

La protection de la vie privée dans les relations professionnelles

Le secteur public

par Diane DEOM

Assistante à la Faculté de droit de l'U. C. L. ()*

Introduction

Examiner comment est assurée la protection de la vie privée des fonctionnaires, voilà une question doublement inquiétante pour un juriste. Epris — par déformation professionnelle — de définitions, le voilà confronté à deux termes dont l'imprécision est patente. Habitué — par vocation intellectuelle — aux catégories, le voici devant une problématique qui échappe aux délimitations classiques de la matière.

L'imprécision des termes du problème, en effet, apparaît rapidement. La protection de la vie privée est un concept relativement neuf dans notre droit, et dont les contours restent incertains. La vie privée se définit de manière essentiellement négative, comme ce qui doit échapper aux atteintes ou à la curiosité des tiers, et au premier chef de l'autorité publique (1). Mais sa définition positive varie selon le cadre dans lequel on l'envisage. Ainsi, quoi de plus étranger, de prime abord, à la notion de vie privée, que le fait de se présenter aux élections communales ou d'encourir une condamnation pénale? Pourtant, ces faits qui relèvent par définition de la vie publique et collective, apparaissent comme des éléments de la vie privée lorsqu'on raisonne dans le cadre des relations de travail :

(*) Nous adressons tous nos remerciements à M. le professeur Huberlant pour la documentation qu'il a bien voulu nous communiquer.

(1) Voy. sur ce point l'exposé de F. Rigaux, *supra*.

ils appartiennent en effet aux comportements extra-professionnels et il faut examiner la question des barrières juridiques qu'il convient — ou non — d'édifier entre ces deux sphères de la vie d'une personne (2). Du moins est-ce cette optique très large que nous avons retenue ici : et l'on verra qu'en ce qui concerne les fonctionnaires, bon nombre des problèmes importants concernent, non la vie familiale et sexuelle, mais l'expression d'opinions, l'appartenance aux partis et syndicats ou l'exercice d'activités politiques.

Quant au terme « fonctionnaire », il est affecté d'une imprécision moins essentielle mais plus embarrassante. Car, contrairement à l'image que l'on peut en concevoir spontanément (celle d'un certain monolithisme statutaire), la fonction publique est une sorte d'univers juridique en soi. Le régime juridique des centaines de milliers de « fonctionnaires » belges est marqué par une variété étonnante. Les travailleurs du secteur public regroupent en effet une mosaïque sociale complète, depuis le conducteur de tram jusqu'au magistrat de la Cour de Cassation en passant par l'assistant temporaire d'une université de l'Etat et le médecin attaché à un centre public d'aide sociale. Autant de situations où, l'on s'en doute, les sources et les principes du droit applicable différeront profondément.

De ces deux termes naît un rapprochement, une question un peu déroutants : le droit de la fonction publique comporte-t-il une protection de la vie privée ? L'ingérence de « l'employeur » de droit public dans la vie privée des fonctionnaires est-elle limitée ? L'exercice de fonctions publiques implique-t-il des restrictions ou des contraintes dans la détermination du comportement privé ?

Les éléments de réponse à ces interrogations ne constituent pas un chapitre bien délimité du droit de la fonction publique, qui n'a pas systématisé cette notion de vie privée. C'est par le détour d'un examen transversal de problèmes apparemment hétérogènes, que l'on peut essayer de dégager quelques conclusions d'ensemble. Après avoir rappelé les cadres et les principes fondamentaux de la matière (I), l'on regroupera les questions relatives à l'accès à la fonction publique d'une part (II), à l'exercice de fonctions publiques d'autre part (III), pour formuler ensuite un essai de synthèse.

(2) Inversement, il nous paraît que certaines informations — tels le montant du salaire ou le curriculum vitae — qui relèvent de la sphère professionnelle, doivent être entourés d'une protection spécifique au titre de la vie privée, contre la curiosité de tiers.

I. Cadre juridique et principes fondamentaux du droit de la fonction publique

Le 26 août 1789, l'Assemblée nationale proclame l'égalité des citoyens devant la loi. Au nom de ce principe, elle dispose que « tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (3). En situant ainsi l'accès aux emplois publics parmi les droits politiques directement issus des principes du nouveau régime, les révolutionnaires mettaient fin à un système séculaire de privilèges nobiliaires et de vénalité des charges (4).

De cette exigence fondamentale, reprise en 1831 par l'article 6 de notre Constitution, découlent une partie des orientations de base du droit de la fonction publique. Quelles que soient les règles techniques applicables au recrutement et au régime des agents publics, l'autorité doit en tous cas éviter tout comportement qui crée une discrimination, c'est-à-dire une distinction arbitraire contraire au principe d'égalité. La jurisprudence a pu déduire directement de ce principe certaines obligations concrètes, par exemple celle de procéder à l'examen des mérites de tous les candidats à un emploi public; un requérant, écarté sans que sa candidature ait été examinée, pourra obtenir auprès du Conseil d'Etat l'annulation des décisions de nominations subséquentes (5). De même, si les conditions de recrutement à un emploi comportent la détention de tel diplôme, qui n'est délivré sous cette dénomination que par une université, l'on doit admettre pour éviter toute discrimination que les diplômes équivalents délivrés par d'autres institutions universitaires ouvrent également l'accès à cet emploi (6).

C'est dans ce contexte qu'il faut situer la notion de statut des agents publics. Les exigences d'un traitement égalitaire s'accommodent mal du cadre juridique contractuel. Aussi, le régime de la fonction publique est-il le plus souvent défini par un « statut »,

(3) Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(4) Voy. not. G. Lepointe, *Histoire du droit public français*, P. U. F., « Que sais-je ? », 1957, p. 101 et sv.

(5) C. E., *Geerts*, n° 12902, du 3 avril 1968; *Van der Beken*, n°s 16398 et 16399, du 7 mai 1974.

(6) C. E., *Geerinck*, n° 19072, du 15 juin 1978.

corps de règles générales et abstraites définies à l'avance et unilatéralement par l'autorité compétente.

Les caractéristiques essentielles du statut tiennent à son caractère d'acte réglementaire. Il s'impose au fonctionnaire sans qu'il soit besoin d'aucune adhésion de type contractuel (7) et peut être modifié unilatéralement par l'autorité (8). En revanche, le statut doit être respecté par l'autorité administrative statuant sur des situations d'espèce, en vertu de l'adage « Patere legem... » (9).

Quant au contenu du régime juridique, l'existence d'un lien statutaire implique essentiellement la stabilité d'emploi et le respect des garanties du droit disciplinaire. Il faut entendre par là que le titulaire d'un emploi permanent ne peut encourir de privations d'emploi sans qu'il soit recouru à une procédure respectueuse des droits de la défense et soumise au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat (10).

En dehors de ces règles élémentaires que le Conseil d'Etat a dégagées comme les principes généraux du régime statutaire, la situation juridique des fonctionnaires sous statut est extrêmement variée. Il faut remarquer d'ailleurs que les autorités compétentes pour arrêter le statut des diverses catégories d'agents, sont multiples. Si le Roi est compétent pour tout ce qui concerne les agents de l'Etat au sens large (11), certaines catégories d'agents publics comme les magistrats voient leur statut réglé directement par la loi (12), tandis que les fonctionnaires locaux relèvent de la commune

(7) Voy. notamment C. E., *Strymes*, n° 268, du 22 février 1950; *Bayens*, n° 18158, du 9 mars 1977.

