strada lex

ANALYSES ET COMMENTAIRES

Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme : éléments de synthèse *

par Frédéric KRENC
Avocat au barreau de Bruxelles
Secrétaire général de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

INTRODUCTION

1. Il n'est plus contesté aujourd'hui que le fonctionnaire jouit, en règle générale, des droits et libertés énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme [1].

Pourtant, dès les premiers arrêts *Glasenapp* et *Kosiek*, la Cour européenne des droits de l'homme avait dû se rendre à l'évidence : à la différence de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le droit d'accéder à la fonction publique n'est pas garanti par la Convention européenne des droits de l'homme ni par aucun de ses Protocoles additionnels [2]. Pis, les textes conventionnels ignorent purement et simplement la notion de « fonction publique ».

Cela n'a toutefois pas empêché le juge européen des droits de l'homme de poser, dans ces mêmes arrêts, le principe selon lequel « *en règle générale, les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires* » [3]. Le prescrit de

* Ce texte constitue la version enrichie de communications présentées à Bruxelles, le 21 juin 2005, à l'occasion d'un colloque organisé par I.F.E., et à Cracovie, le 14 octobre 2005, lors d'un colloque organisé par l'Institut des droits de l'homme des avocats européens, le Conseil national du barreau polonais et le barreau de Cracovie.

[1] Voy. B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge,* préface de R. ANDERSEN, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 32, Bruxelles, 2001. Il est vrai que l'affirmation selon laquelle la protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme s'étend aux fonctionnaires peut surprendre *a priori*, dans la mesure où ce sont ces mêmes fonctionnaires qui, par leurs actes ou leurs abstentions coupables, sont à la base des violations de la Convention. Les agents de la fonction publique apparaissent « *à la fois comme auteurs et comme victimes potentiels de la Convention* » (B. LOMBAERT, *op. cit.*, p. 1).

[2] Cour eur. dr. h., arrêts *Glasenapp c. Allemagne* et *Kosiek c. Allemagne* du 28 août 1985.

[3] Cour eur. dr. h., arrêt *Glasenapp* précité, § 49 et *Kosiek* précité, § 35.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

la Convention de sauvegarde ne s'arrête donc pas aux portes de l'administration.

Considéré autrefois comme « *un simple rouage d'une structure hiérarchique de type militaire* » qui « *subissait une sorte d'incapacité mineure d'exercice* » [4], le fonctionnaire est un individu qui jouit, comme tout un chacun, des droits et libertés consacrés par la Convention de sauvegarde. L'article 1er de la Convention dispose, en effet, que les Etats doivent garantir le bénéfice des libertés qu'elle énonce à « *toute personne* » relevant de leur juridiction, l'article 14 précisant que cette jouissance doit se faire « *sans distinction aucune* » [5].

Cependant, le fonctionnaire n'est pas un individu « comme un autre ». Parce qu'il est, à la fois, au service de l'Etat et du citoyen, qu'il exerce des missions d'intérêt général et qu'il peut être amené à user de prérogatives relevant de la puissance publique, l'agent public est tenu par un certain nombre de devoirs dont les contours sont parfois nébuleux.

Les lignes qui suivent portent sur les droits que le fonctionnaire tire de la Convention européenne des droits de l'homme [6], ainsi que sur les devoirs qu'il peut se voir imposer. Il s'agit de donner un aperçu général, et non exhaustif, du droit de la Convention applicable à la fonction publique, à travers un choix de décisions issues de la jurisprudence européenne et nationale [7], dont les récents développements retiendront davantage l'attention.

I. — La prohibition du travail forcé ou obligatoire (art. 4, 2° de la Convention)

2. Comme nous le verrons plus loin, le serment que doit prêter tout fonctionnaire avant d'entrer en fonction marque l'acceptation de sa nomination ainsi que des charges qui en découlent. Il tend également à respecter le pres-

[4] R. Andersen, préface de l'ouvrage de B. Lombaert, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge, op. cit.*, p. 1.

[5] La circonstance que l'article 11, § 2 de la Convention de sauvegarde autorise des restrictions spéciales à l'exercice des libertés de réunion et d'association des « *membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat* » confirme implicitement que le fonctionnaire est, en règle générale, protégé par la Convention.

[6] ... telle qu'elle est nourrie par l'interprétation dynamique et évolutive fournie par la Cour européenne des droits de l'homme (voy. à cet égard F. Sudre, « L'article 3*bis* de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », in *Libertés, justice et tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1501).

[7] La structure de la présente contribution correspond à l'ordre des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

crit de l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe le travail forcé ou obligatoire [8].

II. — Le droit à un procès équitable (art. 6 de la Convention)

3. La jurisprudence de l'« ancienne » Cour européenne des droits de l'homme était fondée sur un principe d'*exclusion* : le contentieux de la fonction publique n'était, en principe, pas soumis aux exigences du procès équitable. La Cour européenne a ainsi eu l'occasion de rappeler à de multiples reprises que « *les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sortent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6, § 1 de la Convention* » [9].

Au fil du temps, l'ancienne Cour a apporté un tempérament à cette exclusion de principe en considérant que l'article 6 de la Convention s'applique lorsque le litige porte sur un droit « *purement* » [10] ou « *essentiellement* » [11] patrimonial, qui ne met pas en cause les prérogatives discrétionnaires de l'administration [12].

Cependant, cette jurisprudence a été vivement critiquée pour son incohérence et son manque de prévisibilité. Elle générait une insécurité juridique au sein des ordres juridiques nationaux [13].

---

[8] Voy. B. Lombaert, « Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux ? », in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 496.

[9] Cour eur. dr. h., arrêt *Lombardo c. Italie* du 26 novembre 1992, § 16; arrêt *Massa c. Italie* du 24 août 1993, § 26; arrêt *Spurio c. Italie* du 2 septembre 1997, § 18; arrêt *Ryllo c. Italie* du 2 septembre 1997, § 19; arrêt *Huber c. France* du 19 février 1998, § 36; arrêt *Maillard c. France* du 9 juin 1998, § 39; arrêt *Couez c. France* du 24 août 1998, § 24.

[10] Cour eur. dr. h., arrêt *Lombardo c. Italie* du 26 novembre 1992; arrêt *Massa c. Italie* du 24 août 1993; arrêts *De Santa c. Italie*, *Lapalorcia c. Italie* et *Abenavoli c. Italie* du 2 septembre 1997.

[11] Cour eur. dr. h., arrêt *Nicodemo c. Italie* du 2 septembre 1997.

[12] Cour eur. dr. h., arrêt *Cazenave de la Roche c. France* du 9 juin 1998; arrêt *Le Calvez c. France* du 29 juillet 1998; arrêt *Benkessiouer c. France* du 24 août 1998; arrêt *Couez c. France* du 24 août 1998.

[13] Sur cette jurisprudence, voy. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7e éd., P.U.F., Paris, 2005, p. 325; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Lévinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2e éd., P.U.F., Paris, 2004, pp. 181 et s.; M. Öncü, *La fonction publique et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 31 et s.; M. Puéchavy, « Les fonctionnaires et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 673 et s.; P. Tavernier, « Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 707 et s., spéc. pp. 713-715.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

4. La « nouvelle » Cour a, par son arrêt *Pellegrin,* tenté de remédier à ces « *inconvénients* » [14]. Elle souhaitait « *mettre un terme à l'incertitude qui entoure l'application des garanties de l'article 6, § 1er aux litiges entre l'Etat et ses agents* » (§ 61).

Dans cet arrêt, la Cour a tiré un trait sur le passé et consacre un nouveau critère « fonctionnel », fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités confiées à l'agent. Elle décide que « *sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention 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'Etat ou des autres collectivités publiques* » (§ 66) [15]. Et le Cour d'ajouter qu'« *un exemple manifeste de telles activités est constitué par les forces armées et la police* » (*ibidem*).

La Cour juge, par ailleurs, inopérante la distinction traditionnellement opérée entre les agents contractuels et statutaires (§ 62) [16]. Elle enseigne également que les litiges relatifs aux pensions relèvent, tous, du domaine de l'article 6 de la Convention « *parce que, une fois admis à la retraite, l'agent a rompu le lien particulier qui l'unit à l'administration* » (§ 67) [17].

5. Le nouveau critère arrêté par l'arrêt *Pellegrin* est-il pleinement satisfaisant ? Dans une opinion dissidente commune émise en marge de l'arrêt, les juges Tulkens, Fischback, Casadevall et Thomassen ont souligné que la mise en œuvre du critère fonctionnel « *n'échappe pas à un risque d'arbitraire et crée une nouvelle zone d'incertitude* », avant de déplorer que « *le nouveau critère prive (...) tout un groupe de personnes, celles dont les fonctions impliquent une participation à la puissance publique, d'une garantie fondamentale dans un Etat de droit, à savoir le droit d'accès à un tribunal et à un procès équitable* ». On ne peut, avec Sébastien van Drooghenbroeck, que partager

[14] Tel est le terme utilisé par la Cour (§ 63).

[15] En réalité, la Cour européenne des droits de l'homme emprunte la définition, donnée par la Cour de justice des Communautés européennes, des « *emplois dans l'administration publique* » que vise l'article 39 du Traité CE relatif à la libre circulation des travailleurs. Voy. S. WEERTS, « L'européanisation de la fonction publique : illustration du phénomène à travers un examen jurisprudentiel de quelques principes généraux du droit de la fonction publique », in S. DEPRÉ et C. MOLITOR (éd.), *Etat des lieux de la fonction publique*, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 59, Bruxelles, 2005, pp. 33 et s. On soulignera d'autre part que la distinction opérée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Pellegrin* — selon que l'agent exerce ou non des tâches relevant de l'exercice de la puissance publique — avait déjà été pratiquée par le Conseil d'Etat dans un arrêt *Vercammen* du 26 septembre 1984.

[16] En l'occurrence, M. Pellegrin était un agent contractuel qui exerçait outre-mer des fonctions de coopérant-conseiller technique. Constatant que les tâches assignées au requérant lui conféraient d'importantes responsabilités dans le domaine des finances publiques de l'Etat, la Cour européenne a considéré que l'article 6 n'était pas applicable en l'espèce.

[17] Voy. Cour eur. dr. h., décision *Bruxelles c. France* du 24 juin 2003.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

cette opinion : « *Aperçoit-on quelque nécessité logique, voire même quelque rationalité que ce soit, dans le fait que le fonctionnaire subalterne ait le droit à un procès impartial mené dans un délai raisonnable, alors que son supérieur hiérarchique devrait, quant à lui, supporter les partis pris du juge et la lenteur de la justice ?* » [18]. Le prescrit de la Convention de sauvegarde s'arrêterait-il aux portes de la Haute administration ?

La pertinence de ces objections n'a toutefois pas empêché le juge européen des droits de l'homme de procéder à une application rigoureuse de sa nouvelle jurisprudence dans l'affaire *R. c. Belgique*. Etait en cause la revendication par un officier de réserve du paiement d'une pension en réparation des lésions encourues lors d'un rappel à l'armée. Considérant que la situation du requérant « *ne se distinguait pas de celle des militaires d'active et relev[ait] dès lors de façon 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'Etat* » (§ 44), la Cour européenne a jugé, à l'unanimité, que la revendication du requérant ne portait pas sur un droit de caractère civil au sens de l'article 6 de la Convention [19].

Cette décision a été critiquée par Pierre Lambert qui se demande « *en quoi les activités plus sportives qu'intellectuelles lors du rappel militaire, en temps de paix, d'un officier de réserve désireux d'ajouter quelques étoiles et quelques barrettes supplémentaires à son uniforme occasionnel, constituent l'exercice de la puissance publique (...)* », avant d'ajouter que « *si l'adoption d'un critère fonctionnel a étendu le champ d'application de l'article 6, 1° de la Convention, l'abandon sans nuances de l'aspect patrimonial dans la définition de ce critère peut constituer, dans certains cas, tel celui ayant donné lieu à l'arrêt cité, un recul de la jurisprudence* » [20].

La Cour européenne a, en revanche, conclu à l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à la procédure diligentée par un agent contractuel relevant du ministère de l'Economie et des Finances à l'encontre de l'Etat français, « *compte tenu de la nature des fonctions exercées en l'espèce par le requérant et du degré peu élevé de ses responsabilités* » [21]. Au gouvernement français

[18] S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme — Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001) », *Dossiers du Journal des tribunaux*, n° 39, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 71. *Adde* P. LAMBERT, « L'évolution de la fonction de juger en droit disciplinaire », in *Mélanges offerts à Jacques van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 289 et s., ici p. 301.

[19] Cour eur. dr. h., arrêt *R. c. Belgique* du 27 février 2001. Comp. C.J.C.E., arrêt *Anker et autres* du 30 septembre 2003, C-47/02.

[20] « Les pensions de réparation des lésions encourues par un officier de réserve et l'article 6, 1° de la Convention de sauvegarde », *J.T.*, 2001, p. 366.

[21] Cour eur. dr. h., arrêt *Frydlender c. France* du 27 juin 2000, § 39.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

qui soutenait que le requérant exerçait une mission relevant de l'activité diplomatique de la France, la Cour européenne a répondu que le requérant, qui avait été affecté au poste de l'expansion économique de New York pour s'occuper de la promotion des vins, bières et spiritueux français, « *n'accomplissait aucune tâche susceptible d'être rattachée, directement ou indirectement, à une mission visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat* » (§ 39) [22].

La confrontation des arrêts *Frydlender* — applicabilité de l'article 6 — et *Pellegrin* — inapplicabilité de l'article 6 — peut laisser plus d'un observateur sceptique [23]. Sans doute faut-il y voir l'intention de la Cour d'interpréter de manière restrictive les exceptions aux garanties offertes par l'article 6, ainsi qu'elle l'avait d'ailleurs annoncée dans son arrêt *Pellegrin* (§ 64) [24].

6. Toujours est-il que la jurisprudence *Pellegrin*, pour critiquable qu'elle soit [25], n'en est pas moins aujourd'hui fermement établie, la Cour européenne n'entendant manifestement pas s'en départir.

A titre d'exemple, on relèvera qu'en application de cette jurisprudence, l'article 6 de la Convention a été déclaré applicable aux litiges mettant en cause la concierge d'une école publique [26], un médecin psychiatre [27], un adjoint administratif à l'Assistance publique de Paris [28], des enseignants [29], un professeur d'université [30], des infirmières et des membres du personnel technique d'un hôpital public [31], un fonctionnaire affecté dans des instituts de criminologie [32], un fonctionnaire officier de justice [33], un enseignant de

[22] Voy. l'opinion séparée de la juge Tulkens qui souligne les difficultés d'application des critères dégagés par l'arrêt *Pellegrin*.

[23] Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 70.

[24] Voy. P. WACHSMANN, « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique », *Rev. trim. dr. h.*, 2000, pp. 819 et s., ici pp. 849-850; B. LOMBAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge », *op. cit.*, p. 30; F. SUDRE et C. PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, Paris, 2003, pp. 29-30.

[25] Voy. J. VELU, *Considérations sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs au droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la Belgique*, Académie royale de Belgique, Classe des Lettres, Bruxelles, 2004, p. 13.

