



L'accès aux emplois dans l'administration publique

A propos d'une journée d'études de l'Association belge pour le droit européen

L'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité est assurément l'un des piliers sur lesquels reposent la libre circulation des personnes à l'intérieur du Marché commun et, plus généralement, l'ensemble du droit des Communautés européennes. L'article 48 du Traité de Rome, qui la formule, n'est cependant pas applicable « aux emplois dans l'administration publique » (1). Quelle est la portée de cette exception ? Par son arrêt interlocutoire du 17 décembre 1980, la Cour de justice des Communautés y a vu les seuls « emplois qui comportent 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 ou des autres collectivités publiques » (aff. 149-79, Commission c. Belgique, *Rec.*, 1980, p. 3881, concl. H. Mayras).

L'Association belge pour le droit européen, consciente des difficultés pratiques que pareille conception risque de susciter, a organisé à Namur le 20 novembre 1981 une première confrontation des droits nationaux de la fonction publique au regard des exigences du droit communautaire, telles que les a dégagées la Cour. Cette rencontre dont le doyen E. Cerehe, vice-président de l'A.B.D.E., a pris l'heureuse initiative, a permis de se rendre compte de l'écart qui existe entre les conceptions communautaires et certaines conceptions nationales quant à la qualité de titulaire d'un emploi dans l'administration publique.

Placée sous l'efficace présidence du professeur J.-V. Louis, l'assemblée entendit tout d'abord MM. F.X. de Dorlodot, assistant à la Faculté de droit de Namur et secrétaire général de la section francophone de l'A.B.D.E., replacer le § 4 de l'article 48 dans son contexte qui est celui des exceptions à la libre circulation des personnes dans le Traité C.E.E. Puis M. J.-C. Séché, conseiller juridique de la Commission et maître de conférences à l'Université de Bruxelles, détailla l'apport de l'arrêt du 17 décembre 1980.

Rappelant que, comme toute exception, les dérogations admises par l'article 48 sont d'interprétation stricte, la Cour prend position en faveur de la nature communautaire du concept « emploi dans l'administration publique ». Et de distinguer, parmi les emplois existants au sein de l'administration de l'Etat et de ses collectivités territoriales (2), ceux qui comportent l'exercice de la puissance publique ou la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et ceux qui ne comportent pas de telles activités. Seuls les premiers seraient visés par l'article 48, § 4; seuls ils seraient réservés à des nationaux.

Le critère ainsi avancé est celui de la nature des fonctions effectivement exercées par

l'agent public. A l'avenir, la Cour de justice devra préciser *in concreto*, cas par cas, quels sont les « emplois dans l'administration publique » au sens de la disposition précitée.

Le professeur A. Bleckmann, de l'Université de Münster, développa ensuite sa propre interprétation de l'arrêt. Quand la Cour justifie sa distinction par la considération que les « emplois qui comportent une participation ... à l'exercice de la puissance publique et ... à la sauvegarde des intérêts régionaux ... supposent ... l'existence d'un rapport particulier de solidarité (3) à l'égard de l'Etat », il faudrait comprendre qu'elle assigne en réalité pour objet à la nationalité, entendue comme condition d'accès aux emplois publics, de garantir le loyalisme du fonctionnaire à l'égard de l'Etat qui l'a recruté. Quoique cette vision des choses lui paraisse trop étroite (4), M. Bleckmann estime que semblable garantie, d'ailleurs fortement teintée de mysticisme, forme la base des notions de « puissance publique » et d'« intérêts généraux » propres aux Etats membres. Il s'agit alors de concilier le point de vue national (exigence de la garantie de nationalité) et le point de vue européen (exigence de libre circulation des travailleurs) en dégagant la signification des notions de puissance publique et d'intérêts généraux des Etats en droit communautaire. En revanche, la question de savoir si une quelconque fonction administrative dans l'ordre interne comporte l'exercice de cette puissance ou sauvegarde ces intérêts relève, selon le professeur Bleckmann, du domaine réservé à la compétence nationale, en sorte que la conciliation des points de vue de la Communauté et de ses Etats membres en la matière devrait être l'œuvre d'un organe politique collectif : le conseil des ministres de la C.E.E.

