

LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT DISCIPLINAIRE DANS LA FONCTION PUBLIQUE BELGE

I. — L'applicabilité de l'article 6 de la Convention

1. Le droit disciplinaire de la fonction publique se caractérise notamment par le fait que le pouvoir de sanctionner les manquements à la discipline est l'un des attributs du pouvoir hiérarchique. Le pouvoir de punir y est indissociable du pouvoir de commandement et de direction du service. Selon l'heureuse expression de C. Cambier, « Il y va d'une justice retenue pour l'autorité qui ordonne dans tous les sens du mot » ⁽¹⁾. Cette caractéristique commune n'exclut pas certaines particularités d'aménagement selon que le pouvoir disciplinaire s'exerce à l'égard des agents des administrations de l'Etat, des Communautés et des Régions ou des agents des services des autorités décentralisées, mais ces aménagements n'altèrent pas la nature du pouvoir exercé. Comme l'observe le même auteur : « La discipline demeure un attribut de l'autorité hiérarchique. Les modalités qui l'entourent ne font qu'assortir la mise en œuvre d'une compétence qui est et n'est que d'administration. Les emprunts faits à l'action juridictionnelle ne sortent pas du domaine des formes protectrices » ⁽²⁾. La discipline est et reste l'apanage de l'administration active.

Le Conseil d'Etat fait le même constat dans son arrêt n° 37.113, du 29 mai 1991, *Leenders* : « Les décisions qui concernent la discipline des agents des services publics n'ont pas un caractère juridictionnel. Si les règles établies par les statuts de ces agents doivent être respectées et les droits de la défense assurés, la décision qui est prise n'est pas pour autant l'œuvre d'une juridiction » ⁽³⁾.

2. Est ainsi posée la question de savoir si, à supposer que l'article 6 de la Convention lui soit applicable, le contentieux disciplinaire de la fonction publique ne devrait pas être fondamentalement

(1) C. CAMBIER, *Droit administratif*, Précis de la faculté de droit de l'U.C.L., Larcier 1968, p. 313.

(2) C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, t. II, Larcier, 1964, p. 315.

(3) Voy. précédemment C.E. arrêt n° 31.567, du 7 décembre 1988, *Beugnies*.

revu pour être rendu conforme à cette disposition et, en particulier, s'il ne devrait pas être « juridictionnalisé ». En particulier, l'existence d'un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat peut-elle être considérée comme suffisante au regard des exigences formulées par la Cour et la Commission quant à l'étendue de la protection juridictionnelle requise par l'article 6, § 1^{er} de la Convention ?

Ces exigences sont bien connues : depuis l'arrêt de la Cour européenne du 23 juin 1991 dans l'affaire *Le Compte et Consorts*, il est acquis que des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs et *a fortiori* d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects aux prescriptions de l'article 6 ; en de telles occurrences, il faut que ces organes soient soumis à un contrôle juridictionnel de pleine juridiction, c'est-à-dire un contrôle qui porte sur les points de fait comme sur les questions de droit et qui présente toutes les garanties exigées par cet article.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est conforme à cet enseignement. Parmi les nombreux arrêts rendus en matière de discipline dans la fonction publique, citons l'arrêt n° 32.887, du 28 juin 1989, *Vandenberghé*, comme étant particulièrement explicite : « Indépendamment de la question de savoir si une sanction disciplinaire concerne une contestation sur des droits civils ou une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 de la Convention, cette disposition n'est pas violée lorsqu'il existe, contre la décision en cause, un recours auprès d'une instance disposant de la plénitude de juridiction et qui répond aux conditions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Bien que le Conseil d'Etat ne puisse pas substituer sa décision à celle de l'autorité administrative, il peut, dans l'exercice de sa mission de contrôle, vérifier si les droits de l'homme ont été respectés, si la décision repose sur des éléments de fait existants et si la sanction administrative est proportionnée à ces faits. La protection qu'assure ainsi le Conseil d'Etat répond au prescrit de l'article 6 de la Convention » (4).

Comme le relève R. Ergec, « Cela a comme conséquence de soustraire au champ d'application de l'article 6 tout organe administratif statuant sur une contestation sur les droits et obligations de

(4) Voy. également C.E. arrêt n° 35.567, du 4 décembre 1990, *Buyle*, et arrêt n° 41.726, du 25 janvier 1993, *Cooreman*. *Adde* : C.E. arrêt n° 48.473, du 5 juillet 1994, *Nicolay*, rendu à propos de la sanction disciplinaire prononcée par le ministre des Finances à l'encontre d'un expert fiscal, lui refusant de représenter comme mandataire des contribuables pendant une période de deux ans.

caractère civil ou sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, pourvu que la décision rendue à l'issue de la procédure soit susceptible d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat » ⁽⁵⁾.