[26] Cour eur. dr. h., arrêt *Procaccini c. Italie* du 30 mars 2000.

[27] Cour eur. dr. h., arrêt *Satonnet c. France* du 2 août 2000.

[28] Cour eur. dr. h., arrêt *Lambourdière c. France* du 2 août 2000.

[29] Cour eur. dr. h., décision *Murat Akat c. Turquie* du 15 mars 2005 et décision *Sirin Bulga et autres c. Turquie* du 15 mars 2005.

[30] Cour eur. dr. h., décision *Karnezis c. Grèce* du 5 juin 2003.

[31] Cour eur. dr. h., décision *Bedriye Ertas Aydin et autres c. Turquie* du 15 mars 2005.

[32] Cour eur. dr. h., arrêt *Castanheira Barros c. Portugal* du 26 octobre 2000.

[33] Cour eur. dr. h., arrêt *Alberto Sanchez c. Espagne* du 16 novembre 2004.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

musique byzantine [34], le vice-président d'une caisse d'assurance maladie [35], un directeur général, un directeur délégué, un directeur adjoint et un agent comptable d'une caisse d'assurance maladie [36]...

Impliquent, par contre, une participation à l'exercice de la puissance publique les fonctions de militaire [37], de diplomate [38], de magistrat [39], ainsi que de greffier en chef du tribunal du travail de Charleroi [40]...

Dans une affaire *Strungariu* ayant donné lieu à un arrêt du 29 septembre 2005, la Cour européenne n'a pas déclaré inapplicable l'article 6 de la Convention, alors que le requérant était au service de l'Autorité pour la privatisation et l'administration de participations de l'Etat [41]. En vérité, le gouvernement roumain avait renoncé à soulever une exception d'irrecevabilité fondée sur la participation du requérant à l'exercice de la puissance publique. Selon le juge Caflisch, qui a émis une opinion séparée à laquelle s'est rallié le juge Bîrsan, la requête aurait dû être déclarée irrecevable si le gouvernement roumain avait invoqué une telle exception.

De la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique, il ressort notamment que les fonctions d'inspecteur général et de directeur à la direction générale de l'agriculture du ministère de la Région wallonne comportent, « *par leur niveau comme par leur contenu* », une participation à l'exercice de la puissance publique [42]. En revanche, un collaborateur scientifique d'un musée ne participe pas, fût-ce de manière occasionnelle ou marginale, à l'exercice de la puissance publique [43].

7. Devant les nouvelles incertitudes générées par l'arrêt *Pellegrin*, dont l'effort pédagogique fut salué à juste titre [44], de nombreuses voix se sont élevées pour que soit adopté un protocole additionnel à la Convention, qui généraliserait l'application des garanties du procès équitable à l'ensemble du

[34] Cour eur. dr. h., décision *Mavroudis c. Grèce* du 2 septembre 2004.
[35] Cour eur. dr. h., décision *Miclici c. Roumanie* du 3 mai 2005.
[36] Cour eur. dr. h., arrêt *Rey et autres c. France* du 5 octobre 2004.
[37] Cour eur. dr. h., arrêt *Mosticchio c. Italie* du 5 décembre 2000; décision *Keles c. Turquie* du 29 janvier 2002; décision *Talavera Iniesta c. Espagne* du 5 novembre 2002; décision *Amaxopoulos et autres c. Grèce* du 6 février 2003.
[38] Cour eur. dr. h., décision *Martinez-Caro De La Concha Castaneda et autres c. Espagne* du 7 mars 2000.
[39] Cour eur. dr. h., décision *Pitkevich c. Russie* du 8 février 2001 et *Dziautas c. Lituanie* du 1er juillet 2003. Voy. à cet égard M. MICHALAUSKAS, « Brèves réflexions sur l'applicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux relatif au statut des magistrats », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 645 et s.
[40] Cour eur. dr. h., décision *Laloyaux c. Belgique* du 14 novembre 2002.
[41] Cour eur. dr. h., arrêt *Strungariu c. Roumanie* du 29 septembre 2005.
[42] C.E., arrêt *Beguin,* n° 143.919, du 29 avril 2005.
[43] C.E., arrêt *Caufriez,* n° 138.684, du 20 décembre 2004.
[44] S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 70-71.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

contentieux de la fonction publique [45]. Ces auteurs déplorent qu'en ce début de troisième millénaire, des personnes demeurent privées de garanties qui sont consubstantielles à l'Etat de droit.

Même si nous partageons ce souci, l'affirmation d'une absence d'une protection généralisée des fonctionnaires sous l'angle de l'équité de la procédure doit être nuancée, s'agissant à tout le moins du contentieux de la fonction publique belge. En effet, dans les cas où l'article 6 de la Convention ne peut être invoqué, il peut être fait appel aux principes généraux du droit, au premier rang desquels figurent les principes d'impartialité, de délai raisonnable et du respect des droits de la défense [46].

Les garanties offertes par ces principes [47] sont, dans une très large mesure, empruntées à l'article 6, lequel demeure la norme de référence, même lorsque le juge administratif se refuse à l'appliquer. « *Les circonlocutions des arrêts servent à masquer l'acquiescement du cœur* » [48], confie le Premier Président Andersen.

Dans l'affaire *Rémy* par exemple, un agent invoquait, devant le Conseil d'Etat, l'article 6 de la Convention de sauvegarde et, en particulier, le droit d'être informé, dans le plus bref délai, d'une façon détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Le requérant soutenait n'avoir pas pu prendre connaissance de différentes pièces ayant justifié la mesure de suspension prise à son encontre. Le Conseil d'Etat a conclu au caractère manifestement fondé du moyen après avoir rappelé que « *si les dispositions dont la méconnaissance est vantée par le requérant ne sont pas applicables, elles n'en sont pas moins la transposition générale des droits de la défense et du droit d'être entendu, dont la méconnaissance peut être soulevée d'office* » [49].

Le principe du respect des droits de la défense est, en effet, d'ordre public [50]. Il a valeur législative, comme l'énonce l'arrêt *Vantighem* du

[45] Voy., en ce sens, B. LOMBAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge », *op. cit.*, pp. 49-50; P. WACHSMANN, « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique », *op. cit*., p. 850 et M. ÖNCÜ, « La fonction publique et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit*., p. 98.

[46] Voy. R. ANDERSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire dans la fonction publique belge », *Rev. trim. dr. h*., 1995, pp. 240 et s.; R. ERGEC, « L'influence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T*., 1993, p. 7; O. DAURMONT et D. BATSELÉ, « 1985-1989 : cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux du droit administratif », *A.P.T*., 1990, p. 262.

[47] Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, Bruxelles, 2002, pp. 169 et s., et pp. 819 et s.; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'Etat de Belgique — 50 ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 593 et s.

[48] *Op. cit*., p. 244.

[49] C.E., arrêt *Rémy*, n° 117.876, du 2 avril 2003.

[50] C.E., arrêt *Parent*, n° 126.569, du 18 décembre 2003.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

Conseil d'Etat : « *Considérant que le respect des droits de la défense en matière disciplinaire est un principe général qui a valeur législative ; qu'il signifie que la personne poursuivie doit être mise en mesure de préparer utilement sa défense en pleine connaissance de cause ; qu'à cette fin, l'autorité doit établir un dossier, informer la personne concernée avec précision et en temps utile de tous les faits mis à sa charge et de ce qu'une sanction est envisagée, permettre à l'agent de consulter le dossier complet, lui donner la possibilité de se faire assister d'un défenseur de son choix, lui laisser un délai suffisant pour préparer sa défense, l'entendre préalablement et le mettre en mesure de discuter les éléments rassemblés à l'appui de l'accusation (...)* » [51].

La Cour d'arbitrage a également précisé qu'en matière disciplinaire, les droits de la défense doivent être respectés en tant que principe général de droit et que la charge de la preuve incombe à l'autorité qui poursuit. Par un arrêt rendu le 25 janvier 2001, la Cour a annulé l'article 25 de la loi du 13 mai 1999 portant le statut disciplinaire des membres du personnel des services de police, en ce qu'il disposait que l'agent était tenu de « *collaborer loyalement* » aux enquêtes disciplinaires le concernant, la Cour d'arbitrage ayant jugé que cette obligation méconnaissait le droit au silence de l'agent [52].

Aussi l'autorité investie du pouvoir disciplinaire doit-elle respecter le principe d'impartialité, lequel s'oppose à ce qu'une personne soit à la fois juge et partie, notamment parce qu'elle aurait, dans une même affaire, joué un rôle d'instruction et de décision ou parce qu'elle aurait un intérêt personnel à l'orientation de la décision [53].

Quant à l'obligation de motiver adéquatement toute sanction disciplinaire, celle-ci est prescrite par la loi : en application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, l'acte juridique unilatéral qui porte une sanction disciplinaire doit indiquer les manquements retenus à charge de l'intéressé ainsi que les raisons pour lesquelles l'autorité administrative a choisi la sanction infligée [54].

Enfin, à l'instar des juridictions, les organes de l'administration active sont tenus de statuer dans un « délai raisonnable », celui-ci s'appréciant selon les circonstances de l'espèce, et plus particulièrement, en fonction de

[51] C.E., arrêt *Vantighem*, n° 100.858, du 14 novembre 2001.

[52] C.A., arrêt n° 4/2001 du 25 janvier 2001, cons. B.5.5.

[53] C.E., arrêt *Bouchon*, n° 147.709, du 18 juillet 2005 ; C.E., arrêt *C.P.A.S. d'Houffalize*, n° 138.787, du 22 décembre 2004 ; C.E., arrêt *Montens d'Oosterwijck*, n° 138.716, du 21 décembre 2004 ; C.E., arrêt *Dumont*, n° 123.819, du 3 octobre 2003 ; C.E., arrêt *Poncin*, n° 120.658, du 17 juin 2003 ; C.E., arrêt *Lejeune*, n° 111.814, du 23 octobre 2002.

[54] Voy. P. BOUCQUEY, « La motivation formelle en matière de fonction publique », in P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, La Charte, Bruxelles, 2005, pp. 101-138.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

la nature de la cause, du comportement du requérant et de celui de l'autorité [55].

S'agissant des juridictions, on ne compte plus les arrêts du juge européen condamnant la Belgique pour manquement à l'exigence du « délai raisonnable ». Si c'est souvent l'arriéré des juridictions bruxelloises qui est pointé du doigt, la lenteur des procédures diligentées devant le Conseil d'Etat est également stigmatisée [56].

Le Conseil d'Etat lui-même a confessé dans un arrêt *Caufriez* rendu le 20 décembre 2004 [57] que la durée de la procédure en annulation ne pouvait, dans le cas d'espèce, être qualifiée de raisonnable. Le Conseil d'Etat a, à cette occasion, déploré le manque de moyens dont dispose la section d'administration pour faire face à l'engorgement de son rôle.

Le hasard a voulu que deux jours à peine après le prononcé de l'arrêt *Caufriez*, la Cour européenne des droits de l'homme condamne à nouveau l'Etat belge pour dépassement du délai raisonnable [58]. En l'occurrence, 22 ans et demi ont séparé l'introduction de la requête devant le Conseil d'Etat du prononcé de l'arrêt... ce qui constitue un triste record [59]...

L'incapacité du Conseil d'Etat de statuer dans un délai raisonnable a également été plaidée aux fins de justifier du maintien d'un intérêt au recours introduit contre la promotion d'un tiers, nonobstant l'admission du requérant à la retraite. Celui-ci soutenait que la survenance, après l'expiration du délai raisonnable, d'une circonstance — l'admission à la retraite — qui ferait disparaître son intérêt à l'annulation ne pouvait, en l'espèce, conduire au rejet de sa requête pour défaut d'intérêt. La Haute juridiction administrative n'a cependant pas suivi cette argumentation, considérant que l'éventuel constat du dépassement du délai raisonnable n'aurait eu aucune incidence sur la situation du requérant [60].

La question de savoir si un requérant justifie encore d'un intérêt à la poursuite de son recours alors que l'annulation qu'il postule n'est plus de nature à lui permettre d'exercer le mandat qu'il briguait, a été examinée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dans un arrêt *Hendrix* du 23 juin 2004 [61]. En l'espèce, le mandat d'administrateur de ceux dont le requérant contestait la désignation avait pris fin en cours de procédure, les mandats

[55] Voy., parmi d'autres, C.E., arrêt *Lequi*, n° 112.461, du 12 novembre 2002.

[56] Voy., par exemple, les arrêts *Taveirne et autres c. Belgique* du 15 janvier 2004 et *Entreprises Robert Delbrassine s.a. c. Belgique* du 1er juillet 2004.

[57] C.E., arrêt *Caufriez*, n° 138.684, du 20 décembre 2004.

[58] Cour eur. dr. h., arrêt *Stoeterij Zangersheide n.v. et autre c. Belgique* du 22 décembre 2004.

[59] On ne manquera pas d'observer que la Cour de Strasbourg a, elle aussi, pris près de 6 ans pour se prononcer en l'espèce...

[60] C.E., arrêt *Beguin,* n° 143.919, du 29 avril 2005.

[61] C.E., arrêt *Hendrix*, n° 132.915, du 23 juin 2004.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

concernés ayant une durée de six ans. Le requérant alléguait que lui dénier tout intérêt en pareille circonstance serait contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde. Le Conseil d'Etat a souligné tout d'abord que « *l'intérêt à engager une instance devant le juge judiciaire et la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas comparable à celui d'un recours devant le Conseil d'Etat, dès lors qu'il s'agit, dans le premier cas, de litiges portant sur des droits subjectifs alors que le contentieux du Conseil d'Etat est objectif et ne vise pas à préciser les droits du requérant mais bien à déterminer si la décision attaquée est intervenue correctement* ». Il a considéré ensuite que l'article 6 de la Convention n'a pas été violé par le simple fait que le requérant ne pourrait plus s'adresser au Conseil d'Etat, avant de préciser que « *l'article 6 (...) n'implique pas qu'un recours en annulation doit pouvoir être formé contre toute décision de l'autorité concernant des droits et des obligations de nature civile et dans n'importe quelle condition* ».

8. Parallèlement aux principes généraux dégagés par la jurisprudence, les statuts offrent de nombreuses garanties au bénéfice de l'agent qui est l'objet d'une procédure disciplinaire. Ainsi, l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux [62] dispose que les statuts adoptés par les collectivités soumises à ces principes doivent prévoir, par exemple, la publicité des séances si l'agent en fait la demande ou encore, garantir que l'autorité qui prononce la peine disciplinaire n'est pas la même que celle qui la propose [63]. Ces garanties constituent tantôt une consécration écrite des principes généraux dégagés par la jurisprudence, tantôt un « approfondissement » de ceux-ci [64].

III. — La légalité des délits et des peines (art. 7 de la Convention)

9. Outre le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, l'article 7 de la Convention de sauvegarde consacre celui de la légalité des délits et des

[62] Plus précisément : l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent.

[63] Voy. C. Amelynck, « Le régime disciplinaire », *A.P.T.*, à paraître.