(8) C. E., *Van den Bogaerde*, n° 813, du 6 avril 1951; *Florkin*, n° 3460, du 10 juin 1954; *Giot*, n° 10944, du 18 décembre 1964; *Kinet*, n° 13125, du 19 septembre 1968.

(9) C. E., *Clément*, n° 10619, du 15 mai 1964; *Kindt*, n° 934, du 12 juin 1951; *Commune de Schaerbeek*, n° 5915, du 12 décembre 1957.

(10) voy. not. Ch. Huberlant, « La situation juridique du personnel des institutions parastatales », *R. J. D. A.* 1960, et l'avis du Conseil d'Etat cité en note; C. E., *Vandeweghe*, n° 19708, du 20 juin 1979.

(11) Les agents des ministères, en vertu de l'article 66 al. 2 de la Constitution, mais aussi les agents des organismes d'intérêt public visés à l'article 11 de la loi du 16 mars 1954, ainsi que diverses autres catégories d'agents en vertu d'habilitations légales particulières.

(12) En vertu évidemment du principe de la séparation des pouvoirs et de l'article 102 de la Constitution. Dans le même ordre d'idées, les agents du Parlement et de la Cour des Comptes voient leur statut fixé par ces institutions elles-mêmes.

ou de la province qui les emploie, de même que certains organismes d'intérêt public (13) et notamment les intercommunales (14) fixent eux-mêmes le statut de leurs agents.

Il importe d'ailleurs de remarquer que, si le régime statutaire est la forme juridique la plus caractéristique de la fonction publique, il ne régit pas tous les travailleurs du secteur public. Il n'est pas interdit a priori aux personnes de droit public d'engager du personnel contractuel. Si cette faculté est soumise à de très importantes restrictions en ce qui concerne l'Etat et certains organismes d'intérêt public (15), elle est par contre d'un usage fréquent dans les organismes publics à caractère plus commercial ou empruntant des formes de droit privé (16). Ce type de personnel est soumis aux lois coordonnées sur le contrat de travail, sans que cela dispense cependant l'autorité de respecter les exigences de l'égalité lors de ses décisions individuelles.

D'autres catégories de travailleurs sont encore apparues récemment, en secteur public comme en secteur privé, suite aux mesures de résorption du chômage. Les administrations recourent très fréquemment aux services des chômeurs mis au travail, de stagiaires O.N.Em et de travailleurs du cadre spécial temporaire et du troisième circuit de travail. Autant de catégories dont le régime juridique emprunte des éléments à la réglementation organique du chômage d'une part, au régime applicable dans les organismes employeurs d'autre part.

Cette diversification de la fonction publique, signe de l'évolution générale des institutions, rend presque impossible une approche uniforme de problèmes comme celui qui nous occupe. C'est pourquoi nous devons nous borner à envisager les situations les plus caractéristiques et les mieux connues, notamment grâce à la jurisprudence, sans prétendre aucunement à l'exhaustivité.

(13) Non soumis à la loi du 16 mars 1954 ou visés à l'article 12 de celle-ci.

(14) La loi du 1^{er} mars 1922 ne prévoit en effet rien à cet égard. Il n'est pas toujours facile de qualifier une situation précise de statutaire ou contractuelle : voy. C. E., *Solon*, n° 19754, du 13 juillet 1979.

(15) Voy. la loi de propositions budgétaires du 28 décembre 1973, l'arrêté royal du 7 mars 1974 relatif au recrutement des agents dans les administrations et les autres services des ministères et l'arrêté royal n° 56 du 16 juillet 1982 relatif au recrutement dans certains services publics. Voy. aussi notamment l'article 55 de la loi du 8 juillet 1976 en ce qui concerne les C. P. A. S.

(16) On pense notamment à la Sabena, à la S. N. I. et aux S. R. I., à la S. N. C. I., à la C. N. C. P., à de nombreuses intercommunales, etc., qui emploient exclusivement du personnel contractuel. Voy. J. Le Brun, *Dictionnaire des services publics*, Oyez, 1978, mis à jour en 1980.

II. Protection de la vie privée et accès à la fonction publique

Le principe d'égalité ainsi que le régime statutaire imposent en ce domaine des exigences fondamentalement étrangères au droit privé, pour lequel la liberté contractuelle reste, sur ce point, la règle.

L'autorité publique doit recruter les agents publics selon des critères et des procédures déterminées à l'avance par le statut (17). En outre, comme pour toute règle de droit, les critères qui déterminent des différenciations de traitement doivent être objectifs et présenter un rapport raisonnable avec le but poursuivi par la norme; ainsi les inégalités se distinguent-elles de discriminations (18). En ce qui concerne le recrutement, ce principe signifie que les critères d'admissibilité à l'emploi doivent être définies dans le souci de retenir les candidats les plus aptes à remplir correctement les fonctions à pourvoir. Les conditions relatives au diplôme en sont le meilleur exemple.

Ce principe de non discrimination signifie-t-il qu'aucun élément propre à la vie privée, au sens qui a été défini plus haut, ne puisse intervenir dans les critères d'admissibilité à un emploi public? La réponse n'est pas nettement négative, car on ne peut exclure a priori l'hypothèse que des considérations d'ordre extra-professionnel présentent un rapport avec le bon exercice des fonctions.

Trois types de conditions, principalement, semblent devoir être examinées à cet égard (19).

(17) En ce qui concerne les procédures de recrutement, voy. pour les agents de l'Etat, l'arrêté royal du 17 septembre 1969 et l'arrêté ministériel du 2 septembre 1975. Il faut remarquer que les règles statutaires relatives au recrutement ne sont pas nécessairement rigides et qu'elles peuvent ouvrir à l'autorité administrative un très grand pouvoir discrétionnaire. Aucun principe général n'impose le recrutement par concours ou par examen; il suffit que les « mérites » de tous les candidats fassent l'objet d'un examen effectif et objectif. Voy. à ce propos les actes du colloque « Les systèmes de recrutement dans la fonction publique en Belgique », I. C. H. E. C.-I. B. S. A., 1980, parus in: *Adm. pub. trim.*, mars 1981.

(18) Le Conseil d'Etat a (avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 1978) admis sur la base de ce critère que les femmes soient exclues de certains emplois publics dès lors que l'exclusion n'est pas discriminatoire mais justifiée par les exigences des fonctions à remplir: voy. C. E., *De Meyer*, n° 11634, du 9 février 1966 et n° 12124, du 21 décembre 1966; *Baise*, n° 15928 et 15929, du 21 juin 1973.

(19) On n'examinera pas ici la condition de nationalité, prévue par la Constitution elle-même, qui peut évidemment influencer certaines décisions relevant de la vie privée: option, naturalisation, choix de la nationalité lors du mariage, etc. Voy. à ce sujet les actes du colloque concernant « L'accès aux emplois dans l'administration publique ». Ass. belge pour le droit européen, 20 novembre 1981, in: *Adm. pub. trim.*, décembre 1981.

1. Les conditions relatives à la « moralité »

Faisant partie des droits politiques, l'accès à la fonction publique est fermé aux personnes qui ont encouru des condamnations pénales comportant des déchéances de ces droits (20). Le statut des agents de l'Etat comporte d'ailleurs une disposition exigeant des candidats la jouissance de leurs droits civils et politiques. Dès lors, certaines situations comportant des déchéances de droits civils (par exemple de l'autorité parentale ou encore du droit de gérer une société commerciale) peuvent être interprétées comme des obstacles à une candidature à un emploi public (21).