3. La question de savoir si une sanction disciplinaire concerne ou non une contestation sur des droits civils ou une accusation en matière pénale ne saurait toutefois être éludée. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le contentieux disciplinaire ne porte pas sur des contestations relatives à des droits subjectifs, qu'ils soient de nature civile ou de nature politique. Les articles 144 et 145 de la Constitution lui sont étrangers. Comme l'écrit P. Lemmens, « la loi peut dès lors établir des juridictions disciplinaires — qui, n'ayant pas compétence pour statuer sur des contestations sur des droits civils, ne sont pas des tribunaux extraordinaires, dont la création serait interdite par l'article 146 de la Constitution — ou conférer une compétence disciplinaire à des organes d'administration active » ⁽⁶⁾. La notion de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 6, § 1^{er} de la Convention ne coïncide pas avec celle de « contestations qui ont pour objet des droits civils » au sens de l'article 144 de la Constitution. Il y va d'une notion autonome et évolutive dont l'interprétation revient, aux termes de l'article 45 de la Convention, à la Cour européenne des droits de l'homme. Comme le souligne le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 39.719, du 12 juin 1992, s.a. *W.E.A. Records*, « l'examen par le Conseil d'Etat de l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er} doit se faire à la lumière des principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour relative à cette disposition, et non de concepts de droit interne, tels ceux qui sont visés à l'article 92 de la Constitution (devenu l'article 144). Il ressort de ces principes que, pour déterminer si une contestation porte sur des droits et obligations de caractère civil, il ne faut avoir égard ni à la nature de la loi applicable, ni à la nature de l'autorité compétente ; qu'en outre, une telle contestation peut avoir pour enjeu non seulement l'existence même d'un droit de caractère civil, mais également son étendue ou les modalités selon lesquelles son titulaire est libre d'en user ; qu'est

(5) L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T.*, 1993/1, pp. 1 et s., ici p. 6. En ce qui concerne le contrôle exercé par le Conseil d'Etat, voir J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 1994, pp. 26 à 28 et *A.J.D.A.*, 1995, pp. 139 et 140.

(6) P. LEMMENS, « Le contentieux administratif : fondements et développements », in *Le citoyen face à l'administration*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1990, pp. 40-41 et réf. citées. Voy. aussi, P. LEMMENS et D. D'HOOGHE, *Recht van verdediging in tuchtzaken*, Kluwer, 1989, pp. 1 et 2 et réf. citées.

ainsi qualifiée de contestation sur des droits de caractère civil le différend portant sur une décision par laquelle une autorité administrative, usant d'un pouvoir discrétionnaire certain pour mesurer les intérêts publics et privés en présence, refuse un avantage à un administré, ou refuse de mettre en œuvre la possibilité que permet la loi de déroger à une interdiction qu'elle porte, pour autant que ce différend présente avec les droits de l'intéressé un lien suffisant aux fins de l'article 6, § 1^{er} ; qu'en effet, cette disposition ne se contente pas d'un lien tenu ni de répercussions lointaines avec des droits ou obligations de caractère civil, mais exige que l'issue de la procédure soit déterminante pour un tel droit » (7).

4. La jurisprudence de la Cour de cassation semble, depuis l'arrêt du 14 mai 1987 rendu sur les conclusions de M. l'avocat général J. Velu, fixée en ce sens qu'ayant pour objet de rechercher et de décider si la personne mise en cause dans une procédure disciplinaire a enfreint les règles de la déontologie ou a porté atteinte à l'honneur ou à la dignité de la fonction ou de la profession et, dans l'affirmative, de lui infliger une sanction disciplinaire, la procédure disciplinaire ne tombe dans le champ d'application de l'article 6, § 1^{er} de la Convention que lorsque, *exceptionnellement*, elle se rapporte à une contestation sur des droits et obligations de caractère civil ou au bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de cette disposition (8). Cette jurisprudence, en tant qu'elle concerne des procédures disciplinaires suivies à charge des membres de l'ordre judiciaire, est largement commentée dans un autre article de cette revue. Il suffit, pour l'heure, de relever que, pour la Cour de cassation, les procédures disciplinaires suivies à leur encontre ne sauraient être considérées comme ayant pour objet une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6, § 1^{er}, parce qu'elles sont relatives à des droits et obligations découlant de rapports juridiques de nature non-contractuelle que le droit public établit entre l'Etat et ses organes. Ce faisant, la Cour a suivi son actuel Procureur général qui, pour la convaincre d'admettre qu'une partie du contentieux de la fonction publique est susceptible d'avoir pour objet des droits et obligations de caractère civil, l'invitait à établir une distinction entre les agents statutaires et les

(7) C.E. arrêt n° 39.719, 12 juin 1992, *S.A. W.E.A. Records, J.T.*, 1993, pp. 47 et s., obs. P. LAMBERT, « Le contentieux administratif et la Convention européenne des droits de l'homme ».

(8) Cass. 14 mai 1987, *J.T.*, 1988, pp. 58 et s. avec des extraits des conclusions du ministère public. Voy. dans le même sens, Cass. 15 juin 1989, *J.T.* 1989, pp. 593 et s., obs. R. ERGEC ; Cass. 22 septembre 1989, *Pas.* 1990, I, 53 et Cass. 4 mars 1993, *A.P.M.*, 1993, p. 147.

agents contractuels et à distinguer, au sein des agents statutaires, les organes et les préposés : tandis que les droits des agents contractuels ainsi que ceux des agents statutaires qui ne participent pas à l'exercice de la puissance publique sont des droits de caractère civil au sens de l'article 6, § 1^{er} de la Convention, les droits des agents statutaires qui participent à l'exercice de la puissance publique ne peuvent être considérés comme tels ⁽⁹⁾.