[64] Voy. B. Lombaert, « La discipline dans la fonction publique : où est la révolution copernicienne ? », *A.P.T.*, à paraître.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

peines [65]. Cette disposition ne concerne toutefois que la matière pénale [66]. Aussi est-il constant que le principe *nullum crimen sine lege* ne s'applique pas en matière disciplinaire, en sorte qu'un acte ou un comportement peut être sanctionné sur le plan disciplinaire sans qu'il ait été au préalable défini comme punissable par un texte [67]. L'autorité est libre de considérer que tel fait mérite telle sanction disciplinaire, ce pouvoir souverain d'appréciation s'exerçant sous le contrôle du Conseil d'Etat. Cela étant, rien ne s'oppose à ce que les manquements pouvant exposer l'agent à des poursuites disciplinaires soient définis dans un texte. On observe cependant que dans la plupart des cas, les incriminations sont formulées en des termes très larges, laissant indemne le pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité investie du pouvoir disciplinaire.

De l'absence de l'application de l'adage *nullum crimen sine lege*, il ne pourrait toutefois être déduit que les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics peuvent être dépourvues du moindre fondement légal. En effet, en tant qu'elles constituent une ingérence dans l'un des droits garantis par les articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, ces sanctions doivent satisfaire à l'exigence de légalité posée par le second paragraphe de ces dispositions. La sanction disciplinaire doit, en conséquence, reposer sur une base légale, celle-ci devant être accessible aux personnes intéressées mais aussi prévisible « *pour leur permettre — en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés — de prévoir, à un degré raisonnable dans*

[65] Cour eur. dr. h., arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, § 52.

[66] Voy. notamment Comm. eur. dr. h., décision *X c. la Belgique* du 5 février 1971 et Comm. eur. dr. h., décision *Yanasik c. Turquie* du 6 janvier 1993. Sur la distinction qu'il convient d'opérer entre l'action publique et l'action disciplinaire, voy. C.A., arrêt n° 129/99 du 7 décembre 1999 : « *L'action publique a pour but de faire réprimer des atteintes à l'ordre public et est exercée dans l'intérêt de la société dans son ensemble ; elle est de la compétence des juridictions pénales ; elle ne peut porter que sur des faits que la loi qualifie d'infractions et elle donne lieu, en cas de condamnation, aux peines prévues par la loi ou en vertu de celle-ci. L'action disciplinaire a pour objet de rechercher si le titulaire d'une fonction publique ou d'une profession a enfreint les règles de déontologie ou de discipline ou a porté atteinte à l'honneur ou à la dignité de sa fonction ou de sa profession ; elle s'exerce dans l'intérêt d'une profession ou d'un service public ; elle concerne des manquements qui ne font pas nécessairement l'objet d'une définition précise ; elle peut donner lieu à des sanctions touchant l'intéressé dans l'exercice de sa fonction ou de sa profession et qui sont prononcées par un organe propre à chaque profession concernée, par une autorité administrative ou par une juridiction* » (B.4).

[67] C.E., arrêt *De Smet*, n° 20.967, du 19 février 1981 : « *contrairement au droit pénal, le droit disciplinaire autorise la répression d'actes sans que ceux-ci soient rendus punissables par une loi ou un règlement. L'autorité disciplinaire juge elle-même si un acte ou un comportement déterminé est punissable* ». *Adde* C.E., arrêt *Jacquemijn*, n° 147.122, du 30 juin 2005. Voy. P. VANDERNOOT, « La faute et la sanction dans le droit disciplinaire de la fonction publique », *Rev. dr. U.L.B.*, 1991, p. 60.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé » [68].

Le principe *nulla poena sine lege,* en revanche, interdit d'infliger d'autres peines que celles prévues par la loi ou le statut [69]. En matière disciplinaire, sa portée est néanmoins limitée : « *l'administration dispose en effet du pouvoir discrétionnaire d'appliquer, selon le cas d'espèce, l'une des peines énumérées sans qu'elle soit liée par un texte prescrivant, comme en droit pénal, une correspondance entre le type de faute et le niveau de la pénalité* » [70].

Si le pouvoir de l'autorité disciplinaire est discrétionnaire quant à la qualification de la faute et au choix de la sanction, ce pouvoir n'est point arbitraire. Il s'exerce sous le contrôle du Conseil d'Etat qui vérifiera la matérialité des faits, la qualification de ceux-ci au regard du concept de la faute ainsi que la proportionnalité de la sanction par rapport à la faute commise. Ainsi, le Conseil d'Etat tiendra pour illégale la peine qui est disproportionnée à la gravité du manquement constaté [71].

IV. — Le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention)

A. — L'accès à la fonction publique

10. Dans l'arrêt *Leander* du 26 mars 1987, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le contrôle « secret » de l'aptitude d'un candidat à des fonctions importantes pour la sécurité nationale n'emportait pas violation de l'article 8 de la Convention, dès lors que le système incriminé offrait des garanties suffisantes contre les éventuels abus [72].

11. Dans une affaire portée devant les juridictions communautaires, un candidat fonctionnaire avait attaqué le refus de la Commission européenne de l'engager au motif qu'il ne satisfaisait pas aux conditions d'aptitude physique requises pour l'exercice des fonctions de dactylographe. En l'occur-

[68] Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Maestri c. Italie* du 17 février 2004, § 30, cité *infra*. Comp. Cour eur. dr. h., arrêt *Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs et Gubi* du 19 décembre 1994, dans lequel le juge européen semble faire preuve de plus de souplesse en matière de discipline militaire : « *en [cette] matière, la rédaction de dispositions décrivant le détail des comportements ne se conçoit guère. Aussi les autorités peuvent-elles se voir contraintes de recourir à des formulations plus larges. Encore faut-il que celles-ci offrent une protection suffisante contre l'arbitraire et permettent de prévoir les conséquences de leur application* » (§ 31).

[69] S'agissant de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux, voy. C. Amelynck, *op. cit.*

[70] P. Vandernoot, « La faute et la sanction... », *op. cit*., p. 68.

[71] Voy. M. Leroy, *Contentieux administratif*, 3e éd., Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 402-403.

[72] Cour eur. dr. h., arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

rence, le médecin conseil de la Commission a pratiqué un typage lymphocytaire T4/T8, après que le requérant ait refusé — comme il en avait le droit — de se soumettre à un test de dépistage du sida. L'analyse des résultats a conduit le médecin-conseil de la Commission à signaler au médecin traitant du requérant que la déficience immunitaire constatée pouvait être liée à la présence du virus du sida.

Dans son arrêt du 5 octobre 1994, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que « *si l'examen d'embauche sert un intérêt légitime des institutions communautaires, qui doivent être en mesure d'accomplir leur mission, cet intérêt ne justifie pas que l'on procède à un test contre la volonté de l'intéressé* » (§ 20). « *Dès lors que le requérant avait expressément refusé de se soumettre à un test de dépistage du sida, [le droit au respect de la vie privée] s'opposait à ce que l'administration procède à tout test susceptible d'aboutir à soupçonner ou à constater l'existence de cette maladie, dont il avait refusé la révélation* » (§ 23) [73].

Dans une affaire *Vonier c. Commission des Communautés européennes*, le requérant s'était plaint de ce que certaines questions posées lors d'un concours organisé en vue de constituer une réserve de recrutement au sein de la Commission, avaient trait à sa vie privée, alors qu'à son estime, les questions posées par le jury ne pouvaient porter que sur les capacités et connaissances objectivement vérifiables des candidats. En l'occurrence, le requérant, qui avait choisi de concourir dans le domaine des relations extérieures, avait été interrogé sur son aptitude à exercer une activité professionnelle en dehors de l'Union européenne.

Considérant tout d'abord que les questions posées s'inscrivaient dans le cadre de l'épreuve orale circonscrit par l'avis de concours, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a, dans un arrêt du 10 novembre 2004, jugé non fondé le moyen pris de la violation du droit au respect de la vie privée et familiale au motif suivant : « *les questions litigieuses tendaient à éviter que l'institution nomme un candidat inapte aux fonctions prévues ou qu'elle le recrute pour l'affecter à des fonctions incompatibles avec sa manière d'appréhender la vie familiale. Cet objectif est légitime dans le cadre de tout système de fonction publique et il correspond tant à l'intérêt des institutions qu'à celui des fonctionnaires communautaires* » (§ 57) [74].

[73] C.J.C.E., arrêt *X c. Commission des Communautés européennes* du 5 octobre 1994, affaire C-404/92 P, *Rec.*, 1994, p. I-04737, obs. O. De Schutter, « Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 97 et s., M. Regout-Masson , *J.T.*, 1995, p. 147, J. Jacqmain, *Chron. dr. s.*, 1995, p. 10.

[74] T.P.I.C.E., arrêt du 10 novembre 2004, *Eduard Vonier c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-165/03.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

B. — Le contentieux disciplinaire

12. Dans sa vie privée, le fonctionnaire doit s'abstenir de tout comportement contraire à la dignité de ses fonctions [75]. Il doit, en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout comportement qui puisse ébranler la confiance du public dans son service [76]. Il ne peut, par ses agissements, compromettre l'honneur ni la dignité de ses fonctions. En réprimant de tels agissements, l'autorité disciplinaire ne méconnaît pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme [77].

Ainsi par exemple, la condamnation pénale d'un agent brigadier principal pour recel, faux en écriture et usage de faux peut justifier l'application de la peine de la démission d'office [78]. La même peine infligée à un agent condamné pour incitation à la débauche et à la prostitution n'a pas été jugée disproportionnée au manquement reproché [79]. De même, ne viole pas l'article 8 de la Convention de sauvegarde la sanction disciplinaire de la rétrogradation au grade d'agent de police infligée à un aspirant-officier qui avait déposé, en uniforme et en armes, la liste du parti [80] « Agir » dans la perspective des élections communales de 1994, le Conseil d'Etat considérant que « *des faits de la vie privée, même commis en dehors de l'exercice des fonctions, peuvent faire l'objet d'une sanction disciplinaire, s'ils portent atteinte aux devoirs et à la dignité de la fonction, spécialement s'ils entament la confiance que le public doit avoir dans les agents de l'autorité* » [81].

Aucun texte ne précise toutefois ce que l'agent doit faire ou ne peut pas faire afin de ne pas ébranler la confiance du public. En l'absence d'un tel code d'honneur, le Conseil d'Etat considère qu'il y a lieu d'apprécier le comportement du fonctionnaire en fonction de ce qui paraissent être les normes minimales d'un genre de vie décent auxquelles l'agent doit se tenir dans l'in-

---

[75] Voy. D. Batselé, O. Daurmont et P. Quertainmont, *Le contentieux de la fonction publique*, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 13, Bruxelles, 1992, pp. 212 et s.; P. Bouvier, *Eléments de droit administratif*, préface de R. Andersen, De Boeck, Bruxelles, 2002, pp. 137-138; D. Déom, « La protection de la vie privée dans les relations professionnelles — Le secteur public », *Ann. dr. Louv.*, 1984/1-2, pp. 55 et s.; J. Sarot, « Fonction publique et contrôle juridictionnel », *A.P.T.*, 1982, p. 34; P. Vandernoot, « Le fonctionnaire, ses droits et ses obligations », *A.P.T.*, 1990, p. 54.

[76] Voy. l'article 8, § 2 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 22 décembre 2000, et l'article 5, § 2 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent.

[77] C.E., arrêt *Van Dijck*, n° 12.394, du 16 mai 1967.

[78] C.E., arrêt *Simons*, n° 132.733, du 21 juin 2004.

[79] C.E., arrêt *Leruitte*, n° 115.347, du 31 janvier 2003.

[80] Non démocratique.

[81] C.E., arrêt *Collard*, n° 75.789, du 16 septembre 1998.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

térêt du service [82]. Selon l'arrêt *Hermans,* l'atteinte à l'honneur de la fonction doit être appréciée *in concreto*; il doit être tenu compte « *de la place qu'occupe l'agent dans la hiérarchie, de la mesure dans laquelle les faits ont été connus à l'extérieur, et du lien que peuvent ou non présenter ces faits avec l'emploi* » [83].

Dans une affaire mettant en cause la Belgique, un agent de la chancellerie s'était plaint, devant les organes de contrôle de la Convention, de la peine disciplinaire de la démission d'office qui lui avait été infligée en raison de faits de mœurs commis sur des mineurs d'âge. Invoquant l'article 8 de la Convention, le requérant prétendait que cette peine avait porté atteinte à son droit au respect de la vie privée.

L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a rejeté les prétentions du requérant en tenant compte du poste occupé par celui-ci : « *en entrant dans la fonction publique et plus particulièrement au service du ministère des Affaires étrangères, le requérant a accepté certaines restrictions à l'exercice de son droit au respect de sa vie privée, restrictions inhérentes à ses fonctions de représentation de la Belgique à l'extérieur* » [84].

13. Des faits relevant de la vie privée du fonctionnaire peuvent *a fortiori* justifier une répression disciplinaire s'ils ont une incidence négative sur son activité professionnelle ou sur le fonctionnement du service dans lequel il travaille.

Dans l'affaire *Laloyaux* par exemple, le requérant reprochait à l'autorité disciplinaire d'avoir fondé sa révocation sur des faits touchant à sa vie privée. La Cour européenne des droits de l'homme a, à la suite du Conseil d'Etat, constaté dans une décision d'irrecevabilité rendue le 14 novembre 2002 que l'autorité ne s'était référée à ces faits que dans la mesure où ils avaient eu une répercussion négative sur le service du requérant, en sorte que ce dernier n'a pas subi une atteinte disproportionnée dans son droit au respect de sa vie privée et familiale.

14. Toujours en matière disciplinaire, la Cour d'arbitrage a considéré dans son arrêt n° 4/2001 que l'article 25 de la loi du 13 mai 1999 portant le statut disciplinaire des membres du personnel des services de police, en ce qu'il habilite les autorités disciplinaires à fouiller les véhicules et effets personnels des agents qui se trouvent sur le lieu du travail, ne porte pas manifestement une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, pour autant que la fouille « *ait exclusivement lieu en fonction d'une*

[82] C.E., arrêt *Holemans*, n° 11.865, du 8 juin 1966.
[83] C.E., arrêt *Hermans*, n° 26.717, du 25 juin 1986.
[84] Comm. eur. dr. h., décision *J.G. c. Belgique* du 13 mars 1989.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

enquête disciplinaire sur la base d'indications concrètes ». Quant au test d'haleine que permet cette même disposition, la Cour, pour juger qu'elle ne constitue pas une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie privée, se fonde sur l'interprétation selon laquelle il ne peut être procédé à un test d'haleine que lorsque des éléments concrets font apparaître — pendant le service — que l'intéressé est sous influence (B. 11.2).

15. Il a été jugé que constitue une ingérence contraire à l'article 8 de la Convention de sauvegarde l'ordre de service disposant que « *lorsque le malade est autorisé à sortir, il ne peut le faire qu'entre 7 heures et 18 heures. Sa présence sur les lieux de divertissements tels que cafés, cinémas, dancings... ne peut être tolérée pendant toute la période d'absence* », dès lors que cette disposition restreint la liberté de l'agent au-delà des nécessités du service et est hors de proportion avec les obligations qui peuvent lui être imposées pour assurer un contrôle efficace de son incapacité de travail [85].

