, la principale conséquence de la thèse dite légale et réglementaire est que l'agent n'a jamais de droit acquis au maintien des conditions de travail, par exemple, d'éventuels avantages prévus par le statut ou liés à l'emploi qu'il occupe³³⁹.

D'une part, la loi du changement (ou de mutabilité) des services publics permet à l'autorité d'adapter les règles de gestion de son personnel aux « nécessités changeantes de l'intérêt général ». L'agent doit s'y résigner sans pouvoir réclamer de dommages et intérêts³⁴⁰.

³³⁴ Rendu applicable au secteur public par la loi du 18 décembre 2002.

³³⁵ L'art. 2 du décret du 20 juillet 1831 établit la formule du serment que doivent prêter notamment tous les fonctionnaires de l'ordre administratif.

³³⁶ Voy., CE, 23 juin 1996, Romano, Vanchieri, n° 81.199, n° 81.200.

³³⁷ Par ex., Cass., 24 févr. 2005 (C04.0121.F), *Rev. Dr. Com.*, 2005/4, pp. 39 et s., obs B. LOMBAERT ; C.E., 25 juin 1986, *J.T.*, 1986, pp. 567 et s., avis, M. LEROY.

³³⁸ Voy. les auteurs généralement cités dans le paragraphe, et également, J. JACQMAIN, « Statutaires et contractuels : le Graal de l'égalité ? », in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruxelles, Bruylant, 1998, spéc. p. 165.

³³⁹ E. GILLET, La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent, op. cit., spéc. pp. 11-12.

D'autre part, le principe même de l'acte unilatéral est générateur d'une gestion du personnel qui intègre mieux une certaine égalité : les règles sont formalisées et, par définition, il est impossible d'y déroger pour l'une ou l'autre personne. L'agent y trouve des droits et obligations dont il peut revendiquer l'application à l'égard de leur employeur.

Enfin, l'égalité des usagers est sans doute mieux préservée lorsque les fonctionnaires restent neutres et indépendants du pouvoir politique : le statut renforce sans doute ces deux qualités de manière plus efficace que le contrat.

58. L'option de principe en faveur de la thèse statutaire

En 1932, la Cour de cassation s'était résolument tournée vers la seconde thèse, affirmant que « la collation des emplois publics était en dehors des tractations individuelles »³⁴¹. Elle a eu maintes fois l'occasion de confirmer sa position devenue de principe³⁴².

La justification de cette option fondamentale est résolument politique, elle ne reposait sur aucun texte.

La Cour de cassation s'est parée de la « nature » des choses pour habiller le choix qui procède d'une certaine conception de la fonction publique, les avantages qu'en retire l'administration ont sans doute également participé à la solution, ainsi qu'un certain « mépris des choses du commerce qui s'échangent par la voie d'un instrument contractuel dont il ne peut être séant que la fonction publique fasse usage »³⁴³, selon les termes du Doyen M. Pâques.

Quelques années plus tôt, une position analogue était prise, pour distinguer, dans le droit de la responsabilité extra-contractuelle des pouvoirs publics, l'organe du préposé, le premier étant censé assumer une charge pour laquelle aucun consentement n'était nécessaire, *l'impérium* étant hors commerce³⁴⁴.

Le conseil d'Etat a suivi la jurisprudence de la Cour de cassation avec la même constance affirmant que le lien qui unissait l'agent au service public était, en principe, statutaire³⁴⁵.

Monsieur B. Lombaert³⁴⁶ a parfaitement illustré que, pour ancienne qu'elle soit, cette question restait d'une étonnante actualité dans ses enjeux.

³⁴⁰ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, Fac. De droit et Martinus Nijhof, 1975, spéc. p. 353.

³⁴¹ Cass., 8 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 44.

³⁴² Voy. notamment, Cass., 22 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I., pp. 249 et s. ; Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, I, pp. 1000 et s. ; *J.T.*, 1960, pp. 718 et s. ; Cass., 13 juin 1973, *Pas.*, I, pp. 949 et s. et la note H.L. ; Voy. également, C.E., 9 mars 1977, Baeyens, n° 18.158 ; C.E., 25 juin 1986, Terrasse, *J.T.*, 1986, pp. 567 et s.

³⁴³ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans le cadre de l'action administrative*, Bruxelles, Story-scientia, 1991, spéc. pp.114-117.

³⁴⁴ Cass., 5 nov. 1920, *Pas.*, I, pp. 193 et s. ; souligné par B. LOMBAERT, *Cours de droit administratif*, Faculté Saint-Louis, notes de cours, 2006-2007.

³⁴⁵ Par ex., CE, 1^{er} juillet 1955, Laloyaux, n°4452 ; 27 juillet 1956, Vandeveld, n° 5302 ; 13 juillet 1967, Mevis, n°12.477 ; 19 sept. 1968, Kinet, 13.125 ; 9 mars 1977, Baeyens, n°18.158.

³⁴⁶ « La distinction entre le régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente ? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique ? », *op. cit.* spéc. pp. 67-68.

Le Conseil d'Etat (section d'administration)³⁴⁷, interrogé sur la question de savoir si des agents recrutés par contrat pouvaient être chargés d'effectuer des missions de surveillance d'activités industrielles ou commerciales, en recherchant des infractions pénales (et en enclenchant éventuellement, l'action publique), a soulevé une objection de principe, arguant de la « nature » des fonctions. Il a considéré que les emplois qui impliquent une parcelle de puissance publique (missions de police judiciaire ou administratives) sont en dehors des « tractations individuelles » et sont réservés à des agents ou des fonctionnaires qui se trouvent dans une situation statutaire. Aussi, à défaut d'une loi qui le permet de manière explicite, des agents contractuels ne sont pas habilités à exercer des missions de police judiciaire ou administrative.

Le critère de l'*impérium* est déterminant dans la solution retenue par le Conseil d'Etat. Selon certains, il constitue le fondement théorique de la thèse statutaire³⁴⁸. Plus fondamentalement, comme le souligne Monsieur Nihoul³⁴⁹, au-delà de la « nature » des choses peut convaincante, la protection constitutionnelle de certains droits et libertés (droit d'aller et venir en toute liberté, droit de propriété), prévoit la compétence du législateur pour en régler l'exercice. Dans le prolongement de cette protection, il est souhaitable qu'une intervention législative détermine les agents compétents pour exercer des missions de police judiciaire ou administrative.

Compte tenu de l'emprise des règles de la « nouvelle gestion publique » promouvant, de différentes manières, une contractualisation poussée dans l'action des pouvoirs publics dans les récentes réformes, nul doute que ce principe sera, à brève échéance, à nouveau contesté³⁵⁰.

59. Nuances

Si, à bien des égards, il existe des différences irréductibles entre les deux régimes³⁵¹ (droit applicable, compétence juridictionnelle, formation, modification et fin de la relation de travail, régime disciplinaire, sécurité sociale), la doctrine a souligné que « les évolutions respectives du contrat de travail et de la relation statutaire se sont accomplies de manière convergente »³⁵².

Interventions unilatérales de l'autorité dans les relations de travail, élaboration de normes protectrices des travailleurs qui s'appliquent à la relation contractuelle indépendamment de la volonté des parties, participation des syndicats à diverses négociations (élaboration des statuts et négociation de conventions collectives), nuancent de manière significative les distinctions traditionnellement faites entre les deux thèses mentionnées ci-dessus³⁵³.

³⁴⁷ Dans un avis rendu en application de l'art. 9 des lois coordonnées, n° 78.976/VIII-9-1213, 10 déc. 1998, publié avec une note de M. NIHOUL, « Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative: l'eau et le feu ? », *op. cit.*

³⁴⁸ B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 68.