Cependant, les conditions statutaires d'admissibilité aux emplois publics vont généralement bien au-delà de cette hypothèse. Elles comportent en effet, dans de nombreux cas, l'obligation de fournir un certificat de bonne conduite, vie et mœurs vierge. Ainsi la fonction publique est-elle également fermée à ceux qui ont encouru des condamnations qui, sans les priver de leurs droits civils et politiques, apparaissent au casier judiciaire des intéressés (22). Des comportements propres à la vie privée peuvent ainsi, s'ils font l'objet d'une sanction pénale, faire obstacle à certains recrutements dans la fonction publique.

Le statut des agents de l'Etat, entre autres, comporte une condition plus restrictive encore. L'article 16 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 cite en effet, parmi les conditions générales d'admissibilité aux emplois, la nécessité « d'être de conduite irréprochable ». Ne faisant pas directement référence au certificat de bonne vie et mœurs, ce texte ouvre à l'autorité administrative un pouvoir d'appréciation plus étendu, qui appartient au secrétaire permanent au recrutement en vertu de l'article 28, § 2 du même arrêté (23).

(20) Il s'agit essentiellement des condamnations à des peines criminelles (art. 31 à 34 du Code pénal).

(21) Voy. à ce propos G. Wailliez, *La conduite irréprochable*, D.G.S.F., 1979, rapport de stage, p. 12 et sv.

(22) Voy. à ce propos les articles 600 et sv. du Code d'instruction criminelle.

(23) La vérification se fait en principe après que le candidat ait réussi les épreuves de recrutement (art. 28, § 2), mais peut aussi avoir lieu pendant le concours et donner lieu à l'exclusion du candidat (art. 17bis, § 2, modifié par l'arrêté royal du 12 août 1981). On notera que le pouvoir d'appréciation du S.P.R. lui permet d'écarter certains candidats n'ayant pas fait l'objet de condamnations pénales, mais aussi à l'inverse d'en admettre certains dont le casier judiciaire n'est pas vierge, cette condition n'étant pas retenue comme telle par le statut des agents de l'Etat.

Il serait intéressant de pouvoir vérifier quelle conception se fait d'une « conduite irréprochable » le secrétariat permanent au recrutement. La jurisprudence du Conseil d'Etat témoigne de peu de litiges à ce propos (24), ce qui, compte tenu de l'absence de toute voie de recours administrative, semble indiquer que la pratique est plutôt tolérante. D'après une étude qui nous a été aimablement procurée par les services du S. P. R. (25), il semble que la conduite irréprochable soit présumée quasi-automatiquement pour les candidats qui produisent un certificat vierge de bonnes vie et mœurs; seuls des cas dont le S. P. R. lui-même a connaissance (tels la production d'un faux diplôme lors d'un examen antérieur ou l'existence de sanctions disciplinaires dans un emploi précédent) justifient des exclusions. Les enquêtes de moralité serviraient essentiellement à propos de candidats ayant fait l'objet de condamnations (26).

Quelle que soit la pratique suivie, il faut constater en tous cas que la généralité du texte du statut ouvre à l'autorité administrative une étonnante faculté d'appréciation de la vie privée, tant dans ses aspects intimes (l'homosexualité ou le concubinage restent-ils dans les limites d'une « conduite irréprochable » ?) que dans le domaine des opinions et activités politiques (27). Cette appréciation est cependant soumise au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat, qui a eu l'occasion de préciser que le candidat doit être mis en mesure de défendre ses droits (28). Hormis cette garantie d'ordre procédural, il semble nécessaire de définir certaines limites de fond. Deux d'entre elles paraissent procéder des principes généraux. D'une part, l'adjectif « irréprochable » devrait être défini par référence aux principes du système juridique et non d'une appréciation morale ou

(24) C. E. *Pélegrin*, n° 209, du 27 janvier 1950 (Faits d'insubordination dans l'exercice de fonctions antérieures); *Bennesteker*, n° 1997, du 1^{er} décembre 1952 (actes d'incivisme sous l'occupation). Il faut tenir compte également de l'incidence, à cet égard, en ce qui concerne les emplois dans l'administration locale, du système de la tutelle administrative qui permet aux autorités de tutelle de suspendre ou d'annuler les actes contraires à l'intérêt général, et par exemple des nominations de candidats de moralité douteuse.

(25) G. Wailliez, *op. cit.*, particulièrement p. 20 et sv.

(26) L'étude citée datant de 1978, il est possible que la pratique se soit quelque peu modifiée depuis lors. Faut-il en voir la confirmation dans le fait qu'un arrêté royal est venu récemment régler la situation des candidats qui font l'objet d'enquêtes de moralité (arrêté royal du 23 août 1981) ?

(27) Voy. C. E. France, 28 mai 1954, Barel et consorts, Rec. Sirey 1954, III, p. 97, relatif à l'exclusion de candidats du fait de leur appartenance au parti communiste. La décision d'exclusion est annulée, pour illégalité des motifs.

(28) C. E. *Bennesteker*, cité *supra*.

sociale; dès lors, l'exercice de droits et libertés ne peut pas être reproché au candidat. D'autre part, l'autorité administrative devant toujours agir dans un but conforme à la finalité des pouvoirs qu'elle détient (29), elle ne peut tenir compte que d'éléments présentant un certain rapport avec l'exercice des fonctions publiques concernées: même si l'on admet par exemple que vivre en concubinage adultérin n'est pas une « conduite irréprochable », on ne voit pas en quoi cette circonstance pourrait nuire au bon exercice d'une fonction publique.

Telles sont du moins les limites qu'il nous paraît souhaitable et possible de définir en droit positif, pour circonscrire un pouvoir dont il ne semble d'ailleurs pas qu'il n'est pas fait abus actuellement.

2. Les conditions relatives à l'aptitude physique

La plupart des statuts prévoient évidemment parmi les conditions d'admissibilité l'aptitude physique à exercer les fonctions à pourvoir. Incontestable dans son principe, cette condition a suscité plusieurs litiges qui mettent en cause des questions fort importantes.

La Cour de Justice des Communautés européennes s'est prononcée à plusieurs reprises en cette matière (30) de même que le Conseil d'Etat (31). Il s'agit très généralement de cas où les requérants se sont vus démis de leurs fonctions ou exclus de réserves de recrutement (32) suite à un avis concluant à leur inaptitude physique. Cette notion couvre non seulement l'inaptitude physique au sens strict, mais aussi les aspects d'ordre psychiatrique ou psychologique, ce qui peut amener notamment des références au passé dépressif de l'intéressé; on voit toute l'importance d'une protection adéquate de la vie privée en ce domaine.

(29) La violation de ce principe est constitutive de détournement de pouvoir: voy. C. Cambier, *Droit administratif*, Larcier 1968, p. 263; G. Vedel, *Droit administratif*, P. U. F. 1976 (6^e éd.), p. 579.

(30) C. J. C. E., aff. 121/76, 27 octobre 1977, *Moli, Rec.* 1977, p. 1971; aff. 75/77, 13 avril 1978, *Mollet, Rec.* 1978, p. 897 et *J. T.* 1978, p. 616; aff. 155/78, 10 juin 1980; *J. T.* 1981, p. 739.

(31) C. E. Longtain, n° 4577, du 30 septembre 1955; *De Merten*, n° 9919, du 8 mars 1963; *Van de Plas*, n° 16802, du 6 novembre 1974; C. A. P. Hasselt, n° 18230, du 20 avril 1977.

(32) Voy., dans le statut des agents de l'Etat, l'article 28, § 2, al. 2.