16. Signalons, pour clore ce chapitre, une décision d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne des droits de l'homme par laquelle a été rejetée la requête introduite par un ancien fonctionnaire de la R.D.A. qui avait été intégré dans la fonction publique de la R.F.A. après la réunification allemande, puis révoqué en raison de la découverte de sa collaboration passée avec le ministère de la sécurité de l'Etat de l'ex-R.D.A. Dans sa décision du 22 novembre 2001, la Cour a souligné que ce qui était reproché au requérant était moins sa collaboration que le fait qu'il en avait nié la réalité au moment de la réunification [86].

V. — La liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 de la Convention)

17. Comme tout un chacun, le fonctionnaire est libre de ses croyances religieuses [87]. Seule leur manifestation peut être limitée. Ainsi que l'écrit Geneviève Koubi, « *le juge administratif ne se saisit de la question des croyances religieuses que lorsque l'exercice de la liberté de religion pénètre dans le domaine public, dans le service public, dans l'action publique ou lorsqu'un acte juridique s'y réfère (...) Ce qui est (...) pris en compte par le juge*

[85] C.E., *V... c. Commune de Schaerbeek et Région de Bruxelles-capitale*, 6 septembre 1989, *Rev. trim. dr. h.*, 1990, pp. 83 et s., publié avec l'avis de l'auditeur Quintin.

[86] Cour eur. dr. h., décision *Bester c. Allemagne* du 22 novembre 2001.

[87] Voy. au sujet de la mise à la retraite d'office d'un colonel de l'armée de l'air, Cour eur. dr. h., arrêt *Kalaç c. Turquie* du 1er juillet 1997.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

administratif n'est pas la 'pensée', c'est l'extériorisation de l'opinion ou de la conviction de quelle manière que ce soit (...) » [88].

Il a pu être constaté ces derniers mois combien la question du port de signes religieux, et singulièrement du port du voile, constitue un sujet sensible qui passionne et divise l'opinion publique, comme en attestent les vifs débats ayant précédé l'adoption, en France, de la loi du 15 mars 2004 interdisant le port ostensible de signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics.

Désireux d'importer ce débat en Belgique, les sénateurs Lizin et Destexhe ont déposé une proposition de résolution, diversement accueillie, en vue d'interdire aux agents de la fonction publique le port de signes religieux dans l'exercice de leurs fonctions, ceci — soulignent les auteurs — afin de « *défendre dans les espaces publics que sont l'école et les administrations, l'égalité homme-femme, la neutralité de l'Etat et l'ordre public* » [89].

Avant toute autre chose, il convient de rappeler que la conception française de la laïcité, qui constitue l'un des fondements de la République et a valeur constitutionnelle, ne peut être assimilée à la conception de la neutralité qui prévaut dans le système constitutionnel belge.

Ainsi, c'est en se fondant sur ce principe de la laïcité que le Conseil d'Etat de France a considéré dans son avis *Mlle Marteaux* que « *le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations* » [90]. Plus largement, le Conseil d'Etat enseigne que le principe de la laïcité de l'Etat et de la neutralité des services publics s'applique à l'ensemble de ceux-ci.

La cour administrative d'appel de Lyon a, dans un arrêt rendu le 27 novembre 2003, confirmé que le fait pour un agent public — en l'occurrence, un contrôleur du travail affecté à la subdivision d'inspection du travail des transports de Lyon — de manifester ses croyances religieuses dans

[88] « Le juge administratif et la liberté de religion », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 1057.

[89] Proposition de résolution visant à garantir l'égalité des hommes et des femmes et la neutralité de l'Etat dans l'enseignement public obligatoire et dans les administrations publiques en interdisant le port de signes ostensibles d'appartenance religieuse, Sénat, sess. ord., 2003-2004, *Doc. parl.*, 3-451/1.

[90] C.E. (Fr.), avis *Mlle Marteaux* du 3 mai 2000, *J.O.*, 23 juin 2000, p. 9471, *Revue française de droit administratif*, 2001, p. 151.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

l'exercice de ses fonctions constitue une faute, jugée « grave » dans le cas d'espèce [91].

En Allemagne, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours par *Fereshta Ludin*, une jeune femme d'origine afghane naturalisée allemande, à qui avait été refusé le statut de fonctionnaire de l'enseignement en raison de sa volonté répétée de porter le foulard pendant les cours. Dans son arrêt du 24 septembre 2003 [92], la Cour de Karlsruhe a considéré qu'en l'absence de base légale, une telle décision porte atteinte au droit de la requérante à la liberté religieuse et au droit à un égal accès à la fonction publique. Il appartient, dit la Cour, au législateur de chaque *Land* de réglementer le port du voile par les enseignantes, en prenant en considération la liberté religieuse des professeurs et des élèves, le droit des parents d'éduquer leurs enfants ainsi que l'obligation de neutralité de l'Etat.

L'interdiction opposée à une enseignante d'une école publique de porter le foulard islamique a également été contestée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans sa décision *Dahlab* par laquelle furent rejetés les griefs formulés par la requérante, la Cour de Strasbourg a été sensible aux risques de prosélytisme eu égard au bas âge des enfants (4 à 8 ans) soumis à l'autorité de l'enseignante, et 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* » [93].

Comme l'écrit Francis Delpérée à propos de l'article 24 de la Constitution belge, la liberté de l'enseignant public entre ici « *en conflit avec l'obligation de neutralité qui régit le fonctionnement de toute institution publique* » [94].

L'agent public se doit d'être « neutre » afin que les usagers soient traités de la même manière, quelles que soient leurs croyances et convictions. L'agent ne peut avoir un comportement, une attitude ou une tenue de

[91] C.A.A. Lyon, 27 novembre 2003, *Mlle Nadjet Ben Abdallah*, *A.J.D.A.*, 2004, p. 155, obs. F. Melleray, « Port du foulard islamique par une fonctionnaire et principe de laïcité ». Le 12 juillet 2005, la même Cour a rejeté une autre requête formulée par le même agent qui postulait l'annulation de la décision d'exclusion temporaire d'un an prise à son encontre pour avoir refusé d'ôter le foulard islamique au travail (*Le Figaro*, 13 juillet 2005).

[92] Arrêt du 24 septembre 2003 (2e ch.), 2 BvR 1436/02 8.

[93] Cour eur. dr. h., décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001. Voy. N. Chauvin, « Le port du foulard islamique par une enseignante (à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, *Dahlab*) », *Revue française de droit administratif*, 2003, n° 2, pp. 536 et s.; J.-F. Flauss, « Les signes religieux », in T. Massis et C. Pettiti (éd.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 58, Bruxelles, 2004, pp. 99 et s.; M. Hottelier, H. Mock et M. Puéchavy, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 60, Bruxelles, 2005, pp. 170 et s.

[94] F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 237.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

nature à susciter, dans le chef de l'usager, un doute sur la neutralité du service offert. Ce principe de neutralité du service public doit être rattaché à celui de l'égalité : les usagers doivent être traités de la même manière, sans discrimination.

Dans son rapport final remis le 2 mai 2005, la Commission du dialogue interculturel a exprimé une triple option s'agissant du port de signes religieux par les agents de l'Etat [95]. La première, fondée sur l'idée d'une neutralité dite « inclusive », prône l'absence de restrictions pour les agents publics. La deuxième préconise une interdiction de tout signe religieux pour les agents de « première ligne », soit ceux qui ont un rapport d'autorité ou de pouvoir quelconque sur le public (tels les magistrats, les agents de police...). Enfin, la troisième prône l'interdiction pure et simple de tout signe religieux pour tous les agents travaillant dans la fonction publique [96].

Concernant les élèves et étudiants, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'arrêt *Leyla Sahin* du 10 novembre 2005, rejeté la requête introduite par une étudiante à la faculté de médecine de l'Université d'Istanbul qui se plaignait de l'interdiction de porter le foulard islamique sur le campus universitaire [97]. La juge belge Françoise Tulkens a émis, à la suite de l'arrêt, une opinion dissidente très dense, et remarquée, aux termes de laquelle elle critique, notamment, le fait que la Cour n'opère aucune distinction entre les enseignants et les étudiants : « *Si le principe de laïcité requiert un enseignement affranchi de toute manifestation religieuse et doit s'imposer aux enseignants, comme à tous les agents des services publics, qui se sont engagés volontairement dans un espace de neutralité, la situation des élèves et des étudiants me semble différente* ».

VI. — La liberté d'expression (art. 10 de la Convention)

A. — La liberté

18. Le droit d'accès à la fonction publique n'est pas, comme nous l'avons vu, garanti par la Convention européenne des droits de l'homme en sorte que le refus d'y admettre un individu ne pourrait constituer une ingérence

[95] Le rapport final de la Commission du dialogue interculturel peut être téléchargé sur le site : http://www.dialogueinterculturel.be

[96] C'est cette dernière option qui a été choisie par une majorité de conseillers communaux de Saint-Gilles : une disposition a été introduite dans le règlement de travail des fonctionnaires communaux, visant à interdire le port visible et ostentatoire de tout signe religieux, philosophique ou politique (*Le Soir*, 2 juillet 2005).

[97] Cour eur. dr. h., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

dans l'exercice du droit protégé par l'article 10 de la Convention. Dans l'affaire *Kosiek*, la Cour avait à connaître du licenciement d'un fonctionnaire ayant le statut de stagiaire qui avait manqué à l'obligation de loyauté politique qu'impose la Loi fondamentale allemande. Constatant que « *l'accès à la fonction publique se trouve au centre du problème* », la Cour a conclu à l'absence d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant (§ 39) [98].

La Cour est parvenue au même constat dans l'affaire *Leander*, déjà citée : « *en déclarant que des raisons de sécurité nationale s'opposaient au recrutement de M. Leander, les commandants en chef des forces armées et de la marine ont pris en compte les renseignements concernant ce dernier à seule fin de vérifier s'il remplissait l'une des conditions personnelles exigées pour occuper l'emploi en question* » [99].

Dans l'affaire *Harabin,* le président de la Cour suprême de Slovaquie avait fait l'objet d'une proposition de révocation par le gouvernement. Il dénonçait devant la Cour européenne la violation de son droit à la liberté d'expression. Dans une décision d'irrecevabilité du 29 juin 2004, la Cour a considéré que « *la mesure litigieuse touchait essentiellement à la capacité du requérant à exercer convenablement la fonction de président de la Cour suprême* » et qu'elle « *ressortissait donc, en tant que telle, au domaine de l'exercice d'une fonction publique liée à l'administration de la justice, ce qui ne constitue pas un droit garanti par la Convention* » [100].

19. Néanmoins, si le droit d'accès à la fonction publique a été « *délibérément omis de la Convention* », il n'en ressort pas pour autant que les fonctionnaires ne bénéficient pas de la liberté d'expression [101]. En effet, comme toute autre personne relevant de la juridiction des Etats contractants, les fonctionnaires [102] — en ce compris les militaires [103] et les policiers [104] — jouissent de la protection de l'article 10 de la Convention. Les principes éta-

[98] Cour eur. dr. h., arrêt *Kosiek c. Allemagne* du 28 août 1986. Dans le même sens, Cour eur. dr. h., arrêt *Glasenapp c. Allemagne* rendu le même jour. Voy. les observations critiques de J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, complément du tome VII du *Répertoire pratique du droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 1990, n° 757, pp. 615-616.

[99] Cour eur. dr. h., arrêt *Leander c. Suède*, § 72.

[100] Cour eur. dr. h., décision *Harabin c. Slovaquie* du 29 juin 2004.

[101] Cour eur. dr. h., arrêt *Vogt* précité, § 43.

[102] Cour eur. dr. h., arrêt *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, § 53.

[103] Cour eur. dr. h., arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, § 100; arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce* du 16 décembre 1992, § 39; arrêt *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche* du 19 décembre 1994, § 36; arrêt *Grigoriades c. Grèce* du 25 novembre 1997, § 45.

[104] Cour eur. dr. h., arrêt *Rekvényi c. Hongrie* du 20 mai 1999, § 43.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

blis par la jurisprudence depuis le fameux arrêt *Handyside* [105] leur sont, dès lors, applicables.

Toute ingérence dans la liberté d'expression du fonctionnaire doit, aux termes de l'article 10, § 2 de la Convention, être prévue par la loi et poursuivre un but légitime, jugé nécessaire dans une société démocratique, l'adjectif « *nécessaire* » impliquant un besoin social impérieux. L'ingérence litigieuse doit être proportionnée au but légitime poursuivi. Les motifs invoqués pour justifier cette ingérence doivent être pertinents et suffisants.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Vogt*, la Cour de Strasbourg a jugé, à la plus courte des majorités, que la révocation d'un fonctionnaire titulaire de l'enseignement secondaire, en raison des activités politiques que l'intéressée exerçait au sein du parti communiste allemand, avait violé le prescrit de l'article 10 de la Convention [106]. Comme le relève le professeur Sudre, « *la Cour fait là application du mécanisme qualifié par la doctrine de protection par 'ricochet'* (...) *: un fonctionnaire ne peut invoquer devant les organes de contrôle de la Convention un droit qui n'est pas garanti par la Convention — le droit d'accès à la fonction publique — mais il peut se plaindre de ce que sa révocation de la fonction publique porte atteinte à l'un des droits protégés par la Convention* » [107].

De même, le juge européen des droits de l'homme a jugé dans l'arrêt *Wille* [108] que n'était pas « *nécessaire dans une société démocratique* » une mesure de rétorsion prise à l'encontre du président du tribunal administratif du Liechtenstein au motif que celui-ci avait osé défendre l'idée selon laquelle la Cour constitutionnelle était compétente pour se prononcer sur les litiges opposant le Peuple au Prince.

---

[105] Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976. La Cour européenne répète inlassablement depuis cet arrêt que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, qu'elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui « *heurtent, choquent ou inquiètent* » et, enfin, que les exceptions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite.

[106] Le juge européen n'a pas manqué de relever le caractère absolu de l'obligation de loyauté politique imposée aux fonctionnaires allemands (§ 59). Prenant en considération les effets de la révocation sur la réputation de l'intéressée, sur sa situation financière ainsi que sur sa carrière, la Cour a souligné que le travail de la requérante était jugé pleinement satisfaisant par ses supérieurs et qu'elle était hautement appréciée par ses élèves, par leurs parents, ainsi que par ses collèges. Aux yeux de la Cour, aucun élément ne permet de dire que M^me^ Vogt, fût-ce en dehors de son travail au lycée, ait personnellement adopté une attitude anticonstitutionnelle. Enfin, la Cour a constaté que la Cour constitutionnelle fédérale n'avait pas interdit le DKP (parti communiste allemand) en sorte que les activités de la requérante au sein de celui-ci étaient parfaitement légales (§ 60).

[107] « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Vogt* de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme juridique », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 408-409.