³⁴⁹ *Op. cit.*, spéc., p. 367.

³⁵⁰ Voy. cependant, CE, 2 février 2004, n° 127.677 qui maintient la solution traditionnelle.

³⁵¹ Voy., M. HERBIET, *Eléments de fonction publique*, notes de cours, 2003-2004, spéc. pp. 92 et s.

³⁵² M. JAMOULLE, *op. cit.*, spéc. p. 25.

³⁵³ Certaines législations s'appliquent aux agents contractuels et aux agents statutaires (règlement général pour la protection du travail, loi du 10 juin 1952 relative à la santé et à la sécurité, loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs, loi du 4 août 1978 relative à la discrimination homme/femme, loi du 28 janvier 2003 relative au contrôle médical, loi du 3 juillet 1967, AR du 24 janvier 1969 et AR du 12 juin 1970 relatifs aux accidents de travail – dont le contenu est largement inspiré par le régime applicable au contrat

En outre, Monsieur Gillet précise encore d'autres conséquences de l'affirmation de la situation de droit public dans laquelle se trouve l'agent³⁵⁴.

Premièrement, elle influence le régime juridique du contrat lorsqu'il existe.

D'une part, l'autorité a, en quelque sorte, un droit d'option : passer du contrat au statut (sans indemnisation) pour autant qu'il s'agisse d'une décision prise par les organes compétents et pour l'ensemble des agents se trouvant dans la même situation, dans l'intérêt du service public.

D'autre part, la loi du changement a pour conséquence que l'autorité peut toujours mettre fin unilatéralement au contrat. Elle implique donc la suppression de la revendication de l'exécution en nature des obligations dans le chef de l'agent, lorsqu'elle contredit l'intérêt du service, mais moyennant le respect des dispositions impératives des lois sur le contrat du travail. En outre, la contractualisation de la loi du changement dans une clause ne peut être interprétée comme niant le contrat lui-même : les nécessités du service ne peuvent justifier une remise en cause des éléments essentiels du contrat.

Deuxièmement, certains fonctionnaires peuvent se trouver dans une situation mixte, comportant à la fois des clauses contractuelles et des clauses statutaires. Par exemple, tous les agents statutaires et contractuels sont soumis au même régime de vacances annuelles³⁵⁵. Il peut également arriver que le statut règle certains aspects de la relation de travail et soit complété par un contrat pour d'autres³⁵⁶.

de travail du secteur privé ; voy., en ce sens, M. HERBIET, *Eléments de fonction publique*, notes de cours, 2003-2004, spéc. p. 97.

³⁵⁴ « La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent », *op. cit.*, spéc. pp. 19-24.

³⁵⁵ L'A.R. du 1^{er} juin 1964 relatif à certains congés accordés à des agents de l'Etat et aux absences pour convenance personnelle s'applique aux agents sous contrat ou dans le cadre d'un statut (vérifier si encore d'application).

³⁵⁶ Par exemple, le statut des conservateurs d'hypothèques en raison de leur responsabilité personnelle dans l'exécution des formalités civiles prescrites par la loi hypothécaire (vérifier si encore d'application).

§2. La détermination concrète du caractère contractuel ou statutaire de la relation en droit belge

60. Le principe

Contrairement à une idée répandue, les pouvoirs publics disposent rarement du choix entre la voie contractuelle et la voie statutaire, en ce sens que le législateur ou la jurisprudence sont très souvent intervenus pour restreindre cette faculté et imposer le recrutement statutaire (A). Lorsque la loi impose le recrutement statutaire, elle s'impose sur la volonté des parties. Il reste de rares hypothèses où le libre choix entre le contrat et le statut est organisé (B).

A. Les interventions législatives imposant l'engagement statutaire

61. Le statut Camu

Adopté quelque temps après l'arrêt de principe de la Cour de cassation, le statut Camu affirmait sans ambiguïté le principe du recrutement statutaire des agents, dans le souci de ne pas reconnaître à ceux-ci des droits acquis relatifs à la stabilité de leur emploi ou à leur carrière administrative et pécuniaire, au risque de paralyser l'action de l'administration³⁵⁷.

Le recrutement statutaire était prévu pour tous les agents engagés à titre définitif quels que soient leurs emplois (puissance publique, tâches intellectuelles, techniques ou matérielles, etc.).

La nomination définitive était considérée comme de l'essence de la situation réglementaire de droit public³⁵⁸.

Il restait cependant possible d'engager, par contrat, des personnes pour l'accomplissement de tâches dites auxiliaires, soit celles « qui ne requièrent aucune spécialisation et pour lesquelles la personnalité du membre du personnel qui s'en acquitte est indifférente »³⁵⁹.

Le commissaire royal donnait les exemples des nettoyeuses (techniciennes de surfaces), des assistants des chèques postaux, des aides à l'administration de la poste, des fonctions manuelles. Il soulignait que ces métiers ne différaient guère de ceux accomplis pour un employeur privé³⁶⁰ et qu'il n'existait aucune raison de les soustraire au droit commun de la relation de travail et de la sécurité sociale.

Le personnel temporaire ne pouvait être recruté qu'à terme et pour des travaux extraordinaires d'une durée limitée. Il se trouvait dans une situation mixte : certaines dispositions du statut lui étaient applicables ; pour le reste, la loi sur le contrat d'emploi s'appliquait³⁶¹.

³⁵⁷ B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 70 ; Rapport au Roi, *Pasin.*, 1937, pp. 311-318.

³⁵⁸ A l'époque, des systèmes moins rigides existaient déjà, notamment en Suisse, qui pratiquait déjà le système de désignation courte avec réexamen de la situation, dont le Commissaire royal a entendu s'écarter car instaurant une « instabilité insupportable » dans les services publics, souligné par B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 72 ; pour une explication historique de cette option, voy. A. MOLITOR, « Les avatars d'un statut », *A.P.T.*, 1977, p. 1 et s.

³⁵⁹ B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 71.

³⁶⁰ L. CAMU, Premier rapport sur la réforme administrative – Le statut des agents de l'Etat, Bruxelles, I.M.F.I., 1937, spéc. p. 29.

³⁶¹ Art. 7 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937.

Le souci de renforcer l'autorité et l'efficacité de l'Etat, dans une période mouvementée (montée du fascisme en Europe et du rexisme en Belgique), a participé à ces choix³⁶².

Tout au long du 20^{ème} siècle, de nombreuses lois ont confirmé de principe de l'engagement statutaire des agents³⁶³.

62. La fonction publique administrative fédérale³⁶⁴

La « fonction publique administrative fédérale » (administrations, ministères fédéraux devenus SPF, organismes d'intérêt public soumis au contrôle de l'Etat et énumérés ou désignés par le Roi)³⁶⁵ est soumise au même principe du recrutement statutaire³⁶⁶ dans l'enveloppe déterminée pour chaque service par un A.R. délibéré au Conseil des Ministres.

Cependant l'engagement de personnes sous le régime du contrat de travail est prévu³⁶⁷ aux fins exclusives : 1° de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires (action limitée dans le temps ou surcroît extraordinaire de travail) ; 2° de remplacer des agents qui n'assument pas leurs fonctions ou ne l'assument qu'à temps partiel, sans préjudice de la possibilité de remplacer un agent statutaire par un autre agent statutaire ; 3° d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques³⁶⁸.

Le Roi doit, d'une part, définir les conditions et modalités de l'engagement et les conditions de travail du personnel contractuel (dans le respect de la loi du 3 juillet 1978), d'autre part, définir les « tâches auxiliaires ou spécifiques », et enfin, déterminer (A.R. délibéré en conseil des ministres), par niveau, le nombre de personnes qui peuvent être occupées en vue de répondre aux besoins exceptionnels et temporaires, ainsi que la durée de leur occupation³⁶⁹.