L'aptitude physique est généralement vérifiée par un service médical administratif (33). Lorsque celui-ci conclut à l'inaptitude physique, l'intéressé ne reçoit communication des motifs de cette décision que par l'intermédiaire de son médecin traitant. Disposant de recours juridictionnels, le candidat est amené à attaquer une décision dont les motifs ne seront pas davantage communiqués au juge. Ces situations mettent ainsi en cause la valeur respective du secret médical, étroitement lié à la protection de la vie privée, et des exigences du contrôle juridictionnel et des « droits de la défense » (34). Procédant toutes du souci de protection du requérant, ces exigences entrent ici en conflit.

Selon la conception traditionnelle du secret médical, celui-ci est une règle d'ordre public qui s'impose au médecin de manière absolue indépendamment du consentement que pourrait donner le patient à la divulgation de certaines informations (35). Placé hors de la disposition du malade, le secret médical peut ainsi se retourner contre ses intérêts.

La jurisprudence administrative (du Conseil d'Etat et de la Cour de Justice des Communautés européennes) a cependant précisé les limites du secret médical dans le cadre de procédures administratives, dans un sens très différent. Le secret médical se justifie essentiellement par la nécessité de garantir un lien de confiance entre le malade et le médecin qui le soigne. Lorsqu'une personne est examinée par les services médicaux administratifs, ce lien de confiance est par définition absent et le secret médical doit être entendu dans un sens plus relatif. C'est à partir de cette constatation que le juge administratif exclut l'invocation du secret médical à l'égard du candidat lui-même comme à l'égard du juge. Il s'agit d'éviter de couvrir par là des décisions arbitraires et de les soustraire du contrôle de légalité (36). Le Conseil d'Etat est allé plus loin encore en estimant que le secret médical n'est même pas opposable à l'autorité administrative qui doit prendre la décision (37). Cette jurisprudence, tout à fait cohérente en soi, puisque l'autorité doit décider sur avis du service médical et n'est donc pas tenue de le

(33) Voy., en ce qui concerne les agents de l'Etat, l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1964, mod. 1^{er} août 1975.

(34) Voy. F. Glansdorff et D. Lagasse, « Le secret médical administratif et ses prolongements », *J. T.* 1981, p. 733 à 738.

(35) Cass., 30 octobre 1978, *Pas.* 1979, I, 248.

(36) F. Glansdorff et D. Lagasse, *op. cit.*, p. 735-735.

(37) C. E., *Vandeplass*, cité.

suivre, appelle cependant à la réflexion car elle ramène à la question du fondement des atténuations au secret médical : sont-elles admises parce qu'il y va de l'intérêt du malade, ou parce que celui-ci y consent expressément, ou encore pour permettre le fonctionnement normal de la justice (et l'exercice du contrôle de légalité) ou simplement, comme le Conseil d'Etat paraît le supposer ici, parce qu'il n'y a pas place pour un véritable secret médical dans le cadre de procédures administratives de recrutement ? Ces diverses motivations apparaissent dans la jurisprudence, et leur pluralité peut inciter à la prudence. Si notre conception contemporaine, moins technocratique ou moins paternaliste, des rapports entre médecin et malade nous incite à admettre comme toute naturelle le droit de disposition de l'individu sur les informations médicales qui le concernent (38), il paraît plus discutable d'éluder la garantie du secret médical au nom du bon fonctionnement d'un service public, serait-ce celui de la justice : admettrait-on que pour les besoins d'un recours intenté par un administré, le dossier médical d'un tiers puisse être produit sans le consentement de celui-ci ? La réponse nous paraît clairement négative. Aussi les fondements même des atténuations admises devraient-ils être clarifiés ; notamment, le principe de l'inexistence du secret médical dans des relations imposées par un cadre administratif tel celui des procédures de recrutement, paraît assez dangereux eu égard à l'importance toujours croissante de relations de ce type dans la vie de chacun.

3. Les conditions touchant aux opinions politiques et aux choix idéologiques

Cet ordre de conditions amène d'abord à examiner si l'autorité administrative peut, lors du choix de fonctionnaires publics, prendre en considération les opinions politiques de ceux-ci (A). Mais une autre question apparaît, qui se rapproche des problèmes relatifs à l'exercice des fonctions publiques : le candidat à un emploi public accepte en effet de prêter serment et s'impose par là une obligation de « loyalisme » qui persistera durant toutes ses fonctions. Il s'impose d'en examiner la portée (B).

(38) Encore faut-il en mesurer toutes les conséquences et notamment les pressions qui pourraient s'exercer sur une personne pour obtenir communication de son dossier, ce qu'une conception plus absolue du secret médical rend impossible.

A. *La prise en considération des opinions politiques* (39)

Moins directement liée à la « vie privée » au sens où on l'entend généralement, cette question concerne pourtant la vie extra-professionnelle du candidat à un emploi public et c'est à ce titre que nous l'abordons. Question complexe d'ailleurs, et déconcertante par le fossé que l'on y constate entre la rigueur des principes juridiques et la réputation d'extrême potilisation qui entoure la fonction publique belge (39bis)

Les principes, en effet, paraissent clairs. L'égalité dans l'accès aux emplois comme aussi les exigences de la neutralité à laquelle est tenue l'autorité publique, imposent de considérer comme illégale une nomination (40) motivée par des affinités politiques.

Et pourtant... A cette constatation initiale et incontestée, il faut ajouter trois remarques essentielles qui en précisent la portée.

Une première remarque porte sur les difficultés de la preuve. Nombreux sont les requérants qui invoquent devant le Conseil d'Etat le détournement de pouvoir entachant une décision « politique », mais encore faut-il prouver que les motifs invoqués par l'autorité ne sont pas réellement à la base de la décision prise. Jamais encore, à notre connaissance, la juridiction administrative n'a annulé un acte au seul motif qu'il avait été dicté par des considérations politiques. Ce problème se pose particulièrement lorsque les textes ouvrent à l'autorité un large pouvoir discrétionnaire, ce qui n'est pas le cas pour les recrutements par concours. Le statut des agents de l'Etat comporte à cet égard, en ce qui concerne les rangs supérieurs, une disposition qui permet au Roi de déroger aux exigences statutaires en faveur de personnes « d'une haute valeur administrative, scientifique, technique ou artistique » (art. 18). Ce texte ouvre évidemment la voie à des recrutements très

(39) Voy. sur tout ceci E.. De Luyck, « Vrijheid van mening, vrijheid van meningsuiting en personen in openbare dienst », *T. B. P.* 1981, p. 11 à 27.

(39bis) Voy. L. M. Bataille, « La politisation dans le recrutement et la promotion des fonctionnaires de l'Etat en Belgique », mémoire U. C. L. 1977-1978; J. Sarot, « Réflexions à propos du statut des agents de l'Etat », *Rev. de l'Adm.*, 1969, p. 176.

(40) Ou une autre décision relative à la carrière du fonctionnaire. La politisation se marque davantage dans les promotions que dans le recrutement même, la marge d'appréciation laissée par le statut étant, assez normalement, beaucoup plus large. Voy. pour une vue d'ensemble, J. Sarot, « Le statut des agents de l'Etat devant le juge administratif », *Adm. Pub.*, T. 2, janvier 1978, p. 81 à 102.

discutables, et les applications qui en sont faites semblent effectivement dictées dans la plupart des cas par des considérations de nature politique.

La deuxième remarque tend à limiter le champ d'application du principe initial.

