

Droit de la fonction publique

Pr. Dr. Ann Lawrence Durviaux,
avocat

15/05/10

aldurviaux©

1

Rappel.....

- PLAN DES EXPOSES
 - Chapitre 1 : cadre général
 - Section 1: facteurs et savoirs déterminants
 - Section 2: le cadre normatif
 - §1. Le droit supra-national
 - CEDH + droit communautaire
 - §2. Le droit interne
 - Section 3 : La relation individuelle de travail
 - Section 4 : les relations collectives de travail

15/05/10

aldurviaux©

2

Rappel

- PLAN DES EXPOSES
 - Chapitre 2 : Les fonctions publiques
 - Droits et obligations des agents,
 - Début, déroulement et fin de carrière,
 - Déontologie et régime disciplinaire sont étudiés
 - Chapitre 3 : droit social de la fonction publique
 - Chapitre 4 : responsabilité civile et pénale des fonctionnaires et question clés du contrôle juridictionnel

15/05/10

aldurviaux©

3

Chapitre 1. Section 2. Le cadre normatif

- §1. Le droit supra-national
 - Le droit de la fonction publique/domaine « réservé de l'Etat »: influencé par
 - A. La CEDH
 - B. Le Traité CE
- §2. Le droit interne

15/05/10

aldurviaux©

4

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 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 Cour européenne des droits de l'homme a reconnu « qu'en règle générale, les garanties de la Convention s'appliquent aussi aux fonctionnaires ».
 - Cour eur. D.H., 28 août 1996, Glasenapp, www.echr.coe.int.

15/05/10

aldurviaux©

5

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- CEDH :
 - renouvelle le droit des fonctionnaires
 - Permet de s'écarter de la logique unilatérale
- Le fonctionnaire jouit, en principe, des droits et libertés énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme,
- Le droit d'accéder à la fonction publique n'est pas, en tant que tel, garanti.

15/05/10

aldurviaux©

6

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 6 CEDH: garanties du procès équitable ?
 - Dans un premier temps, refus de se prononcer sur les litiges relatifs au recrutement, la carrière et la cessation des activités.
 - PQ ? PCQ IL ne s'agissait pas de « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ».
 - 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.
 - Problème : comment distinguer les différents aspects d'un litige ?
 - La cessation d'une activité ouvre le droit à la pension, qui comporte un aspect patrimonial.
 - Distinction entre principal et accessoire : délicate

15/05/10

aldurviaux©

7

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 6 CEDH: garanties du procès équitable ?
 - Second temps: La Cour s'est alors tournée vers le droit communautaire et la notion de participation à l'exercice de la puissance publique dédagée dans le cadre du principe de libre circulation des travailleurs , 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. »

Cour eur. D.H. 8 décembre 1999, *R.T.D.H.* 2000, p. 819

15/05/10

aldurviaux©

8

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 6 CEDH: garanties du procès équitable ?
 - 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'Etat 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.
 - Quels sont les dangers d'une telle interprétation ?

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 6 CEDH: garanties du procès équitable ?
 - Des opinions dissidentes ont été émises.
 - 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 publique.
 - Il est délicat de comprendre pourquoi, pour la question étudiée, la situation d'un fonctionnaire « supérieur » est différente d'un fonctionnaire « subalterne ».

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 6 CEDH: garanties du procès équitable ?
- Réaction ?
- Evolution de la jurisprudence
 - 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 »

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 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. [...]

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 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:
 - (...) 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"».**
- Evolution : 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.**

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- 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 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 employeur

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH

- **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.