Les tâches « auxiliaires ou spécifiques »³⁷⁰ recouvrent partiellement celles du statut Camu (personnel de nettoyage, entretien, maintenance, etc.). Sont également visés des emplois comportant soit une grande spécialisation, soit d'importantes responsabilités.

Les données sont quasi identiques pour les entreprises publiques autonomes³⁷¹ : les membres du personnel sont recrutés ou employés en vertu du cadre et du statut du personnel arrêté par le conseil d'administration ou, le cas échéant, le Roi.

³⁶² A. MOLITOR, « Les avatars d'un statut », *A.P.T.*, 1977/1, pp.1 et s., spéc. pp.4-7.

³⁶³ Art. 11 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public ; l'art. 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail.

³⁶⁴ Loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique (**références**).

³⁶⁵ Art. 1^{er}.

³⁶⁶ Art. 3.

³⁶⁷ Les entités qui exercent une activité industrielle ou commerciale sont soumises à des règles différentes. Elles peuvent, en effet, engager par principe par contrat dans les conditions fixées par le Roi après délibération en Conseil des ministres en vertu de l'art. 5.

³⁶⁸ Art. 4, §1^{er}, par dérogation à l'art.3.

³⁶⁹ Art. 4, § 2.

³⁷⁰ Arrêté royal du 1^{er} février 1993 déterminant les tâches auxiliaires ou spécifiques dans les administrations et autres services des ministères ainsi que dans certains organismes d'intérêt public (modifié plusieurs fois).

³⁷¹ Art. 29, §1^{er} de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (**références MB**)

Le recrutement ou l'emploi en vertu d'un contrat de travail (loi du 3 juillet 1978) est autorisé, pour 1° répondre à des besoins exceptionnels et temporaires (actions limitées dans le temps ou surcroît extraordinaire de travail) ; 2° exécuter des tâches nécessitant une connaissance ou expérience de haute qualification (notamment pour des fonctions de direction ou de responsabilités) ; 3° remplacer des membres du personnel statutaire ou contractuel pendant des périodes d'absence temporaire partielle ou totale ; 4° accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques. Ces dernières sont laissées à l'appréciation du conseil d'administration.

Deux nouvelles hypothèses d'engagement contractuel ont été introduites dans l'art. 4 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, par l'art. 3 de la loi du 26 mars 2001 portant diverses mesures en matière de fonction publique³⁷².

Il est désormais possible d'engager par contrat, d'une part, pour remplacer les agents absents en tout ou en partie, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de l'absence implique un remplacement³⁷³, et, d'autre part, pour pourvoir à l'exécution de tâches exigeant une connaissance particulière ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter³⁷⁴. La deuxième hypothèse a été introduite afin d'engager des « managers » ou des responsables GRH, recrutés en dehors de l'administration³⁷⁵. Finalement, les managers titulaires d'un mandat ont été dotés d'un statut temporaire particulier³⁷⁶.

Pour les autres agents, l'art 4 de la loi du 22 juillet 2003 a été, à nouveau, modifié par la loi programme du 24 décembre 2002, pour habiliter le Roi à déterminer, par AR délibéré en Conseil des Ministres, les circonstances dans lesquelles il peut procéder à l'engagement de personnes sous contrat de travail, les conditions et les modalités de leur engagement et leurs conditions de travail. L'objectif poursuivi par cette modification est de conférer aux « managers coperniciens » une plus grande autonomie dans la gestion de leur personnel³⁷⁷. L'art. 443 de la loi programme de 2002 est censé entrer en vigueur dès l'adoption d'un arrêté en ce sens. Il n'est à ce jour pas encore adopté.

Sans nul doute, cette ouverture rend possible une remise en question, dans le futur, du principe de l'engagement statutaire dans la fonction publique, à tous les niveaux, compte tenu de la technique retenue. A défaut d'exécution, il est cependant trop tôt pour en mesurer les effets concrets à court et moyen termes.

Enfin, avant la loi du 24 décembre 2002, le Roi fixait le statut et le cadre du personnel des organismes d'intérêt public. Après l'entrée en vigueur de cette loi, les organes de gestions des organismes de la catégorie C (activité financière) sont compétents pour l'adoption des statuts.

³⁷² *M.B.*, 11 avril 2001, pp. 12.161 et s.

³⁷³ Art. 2, § 1^{er}, 2° de l'A.R. du 22 déc. 2000.

³⁷⁴ Art. 2, § 1^{er}, 4° de l'A.R. du 22 déc. 2000.

³⁷⁵ Voy. le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 déc. 2000, *M.B.*, 9 janv. 2001, spéc. p. 422.

³⁷⁶ Art. 8 de la loi du 26 mai 2001 modifiant l'art. 22 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, exécuté par l'A.R. du 29 sept. 2001, *infra*.

³⁷⁷ Doc. Parl., Ch., sess. 2002-2003, n° 2124/01.

63. La fonction publique des entités fédérées

En application de l'art. 87, §4 de la loi spéc. du 8 août 1980, l'ARPG doit fixer les principes applicables en la matière.

Dans un premier temps, l'ARPG du 26 sept. 1994, en son art. 2, a repris les mêmes principes que ceux exposés ci-dessus : principe d'engagement statutaire, autorisation ponctuelle de la voie du contrat de travail pour répondre à des besoins exceptionnels et temporaires, remplacement de statutaires, tâches auxiliaires ou spécifiques (dont la liste et le contenu doivent être fixés par les exécutifs³⁷⁸, sous le contrôle du Conseil d'Etat³⁷⁹).

Pour les organismes d'intérêt public, ils ne sont concernés par l'ARPG que si le Roi les reprend dans une liste (après concertation avec chacun des gouvernements des entités fédérées)³⁸⁰, notamment afin de prévoir une certaine souplesse pour les entreprises publiques régionales.

A l'exception de la Communauté flamande, toutes les listes ont été adoptées³⁸¹. La conséquence est que les organismes dépendant de la Communauté flamande sont libres de recourir à l'engagement contractuel.

Dans un second temps, l'ARPG du 22 décembre 2000 a ajouté deux hypothèses de recours au contrat par rapport à l'ARPG du 26 sept. 1994³⁸².

Il est désormais possible d'engager par contrat, d'une part, pour remplacer les agents absents en tout ou en partie, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de l'absence implique un remplacement³⁸³, et d'autre part, pour pourvoir à l'exécution de tâches exigeant une connaissance particulière ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter³⁸⁴.

La deuxième hypothèse a été introduite afin d'engager des « managers » ou des responsables GRH, recrutés en dehors de l'administration³⁸⁵.

Pour les organismes (ou personnes morales de droit public) chargés de missions ou d'activités concurrentielles³⁸⁶ créés par les entités fédérées en application de l'art. 9 de la loi spéciale de

³⁷⁸ Voy. not., AGW du 3 juin 1999 relatif aux tâches auxiliaires et spécifiques au Ministère de la Région wallonne et au Ministère de l'Équipement et du Transport, M.B., 3 juin 1999 ; AGCF du 16 septembre 1998, M.B., 3 oct. 1998 ; AGRBC du 9 mai 1995, M.B., 24 juin 1995. L'arrêté du Gouvernement flamand du 24 novembre 1993 portant statut des agents du Ministère de la Communauté flamande comportait des règles spéciales pour les agents contractuels et énumérait les tâches spécifiques et auxiliaires. L'arrêté du 15 juillet 2002 qui le remplace reprend la même technique.

³⁷⁹ C.E., 17 janvier 1997, Arendt, n°64.111 ; C.E., 18 octobre 2000, Fagard, n°90.291.