Comment nier que certaines fonctions, par leur nature même, présentent un caractère politique et doivent être attribuées en fonction de ce critère ? Il suffit de penser aux membres de cabinets ministériels, aux gouverneurs de province ou encore aux bourgmestres. La remarque est banale et cependant, sur le plan des principes, elle suscite une question fort importante. Parmi les personnes qui exercent une activité professionnelle dans le secteur public, il faut isoler une catégorie soumise à des principes fondamentalement différents en raison du caractère politique des fonctions exercées. Le Conseil d'Etat a par exemple admis la révocation d'un gouverneur de province sans autre motif que la disparition du lien de confiance qui devait l'unir au gouvernement central (41). Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette discussion, mais elle est révélatrice de la complexité de l'univers de la fonction publique. La frontière entre les deux types de fonctions est d'ailleurs difficile à tracer : l'administrateur d'une entreprise publique, nommé par l'Etat ou la Région pour la représenter en tant qu'actionnaire; le conseiller à la Cour des Comptes, nommé par la Chambre des Représentants; le commissaire du gouvernement qui contrôle un organisme public, voire l'administrateur qui le gère : autant d'exemples de situations où l'on ne sait si la « confiance » est ou non un élément juridique constitutif du lien qui unit l'autorité à la personne concernée.

Une troisième remarque enfin, pour évoquer les perspectives d'évolution très importantes qui apparaissent en ce domaine. Le principe d'égalité n'a pas seulement une dimension individuelle; envisagé à un niveau plus large, il postule que tous les groupes de l'opinion soient représentés dans les instances publiques proportionnellement à leur importance. La neutralité de l'autorité publique, cessant d'être une sorte d'ignorance systématique des appartenances politiques, devient au contraire le fondement d'un équilibre des tendances (42).

(41) C. E., Lamalle, n° 13939, R. J. D. A. 1969, p. 89 et sv.

(42) Voy. en ce sens le raisonnement du Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt *Lenaerts*, n° 13122, du 25 juillet 1968, H. Dumont et F. Delpérée, « L'égalité à la troisième génération », in : *De Grondwet, honderdvijftig jaar*, Bruylant, 1981.

Cette philosophie du pluralisme s'est marquée particulièrement dans le domaine culturel. La loi du 16 juillet garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques (dite « pacte culturel ») en pose les principes généraux en imposant aux autorités chargées de la politique culturelle d'associer à son élaboration et à sa mise en œuvre « toutes les organisations représentatives reconnues et toutes les tendances idéologiques et philosophiques » (article 6). D'une application difficile, la loi s'est restreinte en pratique aux formations politiques représentées dans les assemblées parlementaires ou les conseils communaux (43). Elle connaît une application particulièrement importante dans le décret organisant la R. T. B. F. (44), qui organise la répartition politique des mandats au conseil d'administration. Une inspiration analogue anime les projets d'école pluraliste et certaines réalisations effectives en matière d'enseignement (45): là aussi il s'agit de passer d'un « pluralisme institutionnel » qui multiplie les institutions, à un « pluralisme idéologique » qui réunit dans un même organisme public les représentants des diverses tendances.

Ce phénomène intéresse directement notre étude parce qu'il suppose que les candidats aux fonctions de gestion de ces institutions déclarent une appartenance « idéologique » ou, plus clairement, politique. Les neutres ou les marginaux n'ont plus de place dans ce type d'organisation. Cette constatation implique évidemment une certaine investigation de l'activité politique des candidats.

Que penser d'une évolution qui, au nom du principe d'égalité, oblige les individus à déclarer leurs convictions, ou plus exactement à s'identifier à un groupe politique « représentatif » ? Il nous paraît indispensable de revenir à la distinction esquissée ci-dessus. Pour des fonctions dont le caractère suppose un élément politique, il est clair que le pluralisme organisé constitue une règle de saine démocratie. Par contre, l'extension de ce principe à la fonction publique classique paraît comporter le risque d'une atteinte à des droits individuels fondamentaux relevant de la liberté d'opinion — y compris d'une opinion qui ne soit pas conforme aux clivages

(43) K. Rimanque, « Recente ontwikkelingen in verband met het recht op gelijke toegang tot openbare ambten », in: *Rechten van de mensen en personen in openbare dienst*, colloque du 6 nov. 1970.

(44) Décret du 28 décembre 1977, art. 5.

(45) L'Universitaire Instelling Antwerpen par exemple, organisée par la loi du 7 avril 1971, réunit des représentants des tendances catholique et laïque.

politiques admis —, de la protection de la vie privée — qui comporte le droit de taire ses sympathies politiques — et de l'égal accès aux emplois publics (46).

Aussi nous paraît-il indispensable d'approfondir l'analyse de cette distinction entre la véritable fonction publique et ces fonctions (hétérogènes et mal recensées) qui, sans être électives, participent cependant de la nature du mandat politique.

B. La portée du serment et le loyalisme constitutionnel

Aux termes du décret du 20 juillet 1831, « tous les fonctionnaires (...) et en général tous les citoyens chargés d'un ministère ou d'un service public quelconque sont tenus, avant d'entrer en fonctions, de prêter le serment dans la teneur qui suit : « Je jure fidélité au Roi, obéissance à la Constitution et aux lois du peuple belge. »

On peut s'interroger sur la portée d'un tel engagement. Que signifie aujourd'hui pour un fonctionnaire public le serment de fidélité au Roi et à la Constitution ? Par les temps bouleversés que nous vivons, la question peut inquiéter un candidat dont les convictions inclinent au pacifisme, à l'indépendantisme wallon ou flamand, ou — qui sait ? — à des tentations d'ordre nouveau.

La formule du serment paraît cependant viser, plus qu'une orientation des opinions du futur fonctionnaire, un engagement relatif à son comportement.

En jurant l'obéissance aux lois, le fonctionnaire ne fait après tout que confirmer une obligation qui pèse sur n'importe quel citoyen. En outre, comme d'autres l'ont fait remarquer (47), la Constitution et les lois sont toujours susceptibles de modifications; s'il comporte un aspect relatif aux opinions, l'engagement ne porte donc nécessairement pas sur un contenu précis, mais sur le principe même d'un Etat de droit.

(46) Une telle extension se trouve cependant consacrée par l'article 20 de la loi du pacte culturel et a été admise par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Lenaerts (cité ci-dessus), à propos du personnel de la B. R. T.; il ne s'agit cependant, dans cet arrêt, que d'admettre la légalité du critère politique comme élément destiné à départager des candidats d'égale valeur. Encore qu'il puisse apparaître comme un impératif de correction dans la gestion publique, le principe de l'équilibre des tendances idéologiques ne nous paraît cependant pas, pour les raisons indiquées dans le texte, devoir être consacré juridiquement.

(47) F. Delperée et F. Rigaux, « Le loyalisme constitutionnel », *J. T.* 1977, 353 et sv.

Les obligations que le serment impose aux fonctionnaires publics paraissent donc assez ténues et constituent essentiellement un engagement de respect de la légalité.

III. Protection de la vie privée et exercice d'une fonction publique

Le titulaire d'une fonction publique peut, à ce titre, se voir imposer certaines contraintes qui concernent sa vie extra-professionnelle. Le Conseil d'Etat a eu récemment l'occasion de rappeler que, si les fonctionnaires jouissent comme tout citoyen des droits et libertés constitutionnels, ceux-ci pouvaient cependant connaître certaines restrictions justifiées par les exigences de leurs fonctions (48). Ces restrictions peuvent prendre deux formes.