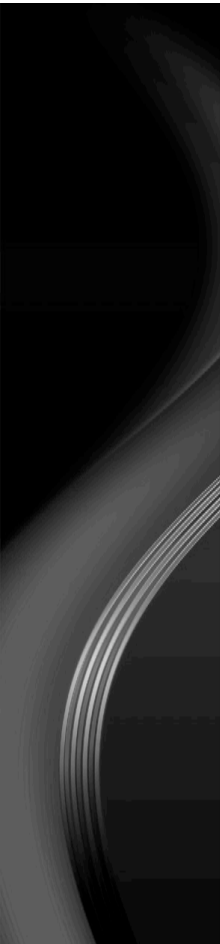
Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

- **Accès à la fonction publique et contentieux disciplinaire.**
- 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 principe
- 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 familiale



Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

- **Accès à la fonction publique et contentieux disciplinaire.**
- L'art. 8 ne fait pas obstacle à l'exercice d'un pouvoir disciplinaire même si les faits relèvent, par définition, de la vie privée. 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 disciplinaire.
- 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 concrètes



Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

- **Accès à la fonction publique et contentieux disciplinaire.**
- 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 travail

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 9. Pensée, conscience, liberté religieuse

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

15/05/10

aldurviaux©

19

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 9. Pensée, conscience, liberté religieuse

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

15/05/10

aldurviaux©

20

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 9. Pensée, conscience, liberté religieuse

- Port de signes religieux
- 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 dissidente
- 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 collectivité.
 - C.E., 13 décembre 2000, Tientertijn c. Communauté française, n°91.625, www.raadvst-consetat.be

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- 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.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- 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.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- la révocation d'un enseignant (école publique) en raison de son activité politique a été jugée contraire à l'art. 10.
- 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 impérieux.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- 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* ».

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- 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 Constitution

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- 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 mesure
- La réserve est souhaitée pour préserver une certaine image d'impartialité et de neutralité, censée inspirer la confiance du public.
- La manière et la forme de l'expression de la pensée est importante.

15/05/10

aldurviaux©

27

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- Variable en fonction des différents corps de la fonction publique
- Ainsi, une certaine discipline, indispensable à l'efficacité d'une armée, implique une obligation de réserve particulièrement stricte dans le chef d'un militaire, allant parfois jusqu'au secret
 - Cour eur. Dr H., 8 juin 1976, Engel c./Pays-bas, www.echr.coe.int.
- un journaliste de la télévision publique ne peut profiter d'une interview pour interpellier son interlocuteur sur des conflits individuels devant les caméras

15/05/10

aldurviaux©

28

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 10. Liberté d'expression

- 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 politiques - 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 locale.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

- 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 (et non statutaire ou réglementaire)
- Certaines membres de la fonction publique (forces armées, police, administration d'Etat) peuvent se voir imposer des restrictions particulières

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

- La Cour d'arbitrage a 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 »**.
- 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.

15/05/10

aldurviaux©

31

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

- Par contre, l'interdiction de s'affilier ou de prêter leur concours à des partis politiques ou à des associations poursuivant des fins politiques, 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 ».

15/05/10

aldurviaux©

32

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

- 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.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

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

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

- 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 hypothèses, 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 nationales.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

- 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 nationales.
- 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.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 11. Liberté de réunion et d'association

- Le droit de grève dans la fonction publique est apparu pendant longtemps difficilement conciliable avec le **principe de continuité des services publics**.
- 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 police 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 public

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 13. Le droit à un recours effectif

- 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 égard

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 13. Le droit à un recours effectif

- 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'Etat 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.

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 13. Le droit à un recours effectif

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

Chapitre 1. Section 2. §1. CEDH 14. Interdiction de discrimination

- L'art. 10, alinéa 2 de la Constitution pose problème au regard de l'art. 39 du TCE 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 ».

15/05/10

aldurviaux©

41

Chapitre 1. Section 2. §1. Droit au respect des biens ?

- 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 propriété.
- L'agent de l'Etat peut s'en prévaloir sans que cette protection lui donne droit à un montant déterminé ou à un régime de pension déterminé.
 - Cour eur. D.H., 16 septembre 1996, Gaygusuz, <http://www.echr.coe.int>.
 - Cour eur. D.H., 9 mars 2006, L. c. Belgique, <http://www.echr.coe.int>.

15/05/10

aldurviaux©

42

Chapitre 1. Section 2. §1. Droit au respect des biens ?

- 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 disproportionnées**. Cet arrêt a été réformé pour une question de procédure.
 - Azinas, 20 juin 2002; 18 octobre 2005, Banfield c. Royaume-Uni.