³⁸⁰ Art. 62 de l'ARPG du 26 sept. 1994.

³⁸¹ Communauté française, AR du 20 oct. 1992, M.B., 17 nov. 1992 ; Région wallonne, AR du 20 oct. 1992, MB 17 nov 1992, modifié par AR du 14 février 1996, M.B., 24 avril 1996 ; pour la Région bruxelloise, AR du 20 oct. 1992, M.B. du 17 nov. 1992, modifié par l'AR du 24 mars 1994, M.B. du 4 mai 1994 : Communauté germanophone, AR du 9 nov. 1992, M.B. du 18 nov. 1992.

³⁸² Voy. également, *supra*, les deux mêmes hypothèses introduites dans l'art. 4 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, par l'art. 3 de la loi du 26 mars 2001 portant diverses mesures en matière de fonction publique, M.B., 11 avril 2001, pp. 12.161 et s.

³⁸³ Art. 2, § 1^{er}, 2^o de l'A.R. du 22 déc. 2000.

³⁸⁴ Art. 2, § 1^{er}, 4^o de l'A.R. du 22 déc. 2000.

³⁸⁵ Voy. le rapport au Roi précédant l'AR du 22 déc. 2000, M.B., 9 janv. 2001, spéc. p.422.

réformes institutionnelles du 8 août 1980, les législateurs des entités fédérées sont habilités à définir dans quelle mesure leur personnel doit être engagé par contrat³⁸⁷.

Les conséquences de l'arrêt de la cour d'arbitrage du 21 juin 2000 (n°78/2000) ont été traduites dans l'ARPG.

Compte tenu du caractère de règle répartitrice de compétence de l'ARPG, la cour d'arbitrage pourrait être amenée à contrôler l'interprétation donnée par les législateurs des entités fédérées au caractère concurrentiel des activités³⁸⁸.

64. Les pouvoirs locaux et autres

Il convient, pour chaque entité locale, de consulter les lois organiques. Les communes³⁸⁹, les CPAS³⁹⁰, les provinces, en principe, engagent par statut. L'engagement contractuel n'est cependant pas exclu.

Le principe de l'engagement statutaire est repris pour le CPAS, la loi organique limitant les hypothèses pour lesquelles le contrat est autorisé³⁹¹.

L'article 42, alinéa 5 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres d'action sociale, prévoit l'application à son personnel du statut administratif et pécuniaire du personnel de la commune où le centre a son siège. Le conseil de l'aide social reste compétent pour adopter des règles pour les emplois qui n'existent pas au niveau communal ou dans la mesure où le caractère spécifique de certains services ou établissement le demande³⁹².

Le principe statutaire est tout aussi affirmé pour les communes et les provinces. Cependant, la loi n'encadre pas le recours à l'engagement contractuel.

L'ensemble du personnel des sociétés de logement de service public (ou logement social) est engagé dans les liens d'un contrat de travail, et non sous statut. Il s'agit d'une condition posée par l'article 159 du Code wallon du logement pour l'agrément d'une société wallonne de logement social³⁹³.

³⁸⁶ Par ex. les entreprises régionales de transport, la SRIW, SRIB, etc.

³⁸⁷ Art. 2 de l'AR du 22 déc. 2000.

³⁸⁸ B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 91.

³⁸⁹ Anc. Art., 144 bis, 145 et 149 de la NLC ; articles L1122-30, L1212-1 et L1213-1 du code de démocratie locale et de la décentralisation.

³⁹⁰ **Art. 32 du décret du 12 février 2004 (code de démocratie locale).**

³⁹¹ Art. 42, al.7 de la loi du 8 juillet 1976.

³⁹² B. LOMBAERT, « Du personnel du centre public d'aide sociale », in *Manuel de droit communal*, T.II, La loi organique des centres publics d'aide sociale, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 1996, pp. 128 et s., spéc. pp.163-164.

³⁹³ P. JOASSART, « Les sociétés de logement social et leur personnel : des relations d'incertitude », *J.T.T.*, 2007, p. 18

65. Les conséquences de ces options législatives

Dans ce cas - exceptionnel vu l'état du droit positif -, il faut conclure que l'autorité qui a compétence pour recruter des agents peut aussi bien les engager sous statut que sous contrat : elle a **le choix**.

La situation statutaire est néanmoins la règle. En manière telle que, si l'autorité entend recruter par contrat, il convient qu'elle exprime ce choix en termes clairs.

Le contrat conclu dans ces conditions sera un contrat de travail soumis à la loi du 3 juillet 1978.

Il existe une véritable présomption de statut, qui peut, certes, être renversée par les parties. Depuis l'arrêt Solon, la jurisprudence du Conseil d'Etat est clairement en ce sens³⁹⁴.

Cette présomption vaut pour toutes les fonctions ou emplois, qu'ils impliquent, ou pas, l'exercice d'une parcelle de puissance publique³⁹⁵.

Concrètement, l'acte qui fait naître la relation de travail est déterminant pour sa qualification particulière. Les événements postérieurs ne sont pas considérés comme déterminants.

Peu importe, à cet égard, qu'il n'existe pas de statut, car la jurisprudence a dégagé des principes généraux du droit qui participent à l'essence d'une relation réglementaire de travail et qui seront appliqués au cas d'espèce : droits de la défense en matière disciplinaire, obligation de comparer les titres et mérites des candidats avant de nommer, etc.³⁹⁶

La relation statutaire a une incidence sur le contentieux, puisqu'elle fait et se défait par des actes unilatéraux de l'autorité, le Conseil d'Etat est compétent pour les annuler dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (art.14 des LCCE).

B. Les hypothèses du libre choix entre la voie contractuelle et la voie statutaire

66. Les hypothèses sont rares

Les hypothèses sont rares : les organismes dépendant de la Communauté flamande, compte tenu de l'absence de liste en application de l'ARPG³⁹⁷, peuvent recourir sans limite au contrat de travail.

³⁹⁴ C.E., 13 juillet 1979, Solon, n° 19.754.

³⁹⁵ B. LOMBAERT, op. cit., spéc. p. 94, les références citées aux notes 42 et 43.

³⁹⁶ Voy. notamment, Cass., 21 sept. 1972, *Pas.*, 1973, I., pp. 78 et s. ; Cass., 13 juin 1973, *Pas.*, I. pp. 949 et s., note H.L. ; Cass., 25 juin, 1979, *Pas.*, I, pp. 1235 et s. ; C.E., 6 oct. 1961, Charpentier, n°8823 ; C.E., 29 oct. 1974, De Kempeneer, n° 3375 ; C.E., 15 mai 1964, Clements et csrt, n° 10.619 ; C.E., 3 avril 196, Geerts, n° 12.092, *R.J.D.A.*, 1968, pp. 296 et s., obs. J.LIGOT ; C.E., 24 juin 1966, Colle, n° 11.907 ; rap. CH. HUBERLANT, *R.J.D.A.*, 1967, pp. 221 et s.

³⁹⁷ Voy. supra, pour la justification.

Dans sa version du 22 déc. 2000, les législateurs des entités fédérées peuvent prévoir un engagement contractuel de principe pour leurs « entreprises publiques ».

Les intercommunales wallonnes disposent également d'une option entre l'engagement contractuel et l'engagement statutaire³⁹⁸.

C. Regards critiques

67. La remise en question du fondement statutaire

Depuis de nombreuses années, les fondements du principe de la relation individuelle de travail statutaire ont été remis en question.

Procédant d'une « certaine » idée de l'Etat et dès lors des fonctionnaires, si cette idée est abandonnée, il n'est guère étonnant que ses conséquences le soient également.