Elles sont, dans certains cas, imposées de manière précise par voie réglementaire. On peut noter par exemple que le mariage de certains fonctionnaires a été longtemps soumis à l'autorisation de l'autorité hiérarchique. Cette règle existe encore en ce qui concerne les gendarmes, dont le conjoint doit être « de conduite irréprochable » (49).

Certaines fonctions publiques comportent aussi une obligation de résidence; le Conseil d'Etat a confirmé que ce genre d'obligation, constituant une atteinte à la liberté individuelle des agents, ne pouvait leur être imposé qu'en raison des nécessités du service et non pour de simples raisons de commodité (50).

Mais il existe aussi des restrictions beaucoup moins précises que celles-là. Les caractéristiques du droit disciplinaire peuvent en engendrer d'autres: contrairement au droit pénal, le droit disciplinaire n'exige aucune délimitation a priori des faits qui pourront donner lieu à des sanctions disciplinaires (51). Aussi peut-on trouver dans le statut des agents de l'Etat par exemple, une disposition qui oblige les agents à s'abstenir même dans leur vie privée, de tout comportement contraire à la dignité de leurs

(48) *Lievens*, n° 20811, du 16 décembre 1980.

(49) Voy. la loi du 14 janvier 1973 portant le règlement de discipline des forces armées, art. 45, et l'arrêté royal du 31 août 1976.

(50) *Commune d'Ixelles*, cité.

(51) F. Delperée, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, L.G.D.J., p. 76-77.

fonctions (article 8). Même en l'absence de tout texte réglementaire en ce sens, un fonctionnaire peut parfaitement faire l'objet de sanctions disciplinaires motivées par des faits de la vie privée, du moment que ceux-ci présentent un certain rapport avec l'exercice de ses fonctions.

Dans l'arrêt Van Dijk (52), le Conseil d'Etat a énoncé nettement ces principes à propos d'un commissaire de police adjoint qui avait fait l'objet d'une suspension disciplinaire pour le motif qu'il aidait, en dehors de ses heures de service, un exploitant d'appareils de jeux et percevait les recettes pour son compte dans des débits de boisson. La juridiction administrative considère que la répression disciplinaire de faits de la vie privée n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, et qu'il n'est pas nécessaire que la faute disciplinaire soit définie par un texte. Aux requérants qui invoquent le respect de la vie privée pour demander l'annulation de sanctions disciplinaires, le Conseil d'Etat oppose que la possibilité de sanctionner des faits de la vie privée constitue un « principe de droit généralement admis » (53).

L'appréciation que l'autorité pourra porter sur des faits relevant de la vie privée d'un agent sera cependant soumise au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat.

Selon celui-ci, l'autorité doit apprécier ce comportement « en fonction de ce que lui paraissent être les normes minimales d'un genre de vie décent auxquelles un fonctionnaire doit se tenir sans l'intérêt du service et selon les conceptions généralement admises du moment »; le contrôle juridictionnel aura pour seule portée de vérifier si l'autorité « pouvait raisonnablement considérer comme répondant aux normes communément admises à ce moment en la matière des normes que, dans le cas d'espèce, elle paraît avoir explicitement ou implicitement tenues pour telles » (54). Cette définition est conforme aux principes généraux qui délimitent la mission du juge administratif dans le contrôle des motifs des actes soumis à sa censure.

On examinera successivement les contraintes qui pèsent sur la vie privée des fonctionnaires en général (1) et celles qui affectent leur liberté d'expression et leurs droits politiques (2).

(52) N° 12394, du 16 mai 1967.

(53) *Van Dijk*, n° 18730, du 31 janvier 1978.

(54) C.E., *Holemans*, n° 11865, du 8 juin 1966.

1. Les contraintes affectant la vie privée en général

Parmi les dispositions réglementaires que l'on relève à cet égard, on relève de nombreuses règles relatives aux incompatibilités. Edictées dans le but d'assurer l'indépendance des fonctionnaires, elles peuvent être rigoureuses, notamment pour les fonctions de contrôle et pour la magistrature.

Les incompatibilités, comme les règles destinées à limiter les cumuls, n'opèrent généralement pas une restriction de la liberté du comportement privé, dans la mesure où elles tendent précisément à limiter des occupations professionnelles.

Cependant, le statut des agents de l'Etat comporte une disposition qui répute incompatible avec la qualité d'agent de l'Etat, non seulement toute occupation (article 49), mais même tout mandat ou service, même gratuit, dans des activités privées à but lucratif (article 50). La Cour de Cassation a interprété cette disposition avec rigueur en estimant que cette disposition s'applique même indépendamment de toute intention frauduleuse (55). La jurisprudence connaît quelques cas de sanctions disciplinaires appliquées sur base de ces dispositions (56).

Les règles d'incompatibilité peuvent interférer davantage dans la vie privée lorsqu'elles interdisent aussi l'exercice de certaines fonctions par le conjoint du fonctionnaire ou par personne interposée, ce qui est le cas de l'article 49 du statut des agents de l'Etat. Ces textes créent une présomption *iuris et de iure* d'interposition de personne dans le cas de l'exercice d'un commerce par le conjoint. Ils ont donné lieu à un arrêt assez impressionnant du Conseil d'Etat, qui admet le licenciement d'un gendarme dont l'épouse exerçait un commerce, malgré que l'intéressé ait fait état d'un dissentiment persistant entre lui-même et son épouse à ce propos, qui les aurait amenés à se séparer (57)!

Eu égard aux conditions sociales de notre époque, de telles dispositions (qui ne paraissent plus recevoir d'application effective) sont difficilement admissibles et il conviendrait d'exiger la preuve de l'interposition de personne.

(55) Cass., 24 octobre 1974, *Pas.* 1974, 235.

(56) Voy. not. C. E., *De Roo*, n° 2786, du 30 septembre 1953 et *Van Holder*, n° 13659, du 2 juillet 1969.

(57) C. E., *Paquot*, n° 6072, du 14 février 1958.

La jurisprudence comporte d'autre part plusieurs exemples de comportements privés ayant motivé l'application de sanctions disciplinaires. Ils sont des plus divers.

Dans certains cas, les faits retenus sont en rapport avec une qualification pénale. Rappelons que les deux contentieux sont indépendants et que, si l'autorité de chose jugée lie l'administration, rien ne lui interdit de considérer comme une faute disciplinaire des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale (58). Un agent de police a par exemple été révoqué pour avoir formulé certaines menaces à l'égard d'une jeune voisine, exigeant qu'elle se montre nue à sa fenêtre... Les faits avaient été classés sans suite au pénal eu égard aux troubles psychiques dont souffrait vraisemblablement l'intéressé. Le Conseil d'Etat a annulé la révocation notamment parce que les motifs de la décision qualifiaient les faits « menaces de mort », et utilisait ainsi une dénomination pénale alors que le délit n'était pas établi (59). On trouve aussi une décision relative au cas d'un gendarme qui, entretenant une liaison avec une femme mariée et des relations avec « une famille de mauvaise réputation », était accusé d'être le co-auteur d'un avortement; acquitté ultérieurement, il n'obtint pourtant pas l'annulation de son licenciement (60). Dans un autre cas, assez cocasse, un agent de police, s'étant rendu coupable... par plaisanterie, d'un hold-up simulé, fut révoqué malgré le classement sans suite au pénal (61).