5. Dans ses conclusions, l'éminent publiciste a été, notamment, inspiré par certains arrêts du Conseil d'Etat et, singulièrement, par l'arrêt n° 24.689, du 26 septembre 1984, *Vercammen*. Dans cet arrêt, la Haute juridiction administrative considère, en effet, qu'une condition *sine qua non* pour l'application des articles 6, § 1^{er}, et 13 de la Convention à un membre du personnel d'une personne de droit public est qu'il n'exerce pas une fonction publique au sens propre du terme. A cet égard, il ne suffit pas que l'intéressé se trouve dans une situation statutaire, mais il faut encore établir à cet effet une distinction entre les activités, les fonctions et les emplois au service d'une autorité selon qu'il s'agit ou non de tâches typiques de l'autorité, qu'elles sont ou non caractéristiques de la mission spécifique de celle-ci, qu'elles impliquent ou non une collaboration à des tâches de l'autorité au sens propre du terme. L'arrêt se réfère, sur ce point, à l'arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice de Luxembourg dans l'affaire 149/79, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*. En l'occurrence, le Conseil d'Etat estima que bien que se trouvant dans une situation statutaire, la requérante n'exerçait pas en tant que nettoyeuse dans un bain public un emploi pouvant être qualifié de véritablement public ⁽¹⁰⁾. Le Conseil d'Etat tint exactement le même raisonnement, cette fois à propos d'un professeur de l'enseignement de l'Etat, dans un arrêt n° 34.348, en se référant expressément à l'arrêt *Vercammen* dont il reproduit les passages pertinents. Selon la Haute juridiction administrative, donner cours dans l'enseignement de l'Etat ne peut être considéré comme une fonction publique typique, ne fût-ce que parce que la Constitution garantit également la liberté de l'enseignement en dehors de l'enseignement organisé par les pouvoirs publics et que d'ailleurs un membre du personnel enseignant de l'Etat n'a, en tant que tel, aucune compétence de décision, n'est pas un organe de

(9) Conclusions du ministère public précédant l'arrêt du 14 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 62.

(10) C.E. arrêt n° 24.689, du 26 septembre 1984, *Vercammen*, *R.W.* 1984-1985, Col. 1582 et s., obs. Y. VANDEN BOSCH.

l'Etat ⁽¹¹⁾. Ce deuxième arrêt sera suivi d'un troisième : l'arrêt n° 35.619 du 2 octobre 1990 *Baeten*, rendu dans une espèce semblable à celle de l'arrêt *Vercammen* ⁽¹²⁾.

6. La plupart des arrêts se limitent, toutefois, à affirmer que même lorsqu'elle aboutit à priver une personne de l'emploi qu'elle occupait, l'action disciplinaire dans la fonction publique n'a pas le caractère d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6, § 1^{er} de la Convention ⁽¹³⁾. Certains arrêts, prévenant en quelque sorte l'objection, ajoutent que la situation n'est pas la même dans la fonction publique que dans les ordres professionnels, en faisant valoir que « si graves qu'en soient, socialement et moralement, les conséquences, une mesure de révocation d'un emploi public, à la différence de la radiation d'un ordre professionnel, ne prive celui qui en est l'objet que de son emploi et non du droit d'exercer une profession » ⁽¹⁴⁾.

7. Ces divergences dans la jurisprudence du Conseil d'Etat sont regrettables. La solution nuancée adoptée par la jurisprudence *Vercammen* a nos préférences car elle présente, au plan pratique,

(11) C.E. arrêt n° 34.348, du 13 mars 1990, *De Ridder, R.W.*, 1990-1991, pp. 293 et s., obs. F. MEERSCHAUT.

(12) C.E. arrêt n° 35.619, du 2 octobre 1990, *Baeten*. Comp. avec C.E. arrêt n° 46.516, du 15 mars 1994, *Verleye*. On peut également citer comme se rattachant à ce courant jurisprudentiel C.E. arrêt n° 24.937, du 20 décembre 1984, *Broeckx* ; C.E. arrêt n° 26.849, du 3 juillet 1986, *Broeckx et Van Craen*, et C.E. n° 35.295 du 28 juin 1990, *Petkovics* qui qualifient de droit civil le droit pour les ouvriers portuaires reconnus de continuer à exercer leur profession. Le dernier arrêt précise que le statut légal dont les intéressés sont dotés n'a pas pour conséquence qu'ils doivent être considérés comme étant en service public mais bien qu'ils peuvent, en tant que salariés, c'est-à-dire comme citoyens privés, exiger de l'autorité le respect de leur droit à continuer à travailler comme ouvriers portuaires et aussi que c'est le droit pour un ouvrier portuaire reconnu de continuer à exercer sa profession qui constitue le droit civil au sens de l'article 6 de la convention, et non celui d'être reconnu comme tel.

(13) C.E. arrêt n° 29.125, du 20 janvier 1989, *François, J.T.* 1988, pp. 618 et s. avis de l'auditeur M. LEROY et obs. D. LAGASSE, C.E. arrêt n° 29.183, du 20 janvier 1989, *Cornet* ; C.E. arrêt n° 31.567, du 7 décembre 1988, *Beugnies* ; C.E., arrêt n° 32.996, du 13 septembre 1989, *Jonas* ; C.E. arrêt n° 36.039, du 18 décembre 1990, *Simar* ; C.E. arrêt n° 36.479, du 22 février 1991, *Cauwet* ; C.E. arrêt n° 38.303, du 11 décembre 1991, *Lecat* ; C.E. arrêt n° 39.230, du 27 avril 1992, *Fiore* ; C.E. arrêt n° 42.689, du 10 mai 1993, *Van Den Langenbergh* ; C.E. arrêt n° 44.493, du 13 octobre 1993, *Leenders* ; C.E. arrêt n° 44.938, du 18 novembre 1993, *Gyet* ; C.E. arrêt n° 47.034, du 27 avril 1994, *Jolet*.

(14) C.E. arrêt n° 29.183, du 20 janvier 1988, *Cornet* ; CE arrêt n° 31.567, du 7 décembre 1988, *Beugnies* ; C.E. arrêt n° 32.996, du 13 septembre 1989, *Jonas* ; C.E. arrêt n° 36.038 du 18 décembre 1990, *Simar* ; C.E. arrêt n° 36.857, du 24 avril 1991, *Laruelle*.

l'avantage de réaliser l'unité de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. On rappelle en effet que dans ses conclusions sur le pourvoi qui donna lieu à l'arrêt du 14 mai 1987, le ministère public fit notamment valoir, en vue d'emporter l'adhésion de la Cour de cassation, que la solution qu'il préconisait se situait dans la ligne de décisions récentes de la Commission et de la Cour européennes intervenues en des matières connexes et était conforme à la jurisprudence Vercammen du Conseil d'Etat ⁽¹⁵⁾. Cette solution présente un autre avantage pratique sur lequel ses partisans n'ont pas manqué d'insister, à savoir qu'elle est directement inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'article 48, § 4 du Traité C.E.E. qui déclare ses trois premiers paragraphes inapplicables aux emplois dans l'administration publique.

8. Pour P. Lemmens, cette solution se justifie, au plan théorique, par la considération que, quelque large que soit la conception que l'on peut avoir des droits et obligations de caractère civil, celle-ci ne peut s'étendre à des contestations qui portent sur les droits et obligations de caractère politique, c'est-à-dire des droits et obligations qui consistent exclusivement dans les rapports juridiques entre l'autorité exerçant son *imperium* et l'individu en sa qualité de citoyen. Concrètement, ces droits et obligations consistent, d'une part, dans les droits et obligations qui sont en relation avec l'exercice de la puissance publique et, d'autre part, dans les droits et obligations qui tiennent à la citoyenneté même de l'individu. Parmi les droits et obligations relevant de la première catégorie, l'auteur range le *ius honorum*, c'est-à-dire le droit d'accéder aux emplois publics, ainsi que les droits et obligations qui en découlent — ce qui inclut le contentieux disciplinaire dans la fonction publique en tant qu'il concerne des agents publics qui sont titulaires d'emplois publics au sens de l'article 48, § 4 du Traité C.E.E. ⁽¹⁶⁾. C'est la même thèse que reprend à son compte le ministère public en l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 14 mai 1987 de la Cour de cassation lorsqu'il invite celle-ci à juger que les procédures disciplinaires suivies à charge de membres de l'Ordre judiciaire, étant relatives à des droits et obligations découlant de rapports juridiques de nature non contractuelle que le droit public établit entre l'Etat et ses organes, ne sauraient être considérées comme ayant pour objet une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'ar-

(15) *J.T.*, 1988, pp. 59 à 62 et les nombreuses références citées.

(16) P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Kluwer, 1989, pp. 226 à 243.

ticle 6, § 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁽¹⁷⁾.

9. L'exclusion du contentieux disciplinaire de la fonction publique du champ d'application de l'article 6, § 1^{er} précité, même assortie de l'important correctif qui vient d'être indiqué, ne compte pas que des partisans. De nombreux auteurs belges et étrangers critiquent cette solution estimant qu'il n'existe aucune différence essentielle entre les droits d'un travailleur du secteur privé et ceux d'un fonctionnaire, du moins lorsqu'ils ont rapport avec sa situation individuelle en tant que travailleur mis au travail dans une entité organisée. Ces auteurs plaident résolument en faveur de l'inclusion du contentieux de la fonction publique dans le champ d'application dudit article 6, § 1^{er} ⁽¹⁸⁾. Parmi eux, citons, P. Lambert et L. Goffin. Le premier, dans une note d'observations consacrée à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 novembre 1992, *Giancarlo Lombardo*, estime que cet arrêt pourrait bien être le point de départ d'une évolution importante de la jurisprudence dans le contentieux de la fonction publique. Se situant dans le prolongement d'arrêts antérieurs, l'arrêt décide que « même si les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activités des magistrats sortent en règle générale du champ d'application de l'article 6, § 1^{er} (sur l'accès à la fonction publique, voir les arrêts *Glaserapp* et *Kosiek c. l'Allemagne* du 28 août 1986, §§ 49 et 35), l'intervention de l'autorité publique par une loi ou un règlement n'a pas empêché la Cour, dans plusieurs affaires, de conclure au caractère civil du droit litigieux (arrêt *Feldbrugge c. les Pays-Bas* du 29 mai 1986, § 32) ». La méthode suivie consiste lorsque la contestation présente à la fois des éléments de droit public et de droit privé à en apprécier le poids respectif. Lors de cette appréciation, la circonstance que l'Etat n'use pas de prérogatives discrétionnaires et qu'il peut, en la matière, se comparer à un employeur partie à un contrat de travail régi par le droit privé, a joué, dans l'espèce qui était soumise à la Cour, un rôle décisif. Pour cet auteur, l'étape suivante sera franchie lorsque la Cour se sera résolue à admettre que lorsque la puissance publique use de son pouvoir disciplinaire, elle porte atteinte à un droit de caractère civil, qu'il s'agisse du droit à la rémunération ou du droit à l'honneur. Quand elle aura fait ce pas, la seule référence faite à l'existence de rapports

(17) *J.T.*, 1988, p. 62.

(18) P. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 235-240 et les auteurs cités à la note inframarginale 977 et conclusions du ministère public dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 14 mars 1987, *J.T.*, 1988, p. 62 et les auteurs cités à la note infrapaginale 40.

juridiques de nature non contractuelle entre l'Etat et ses organes ne suffira plus à exclure le contentieux disciplinaire de la fonction publique du champ d'application de l'article 6, § 1^{er} précité⁽¹⁹⁾. Le second nommé a emboîté le pas au premier en ajoutant que l'exclusion du contentieux disciplinaire de la fonction publique lui paraissait critiquable comme étant contraire à la conception démocratique qui veut que l'Etat soit au service des citoyens et qu'il ne puisse user de ses pouvoirs qu'en respectant leurs droits fondamentaux, y compris ceux de leurs agents et de leurs organes⁽²⁰⁾.

10. Si, comme l'observe J.-F. Flauss dans une de ses récentes chroniques⁽²¹⁾, on observe que les Etats défendeurs ont de moins en moins tendance à contester devant la Cour l'assujettissement à l'article 6, § 1^{er} de la Convention des contentieux pécuniaires de reconstitution de carrière (voy. l'arrêt du 24 août 1993, *Scuderi*) ou même des procédures de licenciement des agents « contractuels de droit public » (voy. l'arrêt du 26 octobre 1993, *Darnell*), la même tendance ne s'est pas encore clairement manifestée en ce qui concerne les mesures disciplinaires prises à l'encontre d'agents statutaires exerçant de véritables emplois publics. Il n'est pas certain qu'en l'état actuel, les instances de Strasbourg soient disposées à considérer que dans une matière comme celle-ci où l'autorité publique dispose d'un très large pouvoir discrétionnaire, les éléments de droit privé l'emportent sur les éléments de droit public. En tout état de

(19) Du même auteur, voy. « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire », *J.T.*, pp. 53 à 58. En ce qui concerne l'arrêt *Deumeland*, voir P. LAMBERT, « En bref de Strasbourg », *J.T.*, 1987, p. 319 et en ce qui concerne les arrêts *Glaserapp* et *Kosiek*, du même, « En bref de Strasbourg », *J.T.*, 1988, p. 74.

La Cour a confirmé la solution de l'arrêt *Lombardo* dans ses arrêts *Trévisan* du 26 février 1993 et *Masso* du 24 août 1993. Voy. aussi l'arrêt *Schoutem et Meldrum* du 9 décembre 1994.

(20) L. GOFFIN, « De la comparution personnelle dans la procédure disciplinaire de la fonction publique », obs. sur C.E., 14 juillet 1993, *J.T.*, 1993, p. 782.

(21) J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 1994, pp. 20-21. *Adde* : du même auteur, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 1995, pp. 131 et 132. Commentant la décision *Tyler c. le Royaume-Uni* rendu par la Commission le 5 avril 1994, il écrit : « ... le sort au regard de l'article 6, 1^o des procédures disciplinaires à conséquence pécuniaire demeure indécis. Toute la question est de savoir si le caractère attractif prêté à la notion de patrimonialité, en tant que critère de définition de la matière civile, conduire à une fragmentation de la matière disciplinaire dans la fonction publique : d'un côté, les sanctions disciplinaires ayant des répercussions patrimoniales auxquelles les garanties du procès équitable s'appliqueront, de l'autre les sanctions disciplinaires dépourvues de toute incidence pécuniaire placées hors du champ d'application des exigences du procès équitable. Concevable dans la perspective d'une conception attrape-tout de la notion de patrimonialité, pareil scénario paraît moins envisageable sur le terrain du volet pénal de l'article 6 » (p. 132).

cause, il ne nous paraît pas souhaitable que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat devancent ces instances en anticipant une évolution jurisprudentielle qui, pour souhaitable qu'elle soit, n'en reste pas moins incertaine. Comme il a été indiqué ci-dessus, la notion de droits et obligations de caractère civil est une notion de droit conventionnel, autonome et évolutive dont il appartient à la Commission et, en dernière instance, à la Cour d'assurer l'unité d'interprétation. Cette solution ne préjuge évidemment pas de l'application aux fonctionnaires d'autres dispositions de la Convention. Ainsi plusieurs décisions juridictionnelles ont considéré que la suspension ordonnée préventivement en attendant l'issue de poursuites disciplinaires était susceptible, lorsqu'elle portait sur l'intégralité du traitement du fonctionnaire et s'étendait sur une longue période, de constituer un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de ladite Convention ⁽²²⁾.

11. L'article 6, § 1^{er} de la Convention n'est pas seulement applicable en cas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil, mais également lorsqu'il y va d'une accusation en matière

(22) Voy. les décisions du prés. du trib. de 1^{re} instance de Liège du 15 juin 1988 et de la cour d'appel de Liège du 29 septembre 1988 citées par P. MARTENS dans sa note d'obs. sous C.E., arrêt n° 31.675 du 6 janvier 1989, *Grainson* ; J.L.M.B. 1989, pp. 730 à 732. Le pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt du 29 septembre 1988 a été rejeté (Cass. 8 décembre 1988, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 596 et s., note J. VERHOEVEN, « Privation de rémunération et « traitement dégradant »). Voy. également prés. du trib. de 1^{re} instance de Mons du 23 mars 1990 (*Rev. trim. dr. h.*, 1991, pp. 261 et s., obs. J.-C. GEUS, « La suspension préventive avec privation de traitement est-elle contraire à la Convention européenne des droits de l'homme ? »). Dans sa note d'observations, J.-C. GEUS examine également la question de l'applicabilité de l'article 6 à des mesures d'ordre et à des mesures disciplinaires à caractère pécuniaire et ne l'exclut pas *a priori*. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt n° 46.092 du 11 février 1994, *Frantzen*, considère que dans le cas d'espèce, la privation de traitement qui accompagne la suspension préventive ne se justifie pas au regard des articles 3 et 6. Précédemment, il avait rejeté le moyen tiré de la violation de l'article 3 dans son arrêt n° 40.179, du 27 août 1992, *M.C.*, TGEM 92/6, p. 396.

Actuellement, l'article 40 de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des 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 restreint les cas dans lesquels l'agent peut être suspendu préventivement avec réduction de traitement et limite la réduction susceptible d'être prononcée. La limite prévue est la même que celle applicable en cas de suspension disciplinaire avec réduction de traitement (article 31, § 3, dudit arrêté). Voy. également dans le même sens, s'agissant des agents communaux, les articles 313 et 283 et 284 de la nouvelle loi communale ayant trait respectivement à la suspension préventive et aux peines disciplinaires entraînant une réduction de traitement.

pénale. Comme l'observe R. Ergec, on peut de prime abord se demander en quoi les procédures contentieuses administratives reposeraient sur une accusation en matière pénale ; ce serait toutefois oublier que cette notion a, comme celle de droits et obligations de caractère civil, un contenu autonome, propre au système de la Convention. Il s'ensuit qu'une procédure qualifiée de « disciplinaire en droit interne » peut revêtir le caractère d'une accusation pénale au sens de la disposition précitée⁽²³⁾. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « pour déterminer si une procédure disciplinaire appelle une décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de la même disposition (article 6, § 1^{er} de la Convention), il y a lieu d'avoir égard à la qualification, en droit interne, de l'acte reproché à la personne poursuivie, à la nature de cet acte ainsi qu'à la sévérité de la sanction susceptible d'être infligée à l'auteur de celui-ci »⁽²⁴⁾. Certes, il est acquis que le droit disciplinaire et notamment celui applicable dans la fonction publique est autonome par rapport au droit pénal, mais cette autonomie ne fait pas obstacle à ce qu'un fait identique puisse être en même temps constitutif d'une infraction disciplinaire et d'une infraction pénale et puisse, la répression étant envisagée dans des optiques différentes, donner lieu à l'application cumulative de deux sanctions, l'une de nature pénale, l'autre de nature disciplinaire sans que le principe « *non bis in idem* » ne s'y oppose. En ce qui concerne la sévérité de la sanction disciplinaire susceptible d'être infligée à l'auteur de l'acte contraire à la fois à la loi pénale et à la discipline, seules, en principe, les sanctions les plus graves justifieraient la mise en œuvre des garanties prévues à l'article 6 de la Convention, mais ce serait oublier qu'en matière disciplinaire, il n'existe pas, à la différence du droit pénal, de corrélation étroite entre l'infraction et sa sanction. L'autorité administrative investie du pouvoir disciplinaire dispose, en ce qui concerne le choix de la sanction, d'une compétence discrétionnaire qu'elle exerce sous le contrôle du juge administratif, ce contrôle se limitant le plus souvent à censurer l'erreur manifeste d'appréciation.

12. Si la jurisprudence de la Cour de cassation est orientée en ce sens, on ne trouve, par contre, aucun signe d'une telle évolution

(23) R. ERGEC, « Le droit disciplinaire et les droits de l'homme », *Rev. Dr. U.L.B.*, 1991/4, pp. 35 et s., ici pp. 40 à 43 et du même, « L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T.*, 1993, p. 5.

(24) Cass. 14 mai 1987, *J.T.*, 1988, pp. 58 et s. avec les concl. de ministère public, sp. pp. 62-63 ; Cass., 15 juin 1989, *J.T.*, 1989, pp. 593-594, obs. R. ERGEC et Cass., 4 mars 1993, *A.P.M.*, 1993, p. 147.

dans celle du Conseil d'Etat, si ce n'est peut-être, de manière discrète et négative, dans un arrêt n° 46.516 du 15 mars 1994, *Verleye*. La Haute juridiction administrative y déclare inapplicable à une mesure de révocation d'un bourgmestre l'article 6, § 1^{er} de la Convention au double motif qu'elle porte sur l'emploi de bourgmestre qui est un emploi public par excellence, de telle sorte que la contestation est relative à un droit politique, et non à des droits et obligations de caractère civil au sens de cette disposition, et qu'elle a été prise pour des motifs disciplinaires et non sur la base d'une procédure pénale. L'avenir dira si le Conseil d'Etat est disposé à s'engager dans cette voie (^{24bis}).

II. — Les principes généraux du droit disciplinaire de la fonction publique et l'influence de l'article 6 de la Convention

13. Des considérations qui précèdent, il suit qu'en l'état actuel, l'application de l'article 6 de la Convention en matière de contentieux disciplinaire de la fonction publique est plus riche d'espérance que de réalisations concrètes. Ce constat plutôt négatif ne doit pas faire perdre de vue l'influence diffuse, mais certaine que cette disposition exerce en la matière au travers des principes généraux du droit disciplinaire dont elle a contribué à préciser et à enrichir la portée. Les garanties que ces principes généraux offrent aux fonctionnaires poursuivis disciplinairement, sont, dans une large mesure, équivalentes à celles de l'article 6 de la Convention. Elles ont tendance à être consacrées dans les statuts de la fonction publique et y sont même parfois renforcées.

14. Ainsi en va-t-il du principe d'impartialité. Plusieurs décisions du Conseil d'Etat voient dans l'exigence d'impartialité de l'article 6, § 1^{er} de la Convention l'expression d'un principe général de droit « *Nemo iudex in causa sua* » et du principe plus général de droit qui s'exprime dans les dictons « *Justice should not only be done but should also be seen to be done* » et « *Likelihood of bias* » trouvent également à s'appliquer à des organes de l'administration active, tels un collègue consultatif, à tout le moins lorsque leur application est compatible avec la nature propre de ces organes, en particulier avec leurs

(24bis) En ce qui concerne la position de la Commission, voir J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 1995, pp. 131 et 132.

structures. Ces arrêts précisent que la violation de ces principes ne suppose pas que la preuve de la partialité soit rapportée ; une apparence de partialité suffit ⁽²⁵⁾.

L'évolution jurisprudentielle va dans le sens d'une prise en compte non seulement de l'impartialité envisagée selon une approche subjective, mais également de l'impartialité objective entendue de manière raisonnable.

Une limite est mise à l'application du principe : celle-ci doit se concilier avec la nature spécifique, et notamment avec la structure, de l'administration active. Elle a tendance à être interprétée de manière restrictive ainsi qu'en témoignent certains arrêts récents du Conseil d'Etat ⁽²⁶⁾.

15. Il en va de même de l'exigence relative au « délai raisonnable ». L'arrêt n° 44.492 du 13 octobre 1993, *Leenders*, est, à cet égard, significatif. Après avoir considéré que l'article 6 de la Convention ne s'applique pas aux procédures disciplinaires, le juge de l'excès de pouvoir ajoute aussitôt qu'une procédure disciplinaire doit néanmoins se dérouler dans un délai raisonnable. Pour apprécier s'il est satisfait à cette exigence, il faut tenir compte de la nature de l'affaire, du comportement du requérant et de celui de l'autorité. Peut notamment être pris en considération l'enchevêtrement de plusieurs procédures civiles et administratives ⁽²⁷⁾.

16. Quant au respect des droits de la défense, nul n'ignore qu'un de ses domaines d'élection est celui de la répression administrative. Le respect des droits de la défense implique pour le fonctionnaire

(25) C.E. arrêt n° 26.116, du 28 janvier 1986, *Thys* ; arrêt n° 28.448, du 15 septembre 1987, *Jacquot* ; arrêt n° 35.924, du 4 décembre 1990, *Buyle* ; arrêt n° 39.156, du 3 avril 1992, *Reyniers*. Voy. cependant contra : C.E. arrêt n° 42.869, du 10 mai 1993, *Van Den Langenberg*.

(26) C.E. arrêt n° 41.837, du 1^{er} février 1993, *Claes*, *Droit communal* 93/3-4, pp. 183 et s., extraits du rapport de l'auditeur M.I. KOVALOVSKY ; C.E. arrêt n° 49.881, du 25 octobre 1994, *Thys*. Comp. avec C.E. arrêt n° 50081, du 8 novembre 1994, *Hauwelaert*. Voy. également l'article 34 de l'arrêté précité qui dispose que l'autorité qui prononce la sanction ne peut être celle qui poursuit.

(27) Se prononcent dans le même sens, C.E. arrêt n° 41.995, du 17 février 1993, *Thunus*, C.E. arrêt n° 42.163, du 8 mars 1993, *Bruggeman*, C.E. arrêt n° 47.683, du 31 mai 1994, *Hennico*. Voy. antérieurement l'arrêt n° 31.675 du 6 janvier 1989, *Grainson*, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 59 et s., extraits du rapport de M. le premier auditeur P. CHARLIER et pp. 730 à 732, obs. P. MARTENS. L'article 31, § 2, du même arrêté laisse aux autorités compétentes pour arrêter les statuts le soin de fixer les modalités, la procédure et les délais du prononcé des peines disciplinaires ainsi que les délais de la prescription des faits qui peuvent donner lieu à une action disciplinaire. Voy. aussi les articles 305, § 1^{er}, 312 et 317 de la nouvelle loi communale.

poursuivi un certain nombre de garanties tout au long de la procédure disciplinaire. L'arrêt n° 39.949, du 1^{er} juillet 1992, *Vermoelen*, en montre, sous une forme synthétique, toute l'étendue : l'agent « doit pouvoir présenter ses moyens de défense de manière utile ; il doit dès lors pouvoir être entendu ; il doit au préalable être averti de tous les griefs qui lui sont adressés, qui pourraient entraîner une peine disciplinaires et dont il sera discuté lors de la comparution devant l'autorité disciplinaire ; entre le jour où les griefs sont portés à sa connaissance et celui où il comparaitra, l'agent ou son conseil doit pouvoir consulter, pendant un délai raisonnable, le dossier disciplinaire constitué par l'autorité » (28).

17. Le plus souvent, le fonctionnaire poursuivi disciplinairement est entendu, en ses moyens de défense, par l'autorité qui prononce la peine. Ce n'est pas toujours le cas, notamment au niveau de l'Etat fédéral et des entités fédérées ainsi que des personnes morales qui en relèvent.

L'article 6, § 1^{er} de la Convention n'étant pas, dans l'état actuel de la jurisprudence, applicable au contentieux disciplinaire de la fonction publique, il s'ensuit que, faute de dispositions statutaires contraires, le fonctionnaire n'a pas le droit d'être entendu publiquement (29).

Quant à l'audition de témoins, plusieurs arrêts mettent l'accent sur ce que la procédure disciplinaire devant être contradictoire, l'audition des témoins — aussi bien ceux à charge que ceux à décharge — doit avoir lieu en sa présence, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que cette audition a lieu devant l'autorité investie

(28) TGEM 93/3-4, p. 248. Voy. aussi les articles 32, 35 à 39 de l'arrêté précité en ce qui concerne les peines disciplinaires et l'article 40, §§ 1^{er} et 2, en ce qui concerne la suspension préventive ainsi que les articles du chapitre V de la nouvelle loi communale et l'article 314 de la même loi. En doctrine, voy. J. SAROT et W. DEROOVER, « Les droits de la défense devant l'administration et le juge de celle-ci », *A.P.T.*, 1984, pp. 193 et s. et J.-C. GEUS, « Le respect de droits de la défense en matière disciplinaire : évolutions récentes du contrôle exercé par le Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 1989, pp. 612 et s.

(29) C.E. arrêt n° 35.925, du 4 décembre 1990, *Buyle* ; C.E. n° 36038 du 18 décembre 1990, *Simar*. Ce dernier arrêt, qui concerne un agent communal a été rendu avant que l'article 306 de la nouvelle loi communale ne reconnaisse à l'agent poursuivi le droit d'être entendu publiquement par le conseil communal lorsque ce dernier est compétent pour infliger la sanction — ce qui constitue le *quod plerumque fit*. Récemment, le Conseil d'Etat a, dans l'arrêt n° 46.516, du 25 mars 1994, *Verleye*, jugé que si, contrairement à ce qui était précédemment la règle générale, les auditions disciplinaires peuvent avoir lieu en public, cette possibilité ne peut cependant pas encore être assimilée à une obligation si évidente que l'agent poursuivi serait dispensé d'en faire personnellement et en temps utile la demande.

du pouvoir de décision ou devant une autre autorité spécialement chargée de procéder à l'audition de l'intéressé et des témoins⁽³⁰⁾. Le fonctionnaire poursuivi doit également pouvoir être entendu dans sa langue. La législation relative à l'emploi des langues en matière administrative lui procure cette garantie⁽³¹⁾.

18. Il bénéficie, bien évidemment, tout au long de la procédure, de la présomption d'innocence ; c'est à l'autorité poursuivante qu'incombe la charge de la preuve⁽³²⁾.

19. Contrairement à ce qui était précédemment le cas, les décisions disciplinaires doivent, depuis la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, être, comme toute autre décision administrative individuelle, formellement motivées⁽³³⁾. Cette motivation doit être adéquate ; ceci ne signifie pas qu'à l'instar de la décision juridictionnelle, la décision disciplinaire prononcée par une autorité de l'administration active doit rencontrer tous les arguments qui ont été invoqués au cours de la procédure disciplinaire⁽³⁴⁾. Elle devra toutefois être « spécialement » motivée lorsque l'autorité compétente pour prononcer la peine disciplinaire ne se conforme pas à la proposition dont elle a été saisie⁽³⁵⁾.

20. Dans le souci d'être complet, on rappellera que c'est précisément en matière disciplinaire, que le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration a marqué une avancée spectaculaire lorsque, nonobstant la non-application du principe « *nulla culpa sine lege* » et l'absence de corrélation entre les faits reprochés et la peine disciplinaire, le Conseil d'Etat a néanmoins étendu son

(30) C.E. arrêt n° 35.924, du 4 décembre 1990, *Buyle* ; C.E. arrêt n° 40.120, du 19 août 1992, *Thunus* ; C.E. arrêt n° 41.995, du 17 février 1993, *Thunus* et C.E. arrêt n° 47.907, du 13 juin 1994, *Smeets*.

L'article 304 de la nouvelle loi communale dispose que l'audition des témoins a lieu en présence de l'intéressé et, si ce dernier l'a demandé et si l'autorité disciplinaire y consent, publiquement, étant précisé que le témoin convoqué peut s'y opposer.

(31) Voy., notamment, C.E. arrêt n° 23.143, du 21 avril 1983, *Demaegt. Adde* : C.E. arrêt n° 50.081, du 8 novembre 1994, *Hauwelaert*.

(32) Voy., notamment, C.E. arrêt n° 33.775, du 16 janvier 1990, *Van Gysel*.

(33) Voy. l'article 305 de la nouvelle loi communale qui prévoit la même obligation de motivation formelle.

(34) C.E., arrêt n° 46.516, du 25 mars 1994, *Verleye* ; C.E., arrêt n° 36.038, du 18 décembre 1990, *Simar*.

(35) C.E. arrêt n° 35.925, du 4 décembre 1990, *Buyle*. Voy. également l'article 38 de l'arrêté royal précité du 26 septembre 1994. Aux termes de l'article 37 du même arrêté, l'autorité compétente pour prononcer la peine disciplinaire ne peut aggraver la peine qui lui a été proposée en dernière instance.

contrôle à la qualification des premiers et à l'adéquation de la seconde ⁽³⁶⁾.

III. — Conclusion

21. En conclusion, un double constat s'impose. En l'état actuel de la jurisprudence tant des instances de Strasbourg que des juridictions belges, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est applicable que dans une mesure très restreinte au contentieux disciplinaire de la fonction publique et cela même si d'aucuns — de plus en plus nombreux — appellent de leurs vœux un revirement de cette jurisprudence. La « contractualisation » grandissante de la fonction publique et le recours croissant aux techniques du droit privé, non seulement dans les services publics à caractère industriel et commercial mais également dans les services administratifs classiques, ne peut que hâter le changement. La jurisprudence progressiste de la Cour européenne en matière de contentieux administratif laisse également présager de nouveaux développements favorables à une extension du champ d'application de l'article 6 de la Convention.

Ce changement sera, selon toute vraisemblance, « un changement dans la continuité » pour reprendre une expression qui a fait fortune. En effet, dès à présent, l'article 6 de la Convention exerce, au travers des principes généraux applicables en matière disciplinaire de la fonction publique, une influence non négligeable sur le degré de protection dont jouissent les fonctionnaires poursuivis, ainsi qu'en attestent les décisions recensées. Même si le juge administratif continue à se défendre de l'appliquer directement, la disposition de droit conventionnel lui sert de valeur de référence. Les circonlocutions des arrêts servent à masquer l'acquiescement du cœur.

Robert ANDERSEN

Président de chambre au Conseil d'Etat
Professeur extraordinaire à l'U.C.L.

(36) Outre la doctrine citée à la note 28 voy. également J. SALMON, « Les progrès du contrôle juridictionnel en matière de sanctions disciplinaires », *A.P.T.*, 1984, pp. 109 et s. et P. VANDERNOOT, « La faute et la sanction dans le droit disciplinaire de la fonction publique », *Rev. Dr. U.L.B.*, 1991/4, pp. 57 et s.