En 1977, André Molitor soulignait déjà le décalage excessif qui existait entre, d'une part, un statut qui traduisait une sorte d'administration idéale ou ce que devrait être une administration idéale et, d'autre part, la réalité quotidienne et concrète de ce qu'elle était devenue singulièrement par la volonté irrépressible des partis politiques de la coloniser³⁹⁹.

Presque 30 ans plus tard, ce constat reste d'actualité : la politisation telle qu'elle fonctionne aujourd'hui renforce de manière inquiétante l'écart existant entre, d'une part, les règles de droit, et les « usages » de la règle à l'opposé des premières.

Le même auteur mentionnait ainsi, à côté des systèmes objectifs de carrière (recrutement et promotion) institué par les textes, qu'il existe des circuits parallèles, non formalisés, discrétionnaires⁴⁰⁰, fondés sur un système de valeurs floues – faites d'allégeance moyenâgeuse ou de type « mafieuse »⁴⁰¹. Le choix semble parfois se faire entre les croyants et incroyants, les fidèles et infidèles.

Fondée sur la sacralisation de l'Etat et du fonctionnaire⁴⁰², le principe statutaire s'accommode mal de la désacralisation des deux qui caractérise notre époque.

Plus fondamentalement sans doute du point de vue juridique, la généralisation du statut peut également sembler très excessive par rapport aux justifications avancées par la Cour de cassation dans son arrêt fondateur et dans les arrêts qui ont consacré la théorie de la responsabilité de l'Etat pour faits de ses agents. L'identification d'une fonction qui implique un *imperium*, une capacité de contraindre, permet de justifier le choix du statut. Or, force est

³⁹⁸ Art. 5, §5 du décret du 5 décembre 1996 repris dans l'art. L-151-4, §5 du nouveau code de démocratie locale.

³⁹⁹ « Les avatars d'un statut », *op. cit.*, spéc. p.9 ; v. E. GILLET, « La politisation de l'administration », *in*, *L'administration en 7 questions. Actes de la journée d'études du 22 mars 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 139 et s.

⁴⁰⁰ *Ibid*, spéc. pp. 16-18.

⁴⁰¹ Puisqu'ils impliquent parfois des « systèmes organisés » relevant du droit pénal (dossier de Charleroi).

⁴⁰² A. MOLITOR, « Les avatars d'un statut », *op. cit.*, spéc. p. 13

de constater que cet instrument a été utilisé pour de nombreuses fonctions (ou métiers) qui n'impliquent pas ce pouvoir particulier vis-à-vis des individus.

Section 4. Les relations collectives de travail⁴⁰³

68. Présentation

Les relations collectives (ou sociales) dans la fonction publique ne peuvent utilement être présentées sous l'angle du droit positif, que par rapport aux relations collectives dans le secteur privé⁴⁰⁴.

En tant que phénomène signifiant du point de vue historique et sociologique, le sujet recoupe la concrétisation de la liberté d'association consacrée par l'article 20 de la Constitution de 1831.

Après la première guerre mondiale, la reconnaissance du suffrage universel, l'abrogation de la disposition pénale qui faisait de la grève un délit et la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association dans tous les domaines, en ce compris la défense des intérêts professionnels⁴⁰⁵, permettront l'existence des organisations syndicales.

Le statut Camu prévoyait d'ailleurs l'octroi de congé pour activité syndicale⁴⁰⁶ et un arrêté du 14 décembre 1937 a institué, dans chaque département, un comité du personnel chargé de donner au ministre un avis sur les questions relatives au fonctionnement des services et des conditions de travail.

La représentation syndicale et le principe de consultation caractérisent ainsi d'emblée les relations sociales dans la fonction publique⁴⁰⁷.

L'expression « statut syndical » apparaît après la seconde guerre mondiale. Elle vise le statut des relations entre l'autorité et les organisations syndicales, en concrétisant la manière dont ces dernières peuvent agir pour remplir leurs fonctions.

Après la seconde guerre mondiale, un arrêté royal du 20 juin 1955 va octroyer de nouvelles prérogatives aux syndicats et à leurs délégués, notamment un droit d'avis sur les statuts des agents, la sécurité, l'hygiène et l'embellissement des lieux de travail, ainsi que l'organisation des services et du travail⁴⁰⁸.

⁴⁰³ G. DEWULF et W. FRANÇOIS, *Statut syndical du personnel des services publics*, L'ouvrage de base est mis à jour jusqu'en novembre 2000 (liv. 25). Kluwer Editorial, Diegem, f. mob., 3 t., s.p ; J. JACQMAIN, « Une interprétation du statut syndical des services publics », *J.T.* 1998, 305 ; D. WAGNER, « L'arrêt de la cour d'arbitrage n° 44/2005 du 23 février 2005 et la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités », *Scolanews* 2005, liv. 6, 1-4.

⁴⁰⁴ J. JACQMAIN, *Droit social de la fonction publique*, Université libre de Bruxelles, cours, vol. 1., pp. 124-

⁴⁰⁵ E. PEREMANS, « Les relations sociales », in *Précis de la fonction publique*, op. cit., pp. 597-667, spéc. p. 597.

⁴⁰⁶ Art. 102, 7°.

⁴⁰⁷ E. PEREMANS, « Les relations sociales », op. cit., spéc., p. 598.

⁴⁰⁸ E. PEREMANS, « Les relations sociales », op. cit., spéc., p. 600.

Enfin, dans les années 60, un régime de *négociation* de fait lié à la pratique des accords de programmation sociale voit le jour, sans doute inspirée par le système des négociations collectives du secteur privé (loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives entre organisations de travailleurs et organisations d'employeurs)⁴⁰⁹.

L'assimilation pure et simple entre le statut des relations collectives et le système des conventions collectives de travail dans le secteur privé n'allait cependant pas de soi.

L'essence même d'une relation statutaire de droit public réside dans la faculté reconnue à l'autorité de modifier de manière unilatérale les règles qui s'appliquent aux agents, ce que fit remarquer le Conseil d'Etat, saisi de l'avant-projet de loi qui allait devenir le nouveau statut syndical⁴¹⁰.

En d'autres termes, cette assimilation aurait pu entraîner une profonde mutation de la relation statutaire individuelle de travail.

Cette même idée a guidé l'interprétation restrictive de la loi du 19 décembre 1974 par le Conseil d'Etat, car elle constitue « un frein au jeu normal de la loi du changement qui gouverne l'action administrative »⁴¹¹.

69. Les relations collectives dans le secteur privé : aperçu

Dans le secteur privé, les relations de travail sont marquées par la négociation collective.

En consacrant la **convention collective de travail**, le législateur a officialisé un processus de fait et inséré l'instrument dans une hiérarchie des sources du droit⁴¹².

Les interlocuteurs sociaux peuvent demander ou non l'octroi d'une force obligatoire (par arrêté royal)⁴¹³ aux conventions collectives négociées.

Une fois accordée, la violation de la convention peut être érigée en infraction et être sanctionnée par une amende administrative.

La convention collective rendue obligatoire par arrêté royal ne peut cependant pas faire l'objet d'un recours en annulation par le Conseil d'Etat⁴¹⁴.

Les organisations syndicales représentatives ont le monopole de conclusions des C.C.T. par l'intermédiaire de leurs délégués permanents.

Dans le secteur privé, les **organes de relations collectives** sont multiples et ont des compétences très variées.

⁴⁰⁹ E. PEREMANS, « Les relations sociales », *op. cit.*, spéc., p. 600.

⁴¹⁰ Doc. Parl., Ch., sess. 1970-1970, n° 889/1, pp. 16 et 17, cite par E. PEREMANS, « Les relations sociales », *op. cit.*, spéc., p. 602.