Quelques autres cas doivent être relevés, qui ne présentent aucun rapport avec une instruction pénale. Ainsi, un caporal se voit rétrograder au grade de soldat pour n'être pas intervenu pour interrompre un viol dont on l'avait averti (62). Dans un arrêt célèbre, le Conseil d'Etat a admis aussi la suspension préventive et la rétrogradation d'une directrice d'école qui s'était couverte de dettes et empruntait auprès de ses collègues et, à l'occasion, dans les caisses de l'école (63). Un garde-champêtre encourt sa révoca-

(58) F. Delperée, *L'élaboration...*, op. cit., p. 95-96; C. E., *De Groelard*, n° 5647, du 14 mai 1957; *Guevorts*, n° 6417, du 26 juin 1958.

(59) C. E., *Lostermans*, n° 18258, du 4 mai 1977; l'arrêt constitue un exemple de contrôle approfondi des motifs.

(60) C. E., *Laforce*, n° 9908, du 1^{er} mars 1963. Le Conseil d'Etat décide notamment dans cet arrêt que l'article 390 du Code pénal, qui subordonne les poursuites en cas d'adultère à la plainte de l'époux, n'est pas applicable en matière disciplinaire.

(61) C. E., *Depelchin*, n° 17101, du 26 juin 1975.

(62) C. E., *François et Legrand*, n° 5656, du 11 juillet 1957.

(63) C. E., *Holemans*, n° 11865, du 8 juin 1966.

tion du fait d'inconduite notoire pour avoir entretenu une liaison avec une femme célibataire qui devint enceinte; ce qui est reproché à l'intéressé est essentiellement le fait que des rixes ont eu lieu entre sa femme et sa maîtresse au vu et au su des habitants du village, ce qui nuit à la dignité des fonctions exercées. Le Conseil d'Etat admet, en 1968, qu'il s'agit là d'une inconduite notoire justifiant la révocation (64).

Le relevé de ces quelques cas permet deux constatations. D'une part, les intéressés appartiennent dans la plupart des cas à des corps de police ou à l'armée, ce qui semble indiquer une attitude plus rigoureuse de l'autorité dans ces services. D'autre part, le contentieux n'est vraiment pas très abondant et on ne saurait conclure à un abus du pouvoir disciplinaire (65).

Le principe, cependant, reste celui de la non-protection de la vie privée. Il n'y a d'autres garanties à cet égard que celle du contrôle du Conseil d'Etat, qui porte sur le caractère raisonnable de l'appréciation de l'autorité administrative.

L'on peut s'étonner de cette absence de protection de la vie privée, mais il faut rappeler que, contrairement à un employeur privé, l'autorité administrative ne dispose pas du droit de licencier l'agent avec préavis sans lui reprocher de faute. Il est dès lors assez normal que l'appréciation de la faute puisse s'étendre à des faits extérieurs au comportement professionnel, s'ils compromettent le bon exercice des fonctions. C'est à propos de cette dernière condition qu'il faut espérer un contrôle juridictionnel rigoureux; la notion de dignité de la fonction publique doit être appréciée restrictivement et en tenant compte de l'état des mœurs contemporaines. Elle devrait viser l'exercice des fonctions elles-mêmes plutôt que la bonne renommée des fonctionnaires (66). Dans ces limites, il nous paraît que le principe d'une certaine appréciation de l'autorité sur des comportements privés qui influencent l'exercice des fonctions professionnelles, ne peut être purement et simplement écarté.

(64) C.E., *De Roo*, n° 12878, du 19 mars 1968.

(65) Il existe évidemment d'autres exemples de répression disciplinaire de faits de la vie privée, mais ils présentent généralement un rapport plus étroit avec les fonctions: il s'agit par exemple de cas d'absentéisme, d'alcoolisme influençant le service, de production de certificats médicaux falsifiés, etc. Voy. par ex. C.E., *Lauwers*, n° 1540, du 7 mai 1952 qui concerne des faits de la vie privée mais étroitement liés à un abandon de poste.

(66) Conception qui apparaît en filigrane dans l'arrêt *De Roo*, n° 12878 précité.

2. *Contraintes affectant la liberté d'expression et les droits politiques*

Les principes que nous venons d'évoquer trouvent également à s'appliquer dans le domaine de la liberté d'expression et des droits politiques des fonctionnaires. Des restrictions peuvent être apportées à ces droits et libertés, tant préventivement qu'à posteriori.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des cas de restrictions apportées préventivement aux droits politiques des fonctionnaires.

Dans un premier cas, il s'agissait d'une circulaire par laquelle le Ministre imposait aux agents de soumettre à son autorisation leur candidature aux élections communales (67).

Le Conseil d'Etat a estimé que, si l'autorité administrative pouvait obliger les agents à l'aviser de leur candidature, elle ne pouvait cependant soumettre celle-ci à autorisation. Les conditions d'éligibilité ainsi que les incompatibilités étant énumérées limitativement par la loi, il n'appartenait pas au Ministre d'y ajouter cette exigence. Les arguments retenus par cet arrêt s'attachent essentiellement à la question des compétences respectives du législateur et de l'exécutif et abordent peu la question du principe même de la licéité de mesures préventives.

L'arrêt Dumazy (68) porte au contraire précisément sur ce principe. Le ministre de la Défense nationale ayant enjoint aux objecteurs de conscience de s'abstenir de toute interview par voie de presse, le Conseil d'Etat annule la circulaire incriminée, au motif qu'une interdiction de nature aussi générale et absolue ne peut être admise. Ce qui est reproché à la circulaire ministérielle est de cominer une interdiction qui ne comporte ni limitation dans le temps ni indication des objets sur lesquels elle porte. Par contre, le principe de la licéité de mesures préventives plus limitées, donc présentant un rapport plus direct avec les nécessités du service, est admis par la haute juridiction administrative.

Enfin, le statut des agents de l'Etat comporte, à propos des activités politiques des fonctionnaires, une disposition qui interdit aux agents de « se livrer à aucune activité qui est en opposition

(67) *Bogaert et Debunne*, n° 1754, du 12 juillet 1952. Cette circulaire reprenait la teneur d'autres textes qui avaient consacré une longue pratique.

(68) N° 14141, du 4 juin 1970.

avec la Constitution et les lois du peuple belge, qui poursuit la destruction de l'indépendance du pays ou qui met en danger la défense nationale ou l'exécution des engagements de la Belgique en vue d'assurer sa sécurité» et ajoute qu'«ils ne peuvent adhérer ni prêter leur concours à un mouvement, groupement, organisation ou association ayant une activité de même nature» (article 9, alinéa 2). Encore qu'elle n'ait, semble-t-il, jamais connu d'application (69), cette disposition constitue une importante restriction réglementaire à la liberté d'association et d'opinion des agents de l'Etat. Appelé à se prononcer sur une disposition similaire visant les enseignants (70), le Conseil d'Etat a considéré qu'il ne s'agissait là que d'une confirmation de l'obligation de loyalisme imposée aux agents du fait de leur serment; la disposition n'excédait dès lors en rien les limites du pouvoir, reconnu à l'autorité, de restreindre l'exercice des droits et libertés des fonctionnaires eu égard aux nécessités de la fonction à pourvoir. Le Conseil d'Etat souligne que le texte incriminé ne vise pas de simples opinions, mais l'exercice d'activités.

On doit noter que la loi elle-même établit aussi, pour certaines catégories de fonctionnaires, des interdictions plus larges. Pour les gendarmes par exemple, la loi est extrêmement restrictive puisqu'elle va jusqu'à leur interdire toute affiliation à un parti politique (71).