[108] Cour eur. dr. h., arrêt *Wille c. Liechtenstein* du 28 octobre 1999.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

A été rejetée cependant la requête introduite par un historien exclu de la fonction publique de la R.F.A. en raison de la teneur de ses thèses rédigées en ex-R.D.A. [109] La Cour européenne a jugé qu'il était légitime pour la R.F.A. de procéder à la vérification des compétences des fonctionnaires de l'ex-R.D.A., ceci « *afin de garantir au public la qualité de ses agents* ». Pour conclure au caractère manifestement mal fondé du grief invoqué, la Cour a pris en considération le « *contexte historique exceptionnel* » de la réunification allemande. Elle a également souligné qu'il convenait de « *distinguer la présente affaire de l'affaire Vogt (...), où la requérante avait été révoquée pour avoir manqué au devoir de tout membre de la fonction publique de professer le régime libéral et démocratique (...), alors que ses qualifications professionnelles étaient irréprochables* » [110].

B. — Les obligations

20. S'il bénéficie de la liberté d'expression, le fonctionnaire est cependant tenu par un certain nombre de devoirs, qui sont inhérents à sa charge. Aussi la Cour européenne des droits de l'homme dit tenir « *compte du fait que, quand la liberté d'expression des fonctionnaires se trouve en jeu, les 'devoirs et responsabilités' visés à l'article 10, § 2 revêtent une importance particulière* » [111]. Ces devoirs sont principalement destinés à préserver la relation de confiance qui doit exister entre l'administration et l'administré, mais aussi entre l'administration et ceux qui la servent. Leur portée varie selon la nature des fonctions exercées par l'agent et le rang qu'il occupe dans la hiérarchie [112].

1. Le devoir de réserve [113]

21. Il n'est pas contesté que le fonctionnaire a un droit de critique à l'égard de l'administration. Cependant, cette critique doit demeurer modérée. Elle doit s'exprimer de manière raisonnable et pondérée et non de manière injurieuse ou violente [114]. Ainsi, « *il lui est interdit de porter atteinte*

[109] Comp. *supra* avec la décision *Bester c. Allemagne* du 22 novembre 2001.

[110] Cour eur. dr. h., décision *Petersen c. Allemagne* du 22 novembre 2001.

[111] Cour eur. dr. h., *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, § 53 et *Rekvényi c. Hongrie* du 20 mai 1999, § 43.

[112] Cour eur. dr. h., arrêt *Wille c. Liechtenstein* du 28 octobre 1999, § 63. Voy. également J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 613, et J. SAROT, *op. cit.*, p. 34.

[113] Voy. *Le devoir de réserve : l'expression censurée?*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 5, Bruylant, Bruxelles, 174 p.

[114] C.E., arrêt *Pirotte*, n° 134.957, du 15 septembre 2004.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

à l'autorité et à la réputation de ses collègues et supérieurs, ainsi qu'à la confiance que le public doit avoir dans l'administration » [115].

L'« ancienne » Commission européenne des droits de l'homme a, dans une affaire concernant la Belgique, mis en exergue le fait qu'en entrant dans la fonction publique, l'agent accepte certaines restrictions inhérentes à sa fonction : « *L'obligation de réserve, trait caractéristique de la fonction publique dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, découle des obligations et responsabilités incombant aux fonctionnaires en tant qu'agents de l'Etat* » [116].

Pour la doctrine, le devoir de réserve désigne « *l'obligation de s'abstenir de certains comportements incompatibles avec la nature de la fonction ou de l'emploi* » [117]. Cette notion de réserve est « *construite sur la conception que certaines fonctions sont assurées par des personnes dont il faut préserver l'image d'impartialité et de neutralité en raison de la confiance qu'elles doivent inspirer au public* » [118].

Toutefois, réserve ne signifie pas silence ni incitation au conformisme [119]. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, « *s'il apparaît légitime pour l'Etat de soumettre [les fonctionnaires], en raison de leur statut, à une obligation de réserve, il s'agit néanmoins d'individus qui, à ce titre, bénéficient de la protection de l'article 10 de la Convention* » [120]. Le principe demeure donc celui de la liberté d'expression.

En outre, la doctrine s'accorde à dire que le devoir de réserve porte moins sur le contenu de l'opinion exprimée par le fonctionnaire que sur la forme de cette expression [121].

---

[115] C.E., arrêt *Morissens*, n° 24.516, du 27 juin 1984 et arrêt *Stevens,* n° 26.106, du 22 janvier 1986.

[116] Comm. eur. dr. h., décision *X c. Belgique* du 3 mai 1988, *Journal des procès*, 1988, n° 132, pp. 28-29. En l'espèce, la requérante, qui exerçait au sein d'un établissement scolaire provincial, avait participé à une émission de la R.T.B.F. consacrée à l'homosexualité féminine, au cours de laquelle elle avait publiquement porté atteinte à l'autorité et à la réputation de ses supérieurs hiérarchiques.

[117] F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 491.

[118] P. De Bruycker, « Déontologie de la fonction publique et transparence administrative », *A.P.T.*, 1993, p. 176.

[119] J. Robert, « L'indépendance des juges », *R.D.P.*, 1988, p. 17; J. Sarot, « Fonction publique et contrôle juridictionnel », *op. cit*., 1982, p. 34.

[120] Cour eur. dr. h., arrêt *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, § 53 et arrêt *Rekvényi c. Hongrie* du 20 mai 1999, § 43.

[121] P. Vandernoot, « La liberté d'expression dans la fonction publique en Belgique », *Rev. trim. dr. h*., 1993, p. 520; B. Lombaert, « La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge », *op. cit.*, p. 24; M. Verdussen, « Le devoir de réserve au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le devoir de réserve, op. cit.*, p. 24.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

22. Il n'est point surprenant que le premier concerné par ce devoir de réserve soit le militaire. Ainsi, dans l'arrêt *Engel* [122], la Cour européenne des droits de l'homme a dit pour droit que si les militaires peuvent se prévaloir de l'article 10 de la Convention, « *le fonctionnement efficace d'une armée ne se conçoit* [toutefois] *guère sans des règles juridiques destinées à les empêcher de saper la discipline militaire, notamment par des écrits* » (§ 100). La Cour européenne s'est également référée à l'obligation de réserve du militaire dans l'affaire *Hadjianastassiou* [123] où un officier de l'armée avait été condamné pour avoir divulgué des secrets militaires.

Dans un arrêt *de Diego Nafria* du 14 mars 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à examiner le cas du licenciement d'un haut fonctionnaire de la Banque d'Espagne, qui a adressé au sous-directeur de celle-ci une lettre par laquelle il dénonçait diverses irrégularités commises par plusieurs dirigeants, nommément désignés. Réaffirmant la légitimité du devoir de réserve imposé aux fonctionnaires, la Cour a constaté que les accusations proférées par l'intéressé ne s'inscrivaient pas dans un débat d'intérêt général et constituaient des attaques purement gratuites. Avant de conclure à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention, la Cour européenne a relevé que le requérant s'était exprimé par écrit et de manière mûrement réfléchie (§ 41), cette circonstance la dispensant de suivre la solution précédemment retenue dans l'arrêt *Fuentes Bobo* du 29 février 2000 [124].

A l'estime de la Cour, le comportement de M. de Diego Nafria « *se prêtait d'autant plus à la censure qu'en sa qualité de haut fonctionnaire de la plus haute institution financière du pays, le requérant aurait dû faire preuve d'une plus grande retenue dans les termes utilisés* » (§ 40).

Dans l'affaire *Allenet de Ribemont,* de hauts responsables de la police avaient, au cours d'une conférence de presse, présenté le requérant comme l'un des instigateurs de l'assassinat de l'ancien ministre Jean de Broglie. Dans son arrêt du 10 février 1995 [125], la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 6, § 2 de la Convention, qui consacre la présomption d'innocence, dont le respect s'impose aux agents de l'Etat. La Cour s'est exprimée de la sorte : « *La liberté d'expression (…) comprend celle de recevoir ou de communiquer des informations. L'article 6, § 2 ne saurait donc empêcher les autorités de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours, mais il requiert qu'elles le fassent avec toute la dis-*

[122] Cour eur. dr. h., arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976.

[123] Cour eur. dr. h., arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce* du 16 décembre 2002.

[124] Il avait été jugé dans cet arrêt que le licenciement du requérant pour avoir proféré des propos considérés comme offensants à l'égard de la direction de la télévision publique espagnole emportait violation de l'article 10 de la Convention.

[125] Voy. D. SPIELMANN, « Procès équitable et présomption d'innocence », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 657 et s.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

crétion et toute la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence » (§ 38).

23. Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, elle a jugé dans l'affaire *Connolly* qu'« *un fonctionnaire ne pourrait, par une expression verbale ou écrite, violer ses obligations statutaires (...) à l'égard de l'institution qu'il est censé servir, en rompant ainsi la relation de confiance qui l'unit à cette institution et en rendant ultérieurement plus difficile, voire impossible, l'accomplissement, en collaboration avec ce fonctionnaire, des missions dévolues à ladite institution* » [126].

Dans cette affaire — actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme [127] — un haut fonctionnaire de la Commission européenne avait été révoqué pour avoir publié un pamphlet critiquant de manière virulente la politique monétaire européenne. Le juge communautaire a considéré en l'espèce que la sanction disciplinaire infligée au requérant ne portait pas une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression dès lors que celui-ci avait manqué à l'obligation de loyauté due à l'institution qui l'employait et dont il se devait de servir les intérêts.

Ces principes ont été appliqués par le Tribunal de première instance des Communautés dans un arrêt *Meister c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur* du 28 octobre 2004 [128] : « *Si le requérant est parfaitement en droit* (...) *de formuler des observations critiques au sujet de la restructuration envisagée par la direction de l'OHMI, en exerçant, de ce fait, le droit à la liberté d'expression qui lui est reconnu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'exercice d'un tel droit n'est pas sans limite* » (§ 157). Et le Tribunal de poursuivre : « *si les fonctionnaires peuvent certes exercer leur droit à la critique quant aux décisions adoptées par l'institution à laquelle ils appartiennent, il n'en demeure pas moins que la direction de l'institution ne leur appartient pas* » (§ 164).

2. L'obligation de neutralité politique

24. A plusieurs reprises, les juges de Strasbourg ont reconnu la légitimité des restrictions imposées à l'activité politique des fonctionnaires. Ainsi, il a été jugé, dans l'arrêt *Rekvényi c. Hongrie*, que n'enfreignait pas l'article 10 de la Convention l'interdiction faite aux membres des services de police de

[126] C.J.C.E., 6 mars 2001, arrêt *Connolly c. Commission*, aff. 273/99, *Rec.*, 2001, p. I-1575 et arrêt *Connolly c. Commission*, aff. 274/99, *Rec.*, 2001, p. I-1611. Voy. J.-M. Larralde, « La liberté d'expression du fonctionnaire européen », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 385 et s.

[127] Voy. F. Krenc, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 121 et s., ici p. 148.

[128] T.P.I.C.E., arrêt *Herbert Meister c. O.H.M.I.* du 28 octobre 2004, T-76/03.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

se livrer à des activités politiques. La Cour a jugé à l'unanimité que « *le désir de veiller à ce que le rôle crucial de la police dans la société ne soit pas compromis par l'érosion de la neutralité politique de ses fonctionnaires se concilie avec les principes démocratiques* », avant d'ajouter que « *cet objectif revêt une importance particulière en Hongrie en raison de l'expérience que ce pays a d'un régime totalitaire qui dépendait, dans une large mesure, de l'engagement direct de sa police au côté du parti au pouvoir* » (§ 41) [129].

Précédemment, dans l'arrêt *Ahmed et autres c. Royaume-Uni* du 2 septembre 1998, qui concernait la compatibilité avec les exigences de l'article 10 de la Convention de restrictions à la participation de hauts fonctionnaires locaux à certaines formes d'activités politiques, la Cour européenne a observé que le système de l'administration locale du Royaume-Uni est historiquement fondé sur « *une relation de confiance* » (§ 53). « *Cette relation de confiance procède du droit des membres élus des collectivités locales de pouvoir compter, dans l'accomplissement de leurs fonctions, sur l'assistance de fonctionnaires politiquement neutres et devant faire preuve de loyauté envers l'ensemble du conseil qui les emploie. D'autre part, les électeurs sont aussi en droit d'attendre des élus pour lesquels ils ont voté, qu'ils s'acquittent de leur mandat dans le respect des engagements pris par eux durant la campagne électorale et que la poursuite des objectifs ainsi tracés ne s'étiole pas sous l'effet de l'opposition politique des propres conseillers desdits élus* » (*ibidem*).

Encore faut-il bien s'entendre sur la portée de cette obligation de « *neutralité politique* ». Il n'est pas exigé du fonctionnaire qu'il soit apolitique. Celui-ci a le droit de penser ce qu'il veut. Sa liberté d'opinion n'est pas limitée. Il a le droit de préférer telle idée à telle autre, de voter pour tel parti politique plutôt que pour tel autre... Seule l'expression de ses opinions est limitée [130]. Le fonctionnaire doit exercer ses fonctions dans la plus grande neutralité à l'égard du citoyen. Il doit accomplir la mission dont il est investi en faisant abstraction de ses opinions politiques, religieuses et philosophiques. Ce principe de neutralité découle, en réalité, du principe de l'égalité des citoyens devant la loi : la loi est la même pour tous; elle doit être appliquée sans discrimination.

---

[129] Sur cet arrêt, voy. J. CALLEWAERT, « De la fausse vraie neutralité politique », *Rev. trim. dr. h.*, 2000, pp. 119 et s.; P. LAMBERT, « La transition vers une démocratie pluraliste », *J.T.*, 1999, p. 563.

[130] Voy. J. CALLEWAERT (*op. cit.*) qui rappelle à juste titre que dans l'affaire *Rekvényi*, le débat devant la Cour ne se situait pas sur le terrain de l'article 9 de la Convention, mais bien sur celui de l'article 10.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

3. L'obligation de loyauté

25. Le fonctionnaire est tenu par un devoir de loyauté. Celle-ci s'exprime, tout d'abord, à l'égard des *supérieurs hiérarchiques*. L'agent doit accomplir avec zèle et diligence les tâches qui lui sont confiées. Mais l'agent est également tenu par un devoir de loyauté à l'égard de *l'institution* elle-même [131]. En exécutant les instructions et autres directives qui lui sont adressées, il doit demeurer dévoué à l'institution qu'il sert, ce qui l'amènera, le cas échéant, à refuser d'obtempérer à un ordre illégal ou infamant [132]. Enfin, l'agent a un devoir de loyauté envers *la Constitution*. « *Un Etat démocratique est en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie* », énonce l'arrêt *Vogt* (§ 59) [133]. En entrant dans la fonction publique, l'agent s'est engagé à respecter la Constitution, ce qui implique, notamment, le respect des libertés qui y sont inscrites. De manière générale, il ne peut se livrer à aucun acte contraire à la Constitution ou tendant à la destruction de l'Etat [134]. Evidente, cette obligation n'en est pas moins légitime. En effet, « *quel employeur accepterait de rémunérer des agents qui veulent le détruire ?* » [135]

Cette exigence de loyauté est jugée d'autant plus légitime pour les Etats venant d'être libérés d'un régime totalitaire [136]. Il est clair cependant que, si pareille exigence constitue une « *condition inhérente à l'emploi au service des autorités publiques* », elle n'est pas directement liée à l'exercice d'une activité dans le secteur privé [137].