⁴¹¹ Voy., not., C.E., Godart, 31 mai 1989, n° 32.667 ; Mousset, 7 octobre 1991, n° 37.816 ; Mousset, 7 avril 1992, n° 39.176, cités par E. PEREMANS, « Les relations sociales », *op. cit.*, spéc., p. 602.

⁴¹² Art. 51 de la loi du 5 décembre 1968.

⁴¹³ Compétence fédérale exclusive, C.A., 15 septembre 2004, 145/2004.

⁴¹⁴ Art. 26, alinéa 3 de la loi du 5 décembre 1968 ; voy. l'arrêt rendu sur question préjudicielle par la cour d'arbitrage, CA, 19 mai 1993, 37/93, C.E., F.N.U.C.M., 13 décembre 1991, n° 38.334, *J.T.T.*, 1992, p. 93 et s.

La délégation syndicale est composée uniquement de travailleurs. Elle a pour mission de représenter le personnel auprès de la direction de l'entreprise. Une protection spécifique dans le cadre des licenciements est accordée aux délégués syndicaux.

Les anciens conseils de sécurité et d'hygiène, devenus le C.P.P.T.⁴¹⁵, sont composés de représentants de l'employeur et de représentants élus par les travailleurs. Ils ont une compétence consultative en matière de sécurité et d'hygiène.

Le conseil d'entreprise⁴¹⁶, de composition identique aux C.P.P.T., a diverses compétences – parfois de décision – sur des aspects sociaux de la vie des entreprises. Il existe également un système spécifique de protection contre le licenciement des représentants des travailleurs.

Les commissions et sous-commissions paritaires⁴¹⁷ sont compétences non seulement pour conclure des C.C.T. mais également pour prévenir et solutionner des conflits collectifs et dans le cadre de l'apprentissage industriel.

Le conseil national du travail, principal organe consultatif en matière de législation sociale, est compétent pour conclure des conventions collectives de travail de portée nationale. Le Roi est compétent pour déterminer quelles organisations patronales et syndicales siègent au Conseil national du travail. La représentativité a une incidence sur tous les échelons inférieurs et également dans le secteur public. Lors de l'adoption de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques, ce système a été mis en cause devant la cour d'arbitrage⁴¹⁸.

Dans le secteur privé, les conflits collectifs sont restés un sujet très sensible et controversé.

Si le droit de grève ne fait plus débat⁴¹⁹, il reste divers contentieux importants liés à l'exercice effectif du droit de grève : occupation illégale des lieux et destruction de matériels ou de marchandises, licenciements pour motifs graves, etc.

70. Les relations collectives dans la fonction publique⁴²⁰ : aperçu⁴²¹

⁴¹⁵ Loi du 4 août 1996 et arrêté royal du 3 mai 1999.

⁴¹⁶ Loi du 20 septembre 1948.

⁴¹⁷ Loi du 5 décembre 1968.

⁴¹⁸ CA., 18 novembre 1992, n° 71/92. La cour a rejeté le recours en annulation ; voy. encore, CA, 26 mai 2004, n°94/2004.

⁴¹⁹ Il est reconnu par la loi du 11 juillet 1990 approuvant la Charte sociale européenne, M.B., 28 décembre 1990. L'Etat signataire s'est engagé à garantir la liberté d'action collective. C. DUBOIS-HAMDI, « La Charte sociale européenne et le droit social belge », *J.T.T.*, 1998, p. 1 et s. ; Cour eur. Dr H, 2 février 2002, Wilson e ; a ; c/Royaume-Uni, p. 30.668 et s. La cour y admet une application combinée de l'art. 11 de la CEDH de la Charte et des Conventions n° 87 et 98 de l'O.I.T.

⁴²⁰ J. JACQUEMAIN, *Droit social de la fonction publique*, Cours, Presses de l'U.L.B., 2005/06- vol. 1, pp. 126-135.

⁴²¹ Pour une telle belle présentation synthétique du sujet, v. S. JACOB, *Le statut syndical de la fonction publique*, C.H. Crisp, n° 1736, 2001.

La loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités⁴²² et la loi du 1^{er} septembre 1980 relative au paiement de la prime syndicale constituent le « statut syndical ».

Les règles relatives aux relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales des agents relevant de ces autorités, ainsi qu'avec les membres de ces organisations syndicales, relèvent en ce qui concerne les communautés, les Régions et les personnes morales de droit public qui en dépendent, [y compris l'enseignement⁴²³, les centres publics d'aide sociale et les associations de communes dans un but d'utilité publique], de la **compétence de l'autorité fédérale**, sauf en ce qui concerne la Radio Télévision belge de la communauté française⁴²⁴ et le Commissariat général aux relations internationales de la communauté française⁴²⁵. Toutefois, le gouvernement concerné peut décider d'appliquer pour ces institutions, les dispositions légales précitées.]⁴²⁶.

Pourquoi le statut syndical a-t-il été déterminé par une loi ?

Applicable aux communes, il touche à l'autonomie communale (art. 162 de la Constitution). Il est relatif à la liberté d'association (art. 27 de la Constitution). En outre, l'art. 23 de la Constitution proclame le droit de consultation et de négociation collectives, en chargeant la loi ou le décret d'en organiser l'exercice.

En principe⁴²⁷, la loi du 19 décembre 1974 s'applique à tout le personnel (statutaire et contractuel) des services publics⁴²⁸.

D'importants pans du secteur public sont régis par des règles spécifiques : les forces armées⁴²⁹, le service de police intégré, le personnel des services extérieurs de la sûreté de l'Etat⁴³⁰, les entreprises publiques autonomes, les institutions de crédit⁴³¹, les sociétés régionales de transports publics⁴³².

⁴²² Qui fait l'objet de divers arrêtés d'exécution, dont l'arrêté du 28 septembre 1984.

⁴²³ CA., 23 février 2005, n°44/2005 : déclare que l'art. 87, §5 est contraire à l'art. 127, §1^{er} de la Constitution dans le cadre d'un recours introduit contre le décret de la Communauté flamande du 4 avril 2003 (Bologne) qui prévoyait qu'une association (entre une université et une haute école) était compétente pour organiser les relations avec le personnel. Cet arrêt est interprété par le Professeur Jacquain comme impliquant que chaque Communauté est seule compétente pour organiser les relations collectives dans son enseignement, y compris officiel (organisé ou subventionné), op. cit., spéc. p. 128.

⁴²⁴ Le décret du 14 juillet 1997 qui transforme la RTBF en entreprise culturelle autonome prévoit la fixation négociée d'un statut syndical.

⁴²⁵ Le Gouvernement a mis fin à l'exception prévue pour le CGRI par l'arrêté du 28 novembre 1996 (M.B. du 7 décembre 1996.)

⁴²⁶ § 5 de l'art. 87 de la loi spéciale du 8 août 1980, inséré par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (M.B., 13 août 1988) et modifié par l'art. 60 de la L. spéc. du 16 juillet 1993 (M.B., 20 juillet 1993 (deuxième éd.)).

⁴²⁷ Les magistrats et greffiers de l'ordre judiciaire ne sont pas visés (CA, 16 décembre 1998, n° 178/98). La loi autorise la cour d'arbitrage, le conseil supérieur de la justice à organiser un régime spécifique de relations collectives. Le personnel des assemblées législatives n'est pas visé par la loi du 19 décembre 1974. Voy., en outre, les statuts du Comités P et R, M.B., du 3 septembre 2002.

⁴²⁸ Selon le champ d'application précisé par l'art. 3 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984.