Les mesures préventives paraissent, ainsi, être assez largement admises par le Conseil d'Etat qui y voit davantage la confirmation d'obligations préexistantes que l'introduction de contraintes spécifiques. Pourtant, il faut remarquer qu'elles sont indiscutablement contraires à la rigueur des principes constitutionnels, qui interdisent les mesures préventives, même par voie législative, dès lors qu'elles ne concernent pas les libertés s'exerçant dans des lieux publics (72). On semble dissocier ici l'autorité publique comme telle, agissant à l'égard de l'ensemble des citoyens, de l'autorité publique apparaissant comme employeur et dotée à ce titre de pouvoirs plus étendus.

(69) F. Rigaux et F. Delperée, *op. cit.*, p. 357.

(70) *Zumkir*, n° 15446, du 12 juillet 1972.

(71) Loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline des forces armées, article 15.

(72) A. Mast, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Story-scientia, 1963, n° 376 et sv.; F. Delperée, *Précis de droit constitutionnel*, Larcier, 1980, n° 168 et sv.; J. Rivero, *Les libertés publiques*, Themis, P. U. F., 1973, p. 176 à 200.

Indépendamment de ces dispositions relativement précises, on admet également que l'exercice des droits et libertés peut donner lieu à des sanctions disciplinaires lorsqu'il a lieu en violation de l'obligation de réserve (73). Il s'agit dans ce cas de restrictions a posteriori.

L'obligation de réserve qui s'impose aux fonctionnaires en général est d'une portée très vague (74) et varie selon les fonctions exercées. Elle est liée au principe de la neutralité des autorités publiques, qui exige que les personnes publiques et par conséquent leurs organes, ne fassent pas preuve d'un attachement partisan à certaines tendances politiques ou idéologiques.

La Cour de Cassation a fait application de ce principe à un conseiller d'Etat, membre actif du parti communiste (75). Se fondant sur la nécessité d'une parfaite impartialité des magistrats, la Cour de Cassation a estimé que « en se conduisant en agent actif d'un parti politique, le conseiller a gravement manqué à la réserve que lui impose son état ». Il faut remarquer qu'en cette espèce, ce qui était reproché au magistrat n'était ni son adhésion à un parti politique comme telle, ni le caractère éventuellement subversif de l'idéologie communiste, mais le fait d'afficher ouvertement son appartenance politique, par des activités de propagande et de formation des militants.

La même rigueur n'est évidemment pas exigée de tous les fonctionnaires auxquels il suffira le plus souvent de ne pas faire état de leur qualité à l'occasion d'activités politiques.

L'obligation de réserve comporte également des aspects relatifs à la simple expression d'opinions (76). Si les fonctionnaires publics ont la liberté d'exprimer des critiques à l'égard de la politique gouvernementale ou de celle de leurs supérieurs hiérarchiques, ils se doivent d'observer une certaine « réserve » consistant à modérer-

(73) J. Rivero, « Sur l'obligation de réserve », *A. J. D. A.* 1971, p. 578 et sv.; J. Van Beneden, « Algemene beschouwingen over de spreekvrijheid van de ambtenaar », *T. B. P.* 1972, p. 293 et sv.; E. De Luyck, *op. cit.*

(74) Voy. M. Herbiet, « Le secret dans l'administration », *Ann. Fac. dr. Lg.* 1975, particulièrement p. 180 et sv.

(75) Cass., 15 mars 1951, *Pas.*, I, 476.

(76) Comme l'a fait remarquer M. Herbiet, (*op. cit.*), l'obligation de réserve doit être distinguée du devoir de discrétion des agents publics. Ces deux termes, souvent confondus, visent des obligations bien distinctes. Le devoir de discrétion, procédant notamment de l'article 9, alinéa 2, du statut des agents de l'Etat, relève du domaine du secret professionnel au sens large et consiste à ne pas révéler de faits précis en rapport avec les questions de service. Sa portée est d'ailleurs excessivement vague.

la forme de ces critiques. La jurisprudence comporte plusieurs cas de sanctions disciplinaires motivées par des propos injurieux ou calomnieux, ou simplement « excessifs » dans leur virulence.

Des délégués syndicaux ont parfois fait l'objet de sanctions, par exemple pour avoir comparé la politique des autorités communales aux « pratiques des acolytes du Herrenvolk » (77) ou plus simplement pour avoir déclaré que les autorités n'attachaient aucune importance à la consultation des comités de consultation syndicale (78). Le Conseil d'Etat exerce à cet égard son contrôle de légalité et il exigera à ce titre l'indication des motifs de la sanction, notamment lorsqu'il leur est reproché leur caractère injurieux ou calomnieux; dans les arrêts *Wintraecken* et *Meulepas* notamment (79), cette exigence apparaît de manière particulièrement claire.

Pour conclure, il faut constater que les limites affectant les droits et libertés des fonctionnaires procèdent très largement de principes généraux et d'un droit prétorien. Les textes réglementaires sont loin de fournir une image suffisamment claire de ce régime juridique.

Outre les suggestions que l'on peut émettre quant au fond — et principalement celle de voir davantage accentué le rapport avec l'exercice des fonctions —, on peut estimer que l'insécurité juridique et l'imprécision des textes sont excessifs dans un domaine d'une telle importance.

Conclusions

Au terme de ce trop rapide tour d'horizon, il nous faut constater que le droit de la fonction publique, largement fondé en ce domaine sur les principes dégagés par la jurisprudence, n'aménage pas une protection spécifique de la vie privée. Les protections juridiques fort importantes dont bénéficie le fonctionnaire sont aménagées en fonction d'autres catégories, telles le principe d'égalité et la garantie de la stabilité de l'emploi; le concept de vie privée n'y apparaît pas pour circonscrire un régime de protection particulier, mais seulement pour désigner ce champ extra-professionnel où l'autorité peut intervenir dans la mesure des nécessités de la fonction.

(77) *Lievens*, n° 20811, du 16 décembre 1980.

(78) *Godbille*, n° 13507, du 18 avril 1969.

(79) N° 13121, du 25 juillet 1968, et n° 589, du 27 novembre 1950.

Comment envisager le progrès du droit en cette matière ? Une intervention d'ordre législatif ou réglementaire paraît bien difficile à organiser, eu égard à l'imprécision des notions qui sont en jeu comme, surtout, au caractère même des problèmes qui se posent : ne s'agit-il pas, dans la plupart des cas, de conflits de valeurs qui ne sauraient être tranchés de manière systématique ? Tout au plus peut-on souhaiter, dans l'intérêt de la sécurité juridique, une meilleure adéquation entre l'état des textes et les pratiques suivies ainsi que les principes jurisprudentiels.

C'est en effet la jurisprudence qui semble détenir les clés d'une évolution en la matière. Qu'il nous soit permis de formuler pour terminer trois souhaits à cet égard, dans le souci d'une meilleure protection de la vie privée. Ce serait tout d'abord de voir la jurisprudence suivre au plus près l'état des mœurs contemporaines — souhait banal sans doute mais non moins essentiel pour autant —. Ce serait ensuite de voir définir les divers concepts auxquels il est recouru, par référence à un principe de liberté individuelle qui, consacré dans les textes les plus fondamentaux de notre droit, comporte somme toute l'essentiel de ce que nous avons approché sous la notion de vie privée. Ce serait enfin de voir maintenir et se développer les garanties traditionnelles du contrôle juridictionnel, des exigences de motivation et des contraintes procédurales qui nous semblent constituer des instruments de protection adéquats.