---

[131] Voy. par exemple l'art. 2, al. 3 du Code de déontologie des membres du personnel des services du gouvernement de la Communauté française et de certains organismes d'intérêt public (*M.B.*, 7 juillet 2003). Voy. à ce sujet H. INGBERG, « Le point de vue de la fonction publique », in *Le devoir de réserve, op. cit.*, p. 63.

[132] Voy. à cet égard B. LOMBAERT, « Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique », *J.T.*, 1998, pp. 265 et s.

[133] *Adde* Cour eur. dr. h., arrêts *Glasenapp et Kosiek* du 28 août 1986, décision *Volkmer c. Allemagne* du 22 novembre 2001, décision *Petersen c. Allemagne* du 22 novembre 2001.

[134] Voy. F. RIGAUX et F. DELPÉRÉE, « Le loyalisme constitutionnel », *J.T.*, 1977, pp. 353 et s., spéc. p. 357 : ces auteurs soulignent qu'en jurant obéissance à la Constitution, l'agent ne prête pas un serment d'allégeance à un régime ou à un gouvernement, mais à un Etat. *Adde* P. VANDERNOOT, « Le fonctionnaire, ses droits et ses obligations », *op. cit.*, pp. 47-48.

[135] B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge, op. cit.*, p. 101.

[136] Voy. les arrêts *Vogt* et *Rekvényi* précités.

[137] Cour eur. dr. h., arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, spéc. §§ 57-58, obs. S. GARCIA-JOURDAN, « De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé », *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 363 et s.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

4. L'interdiction de porter atteinte aux droits et libertés d'autrui

26. Sans doute ne souligne-t-on pas assez que l'article 10 de la Convention de sauvegarde autorise, moyennant la réunion des conditions de légalité et de proportionnalité, que des limitations soient apportées à la liberté d'expression en vue de protéger la réputation et les droits d'autrui. En des termes bien plus radicaux, l'article 17 de la Convention interdit à quiconque de se prévaloir de la Convention pour se livrer à un acte visant à la destruction des libertés qui y sont consacrées. C'est cette règle que traduit l'adage « *Pas de libertés pour les ennemis de la liberté* »...

Dans l'affaire *Seurot c. France*, la Cour européenne devait apprécier la conventionnalité de la décision prise par le ministre de l'Education nationale de résilier le contrat d'enseignement du requérant. Celui-ci avait publié un article contenant des propos racistes dans le journal de l'établissement au sein duquel il enseignait. La Cour européenne s'est tout d'abord demandée « *si l'expression des opinions du requérant ne devait pas être exclue de la protection de l'article 10 en vertu de l'article 17* ». Elle n'a toutefois pas estimé nécessaire de trancher la question, jugeant à l'unanimité que la résiliation du contrat du requérant répondait, en tout état de cause, aux conditions de licéité de l'article 10, § 2 de la Convention. A l'instar des juridictions françaises, la Cour a considéré que « *l'article litigieux, dont le contenu revêt incontestablement un caractère raciste, est incompatible avec les devoirs et responsabilités particuliers qui incombaient au requérant* » [138].

C. — Le droit de critique à l'encontre de l'agent public

27. La presse peut assurément rendre compte des agissements répréhensibles commis par certains agents de la fonction publique. Telle est d'ailleurs sa mission. Cependant, le droit d'informer le public peut-il, dans certains cas, être limité par le souci de protéger la réputation des fonctionnaires mis en cause et, avec eux, celle de l'institution à laquelle ils appartiennent ? De même, le citoyen a le droit de critiquer l'action de l'administration. Toutefois, ce droit est-il absolu ? La critique pourrait-elle virer à l'insulte ? Non, assurément. La liberté d'expression, telle qu'elle est consacrée par l'article 10 de la Convention, n'est pas absolue.

On conçoit aisément que des restrictions viennent assortir cette liberté lorsque elle s'exerce à l'encontre de l'administration et de ses agents dans la mesure où, comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme, « *les fonctionnaires doivent, pour pouvoir s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public* ». Aussi, pour le juge européen, « *les limites de*

[138] Cour eur. dr. h., décision *Seurot c. France* du 18 mai 2004.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

la critique admissible sont, comme pour les hommes politiques, plus larges pour les fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour les simples particuliers. Cependant, on ne saurait dire que les fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme les hommes politiques et qu'ils devraient dès lors être traités sur un pied d'égalité avec ces derniers lorsqu'il s'agit de critiques de leur comportement » [139].

La Cour a ultérieurement précisé que s'il est vrai que les agents de la force publique [140] et les procureurs [141] doivent bénéficier d'une protection accrue contre des critiques excessives, cette protection ne s'étend pas à toutes les personnes employées par l'Etat ou par des entreprises publiques [142].

Méconnaît, par exemple, l'article 10 de la Convention la sanction disciplinaire de sept jours d'isolement cellulaire infligée à un détenu pour avoir consigné dans un manuscrit personnel des remarques insultantes à l'égard notamment de certains agents de l'administration pénitentiaire [143].

Dans une affaire en cause *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, deux journalistes avaient accusé un commissaire de police d'avoir volontairement supprimé des éléments de preuve dans une instruction relative à un meurtre. Ils avaient été condamnés du fait de diffamation par les juridictions danoises. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a conclu, par une courte majorité de neuf voix contre huit, à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention. Elle a considéré que les motifs invoqués par les juridictions nationales pour justifier la condamnation étaient « *pertinents et suffisants* » et que la mesure incriminée était proportionnée. Elle a pris en compte le fait que les journalistes, à qui était reconnu un très large droit de critique à l'égard de la police, avaient formulé une allégation précise contre une personne nommément citée en lui imputant un acte susceptible de la discréditer aux yeux de ses concitoyens et d'entraîner des poursuites pénales si elle avait été véridique alors qu'ils n'avaient jamais fait la moindre tentative pour justifier cette allégation [144].

---

[139] Cour eur. dr. h., arrêt *Janowski c. Pologne* du 21 janvier 1999, § 33 et arrêt *Thoma c. Luxembourg* du 29 mars 2001, §§ 47 et 57. Comp., concernant la protection du magistrat, Cour eur. dr. h., arrêt *Prager et Oberschlick c. Autriche* du 26 avril 1995 et arrêt *De Haes et Gijsels c. Belgique* du 24 février 1997.

[140] Cour eur. dr. h., arrêt *Janowski* précité.

[141] Cour eur. dr. h., arrêt *Nikula c. Finlande* du 21 mars 2002.

[142] Cour eur. dr. h., arrêt *Busuioc c. Moldavie* du 21 décembre 2004, § 64. En l'espèce, les personnes visées par l'article du requérant étaient employées de l'aéroport international de Chisinau.

[143] Cour eur. dr. h., arrêt *Yankov c. Bulgarie* du 11 décembre 2003.

[144] Cour eur. dr. h., arrêt *Pedersen et Baadgaard c. Danemark* du 17 décembre 2004. Voy. également l'arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* rendu le même jour.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

VII. — La liberté de réunion et d'association (art. 11 de la Convention)

A. — Les ingérences dans le droit à la liberté d'association

28. On sait que les ingérences dans le droit à la liberté d'association doivent, à l'instar de celles qui sont autorisées par les articles 8, 9 et 10 de la Convention, satisfaire à une triple condition : être « *prévue par la loi* », viser un ou des buts légitime(s) et être « *nécessaire dans une société démocratique* » pour atteindre ce(s) but(s).

Ainsi, l'arrêt *Maestri c. Italie* du 17 février 2004 [145] a rappelé l'importance de la première de ces conditions : celle tenant à la légalité [146]. En l'occurrence, l'ingérence litigieuse était constituée par une sanction disciplinaire infligée à un magistrat en raison de son appartenance à une loge maçonnique. La Cour européenne, après avoir considéré que la sanction disciplinaire avait un fondement en droit interne, a examiné si la réglementation censée fonder l'ingérence répondait aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité. Par onze voix contre six, elle a estimé que cette exigence de prévisibilité n'était pas remplie, les termes des dispositions en cause n'étant pas suffisamment explicites pour éclairer le requérant quant aux risques que son adhésion à une loge maçonnique lui faisait encourir sur le plan disciplinaire (§§ 34 à 42) [147].

La conformité avec l'article 11 de la Convention d'une sanction disciplinaire infligée à un magistrat en raison de son appartenance à la franc-maçonnerie avait déjà donné lieu à un arrêt du 2 août 2001 concernant également l'Italie, dans lequel la Cour avait jugé que les termes de la directive sur le fondement de laquelle la sanction avait été prononcée n'étaient pas suffisamment clairs [148]. Un arrêt *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani*, rendu le même jour, avait également condamné l'Italie en raison de l'adoption d'une loi régionale obligeant les candidats à une charge publique à déclarer au préalable leur non-appartenance à la franc-maçonnerie.

---

[145] Voy. M. Brillie, « Une sanction disciplinaire doit être prévisible », *A.J.D.A.*, 2004, p. 414.

[146] Sur l'exigence de légalité en matière disciplinaire, voy. *supra* « III. La légalité des délits et des peines ».

[147] Comp. avec l'arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne* rendu le même jour.

[148] Cour eur. dr. h., arrêt *N.F. c. Italie* du 2 août 2001, obs. P. Lambert, « La compatibilité de l'exercice des fonctions de magistrat avec l'appartenance à la franc-maçonnerie », *J.T.*, 2001, p. 830.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

B. — Les restrictions affectant les membres des forces armées, de la police et de l'administration

29. En sus des restrictions « classiques » pouvant affecter l'exercice de la liberté d'association, l'article 11 permet également que certaines limites puissent être imposées à certains membres de la fonction publique. Ces restrictions « *légitimes* » qu'autorise l'article 11 concernent « *les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat* » [149].

La portée à conférer à ce régime dérogatoire est toutefois controversée [150] : les restrictions « *légitimes* » susvisées doivent-elles satisfaire au test de proportionnalité ou, au contraire, en sont-elles exemptées ? La Cour européenne a, jusqu'à présent, esquivé la question tandis que la Cour d'arbitrage paraît privilégier la première option, laquelle recueille également les faveurs de M. Velu et Ergec [151].

La Cour d'arbitrage a, en effet, considéré que si l'article 11, § 2 de la Convention autorise des restrictions spécifiques à l'exercice du droit à la liberté d'association par les membres de la police, cette disposition s'oppose toutefois à ce qu'il soit porté atteinte à l'essence même de ce droit. « *Il résulte des formulations utilisées que seul peut être limité l'exercice du droit d'association par les membres des services de police, et uniquement dans la mesure où de telles restrictions répondent au critère de nécessité dans une société démocratique, puisque ce critère est à la base des conventions visées en général* » [152].

En l'occurrence, le juge constitutionnel a considéré que la disposition prévoyant que les membres du cadre du personnel actif de l'ancienne gendarmerie « *s'abstiennent, en toutes circonstances, de manifester publiquement leurs opinions politiques et de se livrer à des activités politiques* » n'est pas manifestement disproportionnée à l'objectif visé, à savoir garantir un service de police efficace dont l'impartialité est incontestable (B.3.5). En revanche, la disposition interdisant à ces agents de s'affilier ou de prêter leur concours à des partis politiques, de même qu'à des associations poursuivant des fins politiques, est, « *du fait de sa généralité* », manifestement disproportionnée dès lors que « *l'affiliation à un parti politique (...) de même que d'autres*

[149] Pour R. Ergec (« L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T.*, 1993, p. 9), « *une telle réserve explicite pour la fonction publique ne manque pas de surprendre dans la mesure où la liberté d'expression, avec laquelle la liberté d'association présente des liens étroits, n'est pas, elle, assortie d'une semblable restriction spécifique* ».

[150] Voy. S. van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme — Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001), op. cit.*, pp. 184 et s.

[151] J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 659.

[152] C.A., arrêt n° 62/93 du 15 juillet 1993, cons. B.3.6.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

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 » (B.3.6).

Dans l'affaire *Rekvényi* déjà citée, où le requérant faisait valoir que l'interdiction de s'affilier à un parti méconnaissait son droit à la liberté d'association, le juge européen des droits de l'homme s'est limité, pour l'essentiel, à renvoyer à son constat de non-violation de l'article 10 de la Convention pour rejeter les griefs formulés sur le terrain de l'article 11.

Concernant les membres des forces armées, le Conseil de l'Europe a relevé, dans un rapport rendu public le 20 octobre 2005, que de nombreux Etats, parmi lesquels la France, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni, refusent de reconnaître auxdits membres le droit d'association, alors qu'il a été observé dans le même temps que des Etats, comme l'Autriche, la Belgique, les Pays-Bas ou le Danemark, n'imposent, quant à eux, aucune restriction semblable [153].

C. — Aspects particuliers

1. La liberté syndicale

a) Le droit de fonder un syndicat et d'y adhérer

30. Même si l'article 11 de la Convention de sauvegarde garantit expressément le droit de toute personne de fonder avec d'autres un syndicat et d'y adhérer pour la défense de ses intérêts, on ne peut dire que la Cour de Strasbourg fasse preuve d'une audace excessive dans la définition des contours de la liberté syndicale.

Depuis l'arrêt *Syndicat national de la police belge,* la Cour européenne répète que la Convention ne garantit pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'Etat [154]. Le droit à la consultation syndicale [155] de même que le droit à la négociation et à la conclusion de conventions collectives [156] sont exclus de la sphère de protection conventionnelle, ces droits n'étant pas, selon la Cour, indispensables à un exercice efficace de la liberté syndicale.

---

[153] Ce rapport est disponible sur le site http://www.coe.int (CM/Monitor (2005) 1 Volume I final révisé 11 octobre 2005).

[154] Cour eur. dr. h., arrêt *Syndicat national de la police belge c. Belgique* du 27 octobre 1975, § 38.

[155] Cour eur. dr. h., arrêt *Syndicat national de la police belge c. Belgique* du 27 octobre 1975.

[156] Cour eur. dr. h., arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède* du 6 février 1976 et arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotive c. Suède* du 6 février 1976.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

Ce qu'exige la Convention, c'est qu'il soit permis aux syndicats de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres. Ceux-ci ont droit à ce que leur syndicat soit entendu [157]. Toutefois, l'Etat dispose du choix des moyens à mobiliser à cette fin, les autorités nationales jouissant d'une large marge d'appréciation [158]. En pratique, le droit à exercer librement une activité syndicale ne sera méconnu que si l'action des pouvoirs publics aboutit à priver une organisation syndicale des moyens par lesquels celle-ci peut se faire entendre.