⁴²⁹ Loi du 11 juillet 1978 sur le statut syndical des forces armées. Le système de représentativité des organisations syndicales a été maintes fois critiqué, voy., CA, 16 novembre 2001, n° 141/2000 ; CA, 18 avril 2002, n° 10/2002 ; CA, 21 mai 2003, n° 72/2003 ; CA, 19 novembre 2003, n° 148/2003 ; CA., 22 juillet 2004, n° 144/2004.

⁴³⁰ Loi du 17 mars 2004, M.B....

⁴³¹ Application de la loi du 5 décembre 1968.

⁴³² *Ibid.*

En principe, un seul système de relations collectives s'applique à un employeur et son personnel.

Il existe cependant des angles morts de ce point de vue. Ainsi, une A.S.B.L. communale ne relève pas des relations collectives du secteur privé sans être pour autant rattrapée par la loi du 19 décembre 1974.

Il existe également des systèmes hybrides : les établissements d'enseignements libres soumis au pacte scolaire sont exclus des deux systèmes de relations collectives, tout en étant soumis à aux lois du 4 août 1996 et du 20 septembre 1948 (obligation d'avoir un C.P.P.T et un conseil d'entreprise).

Le statut syndical est relatif, d'une part, aux organisations syndicales considérées comme représentatives ou seulement agréées, d'autre part, aux délégués syndicaux, et enfin, détermine les matières soumises à la négociation ou à la concertation (relations collectives proprement dites), ainsi que les organes au sein desquels celles-ci ont lieu.

Les accords de programmation sociale n'ont pas de valeur juridique (à l'opposé des CCT) : ils constituent des engagements politiques de l'autorité. Ils ne deviennent contraignants que lorsqu'ils sont traduits dans des normes juridiques.

Une structure pyramidale est prévue.

Les négociations en vue de la conclusion d'un accord « intersectoriel » (accord général aux services publics) doivent être menées au sein du Comité A. La délégation de l'autorité comprend des représentants du gouvernement fédéral et des entités fédérées qui doivent adopter une attitude commune. Une fois adopté, l'accord engage les autorités et les organismes qui en dépendent. Par ailleurs, ces mêmes autorités recommandent aux personnes non soumises à la loi du 19 décembre 1974 de s'y conformer. Après la conclusion de ce type d'accord, ou en cas d'échec, les négociations « sectorielles » peuvent s'engager⁴³³.

Les divergences de politiques et de sensibilités existant entre les diverses composantes du pays compliquent singulièrement le fonctionnement de ce système. A tel point qu'un loi du 15 décembre 1998 a modifié le système en introduisant un système de « répartition de compétence » spécifique (une première liste de droits minimaux – indexation, pensions, risques professionnels, protection sociale – relevant de la compétence exclusive de l'Etat fédéral et toujours négocié dans le Comité A, la législation en vigueur constitue le contenu du droit minimal ; l'autre liste est relative à des matières qui relèvent des autres autorités, censées définir pour chacune les points de référence du droit minimal, tout projet qui est moins favorable que le droit minimal peut être évoqué par un syndicat devant le Comité A)⁴³⁴.

⁴³³ Il existe un protocole d'accord (17 octobre 1989) conclu au sein du Comité A, qui définit les « droits minimaux des agents » qui doivent nécessairement être négociés de manière intersectorielle, afin d'éviter une trop grande diversité.

⁴³⁴ Voy. par ex. : l'AR du 19 avril 1999, *MB* du 28 mai, éléments et points de référence des droits minimaux pour les services relevant de la compétence de l'Etat fédéral, l'AGF du 25 janvier 2001, *M.B.* du 24 février 2^{ème} éd. pour la Communauté française et les organismes qui en dépendent ; circulaire du 11 octobre 2001, *M.B.* du 20 novembre de la RW fixant les points de références pour les pouvoirs locaux.

Comme le souligne le professeur Jacqmain⁴³⁵, si « les organisations syndicales veulent maintenir un principe de solidarité entre tous les membres du personnel de toutes les autorités, elles doivent se résigner à ce que les engagements de celles-ci se situent à un niveau extrêmement faible, quantitativement du moins ».

Les accords intersectoriels 1999-2001 et 2001-2002 ont été traduits dans une loi du 5 juin 2004 qui a donné de nouvelles missions au Comité A comme l'examen de l'opportunité et la manière de traduire le contenu des CCT conclues au CNT dans les services publics. La loi a simplifié le système des droits minimaux (un seul AR fixe les matières de la seconde liste).

La convention n° 151 de l'O.I.T. relative à la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emplois dans la fonction publique a été approuvée par la loi du 4 avril 1991⁴³⁶. Elle entend promouvoir la logique des négociations collectives du secteur privé. Ceci implique notamment de faire trancher de manière paritaire les points qui peuvent être soumis à la négociation collective, points qui relèvent toujours actuellement de la compétence discrétionnaire des autorités publiques.

L'art. 2 de la Charte sociale européenne va dans le même sens puisqu'il impose l'information et la consultation préalable des travailleurs avant la prise de décisions qui peuvent affecter l'emploi.

Les syndicats et les services publics participent au dialogue social organisé sur base de l'art. 139 du traité de Rome.

La loi du 19 décembre 1974 définit les organisations représentatives, les délégués syndicaux et matières soumises à la négociation et à la concertation, les organes de négociation et de concertation, les conflits collectifs.

71. Les organisations représentatives

Les organisations agréées, à l'instar des délégations syndicales dans le secteur privé, peuvent assister un agent dans un procédure disciplinaire. Les organisations représentatives ont des prérogatives plus importantes, elles peuvent notamment siéger dans les organes de concertation et de négociation.

La loi et l'arrêté précités énoncent les conditions à remplir pour accéder à la représentativité⁴³⁷.

72. Les délégués syndicaux

Si les organisations syndicales sont libres de déterminer le mode de désignation de leurs délégués, le statut syndical détermine leurs prérogatives et leurs devoirs.

⁴³⁵ *Droit social de la fonction publique, op.cit.* spéc. p. 129.

⁴³⁶ *M.B.*, 26 juillet 1991.

⁴³⁷ *C.E.*, 27 août 1992, *V.V.O.*, n° 40.175.

Le délégué permanent⁴³⁸ peut bénéficier de « congé syndical », dit « détachement » assimilé à l'activité de service, réserve faite de l'absence de subordination à l'autorité hiérarchique. Il est soumis à des obligations particulières de confidentialité.

Une protection particulière contre les mesures disciplinaires et la rupture de la relation de travail, infligées suite à des activités relevant de la mission des délégués syndicaux sont prévues⁴³⁹. Les articles 88 et s. prévoient une procédure préalable au licenciement : le comité supérieur de concertation donne un avis sur la pertinence des motifs invoqués.

73. Les matières soumises à la négociation

Les matières soumises à la négociation sont : les réglementations de bases⁴⁴⁰ – divers statuts, administratifs, pécuniaire et syndical, pensions –, les dispositions générale relatives aux cadres, à la durée et à l'organisation du travail.

Les résultats (positifs ou négatifs) de la négociation sont consignés dans un protocole d'accord ; la signature d'une seule organisation suffit. L'autorité est politiquement liée par ce protocole.

74. Matières soumises à la concertation

Les matières soumises à la concertation sont⁴⁴¹ : les décisions de fixation des cadres et réglementation autre que de base. La concertation implique une compétence d'avis et de proposition. L'autorité peut aller à l'encontre d'un avis, à condition de motiver sa décision.

La procédure de concertation est une formalité substantielle, dont le non respect est susceptible d'entraîner l'illégalité (Conseil d'Etat, ou juridiction ordinaire sur base de l'art. 159 de la Constitution). Un agent peut avoir intérêt à soulever cet argument. En outre, le représentant syndical, membre du comité compétent pour la concertation ou une organisation syndicale représentative, se sont vu reconnaître un intérêt fonctionnel à soulever le non respect de la procédure de concertation.