Chapitre 1. Section 2. §1. Droit au respect des biens ?

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

Chapitre 1. Section 2. §1. 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 individuelle. 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).
- Le Conseil d'Etat a estimé que ces obligations de résidence doivent être limitées dans le temps, par exemple aux périodes de garde.

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- 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.

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- La notion « emplois dans l'administration publique » ?
- 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 membres
- La Cour de Justice va très largement s'écarter de cette interprétation.

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- 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, 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

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- 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'Etat.**
- 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 »

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- 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 publique.
- 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 communaux

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- Emplois ?
- 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'Etat.
- Dans un second temps, la Cour de justice a exigé que ces emplois soient caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique.
- Enfin, elle posa l'exigence que ces emplois impliquent l'exercice habituel - et non ponctuel- des prérogatives de puissance publique.
- Seul l'exercice des fonctions dites régaliennes semble préservé par cette jurisprudence

15/05/10

aldurviaux©

51

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- Emplois ?
- Progressivement ont été écartés du champ d'application de l'exception des emplois,
 - dans le secteur médical,
 - de stagiaire dans l'enseignement,
 - dans la recherche civile (réserve faite des fonctions de directions ou de conseil de l'Etat sur les questions scientifiques et techniques),
 - de lecteurs étrangers auprès des universités,
 - d'enseignants dans le secondaire (entre le primaire et l'universitaire),
 - de restauration dans une université.

15/05/10

aldurviaux©

52

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- Volonté de la Commission européenne d'adopter une directive
- S'est résignée à une communication interprétative 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 18 mars 1988, *J.O.C.E.*, C 72, p. 2 et s.

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- Volonté de la Commission européenne d'adopter une directive
- S'est résignée à une communication interprétative 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 18 mars 1988, *J.O.C.E.*, C 72, p. 2 et s.
- 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.

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- 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).

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- En droit belge, et plus précisément par le biais de l'arrêté royal pris en exécution de l'art. 87 des lois de réformes institutionnelles, 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 Région.
- Cette disposition, conforme à l'art. 39 TCE (ex 48), n'en était pas moins contraire à l'art. 10 de la Constitution.

Chapitre 1. Section 2. §1. B Le droit communautaire

- 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 »
- 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 international

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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.

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- Fin des années 80, les entités fédérées ont revendiqué la compétence de fixer les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel.
- « *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 pensions
- [*§ 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.*] -.

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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'Etat.
- 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), 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'Etat, qui posa par deux fois des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Sans attendre l'issue de la procédure devant le Conseil d'Etat, l'AR fut abrogé par l'AR du 22 décembre 2000.

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **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* ».

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **Madame LEURQUIN-DE-VISSCHER** a parfaitement illustré l'imprécision, l'ambivalence et la complexité de cette habilitation.
- **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 disciplinaire.
- 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).

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

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

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **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 figurer.**
- Le PG repris dans l'ARPG peut également être un principe jurisprudentiel relatif au personnel de l'Etat, comme l'égalité 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 ultérieure

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **Quatrièmement**, il est délicat, dans la Belgique fédérale, de dégager ce qui peut relever d'une conception commune, 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 exceptions.
- 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.

15/05/10

aldurviaux©

65

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **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 compétence**

15/05/10

aldurviaux©

66

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **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.

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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.

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- Avec Madame LEURQUIN-DE-VISSCHER, 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.

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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 Constitution

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- A l'occasion de recours en annulation intentés contre des décrets déterminant partiellement la situation juridique des agents, la Cour d'arbitrage 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).

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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.
- **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).

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **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 fédérées.
- 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 1er, 1^o de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.
 - C.A., 14 juillet 1997, 39/97 (point B.4.3).

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- **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 fédérées.
- 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 1er, 1^o de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.
 - C.A., 14 juillet 1997, 39/97 (point B.4.3).

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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 arguments.
- 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.

15/05/10

aldurviaux©

75

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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 ?
- 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 ?

15/05/10

aldurviaux©

76

Chapitre 1. Section 2. §2. B Le droit interne

- 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 ?
- 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 ?