31. Dans plusieurs affaires mettant en cause la Turquie, des fonctionnaires alléguaient que les décisions de mutation prises à leur encontre constituaient une atteinte à leur droit à la liberté syndicale en ce qu'elles rendaient impossible la poursuite de leurs activités. La Cour a jugé, dans trois arrêts rendus le 20 septembre 2005, que les requérants restaient en défaut de démontrer que les décisions incriminées ont constitué une ingérence telle que leur droit à mener des activités syndicales a été atteint dans sa substance [159].

b) Le droit de ne pas se syndiquer

32. L'article 11 de la Convention a également été interprété par le juge européen des droits de l'homme comme consacrant le droit de ne pas adhérer à un syndicat. Ce droit d'association « négatif » été reconnu pour la première fois dans l'arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande* du 30 juin 1993 [160]. Précédemment, le juge européen avait eu recours à des fauxfuyants pour éluder la question de savoir si l'article 11 garantit, à l'instar de l'article 20 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le droit de ne pas adhérer à un syndicat [161].

[157] Cour eur. dr. h., arrêt *Syndicat national de la police belge c. Belgique* du 27 octobre 1975, § 39.

[158] Cour eur. dr. h., arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, § 45.

[159] Cour eur. dr. h., arrêt *Akat c. Turquie* du 20 septembre 2005, arrêt *Bulga et autres c. Turquie* du 20 septembre 2005 et arrêt *Ertas Aydin c. Turquie* du 20 septembre 2005.

[160] Cour eur. dr. h., arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande* du 30 juin 1993, § 35.

[161] Voy. les arrêts *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981 et *Sibson c. Royaume-Uni* du 20 avril 1993.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

La Cour européenne admet de surcroît que les autorités publiques puissent se voir imposer l'obligation positive de prendre les mesures adéquates en vue d'assurer le respect effectif de ce droit d'association « négatif » [162].

c) La représentativité et la consultation des organisations syndicales

33. Dans l'affaire *Syndicat national de la police belge*, où l'organisation requérante critiquait le fait de ne pas être reconnue comme l'une des organisations les plus représentatives que le ministère de l'Intérieur avait l'obligation de consulter, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que la politique générale de l'Etat belge consistant à restreindre le nombre de syndicats à consulter en vue d'éviter un émiettement syndical n'était pas incompatible en soi avec la liberté syndicale (§ 41).

Les pouvoirs publics peuvent limiter l'obligation de consulter les syndicats « *à condition de ne pas porter atteinte à la liberté syndicale et de ne pas agir de manière discriminatoire, contraire à l'article 14* » [163].

34. Dans un arrêt n° 70/2002 du 18 avril 2002, la Cour d'arbitrage a jugé que la loi du 11 juillet 1978 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire des forces terrestre, aérienne et navale et du service médical méconnaissait les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que la liberté syndicale, en ce qu'une seule organisation syndicale agréée pouvait, outre les organisations syndicales affiliées à une organisation représentée au Conseil national du travail, être considérée comme représentative.

A la suite de cet arrêt, le législateur a modifié la législation critiquée [164] : tout syndicat agréé peut désormais être considéré comme représentatif pour autant qu'il atteigne le seuil de représentativité de cinq pour cent du nombre des militaires en service actif.

---

[162] Cour eur. dr. h., arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, § 45. Au sujet des « obligations positives », voy. F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 363 et s.; D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 21, Bruxelles, 1998, pp. 133 et s.

[163] Cour eur. dr. h., décision *Fédération syndicale unitaire c. France* du 29 janvier 2002. La Cour européenne a jugé en l'occurrence que les griefs de la requérante ne portaient pas sur une limitation à la consultation de celle-ci mais sur des modalités « *très techniques* » de représentativité. Or, ces modalités, observe la Cour, ne semblent pas limiter ni en droit ni en fait la représentativité de la requérante ou son influence. Constatant que la Fédération syndicale unitaire est en mesure de défendre les intérêts de ses membres, la Cour a déclaré la requête irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

[164] Par l'article 144 de la loi-programme du 2 août 2002 (*M.B.*, 29 août 2002, 2e éd.).

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

Ce nouveau critère a reçu l'aval de la Cour d'arbitrage [165]. Celle-ci a constaté que le législateur a voulu remédier à l'inconstitutionnalité constatée dans son précédent arrêt en permettant désormais à tout syndicat agréé d'être considéré comme représentatif. « *Il eût toutefois pris une mesure contraire à sa volonté d'éviter l'émiettement syndical s'il avait admis toute organisation, même si elle ne justifie pas d'une réelle représentativité* » (B.2). Et la Cour d'ajouter que l'article 11 de la Convention de sauvegarde ne garantit pas à une organisation le droit d'être reçue dans la catégorie des syndicats représentatifs, quelle que soit sa représentativité de fait (B.5).

35. Dans l'affaire *G.E.R.F.A. c. Belgique*, l'association requérante se plaignait devant la Cour européenne des droits de l'homme de ne pas être représentée au sein du Conseil national du travail. Elle insistait sur l'absence de critères expressément définis relatifs à l'obtention d'un siège audit Conseil et soutenait que la désignation des membres appelés à y siéger est une décision purement politique et discriminatoire.

La Cour a rejeté la requête, le 13 octobre 2005 [166]. Elle observe que l'association requérante ne prétend pas avoir présenté un candidat pour siéger au Conseil national du travail. « *De ce fait, l'éventuel refus de désigner la personne qu'elle a présentée n'a jamais pu être contesté devant une juridiction. Ainsi, l'inaction de l'association requérante a privé le Conseil d'Etat d'exercer son contrôle juridictionnel sur la décision litigieuse, au cours duquel il aurait notamment pu examiner la conformité à la Convention des motifs à la base de ce refus* » [167]. En conséquence, la Cour déclare le grief irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes.

36. La C.G.S.P. a, quant à elle, introduit auprès du Comité européen des droits sociaux une réclamation aux termes de laquelle elle soutenait que le processus d'élaboration des normes législatives en Belgique ne satisfait pas aux exigences de la négociation collective dans le secteur public et enfreint par conséquent l'article 6, §§ 1 et 2 de la Charte sociale européenne. Ces prétentions ont été déclarées non fondées, le 9 mai 2005, le Comité considérant

[165] C.A., arrêt n° 148/2003 du 19 novembre 2003. Voy. également C.A., arrêt n° 144/2004 du 22 juillet 2004.

[166] Cour eur. dr. h., décision *G.E.R.F.A. c. Belgique* du 13 octobre 2005.

[167] « *Quant à l'encombrement du rôle du Conseil d'Etat invoqué par l'association requérante pour s'exempter de former un recours, s'il est vrai que la longueur des procédures internes combinée avec le fait qu'une situation préjudiciable perdure peut, dans certaines circonstances, relever le requérant de l'obligation d'attendre la décision de la juridiction interne avant de saisir la Cour (…), encore aurait-il fallu, en l'espèce, que l'association requérante introduise effectivement le recours en cause. A cet égard, la Cour est d'avis que le simple fait de nourrir des doutes quant à l'aptitude du Conseil d'Etat à rendre une décision dans un délai raisonnable ne constitue pas, en principe, une raison valable pour justifier la non-utilisation d'un recours qui aurait permis à l'association requérante d'obtenir réparation de la violation qu'elle allègue* ».

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

« *qu'eu égard, d'une part aux dispositions constitutionnelles et législatives en vigueur, d'autre part aux garanties qu'offrent, pour leur mise en œuvre, tant le contrôle préalable du Conseil d'Etat sur la validité des avant-projets de loi et projets d'acte réglementaire que la possibilité de contester, devant la Cour d'arbitrage, les lois votées ainsi que, devant le Conseil d'Etat, les actes réglementaires pris en application de ces lois, notamment en ce qu'ils ne respecteraient pas l'obligation de consultation préalable des organisations syndicales, la Belgique ne peut être regardée comme manquant à ses obligations au titre de l'article 6, § 1* » [168].

d) La représentation devant le Conseil d'Etat

37. Alors que les ouvriers et employés peuvent être représentés et assistés devant les juridictions du travail par un délégué d'une organisation syndicale représentative conformément à l'article 728, § 3 du Code judiciaire, pareille possibilité n'existe pas pour les membres du personnel statutaire d'une autorité publique lorsqu'ils s'adressent au Conseil d'Etat, ceux-ci ne pouvant se faire représenter que par des avocats. Cette différence de traitement n'a toutefois pas été jugée manifestement déraisonnable par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 115/2005 du 30 juin 2005.

2. Le droit de grève

38. On constate à la lecture du texte de la Convention européenne des droits de l'homme que celle-ci ne contient aucune disposition relative au droit de grève. Elle se démarque de la sorte de la Charte sociale européenne, du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels ainsi que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Est-ce à dire pour autant que le droit de grève n'est pas garanti par la Convention ? Dans l'arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède* du 6 février 1976, la Cour a précisé que « *la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les Etats contractants doivent à la fois autoriser et rendre possibles la conduite et le développement (…). L'article 11 § 1er laisse cependant à chaque Etat le choix des moyens à employer à cette fin ; l'octroi du droit de grève représente sans nul doute l'un des plus importants d'entre eux, mais il y en a d'autres. Un tel droit, que l'article 11 ne consacre pas expressément, peut être soumis par le droit interne à une réglementation de nature à en limiter dans certains cas l'exercice* » [169].

[168] Le texte de cette décision peut être consulté sur le site http://www.coe.int
[169] Cour eur. dr. h., arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède* du 6 février 1976, § 36.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

Si l'exercice du droit de grève peut être limité, ces restrictions n'en constituent pas moins des ingérences dans la liberté d'association qui doivent, dès lors, satisfaire aux standards de conformité de l'article 11, § 2 de la Convention.

Ainsi, dans l'affaire *Unison c. Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg a été appelée à apprécier la conventionnalité d'une ordonnance judiciaire interdisant la grève à un syndicat de fonctionnaires. Celui-ci avait émis un préavis de grève en raison d'un transfert futur de certaines activités des hôpitaux universitaires de Londres (U.C.L.H.) à un consortium de sociétés privées. La grève fut cependant interdite par une ordonnance de la *High Court*, confirmée en degré d'appel par la *Court of Appeal*.

Dans sa décision du 10 janvier 2002 prononçant l'irrecevabilité de la requête, la Cour a estimé que le syndicat requérant n'a pas démontré qu'il lui serait impossible de recourir à la grève si d'aventure l'U.C.L.H. ou un cessionnaire futur venait à porter atteinte aux conditions de travail et de rémunération de ses adhérents.

39. S'« *il n'est plus contesté aujourd'hui que les agents publics bénéficient du droit de grève* » [170], cette reconnaissance s'est faite de manière lente et progressive, d'aucuns ayant même soutenu à une certaine époque que la grève était contraire à l'éthique de la fonction publique [171]. Cette reconnaissance du droit de grève au profit des fonctionnaires suppose, on le sait, la recherche d'un juste compromis entre le droit qu'a tout travailleur d'agir pour la défense de ses intérêts et la loi de la continuité du service public [172].

C'est précisément en vue d'assurer la continuité des services jugés essentiels que le législateur belge a soumis certaines catégories d'agents à un régime restrictif. Ainsi, le droit de grève est refusé aux militaires [173]. De même, la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux, habilite les autorités à limiter le droit de grève des fonctionnaires de police (art. 126, § 2). Ces restrictions sont légitimes selon la Cour d'arbitrage : « *la nécessité d'une grande disponibilité des fonctionnaires de police est de nature à justifier la différence de traitement entre les membres de la police et les autres catégories de personnel, notamment dans*

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

[171] Pour un résumé de ces arguments *contra*, voy. D. BATSELÉ, O. DAURMONT et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 258.

[172] Voy. R. NOGUELLOU, « A propos du droit de grève et du service minimum », obs. sous C.E. (Fr.), 1er décembre 2004, *Onesto et autres*, *R.D.P.*, 2005, pp. 1087 et s.

[173] Loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline des forces armées, art. 16.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

la fonction publique ; la limitation du droit de grève répond en l'espèce à la nécessité dans une société démocratique de garantir le respect des droits et libertés d'autrui et de protéger l'ordre public » [174].

Semblables interdictions ou limitations ne sont pas contraires au droit international. Les organes de l'O.I.T. admettent que le droit de grève puisse être restreint voire interdit pour « *les fonctionnaires qui exercent des fonctions d'autorité au nom de l'Etat* » [175]. On consultera également la résolution 1442 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative au droit de grève dans les services publics essentiels, adoptée le 6 juin 2005. Plusieurs propositions de loi tendant à instaurer, dans certains services publics, un système de prestations minimales ont, par ailleurs, été déposées à la Chambre des représentants [176].

40. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de réglementation spécifique interdisant ou restreignant son exercice, la grève ne peut, en tant que telle, être réprimée. Seul le recours abusif à la grève peut, le cas échéant, faire l'objet d'une sanction disciplinaire. La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs s'impose, en pareil cas, à l'autorité disciplinaire. Celle-ci « *doit veiller à faire apparaître clairement dans la motivation de la sanction, qu'elle a entendu réprimer l'usage considéré abusif de la grève et non la grève en elle-même* » [177]. Le Conseil d'Etat considère en effet que « *si l'on peut concevoir que le recours abusif à la grève fasse l'objet d'une sanction disciplinaire, encore conviendrait-il qu'il apparaisse clairement de la décision que c'est cet abus qui est sanctionné, et non, en soi, l'exercice du droit de grève* » [178].

VIII. — Le droit à un recours effectif (art. 13 de la Convention)

41. L'article 13 de la Convention garantit à quiconque se prétend, pour des motifs défendables, victime d'une violation des droits et libertés protégés

[174] C.A., arrêt n° 42/2000 du 6 avril 2000, cons. B.7.4.

[175] Comité de la liberté syndicale, *Recueil de décisions*, 1996, n^os^ 526 et s.

[176] Proposition de loi réglant le droit de grève dans le secteur public, Chambre des représentants, sess. 2003-2004, *Doc. parl.*, 51-492/1 ; Proposition de loi visant à garantir un service minimum dans le cadre des missions de service public et des missions d'intérêt général, Chambre des représentants, sess. 2003-2004, *Doc. parl.*, 51-604/1 ; Proposition de résolution relative à la reconnaissance du droit à une mobilité de base minimale garantie, Chambre des représentants, sess. 2004-2005, *Doc. parl.*, 51-1881/1.

[177] B. Lombaert, « La grève des fonctionnaires... », *op. cit.*, p. 538.

[178] C.E., arrêt *Henry*, n° 54.424, 22 mars 1995.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

par la Convention, un recours effectif devant une instance nationale afin de statuer sur ces griefs et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation [179].

42. L'effectivité d'un recours dépend, pour une large part, de la célérité avec laquelle il peut être statué sur son fondement. Pour en revenir au Conseil d'Etat, on se limitera à rappeler que les articles 6 et 13 de la Convention astreignent les Etats à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de satisfaire à ses exigences [180].