75. Les conflits collectifs

La grève est un fait qui en théorie peut donner lieu à l'application des dispositions statutaires : l'abandon de poste non-motivé après 10 jours peut entraîner la cessation des fonctions⁴⁴². Des sanctions disciplinaires ou des poursuites pénales⁴⁴³ sont également théoriquement possibles en fonction des comportements adoptés à l'occasion des grève.

⁴³⁸ Art. 73 et s. de l'AR du 28 septembre 1984.

⁴³⁹ Art. 87 de l'AR du 28 septembre 1984.

⁴⁴⁰ AR du 29 août 1985, MB 2 oct. 1985

⁴⁴¹ Art. 11 de la loi.

⁴⁴² Anc. Art. 112, 4° de l'AR du 2 octobre 1937.

⁴⁴³ Sans toutefois que le délit de coalition de fonctionnaires pour s'opposer à l'exécution des lois ou arrêts n'ait jamais été invoqué (art. 233 du Code pénal).

La Charte sociale européenne⁴⁴⁴ reconnaît le droit d'action collective et lui donne une portée générale (art. 6). La disposition a un effet direct⁴⁴⁵. Les Etats peuvent réglementer l'exercice de ce droit pour des raisons liées à l'ordre et la santé public.

En droit belge, ce droit n'est pas reconnu aux militaires⁴⁴⁶, ni au personnel des services extérieurs de la Sûreté de l'Etat⁴⁴⁷.

Pour les services de police, l'exercice du droit de grève est reconnu mais soumis à une procédure de négociation préalable. En outre, l'autorité compétente peut procéder à des réquisitions (de personnels), le policier qui n'obéit pas à une réquisition commet une infraction passible de sanctions correctionnelles. La circulaire POL 1999/1 du 12 janvier 1999⁴⁴⁸ définit les missions minimales à accomplir, qui peuvent, dans certaines circonstances, entraîner la réquisition de tous les effectifs.

L'ARPG prévoit que la participation à une cessation concertée du travail entraîne la perte du traitement⁴⁴⁹ : l'agent reste en activité de service, l'abandon de poste n'est dès lors plus possible.

La question des prestations minimales dans tous les services publics en cas de grève est à l'ordre de l'agenda de tous les pouvoirs politiques. Le statut de certains organismes publics ou entreprises publiques le prévoit déjà (R.T.B.F., V.R.T, entreprises publiques autonomes, etc.). Deux propositions de révision de la Constitution ont déjà été déposées en ce sens...

⁴⁴⁴ Approuvée par la loi du 11 juillet 1990.

⁴⁴⁵ CE, 22 mars 1995, Henry, n° 52.424.

⁴⁴⁶ Loi du 14 janvier 1975.

⁴⁴⁷ Loi du 17 mars 2004.

⁴⁴⁸ M.B. du 20 janv. 1999.

⁴⁴⁹ Art. 18 de l'ARPG du 22 décembre 2000.

DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE	1
1. Le cours de droit de la fonction publique	1
2. Support	1
3. Evaluation	1
4. Plan	2
5. Objet	2
6. La fonction publique et le secteur public	5
Chapitre 1. Le cadre général	6
7. Présentation	6
Section 1. Les facteurs et savoirs déterminants	9
8. Présentation	9
§ 1. Facteurs, antécédents et contexte	10
9. Quelques facteurs généraux d'émergence des réformes administratives	10
10. Des facteurs spécifiquement belges ?	11
11. Les convergences dans les réformes dans les pays de l'O.C.D.E	11
12. La constance des constats d'échecs et des situations de crise en Belgique	11
§2. La réforme Copernic	14
13. Généralités	14
14. 1937 à 2002, les concepts fondamentaux du Statut Camu : l'agent, le cadre, l'emploi, la fonction, le grade, le niveau et le rang	16
15. Les critiques du statut Camu	20
16. Les nouvelles structures et cellules dirigeantes	21
17. La nouvelle gestion du personnel	27
18. Les experts contractuels	28
19. La sélection comparative	28
20.	30
21. Les règles relatives à la carrière : niveaux et allocations de compétence	30
22. Les fonctions dirigeantes : le mandat	31
23. Sélection et recrutement des fonctions dirigeantes	32
24. Plans de management et plans opérationnels	33
25. L'évaluation	34
26. Les "not happy fews"	35
27. Synthèse de la réforme Copernic	35
28. Analyse critique de la réforme Copernic	40
Section 2. Le cadre normatif	42
29. Présentation	42
§1. Le droit supra-national	42
30. Présentation	42
A. La convention européenne des droits de l'homme	43
31. Présentation	43
32. L'art. 6 de la CEDH	44
33.	45
34. L'interdiction du travail forcé et obligatoire (art. 4 CEDH)	48
35. Le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)	48

36.	Liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9)	49
37.	Liberté d'expression (art. 10)	50
38.	La liberté de réunion et d'association (art. 11).....	53
39.	Le droit à un recours effectif (art. 13)	56
40.	L'interdiction de discrimination (art. 14)	56
41.	Le droit respect des biens (art. 1 ^{er} du Premier Protocole additionnel)	56
42.	La liberté de circulation (art. 2 du Protocole n°4)	57
B.	Le droit communautaire (TCE)	57
43.	Présentation	57
44.	L'art. 39 TCE	58
45.	La fonction publique et la libre circulation des travailleurs	59
46.	Les emplois dans l'administration publique.....	59
47.	L'arrêté royal relatif aux principes généraux	62
48.	Les procédures d'accès	63
49.	La carrière	64
50.	64
§ 2.	Le droit interne.....	65
51.	Présentation	65
52.	La fédéralisation de l'Etat	65
53.	Une habilitation, relativement imprécise, ambivalente et complexe	68
54.	La nature et l'élaboration itérative complexes de l'ARPG	69
55.	L'application de l'ARPG au personnel des organismes publics des entités fédérées	72
56.	Remise en cause de l'utilité de l'ARPG	73
57.	L'Etat fédéral et les organismes d'intérêt public qui en dépendent	73
58.	Le droit de la fonction publique des entités fédérées	74
Section 3.	La relation individuelle de travail	75
59.	Présentation	75
§ 1.	L'alternative : contrat, statut administratif	76
60.	Les deux thèses en présence : aperçu et implications	76
61.	L'option de principe en faveur de la thèse statutaire	78
62.	Nuances	79
§2.	La détermination concrète du caractère contractuel ou statutaire de la relation en droit belge	81
63.	Le principe.....	81
A.	Les interventions législatives imposant l'engagement statutaire	81
64.	Le statut Camu	81
65.	La fonction publique administrative fédérale.....	82
66.	La fonction publique des entités fédérées	84
67.	Les pouvoirs locaux	85
68.	Les conséquences de ces options législatives	86
B.	Les hypothèses du libre choix entre la voie contractuelle et la voie statutaire	86
69.	Les hypothèses sont rares	86
C.	Regards critiques	87
70.	La remise en question du fondement statutaire	87
71.	Les raisons de l'attrait du contrat (à compléter).....	Erreur ! Signet non défini.
72.	Les limites de l'engagement contractuel (à compléter)	Erreur ! Signet non défini.
Section 4.	Les relations collectives de travail.....	88
73.	Présentation	88
74.	Les relations collectives dans le secteur privé : aperçu.....	89
75.	Les relations collectives dans la fonction publique : aperçu	90
76.	Les organisations représentatives.....	93
77.	Les délégués syndicaux	93
78.	Les matières soumises à la négociation.....	94
79.	Matières soumises à la concertation	94
80.	Les conflits collectifs	94