Cela étant, M. A. Bleckmann considère que la loi fondamentale de 1949 ne s'oppose pas à la modification de la législation ouest-allemande dans le sens préconisé par la Cour de justice. Si certaines dispositions constitutionnelles étaient indirectement contraires à la norme dégagée par la Cour, elles pourraient être révisées selon la procédure prescrite à cet effet.

Ce fut alors à M. J. Faull, administrateur à la Commission des Communautés européennes, d'exposer le rôle de la nationalité dans le recrutement des fonctionnaires britanniques. Les personnels de l'administration centrale, des administrations de l'Irlande du Nord et de certains organismes paraétatiques doivent remplir l'une ou l'autre condition relative à la nationalité. Selon le gouvernement du Royaume-Uni, toute tentative d'appliquer la jurisprudence de la Cour de Luxembourg aux emplois dans l'administration britannique « aurait en pratique des résultats chaotiques et arbitraires ». Elle supposerait en tout cas soit une refonte totale de la législation, soit un net élargissement des dérogations existant au profit des ressortissants des Etats continentaux membres de la C.E.E.

Mais les conséquences de la prise de position de l'organe juridictionnel des Communautés n'ont vraiment paru apocalyptiques qu'au rapporteur français, M. S. Salon, sous-direc-

teur au secrétariat du gouvernement de son pays. La conception française de l'administration publique, lieu d'implantation d'une fonction publique utilisant des prérogatives de puissance publique pour satisfaire des besoins jugés d'intérêt général en fonction de considérations tenant à l'ordre public, rendrait totalement impraticable la distinction entre des emplois qui comporteraient une participation réelle à l'exercice de l'autorité publique, et d'autres qui n'impliqueraient pas semblables activités. Si la jurisprudence de la Cour était confirmée, il en résulterait, prétend M. Salon, un bouleversement profond de l'appareil administratif français. L'Etat perdrait le pouvoir d'organisation de ses propres missions. En outre, le statut de la fonction publique se trouverait, paraît-il, fondamentalement modifié...

Aussi considérables que soient les répercussions pratiques de l'arrêt du 17 décembre 1980 sur le droit positif allemand, britannique ou français, elles ne sont pas comparables, nous semble-t-il, au problème théorique soulevé par l'application de cette décision en Belgique. Au terme d'une minutieuse analyse, le professeur F. Delpérée aboutit en effet à la conclusion que l'article 6, alinéa 2 de la Constitution belge réserve aux Belges tous les emplois offerts dans les services publics, sauf les exceptions établies par la loi (5). Il admit cependant une autre interprétation, plus nuancée, plus adaptée aux évolutions administratives que le constituant de 1831 n'a pu envisager : l'article 6 ne réserverait aux Belges que les emplois pourvus par les pouvoirs publics. Nonobstant cette limitation de la portée du prescrit constitutionnel, le conflit est patent avec l'article 48, § 4 du Traité de Rome, tel qu'interprété par la juridiction compétente. Sans doute a-t-il été exacerbé, comme le notait incidemment M. Delpérée, par l'arrêt du 17 décembre 1980 qui, sous couvert d'interprétation téléologique, a manifestement ajouté aux termes du Traité. Mais n'est-il pas illusoire d'espérer que la Cour soit davantage respectueuse des réalités administratives nationales que de l'effet utile du droit communautaire ?

Le débat qui s'engagea à propos du conflit Constitution-Traité et de la solution qu'il requiert permit de clarifier des positions théoriques moins antagonistes qu'on ne le croit généralement. Pour les uns, la doctrine moniste donne automatiquement la primauté au droit communautaire. Pour les autres, l'unité du système juridique n'implique pas la négation d'un ordre juridique étatique distinct de l'ordre international. Dans cette seconde perspective, la Constitution, qui est le fondement du droit applicable dans l'ordre interne, doit autoriser elle-même les dérogations à ses commandements (6). Et s'il n'est pas discutable que la supériorité des règles communautaires dans les différents droits nationaux soit une conséquence directe des mécanismes institués par le Traité de Rome, encore convient-il de ne pas perdre de vue que la Constitution de chaque Etat est ou la limite ou le passage obligé des règles communautaires ayant des

(5) Sous l'angle constitutionnel, un décret ne saurait établir des exceptions supplémentaires pour les emplois dans les administrations communautaires ou régionales. L'article 87, § 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 l'interdit implicitement aussi.

(6) Il en va différemment dans l'ordre international, en particulier dans l'ordre des Communautés européennes, où l'Etat ne saurait exciper de sa Constitution pour se soustraire à ses obligations internationales (voy. entre autres, l'avis consultatif de la C.P.J.I. en l'affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig, série A/B, n° 44, 1932, p. 24).

(3) C'est nous qui soulignons.

(4) M. Bleckmann estime que la nationalité constitue aussi une garantie psycho-sociologique de la capacité, des aptitudes linguistiques et de la représentativité de l'agent public ainsi que du bon fonctionnement de l'administration. Il évoque également la possibilité que la garantie de nationalité s'impose dans d'autres domaines que l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux des Etats membres.

(1) Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (loi d'assentiment du 2 déc. 1957, art. 48, § 4).

(2) Il convient d'y ajouter les emplois au sein des personnes de droit public issues de la décentralisation par services.

En quelque cinquante ans, le tribunal de première instance de Gand n'aura connu que cinq présidents. Cinq personnalités, combien différentes les unes des autres, mais toutes de premier plan.

Le premier, M. Emile Steyaert, toujours souriant, était l'arbitre de l'équité, le spécialiste aussi des audiences verbales. C'est ainsi qu'en un temps où les audiences s'ouvraient par la lecture des jugements, motivation incluse, ce magistrat prenait un malin plaisir à émettre des attendus caustiques qui ne se retrouvaient pas dans la minute. Autorisant un quidam à scinder par vanité son patronyme, il disait : « Attendu que le tribunal ne voit aucun inconvénient à ce que le requérant hache en deux et même en trois son nom, étant donné que cette innovation ne changera rien à sa roture bien connue ». Pas trace, il va sans dire, au greffe, de cette roserie, imaginée en route, entre l'hôtel du quai des moines et le palais de la place du commerce.

Le deuxième, M. Gustave de Ruyck, avait été longtemps référendaire au tribunal de commerce. Son chapeau melon cabossé, sa moustache rousse, ses guenilles, ses pantoufles qu'il préférait aux souliers, son parapluie miteux, ses vulgarités, ses colères, ses errances au vieux quai au bois où il avait, lui, son hôtel entre quatre églises conventuelles dont il ne connaissait que le son des cloches, le faisaient craindre. C'est devant lui que fut plaidé le procès en diffamation intenté par Fernand Marquet, député libéral, magnat des casinos, défendu par M^e Marcel-Henri Jaspar, contre le journal gantois *Le bien public*, défendu par le bâtonnier Louis Verhaeghe. L'ayant prié d'inviter son adversaire à être plus bref, M^e Jaspar s'entendit répondre : « Maître, vous n'êtes ici ni à la gare, ni à la poste ». En revanche, un jour qu'à l'audience il avait interpellé le bâtonnier de Cnyf : « de Cnyf, vous n'avez pas la parole », ce fut lui-même qui reçut en réponse : « de Ruyck, je ne

vous ai rien demandé ». Mais ses ordonnances de référé et ses jugements étaient de qualité.

Le troisième, M. Florimond Sme-tryns, avait été juge, à Termonde d'abord, à Gand ensuite. Il avait les traits d'un personnage du Gréco. Sa



M. Charles van Hove
Président du tribunal
de première instance de Gand

sévérité n'était qu'apparente. Sa science et son expérience le conduisirent d'ailleurs à la Cour de cassation sans noviciat en appel. C'est à la rue des Bonifants, au plus profond de la « cuve » de Gand, qu'il avait avec goût aménagé son hôtel, à deux pas du palais natal de Charles Quint.

Le quatrième, M. Jean Steyaert, fils du premier, avait été longtemps juge de paix du premier canton de Gand.

Son humanité, son bon sens et son autorité y avaient tant fait merveille que sa promotion s'imposa. Poursuivant en référé sa mission conciliatrice, il eut l'art aussi de former et de diriger ses juges. Il avait pour sa part installé son hôtel à la rue Plateau, à l'ombre de l'abbaye Saint-Pierre-aumont-Blandin.

Le cinquième, M. Charles van Hove, quitte à son tour un fauteuil que lui auront valu un stage fructueux d'avocat au cabinet du civiliste qu'était M^e Frans Bellemans, une fonction de juge sous la houlette de M. Jean Steyaert et un bref passage à la cour d'appel qui le déçut par son éloignement obligé des hommes au profit des dossiers sans vie.

Fils d'un haut fonctionnaire des finances, il s'était, dès l'Université, avéré un juriste-né. Ses jugements, trop peu publiés du fait d'une excessive discrétion, en sont le témoignage. Quand il ne les médite pas en sa thèbaïde d'Evergem, son hôtel à la campagne, il s'y consacre en humaniste à l'histoire, à la philosophie, à la langue russe surtout qu'il a apprise en autodidacte.

Sa succession ne sera pas aisée. Puisse-t-elle, à l'instar de celles qui l'ont précédée, tout devoir aux qualités du candidat, et rien aux dosages politiques. Si le Code judiciaire a mis fin aux référés « de l'hôtel » qui dataient de l'édit de 1685, la mission du président du tribunal de première instance demeure primordiale. De son accomplissement dépend pour une bonne part la qualité de l'administration de la justice. Il importe que ce sacerdoce ne subisse pas le sort de trop d'autres institutions.

Quoi qu'il en soit, l'héritier du cabinet présidentiel y trouvera le portrait de l'impératrice Marie-Thérèse d'Autriche, cette despote éclairée qui eut la sagesse de confier le gouvernement de la Belgique à Charles de Lorraine. Cette présence n'aurait-elle pas valeur de symbole ?

effets directs dans l'ordre juridique qu'elle sous-tend. L'article 68 de la Constitution belge, aux termes duquel « le Roi fait les Traités » ou l'article 25bis, suivant lequel « l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué à des institutions de droit international public » accordent-ils implicitement au droit international conventionnel directement applicable ou, à tout le moins, au droit européen, la prééminence que postule le monisme (7) ? Ou

faut-il considérer que, de manière tacite, la Constitution ne dispose que sous réserve des prescrits internationaux *self-executing* et est ainsi tenue de s'effacer devant eux ? Cette difficulté théorique devra un jour être résolue.

Il appartenait au professeur J.-V. Louis de tirer les conclusions de la journée d'études. Ce fut un brillant plaidoyer pour une citoyenneté européenne et pour l'harmonisation des droits nationaux qu'elle suppose. Une mystique — celle de l'unification européenne — prenait heureusement la place d'une autre, celle de la puissance publique.

* * *

Les relations profondes qu'entretient le droit des Communautés européennes avec le droit de chaque Etat membre ont acquis une nouvelle dimension qui impose la rencontre des spécialistes du droit européen et du droit administratif. Ce n'est pas le moindre mérite du colloque de l'A.B.D.E. d'avoir permis de fructueux échanges entre praticiens et enseignants du droit international, du droit européen, du droit constitutionnel et du droit de la fonction publique, contribuant ainsi à abattre les cloisons artificielles entre ces disciplines.

Yves LEJEUNE.

(7) Comp. J.-V. Louis, « Sur le thème : recours constitutionnel et primauté du droit communautaire », *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, t. III, 3227-3238.