43. Certains fonctionnaires étaient, jusqu'il y a peu, privés de la possibilité de contester la légalité des actes qui les concernent. A la suite d'arrêts rendus par la Cour d'arbitrage [181], le législateur a fini par étendre la compétence d'annulation du Conseil d'Etat aux actes 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, qui sont relatifs aux membres de leur personnel [182]. Les actes réglementaires adoptés par ces institutions ne sont toutefois pas visés en sorte qu'ils échappent, en principe, au contrôle de la Haute juridiction administrative. Cette situation a été jugée discriminatoire par la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 19 mai 2004 [183]. La Cour considère qu'il n'est pas justifié que les fonctionnaires des assemblées législatives soient privés de la possibilité de contester, par voie d'action ou d'exception, les actes réglementaires susceptibles de les affecter. Il en va de même, précise la Cour, pour les fonctionnaires de la Cour des comptes.

44. Les différentes techniques de validation législative peuvent poser problème au regard de l'article 13 de la Convention, notamment lorsque celle-ci intervient alors qu'une procédure est pendante devant le Conseil d'Etat. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 99/2004 de la Cour d'arbitrage [184], le requérant faisait valoir que l'article 437 de la loi-programme du 24 décembre 2002 (qui prévoyait une retenue de 13,07 % sur le montant de la prime Copernic) constituait la reproduction d'une disposition réglementaire dont il contestait précisément la légalité devant le Conseil d'Etat. Le

[179] M. DE SALVIA, *Compendium de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. N.P. Engel — Kehl — Strasbourg — Arlington, Va., 2003, pp. 549 et s.

[180] Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, § 84.

[181] C.A., arrêt n° 33/94, du 26 avril 1994; C.A., arrêt n° 31/96, du 15 mai 1996.

[182] Loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le Code judiciaire, *M.B.*, 22 juin 1999. Voy. B. HENDRICKX et S. DEPRÉ, « Le droit d'accès au Conseil d'Etat », *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, *op. cit.*, pp. 403 et s.

[183] C.A., arrêt n° 89/2004 du 19 mai 2004.

[184] C.A., arrêt n° 99/2004 du 2 juin 2004.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

requérant soutenait que cette « substitution législative » [185] constituait une entrave dans l'exercice de son droit de recours devant le Conseil d'Etat et invoquait la violation des articles 10 et 11 de la Constitution combinés notamment avec l'article 13 de la Convention de sauvegarde.

La Cour d'arbitrage rétorque que « *la seule existence d'un recours devant le Conseil d'Etat contre une disposition d'un arrêté royal n'empêche pas que les dispositions de celui-ci puissent être refaites avant même qu'il ait été statué sur ce recours* ». Elle ajoute : « *C'est le cas en particulier lorsque le législateur entend exercer une compétence qui lui appartient* » (B.6.1). Or, en l'espèce, la Cour observe que le législateur a réglé une compétence qui relève de la compétence du Roi, en sorte que le moyen est fondé.

En revanche, a été jugée constitutionnelle, car prévue par l'article 184 de la Constitution, la confirmation par le législateur de la partie XII de l'arrêté royal du 30 mars 2001 portant la position juridique du personnel des services de police. Le fait que des recours introduits devant le Conseil d'Etat aient, à la suite de cette confirmation, perdu leur objet n'est pas de nature à énerver ce constat de constitutionnalité, les requérants ayant pu dénoncer devant la Cour les différences de traitement qu'ils estimaient injustifiées [186].

IX. — L'interdiction de discrimination (art. 14 de la Convention)

45. Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, seuls les Belges sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. Plusieurs députés et sénateurs ont déposé des propositions de révision de la Constitution visant à mettre cette disposition en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne, dont l'article 39 prohibe toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres de l'Union européenne. Une exception est certes prévue en ce qui concerne les « *emplois dans l'administration publique* », mais elle ne vise, selon la Cour de justice des Communautés européennes, que les emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et les fonc-

[185] Sur les techniques de « validation législative », voy. P. Nihoul, « Les lois de validation et le Conseil d'Etat : quand le législateur et la Cour d'arbitrage interfèrent dans le contentieux administratif... », *A.P.T.*, 2004, pp. 73 et s.; G. Rosoux, « Le contrôle juridictionnel des 'validations législatives' en France et en Belgique : un conflit de légitimités », *Rev. dr. Liège*, 2005, pp. 137 et s.; H. Simonart, « Droit à un procès équitable et intervention législative en cours de procédure », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 297 et s.

[186] C.A., arrêt n° 111/2003, du 17 septembre 2003.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

tions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques [187].

La révision envisagée de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution a pour but d'ouvrir les emplois publics aux ressortissants étrangers — qu'ils soient citoyens de l'Union européenne ou non — à l'exception des emplois dits « *de souveraineté* », qui demeurent réservés aux Belges [188].

Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a, à maintes reprises, souligné la nécessité, et le devoir, pour l'administration d'ouvrir ses portes aux citoyens étrangers. Aussi, deux sénateurs, observant une « *présence anormalement faible des diverses minorités au sein des administrations et institutions publiques* », ont déposé, le 19 mai 2005, une proposition de résolution visant à pallier ce manque de représentativité [189].

X. — Interdiction de l'abus de droit (art. 17 de la Convention)

46. Cette disposition, déjà évoquée lors de l'examen de l'affaire *Seurot* précitée, a permis à la Cour européenne de rejeter, par une décision *W.P. et al.* du 2 septembre 2004, une requête introduite par des fonctionnaires polonais qui contestaient, au regard de l'article 11 de la Convention, l'interdiction de constituer une association défendant des idées antisémites.

XI. — Le droit au respect des biens (art. 1er du Premier protocole additionnel)

47. Dans une affaire en cause *Azinas c. Chypre*, le directeur du département de développement coopératif de la fonction publique à Nicosie s'est vu infliger la peine disciplinaire de la révocation à la suite d'une condamnation pour vol, abus de confiance et abus d'autorité. Cette sanction a

[187] C.J.C.E., arrêt *Commission c. Belgique* du 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Recueil,* p. 3881.

[188] Voy. en ce sens la proposition de révision de l'article 10, alinéa 2, deuxième membre de phrase, de la Constitution, déposée par M. Delpérée, Sénat, sess. 2004-2005, *Doc. parl.*, 3-1110/1.

[189] Proposition de résolution visant à pallier le manque de représentativité des diverses minorités de la population dans les administrations et institutions publiques, déposée par Mme Sbaï et M. Moureaux, Sénat, sess. 2004-2005, *Doc. parl.*, 3-1199/1.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

strada lex

entraîné automatiquement la déchéance rétroactive de ses droits à la pension [190].

Une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a, dans un premier temps, considéré que cette déchéance emporte des conséquences disproportionnées, et a conclu à la violation de l'article 1er du Premier protocole [191]. Cet arrêt a cependant été réformé par un arrêt de grande chambre, celle-ci ayant curieusement accueilli l'exception de non-épuisement des voies de recours internes qu'invoquait le gouvernement chypriote [192].

Cela étant, nonobstant sa réformation pour un motif étranger au fond du problème, l'arrêt *Azinas* du 20 juin 2002 demeure, selon la Cour, « *a source of guidance* » [193].

XII. — Le droit à l'instruction (art. 2 du Premier protocole additionnel)

48. Dans l'affaire *Tierentijn*, il était reproché à un professeur d'athénée d'avoir inscrit ses enfants dans un établissement de l'enseignement libre confessionnel. Pour ce fait, cet enseignant avait reçu la mention de signalement « bon », au lieu de la mention « très bon », au motif qu'en faisant l'acte qui lui était reproché, le requérant avait marqué son adhésion à un projet éducatif et à des objectifs pédagogiques qui ne sont pas ceux défendus par la Communauté française.

Affirmant tout d'abord que le principe de neutralité imposé au personnel de l'enseignement organisé par les Communautés a trait principalement à l'exercice des fonctions, le Conseil d'Etat a accueilli le recours formé par le requérant :

> « *Considérant qu'en l'espèce, le reproche fait au requérant (...) a consisté dans le fait que l'intéressé avait inscrit ses enfants dans un établissement d'enseignement libre; que ce fait a modifié défavorablement sa situation administrative; qu'une pression a, de la sorte, été exercée sur lui en vue de l'amener à modifier le choix qu'il avait fait; qu'une sanction a ainsi été portée à sa liberté de choix; qu'il ne ressort, par ailleurs, ni de la décision entreprise, ni du dossier administratif que le choix fait par le requérant aurait eu concrètement une incidence négative sur la*

[190] Dans son mémoire en défense, le gouvernement chypriote faisait observer qu'au moins six Etats membres (la Belgique, la France, la Grèce, l'Autriche, l'Irlande et le Royaume-Uni) appliquent une législation similaire, en prévoyant qu'un fonctionnaire révoqué perd le bénéfice de sa pension soit automatiquement, soit en vertu du pouvoir discrétionnaire des autorités.

[191] Cour eur. dr. h., arrêt *Azinas c. Chypre* du 20 juin 2002.

[192] Cour eur. dr. h., arrêt *Azinas c. Chypre* du 28 avril 2004, obs. F. Krenc, « Une application stricte de la règle de l'épuisement des voies de recours internes », *J.T.*, 2004, p. 627.

[193] Cour eur. dr. h., décision *Banfield c. Royaume-Uni* du 18 octobre 2005.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

manière dont il a exercé et exerce ses fonctions (...) ; qu'il n'en ressort pas davantage que le requérant aurait donné de son choix une publicité ou aurait eu un comportement mettant en péril les intérêts de l'enseignement de la Communauté française » [194].

49. Le Conseil d'Etat a considéré qu'un enseignant du culte catholique dans l'enseignement officiel, qui se remarie sans que son premier mariage ait été dissous religieusement, peut être révoqué afin de sauvegarder le droit des parents à un enseignement conforme à leurs convictions religieuses [195].

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

50. A plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a été amené à examiner la légalité des obligations de résidence imposées à des fonctionnaires communaux [196]. La Haute juridiction administrative se montre particulièrement méfiante envers ces restrictions apportées à la liberté individuelle : seules des « *raisons exceptionnelles* » sont susceptibles de justifier semblables limitations [197]. La liberté doit, en effet, demeurer la règle et la restriction, l'exception [198].

Il appartient, en particulier, à l'autorité de démontrer que l'obligation de résidence répond à un besoin impérieux. L'adéquation des motifs invoqués est strictement contrôlée par le Conseil d'Etat, lequel vérifie si « *la limitation de l'exercice de la liberté individuelle répond à une nécessité d'un intérêt supérieur à celle de son respect, soit parce qu'il existe des raisons tenant à la santé publique, à la sécurité publique ou à l'ordre public justifiant la mesure, soit parce que l'intérêt du service implique que l'agent soit effectivement disponible de façon permanente, par exemple, lorsqu'il entre dans les obligations normales de la fonction considérée que le titulaire de celle-ci puisse répondre immédiatement à des appels imprévus* » [199].

---

[194] C.E., arrêt *Tierentijn*, n° 91.625, du 13 décembre 2000.

[195] C.E., 20 décembre 1985, n° 25.995, cité par J. Velu et R. Ergec, *op. cit.*, p. 640.

[196] L'article 145, alinéa 2, de la nouvelle loi communale dispose que le conseil communal « *peut exiger, lors de toute nomination définitive des membres du personnel communal, que les intéressés aient et conservent leur domicile et leur résidence effective sur le territoire communal. Le conseil communal motive sa décision* ».

[197] C.E., arrêt *Evers*, n° 32.786, du 26 juin 1989.

[198] R. Andersen, « L'obligation de résidence », obs. sous C.E., arrêt *Tourneur*, n° 41.149, du 25 novembre 1992, *Rev. dr. commun*., 1993, p. 131.

[199] C.E., arrêt *Evers* précité, obs. O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 305 et s.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

Cela étant, même les obligations de domicile imposées tantôt aux agents de police [200] tantôt aux sapeurs pompiers [201], et prétendument justifiées par la nécessité de se rendre rapidement, en cas d'appel, au poste de police, à la caserne ou sur les lieux du délit ou du sinistre, n'échappent pas à la censure du Conseil d'Etat. Celui-ci considère que de telles obligations ne peuvent être que limitées dans le temps, « *soit pendant des périodes de garde* », « *le droit de choisir sa résidence et de se déplacer et circuler librement pouvant sans doute être restreint, mais non annihilé, par des impératifs tenant notamment à la sûreté publique* » [202].

Dans un arrêt du 4 juillet 2003, une chambre néerlandophone du Conseil d'Etat a jugé que l'obligation de résidence imposée au personnel statutaire du corps de pompiers de la Ville de Louvain ne se situe pas dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi, étant celui de garantir la sécurité des citoyens. Partant, la disposition réglementaire qui prévoit une telle obligation ne constitue pas une mesure nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 2 du Protocole n° 4 [203].

*

51. En conclusion, le fonctionnaire, contrairement à ce qui a pu être soutenu à une certaine époque, n'est pas exclu de la sphère conventionnelle. N'ayant pas renoncé à leur bénéfice [204], il jouit, en principe, comme tout un chacun, des droits que la Convention européenne des droits de l'homme énonce. Il est ainsi libre de ses opinions et croyances. Il a le droit de les exprimer et de les manifester. Bien entendu, l'exercice de ces droits doit s'accommoder des exigences du service public. Ainsi, par exemple, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde n'interdit pas à ce que soit imposé à l'agent un devoir de retenue et de modération dans l'expression de ses opinions. On parlera plus volontiers de devoir de discrétion ou de réserve. De même, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut couvrir les actes ou comportements par lesquels l'agent compromet l'honneur et la dignité de sa fonction. C'est qu'en entrant dans la fonction publique, l'agent a accepté de se soumettre aux charges et devoirs qui lui sont inhérents. Ceux-ci sont destinés à préserver la relation de confiance devant exister entre, d'une part, l'agent et l'administration et, d'autre part, celle-ci et l'administré.

[200] C.E., arrêt *Minet,* n° 48.002, du 15 juin 1994.
[201] C.E., arrêt *Tourneur* précité. Comp. C.E., arrêt *Detournay,* n° 16.328, du 16 mars 1974.
[202] C.E., arrêts *Minet* et *Tourneur* précités.
[203] C.E., arrêt *Buts,* n° 121.320, du 4 juillet 2003.
[204] B. Lombaert, « Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, *op. cit*., p. 483.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

stradalex

A cette notion de confiance s'ajoute un second élément auquel est très attachée la Cour européenne des droits de l'homme : l'apparence [205]. Le fonctionnaire ne doit pas être « neutre », au sens, par exemple, d'apolitique ou d'agnostique. Il doit, plus exactement, afin de gagner et de conserver la confiance de l'usager, donner *l'apparence* de la neutralité. Il n'est pas exigé qu'il renonce à ses convictions politiques, religieuses ou philosophiques, mais celles-ci ne peuvent, à aucun moment, rejaillir sur ses rapports avec l'usager. L'agent public doit faire preuve, dans son comportement, dans ses attitudes, de la neutralité nécessaire au maintien de cette relation de confiance, tout en restant libre de ses opinions. Aussi, pour le fonctionnaire, comme pour tout autre individu, le principe doit demeurer la liberté et la restriction doit rester l'exception.

*
* *

[205] Qui relève, selon Paul Martens, de la tyrannie : « La tyrannie de l'apparence », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 640.

A.D.L. /
Uitgeverij Bruylant - © Groep Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /