

L'INFLUENCE DU DROIT EUROPÉEN ⁽¹⁾ SUR LE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE BELGE

Bruno LOMBAERT,

USL-B

Avocat

Sophie ADRIAENSSEN,

USL-B

Avocate

(1) Seul est traité, dans la présente contribution, le droit de l'Union européenne, à l'exclusion du droit du Conseil de l'Europe. Sur l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme en droit de la fonction publique, voyez B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2001 ainsi que B. LOMBAERT et S. ADRIAENSSEN, « Les droits et obligations dans la fonction publique », in *Droit et contentieux de la fonction publique*, Paris, EFE, 2013, pp. 39 à 96.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	217
1. LE PRINCIPE DE LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS	218
1.1. Les conditions d'accès à la fonction publique	218
(a) La nationalité	218
(i) <i>La règle constitutionnelle d'égal accès à tous les emplois publics ne bénéficie qu'aux Belges</i>	219
(ii) <i>La libre circulation des travailleurs européens s'étend, pour une large part, au secteur public</i>	221
(iii) <i>Le droit de la fonction publique belge s'adapte à la jurisprudence européenne</i>	225
(iv) <i>En guise de conclusion : quelle influence sur la fonction publique belge ?</i>	229
(b) La langue	234
(c) Les qualifications professionnelles	238
1.2. La carrière	248
1.3. Le droit à la pension publique	253
2. LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT	256
3. CONCLUSION	262

La présente contribution se donne pour objet d'étudier et de mesurer l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit de la fonction publique belge à travers deux principes clés du droit européen : la libre circulation des travailleurs et l'égalité. Pour ce qui concerne le premier principe, sont examinés tour à tour : les conditions d'accès à la fonction publique (la nationalité, la langue, les qualifications professionnelles), la carrière et le droit à la pension publique. Les règles et la jurisprudence européenne sont exposées, et leur incidence en droit de la fonction publique belge est ensuite analysée. De ce dernier point de vue, on observe que si les textes statutaires définissant le régime de travail du personnel public sont parfois modifiés pour respecter le droit européen, l'influence de ce dernier est plus fondamentale encore : il remet en cause, dans certains pays comme la Belgique, les conceptions fondamentales qui sous-tendent le droit de la fonction publique. Compte tenu de l'ouverture sans cesse croissante des possibilités d'engagement contractuel dans le secteur public et de la privatisation relative de l'emploi public qui en résulte, on peut sérieusement se demander si notre fonction publique n'évolue pas vers un modèle d'emploi en s'éloignant du modèle originel de carrière. Le principe de libre circulation des travailleurs est ainsi largement abordé et traité, compte tenu des développements récents et importants dans la jurisprudence tant européenne que belge. S'agissant de l'égalité, on en tire les grandes lignes en soulignant à nouveau l'influence européenne sur les conceptions belges en vigueur en droit administratif de la fonction publique. La conclusion vise à déterminer au mieux la mesure de l'influence européenne sur le statut et à diagnostiquer, autant que faire se peut, si et dans quelle ampleur la relation de droit public restera encore prééminente en Belgique à l'avenir.

Deze bijdrage heeft tot doel de invloed van het Europees Unierecht op het Belgisch openbaar ambt te bestuderen aan de hand van twee sleutelbeginselen uit het Europees recht: het vrij verkeer van personen en het gelijkheidsprincipe. Wat het eerste beginsel betreft, komen achtereenvolgens aan bod: de voorwaarden voor de toegang tot het openbaar ambt (nationaliteit, taal, beroepsbekwaamheid), de loopbaan en het recht op een ambtenarenpensioen. Na een toelichting bij de regels en de Europese rechtspraak analyseren de auteurs de impact daarvan op het Belgische openbaar ambt. Daarbij is een eerste vaststelling dat de statutaire bepalingen die betrekking hebben op de tewerkstelling in de publieke sector, soms worden gewijzigd om te sporen met het Europees recht. Maar de invloed van Europa reikt nog verder dan dat: in sommige landen, zoals België, doet het Europees recht de fundamentele die aan de basis liggen van het ambtenarenrecht, zelfs op hun grondvesten daveren. Rekening houdend met het steeds toenemende aantal mogelijkheden om contractanten tewerk te stellen en de privatisering van het openbaar ambt die daarmee samenhangt, kan men zich in alle ernst afvragen of ons openbaar ambt niet evolueert in de richting van een tewerkstellingsmodel en zich steeds verder verwijderd van het loonbaanmodel. In dit verband nemen de auteurs het vrij verkeer van personen uitgebreid onder de loep, gegeven de recente, belangrijke ontwikkelingen in zowel de Europese als de Belgische rechtspraak. Verder tekenen de auteurs het thema van de gelijkheid in grote lijnen uit, met opnieuw aandacht voor de Europese invloed op de Belgische invulling van dit concept in het ambtenarenrecht. Het besluit betracht de mate van Europeesrechtelijke beïnvloeding op het statuut in kaart te brengen en te diagnosticeren – voor zover mogelijk – of en in hoeverre de publiekrechtelijke arbeidsrelatie in de toekomst in België dominant zal blijven.

INTRODUCTION

1. Alors que les Traités européens ne comprennent aucune disposition expresse concernant le régime juridique des personnels publics des États membres, les autorités européennes, et en particulier la Commission, semblent avoir toujours nourri l'ambition de promouvoir des règles et des principes ayant une portée et une influence les plus larges et généraux possible sur les fonctions publiques internes.

Pour leur part, les États membres ont sans cesse invoqué le respect du principe d'autonomie nationale et de souveraineté en matière de gestion de leur fonction publique et de leurs services administratifs, afin de limiter l'influence du droit européen sur leur organisation interne⁽²⁾. Il est vrai qu'aucun transfert de souveraineté à l'Union européenne n'a été fait par les États à ce sujet. Ces derniers pouvaient donc légitimement s'attendre à ce qu'une totale indépendance leur soit réservée à cet égard ; comme on le verra, ils ont été marris, en tout cas pour certains...

2. Confrontée à la résistance des États membres, la Commission a dû affiner sa méthode et procéder de manière progressive. Elle a publié, dans un premier temps, plusieurs communications et autres documents de travail, qui tantôt visent des secteurs particuliers de l'administration publique ou sont consacrés à des questions particulières, tantôt examinent l'état de la fonction publique en Europe. Par la suite ont été adoptées, par le Parlement européen et/ou le Conseil, plusieurs directives vouées à régir des situations précises ou plus transversales, selon le cas.

Afin d'asseoir sa politique d'intrusion dans le droit de la fonction publique, la Commission a toujours pu compter sur le concours de la Cour de justice de l'Union européenne qui, en interprétant les principes de libre circulation des travailleurs et d'égalité, a donné du corps – parfois en étendant leur champ d'application – à l'ensemble des normes européennes régissant la matière. Et on connaît la méthode d'interprétation dite « téléologique » de la Cour, qui est toujours guidée par le souci de faire pénétrer le plus possible le droit européen dans les systèmes juridiques des États membres, de donner la force et la portée les plus importantes possible aux règles de droit européen.

3. À observer l'évolution des textes avec du recul, on constate que la stratégie européenne a consisté, plutôt qu'à mener une attaque « frontale », à utiliser une autre méthode, une autre stratégie, plus fine, comparable, si l'on se risque aux métaphores mythologiques, à celle du cheval de Troie. Le droit européen s'est instillé dans le droit interne en y pénétrant par un certain nombre de points d'entrée fragiles ou sensibles, l'espoir étant sans doute que les soldats européens qui se trouvaient dans le ventre du cheval de Troie se répandent et envahissent, comme une tache d'huile, l'ensemble de la fonction publique interne.

Or, c'est en grande partie ce à quoi les autorités européennes sont parvenues : les points d'attaque du droit européen (les conditions d'accès, la carrière, le droit à la pension publique) ont permis une imprégnation progressive du droit européen, la-

(2) Document de travail des services de la Commission, « Libre circulation des travailleurs dans le secteur public », SEC(2010) 1609, du 14 décembre 2010, p. 10.

quelle a entraîné une modification relativement significative, même si elle est parfois méconnue, de notre droit de la fonction publique.

4. La présente étude examine l'influence du droit de l'Union sur le droit de la fonction publique belge par le prisme de deux principes clés du droit européen : le principe de libre circulation des travailleurs (1) et le principe d'égalité (2).

1. LE PRINCIPE DE LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

5. L'article 45 du TFUE (ex-article 39 du TCE) consacre le principe de libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union. Ce principe a très vite été complété par un règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ⁽³⁾ (actuel règlement n° 92/2011).

Il n'existe pas de législation spécifique de l'Union sur l'emploi dans le secteur public qui préciserait les règles générales sur la libre circulation des travailleurs énoncées par l'article 45 du TFUE et la législation dérivée. Dès lors, se fondant sur des orientations de la Commission, la Cour a joué un rôle déterminant dans l'interprétation de la législation de l'Union applicable.

C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice a très largement influencé le statut de la fonction publique en Belgique ⁽⁴⁾, principalement pour ce qui concerne les conditions d'accès à la fonction publique (2.1), la carrière des agents (2.2) et le droit à la pension (2.3).

1.1. Les conditions d'accès à la fonction publique

(a) La nationalité

6. Parmi les questions classiques que suscitent les statuts de la fonction publique au regard de la libre circulation européenne des travailleurs, la condition de nationalité, souvent prescrite pour l'accès aux emplois publics, est sans aucun doute celle qui a fait couler le plus d'encre.

On examine, tour à tour, la portée de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qui réserve aux Belges les emplois publics (i), les principes européens applicables en la matière au service public (ii) et, enfin, l'évolution du statut de la fonction publique que ces principes ont suscités (iii). On se risque enfin à quelques considérations conclusives prenant la forme d'une réflexion sur la conception belge de la fonction publique et ses remises en cause par le droit européen (iv).

(3) Règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.U.E.*, n° L257, du 19 octobre 1968.

(4) La présente étude n'examine pas les droit étrangers. Pour une belle perspective de droit comparé, voy. A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007 et « De rol van de EU met betrekking tot het ambtenarenrecht: de ene ambtenaar is de andere niet, maar we zeggen het hen niet », *R.D.S.*, 2011/2, pp. 195 et s.

(i) *La règle constitutionnelle d'égal accès à tous les emplois publics ne bénéficie qu'aux Belges*

7. Selon l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, seuls les Belges, qui sont égaux devant la loi, sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. Cette disposition constitutionnelle, qui proclame l'égalité de droits entre les Belges, consacre ainsi, indirectement, l'exigence de nationalité pour l'accès aux emplois publics⁽⁵⁾.

À lire l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, la notion d'emploi civil semble devoir être comprise comme recouvrant l'ensemble des emplois dans l'administration publique, par opposition aux emplois militaires visés dans la seconde partie de cet article⁽⁶⁾. La règle vaut également pour les emplois dans les communes ainsi qu'au sein des autres collectivités politiques et organismes publics⁽⁷⁾. À noter que lors de l'adoption de la loi communale en 1835, un débat s'est tenu à la Chambre sur la question de savoir si l'exigence de nationalité s'imposait également aux emplois subalternes⁽⁸⁾. Il semble admis aujourd'hui que l'article 10, alinéa 2, vise tous les emplois dans la fonction publique, quel que soit le niveau de responsabilité qui y est attaché⁽⁹⁾ et quelle que soit la nature de la relation de travail, statutaire ou contractuelle⁽¹⁰⁾.

C'est donc l'ensemble du secteur public qui est visé, et tous les emplois qui y sont pourvus. Une conception organique est ainsi adoptée, qui ne tient pas compte de la nature réelle des emplois en cause⁽¹¹⁾. Mais des exceptions sont possibles, pour autant qu'elles soient le fait du législateur, dans des cas particuliers.

La « jurisprudence » du Conseil d'État a précisé à ce propos que les exceptions législatives devaient être expresses, et qu'elles devaient se borner à des cas particuliers, ce qui ne serait pas le cas d'un texte traitant tous les étrangers de manière identique aux Belges pour l'accès aux fonctions publiques⁽¹²⁾. Cette interprétation nous paraît

(5) Pour une analyse des travaux du Congrès national ainsi que de l'interprétation de cette disposition constitutionnelle par la doctrine ancienne, voyez B. WEEKERS, « De toegang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector », *T. Gem.*, 2005/1, pp. 5 et s.

(6) F. DELPÉRÉE, « Les législations nationales. Le droit belge. La nationalité belge, condition d'accès à la fonction publique ? », *A.P.T.*, 1981, p. 254 ; F. DELPÉRÉE et F. RIGAUX, « Nationalité et citoyenneté. Développements et incidences sur le droit de la fonction publique en Belgique », *A.P.T.*, 1997, p. 15.

(7) Avis de la section de législation du Conseil d'État L.30.362 donné le 30 août 2000 sur un avant-projet de décret modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS, *Doc.*, C.R.W., sess. 1999-2000, n° 137/1 (à propos des emplois dans les communes et les CPAS).

(8) L. HYMANS, *Histoire parlementaire de la Belgique de 1831 à 1880*, tome I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1877-1880, p. 323.

(9) A. ALEN, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, 2000, n° 85 ; F. DELPÉRÉE, « Les législations nationales. Le droit belge. La nationalité belge, condition d'accès à la fonction publique ? », *loc. cit.* ; R. ERGEC, *Introduction au droit public*, tome I^{er}, Bruxelles, Story-Scientia, 1994, n° 291 ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht publiek recht*, Brugge, die Keure, 2001, n° 30.

(10) C. HOREVOETS, « La condition de nationalité comme condition d'accès aux emplois publics », in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 227 et s., ici p. 248.

(11) B. WEEKERS, « De toegang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector », *loc. cit.*, p. 8.

(12) Voyez les avis déjà anciens cités par J. VELAERS, *De grondwet en de Raad van State afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 79, ainsi que l'avis L.35.857/VR du 9 octobre 2003 sur un avant-projet de décret flamand « tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten », *Parl.St.*, VI.Parl., sess. 2003-04, n° 2055/1, p. 18.

conforme à la notion d'exception figurant à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution. La conception défendue par Francis Delpérée est ainsi consacrée, selon laquelle les cas particuliers qui justifient une exception au principe sont ceux où « le législateur apprécie lui-même s'il est utile de recruter des catégories restreintes d'étrangers pour assumer des fonctions que les nationaux ne sont pas à même de remplir »⁽¹³⁾.

On a pu se demander, également, si le terme « loi » visé à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution évoquait uniquement la loi fédérale, ou si le décret ou l'ordonnance pouvaient également prescrire des exceptions à la condition de nationalité belge. Deux interprétations étaient possibles à cet égard : soit il s'agissait d'un oubli du Constituant, suite aux réformes institutionnelles, d'y insérer « le décret ou la règle visés à l'article 134 de la Constitution » à côté du terme « loi » ; soit la matière devait être réservée au législateur fédéral en raison de son lien avec le droit de la nationalité⁽¹⁴⁾. La seconde hypothèse impliquait toutefois d'accepter et de justifier une ingérence lourde du législateur fédéral dans les compétences des collectivités fédérées, « s'il venait à refuser l'accès de tout étranger aux emplois dans les établissements qui relèvent précisément des compétences de ces collectivités »⁽¹⁵⁾.

Après quelques hésitations⁽¹⁶⁾, la section de législation du Conseil d'État a précisé que le mot « loi » figurant à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution fait également référence au décret⁽¹⁷⁾. Il est admis depuis lors que les législateurs régionaux et communautaires peuvent également décider si, pour les emplois relevant de leur sphère de compétences, une dérogation à la condition de nationalité doit éventuellement être prévue.

C'est ainsi que le législateur bruxellois a adopté une ordonnance du 11 juillet 2002 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique régionale, conçue largement (ministère et organismes d'intérêt public) : cette ordonnance vise à permettre aux citoyens non ressortissants d'un pays de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen d'accéder à la fonction publique bruxelloise, hors les fonctions d'autorité. De même, le Parlement francophone bruxellois a voté un décret permettant aux ressortissants membres d'un État hors Union européenne l'accès aux emplois publics au sein des services de la COCOF (décret du 19 mars 2004). Il convient également de mentionner, toujours à Bruxelles, l'ordonnance

Voyez aussi les avis L.34.250/4 du 13 novembre 2002 rendu à propos d'un avant-projet de loi relatif au recrutement des militaires, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2002-03, n° 50-2185/001, pp. 118 à 120 et L.35.824/1 donné le 25 septembre 2003 sur un avant-projet de loi visant à ouvrir l'accès aux emplois publics aux ressortissants étrangers, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-04, n° 51-117/02, pp. 3-4. Enfin, cons. les exemples cités par C. HOREVOETS, *loc. cit.*, p. 234, où le législateur fédéral a procédé à une délégation inconstitutionnelle au Roi pour définir les emplois accessibles aux étrangers.

(13) F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, P.U.F., 1995, n° 1, p. 55. Voyez aussi les avis de la section de législation du Conseil d'État L.18.564/2 donné le 11 juillet 1988 sur une proposition de loi prévoyant l'égalité de droits et de traitement entre étrangers et Belges, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1988, n° 331/2 et L.30.362 donné le 30 août 2000 sur un avant-projet de décret modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS, *Doc.*, C.R.W., sess. 1999-2000, n° 137/1.

(14) Dans ce sens, voyez Y. LEJEUNE, « L'accès des étrangers aux emplois dans l'administration publique », *J.T.*, 1982, p. 50.

(15) C. HOREVOETS, *loc. cit.*, p. 233.

(16) Voyez les avis cités par J. VELAERS, *op. cit.*, p. 79.

(17) Projet de décret relatif à la mise en place d'un service de médiation flamand, avis du Conseil d'État du 7 août 1997, *Doc.*, Parl. fl., sess. ord. 1996-97, n° 720/2, pp. 21-22.

du 11 mars 2004 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois dans la fonction publique communale et dans les intercommunales, ainsi que l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois dans les services du Collège réuni de la Commission communautaire commune et dans les Centres publics d'action sociale et les associations locales qu'ils créent ainsi que leurs associations faitières.

Ces textes sont critiquables en ce qu'ils ne se bornent pas à prévoir des exceptions pour des cas particuliers ; d'une part, ils ne précisent pas les emplois concrets qui seraient accessibles aux étrangers, d'autre part, ils renversent en quelque sorte la dynamique entre principe et exception qui résulte de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution : c'est l'accès des étrangers aux emplois qui devient la règle, sous réserve d'exceptions limitées⁽¹⁸⁾.

À signaler également l'article 85 du décret flamand du 12 juin 1991 relatif aux universités de la Communauté flamande qui dispose que, dans l'intérêt de l'enseignement et de la recherche, les autorités universitaires peuvent nommer ou désigner des ressortissants hors communauté comme membres du personnel académique.

On le constate, les textes législatifs précités ouvrent l'accès aux emplois publics qu'ils déterminent au profit des étrangers non communautaires. C'est que, s'agissant des ressortissants des États membres de l'Union européenne (et de l'Espace économique européen), leur accès aux emplois publics est régi avant tout par les dispositions des traités européens assurant la libre circulation des travailleurs.

(ii) *La libre circulation des travailleurs européens s'étend, pour une large part, au secteur public*

8. L'article 45, § 4, du TFUE admet certes une exception au droit général à la libre circulation des travailleurs, lorsqu'il dispose : « les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ». D'un point de vue purement national, on aurait pu croire que cette disposition permettait aux États de réserver l'accès à l'ensemble de leur secteur public à leurs ressortissants. Il n'en est toutefois rien : donnant à la notion d'administration publique un contenu autonome européen, la Cour de justice a conféré une portée limitée à cette exception dont elle a défini peu à peu les contours⁽¹⁹⁾.

(18) Avis de la section de législation du Conseil d'État L.33.174/4 donné le 25 mars 2002, *Doc. parl.*, Parl. R.B.C. sess. 2001-02, n° A-301/1, pp. 7-8 ; B. WEEKERS, « De toegang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector », *loc. cit.*, p. 13, qui étudie aussi les textes en vigueur en Communauté flamande.

(19) Sur cette évolution jurisprudentielle, voyez surtout, en Belgique, A. DE BECKER, « De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op de rechtspositie van het Belgische overheidsperoneel », *C.D.P.K.*, 2010/4, pp. 418 et s. et « De rol van de EU met betrekking tot het ambtenarenrecht: de ene ambtenaar is de andere niet, maar we zeggen het hen niet », *loc. cit.*, pp. 195 et s. ; C. HOREVOETS, *op. cit.*, pp. 228 et s. ; E. HONORAT, « Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales », *A.P.T.*, 1997, pp. 3 et s. ; 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 (dir.), *État des lieux de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, pp. 33 et s., ici p. 42 ; B. WEEKERS, « De toe-

Dans un arrêt *Sotgiu* du 12 février 1974 ⁽²⁰⁾, la Cour a fixé les balises de son interprétation de l'article 45, § 4, du Traité. Son enseignement est triple ⁽²¹⁾. Tout d'abord, la Cour établit sans ambiguïté le sens restrictif de cette disposition, qui constitue une exception au principe de libre circulation et d'égalité de traitement des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. L'arrêt précise, de ce point de vue, que les dérogations admises par le paragraphe 4 de l'article 45 ne sauraient recevoir une portée qui dépasserait le but en vue duquel cette clause d'exception a été insérée (point 4 de l'arrêt).

Ensuite, la Cour de justice précise que l'article 45, § 4, permet de restreindre l'accès des étrangers à certains emplois publics mais ne permet pas de les désavantager une fois qu'ils ont été admis à occuper de tels emplois. Selon l'arrêt : « le fait de cette admission démontre en effet, par lui-même, que les intérêts justifiant les dérogations aux principes de non-discrimination permises par l'article 4(5), § 4, ne sont pas en cause ».

Enfin, l'arrêt *Sotgiu* établit un principe majeur qui guidera l'interprétation jurisprudentielle ultérieure. En énonçant qu'il est sans intérêt de savoir si un travailleur se trouve engagé en qualité d'ouvrier, d'employé ou de fonctionnaire, ou encore si son lien d'emploi relève du droit public ou du droit privé, la Cour consacre le caractère autonome ou communautaire de la notion d'emploi dans l'administration publique. Elle refuse explicitement que le renvoi au droit national figurant dans le Traité conduise à faire varier son champ d'application au gré des législations internes, ce qui ne serait pas approprié aux exigences du droit communautaire (point 5 de l'arrêt) ⁽²²⁾.

9. C'est dans deux arrêts mettant en cause la Belgique au début des années 1980 que la Cour a fixé les critères permettant de définir le contenu de la notion d'« emplois dans l'administration publique » ⁽²³⁾. La Commission avait poursuivi en manquement la Belgique en vue de mettre fin aux clauses de nationalité figurant, à l'époque, dans les statuts de certaines collectivités locales ou de certains établissements publics, et qui visaient des emplois de natures et de niveaux de responsabilité extrêmement divers (notamment des postes d'élève conducteur de locomotive de la SNCB, de chargeur et de poseur de voies, d'agent de triage et de signaleur, d'ouvrier non qualifié, ainsi que des postes d'infirmière, de puéricultrice, de veilleur de nuit, de plombier, de menuisier, d'électricien, d'aide-jardinier, d'architecte et de contrôleur dans des villes). À cette occasion, la Cour a précisé que l'exception de l'article 45, § 4, du Traité ne valait que pour certains emplois « qui impliquent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde de l'intérêt général de l'État ou d'autres collectivités publiques » (point 10 de l'arrêt). Elle indique également que les clauses de nationalité doivent avoir pour but d'assurer un rapport particulier de solidarité et de réciprocité en droits et en devoirs, qui est

gang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector », *loc. cit.* et les nombreuses références citées par ces auteurs.

(20) C.J.U.E., C-152/73, du 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu et Deutsche Bundespost*.

(21) En ce sens, E. HONORAT, *op. cit.*, pp. 3 et 4.

(22) Ce principe a été rappelé à de multiples reprises, et notamment dans un arrêt du 3 juin 1986, en cause de la Commission contre la France (C.J.U.E., C-307/84, du 3 juin 1986, *Commission c. République française*), où la Cour refuse de faire dépendre l'application de l'article 45, § 4, du Traité de la nature juridique (statutaire ou non) qui unit l'agent à l'administration. Voyez aussi l'arrêt *Lawrie-Blum* du 3 juillet 1986 (C-66/85), où la Cour donne un sens européen autonome, pour l'application du droit de l'Union, à la notion de travailleur.

(23) C.J.U.E., C-149/79, du 17 décembre 1980 et du 26 mai 1982, *Commission c. Royaume de Belgique*.

d'ailleurs le fondement du lien national. Après avoir fixé ces principes dans l'arrêt du 17 décembre 1980, la Cour a examiné concrètement les différents emplois en cause dans celui du 26 mai 1982. La conclusion est qu'un grand nombre de ces emplois ne pouvaient pas être réservés à des Belges.

Cette jurisprudence a été maintes fois répétée ensuite ⁽²⁴⁾. Paraphrasant ou expliquant parfois les critères dégagés en 1980 – « activité impliquant le concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite » ou « activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » –, la Cour a suivi une approche pragmatique, voire casuistique ⁽²⁵⁾, et a statué au cas par cas selon les recours dont elle était saisie, pour déclarer que la plupart des emplois en cause ne ressortent pas de l'administration publique au sens du traité. Seuls les postes relevant des tâches typiques de l'administration, qui forment une sorte de noyau dur de la fonction publique, peuvent être réservés aux nationaux.

10. Forte de cette jurisprudence, la Commission a adopté deux communications – le 18 mars 1988 ⁽²⁶⁾ et le 11 décembre 2002 ⁽²⁷⁾ – puis un « document de travail » sur la libre circulation des travailleurs dans le secteur public, du 14 décembre 2010 ⁽²⁸⁾.

Ce dernier document en date constitue un outil particulièrement intéressant et actuel.

Il rappelle tout d'abord les particularités du secteur public, qui le distinguent du secteur privé, et dont la jurisprudence tient compte dans ses orientations : (i) l'article 45, § 4, du TFUE admet une exception au droit général à la libre circulation des travailleurs et ne limite que l'accès à certains emplois du secteur public sans permettre des discriminations entre migrants et nationaux accédant aux mêmes emplois ; (ii) dans le domaine de la libre circulation des travailleurs dans le secteur public, le rôle des autorités des États membres est double : elles sont à la fois les autorités de régulation et les employeurs et, dans les deux cas, doivent respecter la législation de l'Union ;

(24) C.J.U.E., C-307/84, du 3 juin 1986, *Commission c. République française* (à propos d'emplois d'infirmiers hospitaliers) ; C.J.U.E., C-66/85, du 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg* (au sujet d'enseignants stagiaires) ; C.J.U.E., C-33/88, du 30 mai 1989, *Pilar Allué, Carmel Mary Coonan et Università degli studi di Venezia* (concernant les lecteurs de langues étrangères auprès des universités) ; C.J.U.E., C-4/91, du 27 novembre 1991, *Annegret Bleis et Ministère de l'Éducation nationale* (s'agissant des enseignants du secondaire en France) ; C.J.U.E., C-419/92, du 23 février 1994, *Ingrid Scholz, Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda* (emploi d'agent de restauration dans une université) ; C.J.U.E., 2 juillet 1996, *Commission c. Belgique, Commission c. Luxembourg, Commission c. Grèce, J.T.D.E.*, 1997, p. 44 (les conclusions de l'avocat général Léger font une synthèse et un bilan de 20 ans de jurisprudence, en énumérant les emplois qui ne peuvent être réservés aux nationaux) ; C.J.U.E., C-345/08, du 10 décembre 2009, *Krzysztof Peśla et Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern* (concernant un emploi de stagiaire juriste). À propos de ces arrêts, voyez en particulier les commentaires de E. HONORAT, *op. cit.*, pp. 6 et s.

(25) A. DE BECKER, « De rol van de EU met betrekking tot het ambtenarenrecht: de ene ambtenaar is de andere niet, maar we zeggen het hen niet », *loc. cit.*, p. 202.

(26) Communication de la Commission, « Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres — Action de la Commission en matière d'application de l'article 48 paragraphe 4 du traité CEE », *J.O.U.E.*, n° C72, du 18 mars 1988.

(27) Communication de la Commission, « Libre circulation des travailleurs – en tirer pleinement les avantages et les potentialités », COM(2002)694, du 11 décembre 2002.

(28) Document de travail des services de la Commission, « Libre circulation des travailleurs dans le secteur public », SEC(2010)1609, du 14 décembre 2010.

(iii) dès lors que le droit de l'Union ne préjuge pas de l'organisation interne des États membres, qui font des choix autonomes sur l'organisation de leur fonction publique, il appartient aux États membres de respecter la législation de l'Union dans les choix qu'ils privilégient ; (iv) la libre circulation des travailleurs concerne tous les niveaux du secteur public (du national au local en passant par les établissements publics issus de la décentralisation fonctionnelle).

Le document de travail de 2010 rappelle ensuite les critères mis en œuvre par la jurisprudence, en particulier dans les arrêts belges « rendus en 1980 et en 1982 ». Indiquant que, selon son interprétation, les deux critères ne constituent pas une alternative, mais sont cumulatifs (exercice de la puissance publique et sauvegarde des intérêts généraux), la Commission énumère, sous forme d'exemples, des emplois qui ne peuvent être réservés aux ressortissants de l'État membre d'accueil selon la Cour de justice : des emplois à La Poste ou dans les chemins de fer, des emplois de plombier, de jardinier ou d'électricien, d'enseignant, de personnel soignant et de chercheur civil. Il est rappelé encore – et c'est important – que le respect des critères doit être apprécié au cas par cas au regard de la nature des tâches et des responsabilités en question, selon une méthode très concrète dite « fonctionnelle ». La Commission rappelle que, dans l'esprit de la jurisprudence de la Cour, il convient de toujours garder à l'esprit la finalité de la dérogation et de vérifier si chaque poste requiert un « rapport particulier de solidarité ».

La Commission rappelle encore la jurisprudence de la Cour de justice à propos des emplois du secteur privé, auxquels sont assignées par l'État des prérogatives de puissance publique. De ce point de vue, les arrêts concernant les postes de capitaine et de second de navire battant pavillon des États membres sont mis en exergue : ces postes ne peuvent être réservés aux seuls ressortissants nationaux qu'à la condition que les prérogatives de puissance publique qui y sont assignées soient effectivement exercées de façon habituelle et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités ⁽²⁹⁾.

C'est sur la base de ces principes jurisprudentiels que la Commission fixe et explique l'interprétation qu'elle fait de l'article 45, § 4, et la politique qu'elle mène à l'égard des États membres.

Dans un premier temps, c'est-à-dire dès 1988, la Commission a adopté une approche sectorielle en vue d'assurer l'accès des travailleurs migrants de l'Union à l'emploi dans quatre secteurs du service public : celui des organismes chargés de l'administration des services commerciaux (transports publics, électricité et gaz, transports aérien et maritime, postes et télécommunications, chaînes de radio et de télévision), celui des soins de santé, celui de l'enseignement et celui de la recherche à des fins civiles. L'action de la Commission a encouragé les États membres à adapter leurs législations et leurs pratiques dans ces secteurs ; seules trois actions en manquement ont abouti,

(29) C.J.C.E., C-47/02, du 30 septembre 2003, *Albert Anker, Klaas Ras, Albertus Snoek et Bundesrepublik Deutschland* et C.J.U.E., C-405/01, du 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española et Administración del Estado*.

dans cette période, à des arrêts de la Cour, qui a pleinement confirmé sa jurisprudence ⁽³⁰⁾.

Ultérieurement – et notamment par le biais de sa communication de 2002 –, la Commission a poursuivi son combat et a dénoncé les dispositions nationales et les offres d'emploi réservant des postes aux ressortissants nationaux qui ne remplissent manifestement pas les conditions établies par la jurisprudence (jardinier, électricien, bibliothécaire, par exemple). Elle a rappelé sans cesse que la dérogation prévue à l'article 45, § 4, du TFUE, telle qu'interprétée par la Cour, vise notamment les fonctions spécifiques de l'État et des collectivités assimilées, exercées par les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, les services de sécurité et de renseignement, la magistrature, l'administration fiscale et le corps diplomatique, tout en précisant que les postes qui relèvent de ces fonctions ne remplissent pas tous les critères de réservation aux nationaux (tel est le cas de ceux qui impliquent principalement des tâches administratives, de consultation technique et d'entretien, par exemple).

L'approche sectorielle ne peut donc être privilégiée pour définir les postes qu'un État peut réserver à ses ressortissants, seul un examen concret de chaque emploi permet d'appliquer correctement les critères cumulatifs dégagés par la Cour de justice.

Dans son document de travail de 2010, la Commission constate du reste que, s'il est certes admissible que tous les États membres n'appliquent pas de la même manière l'article 45, § 4, du TFUE tel qu'interprété par la Cour, il l'est moins que des postes restent réservés à des nationaux, dans certains États, parce qu'ils sont liés à certains secteurs d'activité, départements ou catégories, et sans vérification concrète et systématique que chaque emploi réservé répond bien aux critères de la jurisprudence.

(iii) Le droit de la fonction publique belge s'adapte à la jurisprudence européenne

11. Puisque, comme on l'a vu, c'est aux dépens de la Belgique que la Cour de justice a fixé les critères d'admissibilité des clauses de nationalité pour l'accès aux emplois publics, la jurisprudence belge a pris note, de longue date, du fait que les emplois publics ne pouvaient être, en règle, réservés aux nationaux. Elle a ainsi dû « intégrer » la méthode d'interprétation restrictive de la Cour de justice et se livrer à une approche concrète et individualisée des emplois publics concernés, alors même que l'article 10, alinéa 2, de la Constitution requiert la possession de la nationalité belge pour occuper tout emploi public, quel qu'il soit.

Sans modification préalable de la Constitution, les auteurs de statuts ont intégré également, dans les règles d'accès à la fonction publique, les critères dégagés par la jurisprudence de Luxembourg. De ce point de vue, la méthode qui a été généralement suivie ne consiste pas à fixer des listes d'emplois réservés aux nationaux ; elle tient compte ou reprend, en des termes généraux, les critères établis par la jurisprudence européenne.

(30) C.J.U.E., C-473/93, du 2 juillet 1996, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg* ; C.J.U.E., C-173/94, du 2 juillet 1996, *Commission c. Royaume de Belgique* ; C.J.U.E., C-290/94, du 2 juillet 1996, *Commission c. Grèce*.

Ainsi, l'article 16, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État (dit « statut Camu » car il a été élaboré, à ses origines, par le commissaire royal aux réformes administratives Louis Camu) porte que nul ne peut être nommé agent de l'État qu'à la condition d'être belge lorsque les fonctions à exercer sont liées à l'exercice de la puissance publique et destinées à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou, dans les autres cas, être belge ou citoyen d'un autre État faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse.

L'arrêté royal des principes généraux du 22 décembre 2000, qui s'imposait, jusqu'à la Sixième Réforme de l'État (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014), aux Communautés et aux Régions en vertu de l'article 87, § 4 (ancien), de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, ne contient plus de condition de nationalité, précisément afin de permettre l'accès à la fonction publique aux ressortissants non belges, qu'ils soient ou non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne. Le rapport au Roi précédant l'A.R.P.G. indiquait que cette modification ne « changeait rien à l'accès qui existe déjà à la fonction publique au bénéfice des ressortissants de l'Union européenne » et qu'« en effet, que les citoyens de l'Union européenne aient déjà aujourd'hui accès à la fonction publique découle de la primauté du droit européen notamment du principe de la libre circulation des travailleurs, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice. Ce n'est que si l'emploi à exercer comporte une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et concerne des fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, de la Communauté ou de la Région que, dans le contexte du traité de l'Union européenne, la condition de nationalité peut être maintenue. En ce qui concerne les citoyens non européens, il est fait référence aux dispositions de l'actuel article 10, alinéa 2, de la Constitution. En vertu de cette disposition, seuls les Belges sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers »⁽³¹⁾.

Il est à noter que l'ancien arrêté royal des principes généraux, du 26 septembre 1994, rappelait *expressis verbis* l'obligation d'ouvrir aux ressortissants de l'Union européenne les emplois publics autres que ceux qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités politiques. Saisi d'un recours contre cet arrêté royal, le Conseil d'État a considéré que cette obligation existe dans le droit positif applicable en Belgique en vertu du Traité de Rome et de l'interprétation que lui a donnée la Cour de justice et n'est donc pas créée par l'arrêté des principes généraux qui était attaqué ; il en a déduit, sur ce point, que l'arrêté royal des principes généraux ne constitue pas une règle de droit à proprement parler mais uniquement une information, du reste entièrement conforme aux enseignements de la jurisprudence européenne⁽³²⁾.

(31) Arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des gouvernements de Communauté et de Région et des collègues de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, *M.B.*, 9 janvier 2001.

(32) C.E., arrêt n° 62.923, du 5 novembre 1996, *Gerfa*. Voyez aussi les arrêts de la même date n° 62.921, *Goosse*, n° 62.922, *Orfinger* et n° 62.924, *De Baenst*.

La section du contentieux du Conseil d'État a ainsi pris position, implicitement, en faveur de la primauté du droit européen sur la Constitution, en particulier son article 10, alinéa 2⁽³³⁾.

12. Dès lors que l'actuel arrêté royal des principes généraux (du 22 décembre 2000) ne prescrit plus la condition de nationalité, les Communautés et Régions ont pu réagir de deux manières différentes.

Certains statuts ne reprennent plus, parmi les conditions d'accès aux emplois, la nationalité belge, et renvoient, explicitement ou tacitement, aux conditions particulières de nomination fixées dans les appels aux candidats. Tel est le cas pour le statut des agents de la Communauté française (arrêté du gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996), pour le Code de la fonction publique wallonne (arrêté du gouvernement wallon du 18 décembre 2003, article 19), ainsi que pour le statut du personnel des services des autorités flamandes (arrêté du gouvernement flamand du 13 janvier 2006, articles 3.1 et 3.2).

En revanche, d'autres statuts reprennent une clause de nationalité conforme à l'enseignement de la Cour de justice. Tel est le cas en Communauté germanophone, où l'article 3, § 2, de l'arrêté du gouvernement du 27 décembre 1996 porte que : « nul ne peut être nommé agent s'il ne remplit pas les conditions générales d'admissibilité suivantes :

1° être Belge lorsque les fonctions exercées comportent une participation directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique impliquant des missions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, de la Communauté ou de la Région ou, dans les autres cas, être belge ou citoyen d'un État membre de l'Espace économique européen ou de la Confédération helvétique ou membre de la famille d'un tel citoyen au sens de l'alinéa 3 ».

De même, en Région de Bruxelles-Capitale, l'article 35 de l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 mars 2014 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région Bruxelles-Capitale fixe comme condition générale d'admissibilité celle d'être belge lorsque les fonctions à exercer sont liées à l'exercice de la puissance publique et destinées à sauvegarder les intérêts généraux de l'État, d'une Communauté ou d'une Région.

Dans tous les cas de figure, les textes normatifs laissent le soin à l'autorité chargée d'initier les procédures de recrutement de fixer les conditions d'accès et de décider,

(33) Voyez R. ERGEC, « La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution », *J.T.*, 1997, p. 254 ; P. VANDERNOOT, « Regards du Conseil d'État sur une disposition orpheline : l'article 34 de la Constitution », in *En hommage à Francis Delpérée : Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007. La section de législation a rappelé, quant à elle, qu'il y avait lieu de réviser l'article 10, alinéa 2, de la Constitution pour mettre fin à sa contrariété avec le droit européen : avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, portant les n^{os} 37.954/AG, 37.970/AG et 37.978/AG, donnés le 15 février 2005 au sujet des avant-projets de décret du parlement flamand, d'ordonnance de la Commission communautaire commune, d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale et de la loi portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 23 octobre 2004, spéc. les n^{os} 4, 7 et 9. (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-05, n^o 3-1301/1, pp. 528 et s.).

le cas échéant, si l'emploi concerné, d'une part, répond concrètement aux critères européens permettant de le réserver aux nationaux et, d'autre part, s'il y a lieu d'assurer une telle réservation, qui n'est jamais obligatoire⁽³⁴⁾.

13. Un arrêt récent du Conseil d'État montre comment les auteurs de certains statuts, tout occupés à respecter le droit européen, ont pu perdre de vue les exigences formulées par l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qui reste pleinement applicable pour les ressortissants d'États tiers à l'Union européenne.

Il s'agit de l'arrêt *Van Hautem et Frans* du 31 mars 2014 (n° 226.980). Était en cause l'article 30 de l'arrêté du gouvernement flamand du 12 novembre 2010 fixant les conditions d'accès à certains emplois dans les centres publics d'action sociale, qui renvoie aux règles applicables aux communes flamandes (en vertu d'un arrêté du gouvernement flamand du 7 décembre 2007). Il ressort de ces textes combinés que les emplois statutaires sont accessibles aux Belges lorsque la fonction implique une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ou, dans les autres cas, aux citoyens des États membres de l'Union européenne ou de la Confédération helvétique tandis que l'accès aux emplois contractuels est ouvert aux Belges pour les fonctions de la première catégorie sans que les autres cas soient réglés, ce dont il se déduit que les fonctions n'impliquant pas l'exercice de l'*imperium* pouvaient être conférées, par contrat de travail, à tous les étrangers, en ce compris ceux qui ne sont pas ressortissants d'un État membre de l'Union ou d'un État bénéficiant de la libre circulation des travailleurs.

Après avoir rappelé les termes de l'article 45 du TFUE ainsi que ceux de l'article 28 du Traité concernant l'Espace économique européen faisant bénéficier des États tiers à l'Union européenne de la libre circulation, le Conseil d'État s'est livré dans cet arrêt à une analyse très détaillée et pédagogique de l'état du droit positif en matière d'accès des étrangers aux emplois publics belges.

La conclusion de cette analyse est différente selon les catégories d'étrangers envisagées.

S'agissant des ressortissants des États membres de l'Union européenne, l'arrêt considère qu'il n'est pas contraire à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution de leur ouvrir l'accès aux emplois n'impliquant pas l'exercice de la puissance publique. Le Conseil d'État se fonde ainsi sur une interprétation de la Constitution qui se veut conforme au droit de l'Union européenne. Il indique qu'il est du devoir du juge national d'interpréter les dispositions de droit qu'il doit appliquer, y compris la Constitution, d'une manière qui les rende, le plus possible, compatibles avec le droit de l'Union européenne et en particulier, de la libre circulation des travailleurs dans l'Union.

Au sujet de certains étrangers se trouvant dans une situation pouvant se rattacher à celle des citoyens de l'Union européenne (les ressortissants de la Confédération helvétique, certains travailleurs de nationalité turque et les membres de leur famille ainsi que les étrangers qui bénéficient du statut de résident de longue durée, reconnu par

(34) Tirant les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice, le Conseil d'État ne manque pas de sanctionner l'autorité qui ne fait pas le départ entre les emplois qui peuvent être réservés aux nationaux et ceux qui ne le peuvent pas : arrêt *Billy*, n° 51.104, du 11 janvier 1995.

un autre État membre que la Belgique), le Conseil d'État a posé diverses questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, concernant l'interprétation de leurs droits ⁽³⁵⁾.

Enfin, le Conseil d'État a annulé l'article 30 de l'arrêté du gouvernement flamand du 12 novembre 2010 attaqué, dans la mesure où il permet l'accès des étrangers qui ne sont pas citoyens d'un État membre de l'Union européenne et qui ne jouissent pas de droits pouvant y être assimilés. En ce qui les concerne, l'arrêt rappelle que l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qui vise tous les emplois publics sans exception lorsqu'il ne doit pas faire l'objet d'une interprétation conciliante conforme au droit européen, interdit qu'ils accèdent aux fonctions dans un CPAS, à tout le moins sans intervention du législateur, décréteil en l'occurrence.

La technique d'arrêt ne manque pas d'interpeller : en annulant « dans la mesure où », le Conseil d'État laisse subsister formellement le texte de la disposition réglementaire en cause, en suscitant une modification pour l'avenir. À l'heure actuelle, ce texte demeure toutefois inchangé et nous ne disposons pas d'informations sur ce que fera le gouvernement flamand.

Le mérite principal de l'arrêt est de rappeler que l'article 10, alinéa 2, de la Constitution subsiste et s'oppose à une ouverture de la fonction publique belge aux étrangers non européens, à tout le moins sans dérogation législative précise et expresse.

(iv) *En guise de conclusion : quelle influence sur la fonction publique belge ?*

En droit comparé, on distingue traditionnellement deux grands systèmes de fonction publique. Dans la fonction publique de droit anglo-saxon, les agents (« *civil servants* ») sont engagés par contrat de travail afin d'accomplir, avec ou sans limite de temps, une tâche déterminée. Ils ne bénéficient pas de la stabilité de l'emploi liée à la nomination et ne sont pas placés dans une progression de carrière. Dans la fonction publique de conception française (à l'origine), les agents sont nommés à vie et sont destinés à faire carrière dans l'administration en progressant par la voie d'un système objectif de promotions.

Notre droit de la fonction publique, fortement inspiré de la France dans ses principes fondateurs, repose essentiellement, lors de sa conception, sur un système dit « de carrière », où les agents sont nommés sous statut de droit public dans des grades de recrutement en vue de progresser dans la hiérarchie par la voie de promotions, et où l'engagement de contractuels est destiné à demeurer exceptionnel ⁽³⁶⁾. De l'avis de

(35) L'affaire *Van Hauten et Frans* est inscrite au rôle de la C.J.U.E. sous le n° C-176/14 (*J.O.U.E.*, n° C235, du 21 juillet 2014, p. 4).

(36) Voyez A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007 ; A. DE BECKER et B. LOMBAERT, « La nature juridique de la relation de travail entre l'administration et ses agents », in R. ANDERSEN et K. LEUS (dir.), *La réforme de la fonction publique*, Bruxelles, la Charte, 2002, pp. 77 et s. ; B. LOMBAERT, « La distinction entre régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente ? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique ? », in *États des lieux de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 61 et s.

la plupart des observateurs, français ⁽³⁷⁾ et belges ⁽³⁸⁾, le droit européen et la jurisprudence de la Cour de justice tendent à infléchir ce modèle pour y instiller des éléments propres au système d'emploi, où les agents sont engagés dans le cadre d'une relation contractuelle pour exercer une fonction d'un niveau de responsabilité déterminé.

En effet, la méthode d'analyse concrète et fonctionnelle de la Cour de justice, qui oblige à examiner, cas par cas, le contenu et les prérogatives de chaque emploi, déplace le feu des projecteurs vers la fonction particulière au détriment de la carrière entière ⁽³⁹⁾.

Comment concevoir désormais une carrière impliquant une progression par promotions à des grades de plus en plus élevés, si à partir d'un certain niveau, les emplois attachés à ces grades deviennent inaccessibles à certains agents ne remplissant pas une condition de nationalité ? Les agents de nationalité étrangère, ressortissants des États de l'Union européenne, ne doivent-ils ainsi n'avoir accès qu'à une partie, subalterne, de la carrière ? Ne sont-ils pas discriminés lorsqu'on leur refuse l'accès à certaines promotions, alors même qu'ils ont servi, dans un lien statutaire, et qu'ils ont progressé dans la carrière pendant un certain nombre d'années ? N'ont-ils pas prouvé de la sorte leur loyauté et leur rapport particulier – qui ne pourrait être établi autrement que par le lien national – avec l'autorité qu'ils servent ? Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 3 juillet 1986, la France, poursuivie en manquement par la Commission européenne, avait exposé que, dans un système de carrière, la condition de nationalité devait être examinée à l'entrée – soit au recrutement – sous peine qu'une césure soit faite dans la carrière d'un agent. La Cour de justice n'a pas retenu cette conception, qui aurait emporté une atteinte bien plus grande au principe de libre circulation des travailleurs ⁽⁴⁰⁾.

À ce facteur de remise en question du système de carrière s'en ajoute un autre, également lié de très près au droit européen. Le droit de la concurrence s'applique à nombre d'entreprises publiques, ce qui les oblige de plus en plus à recourir à des modes de gestion de leur personnel inspirés du droit privé. La Cour constitutionnelle en a déduit que l'autorité fédérale, lorsqu'elle mettait en œuvre, en adoptant l'arrêté royal des principes généraux, la large habilitation de l'article 87, § 4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles, devait tenir compte des dispositions législatives et de droit européen soumettant certaines personnes de droit public au droit de la concurrence, de manière telle que les principes généraux qui leur sont imposés permettent une

(37) Voyez surtout J.-M. LEMOYNE DE FORGES, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003 et « Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique ? », *R.F.A.P.*, 2009/4, n° 132, pp. 701 et s.

(38) A. DE BECKER, « De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op de rechtspositie van het Belgische overheids personeel », *C.D.P.K.*, 2010/4, pp. 418 et s. et « De rol van de EU met betrekking tot het ambtenarenrecht: de ene ambtenaar is de andere niet, maar we zeggen het hen niet », *R.D.S.*, 2011/2, pp. 195 et s. ; B. WEEKERS, « De toegang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector », *loc. cit.*, n° 5-16.

(39) A. DE BECKER, « The influence of the European Court of Justice on the European public services », *Griffin's view on International and Comparative Law*, 2006, p. 163.

(40) C.J.U.E., C-307/84, du 3 juillet 1986, *Commission c. France*. À propos du droit français, voyez surtout M. LEMOYNE DE FORGES, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003 et « Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique ? », *R.F.A.P.*, 2009/4, n° 132, pp. 701 et s.

gestion du personnel compatible avec les nécessités résultant du cadre concurrentiel dans lequel ces entreprises publiques doivent exercer leurs compétences ⁽⁴¹⁾.

C'est en tirant les enseignements de cet arrêt, reproduits par l'avis de la section de législation du Conseil d'État ⁽⁴²⁾ au sujet du projet d'arrêté royal des principes généraux de 2000, que l'article 2, § 2, de cet arrêté royal qui permet au législateur régional ou communautaire, lorsqu'il crée, sur la base de l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, une personne morale chargée de missions exercées en concurrence, de définir, selon l'ampleur des missions concurrentielles, dans quelle mesure tout ou partie du personnel de cet organisme peut être engagé sous contrat ⁽⁴³⁾. Le rapport au Roi sous l'arrêté des principes généraux de 2000 précise que cette disposition vise à tenir compte des besoins particuliers d'organismes publics de type « entrepreneurial » qui exercent des activités économiques en concurrence avec d'autres opérateurs publics ou privés et qu'il semble indiqué de soumettre à des conditions de fonctionnement analogues à celles des autres opérateurs du marché. Les organismes visés sont par exemple le VDAB, le FOREM et l'ORBEM (Actiris), les entreprises de transport public telles que De Lijn et le TEC, la SRIB et la SRIW, la VRT, etc. ⁽⁴⁴⁾

La voie est ainsi largement ouverte à une contractualisation du personnel d'un pan important du secteur public (économique). Au niveau fédéral, cette possibilité élargie de recrutement contractuel est reproduite à l'article 4 précité de la loi du 22 juillet 1993 au profit des organismes d'intérêt public qui « exercent une activité financière, industrielle ou commerciale ». Si cette dernière disposition n'est pas applicable aux entreprises publiques autonomes fédérales comme Belgacom ou Bpost, qui sont théoriquement soumises aux conditions restrictives et classiques d'engagement sous contrat énoncées par l'article 29 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, il ne fait cependant plus aucun secret que l'essentiel du personnel y est engagé depuis des décennies sous contrat de travail. En n'exagérant que très peu, on peut donc affirmer aujourd'hui que, certes parfois en divorce avec les textes législatifs et réglementaires, le système de carrière a cédé le pas, dans l'ensemble du secteur public économique, à un système d'emploi.

Dans la fonction publique classique également, on constate que la réglementation belge inclut peu à peu des éléments d'inflexion du système de carrière, inspirés du modèle de la fonction publique d'emploi. Tel est le cas de l'exception au principe statutaire qui permet l'engagement sous contrats d'« experts », en vue « d'exécuter des tâches exigeant des connaissances particulières ou une connaissance large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter ». Figurant à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 4^o, de l'arrêté royal des principes généraux du 22 décembre 2000, elle s'est appliquée aux Communautés et aux Régions, et a d'ailleurs été reprise à l'identique dans la plupart de leurs statuts du personnel. Au niveau fédéral, elle existe,

(41) C.C., arrêt n° 78/2000, du 21 juin 2000.

(42) L'avis de la section de législation du Conseil d'État qui a précédé l'adoption de l'arrêté royal des principes généraux du 22 décembre 2000 est publié au *M.B.* du 20 janvier 2001 (*err.*), p. 1580.

(43) À ce sujet, voyez B. LOMBAERT, « La distinction entre régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente ? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique ? », *loc. cit.*, pp. 89 et 90.

(44) Rapport au Roi sous l'arrêté royal des principes généraux du 22 décembre 2000, *M.B.*, 9 janv. 2001, p. 422.

selon les mêmes termes, à l'article 4, § 1^{er}, 4^o, de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, qui précise même que cette autorisation législative d'engager des experts contractuels s'applique aussi « lorsque les tâches à exécuter concernent des missions permanentes ». Alors que l'article 4 de la loi du 22 juillet 1993 s'applique aux SPF fédéraux, aux institutions de sécurité sociale et aux organismes d'intérêt public de l'État (qui n'exercent pas d'activités financières, industrielles ou commerciales), le sort des entreprises publiques autonomes est régi quant à lui, mais de la même manière, par l'article 29, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Ces dispositions s'écartent des hypothèses réglementaires classiques qui permettent, soit des engagements contractuels temporaires (en vue de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en cas de mise en œuvre d'actions limitées dans le temps ou de surcroît de travail, ou en vue de remplacer un agent absent pour une durée justifiant son remplacement), soit la recherche de membres du personnel contractuels pour des tâches auxiliaires ou spécifiques. En effet, dans le cas des « experts de haut niveau », il ne s'agit pas de pallier l'insuffisance temporaire de personnel ou de pourvoir à des fonctions subalternes ou spécifiques (à ce point que le recrutement classique de statutaires ou la progression de carrière n'y suffit pas). Il s'agit au contraire d'engager, directement dans des fonctions de responsabilité et de direction situées généralement au sommet de la hiérarchie, des personnes bénéficiant d'un contrat de travail qui n'ont pas subi les épreuves de recrutement et qui n'ont pas dû progresser peu à peu dans la carrière. Même dans la fonction publique classique, une voie royale est ainsi ouverte pour l'engagement de personnes sous contrat pour exercer directement certaines fonctions de responsabilité, en marge du déroulement de la carrière administrative.

Et la jurisprudence a dû en tirer toutes les conséquences. Alors que, de longue date, le Conseil d'État considérait qu'un agent contractuel ne pouvait exercer de pouvoirs d'autorité (évaluation, sanctions disciplinaires, etc.) sur des statutaires⁽⁴⁵⁾, il a dû revoir radicalement sa position compte tenu des dispositions légales et réglementaires autorisant les autorités publiques à engager des agents contractuels pour occuper des postes de direction⁽⁴⁶⁾.

Les mandats instaurés à tous les niveaux – fédéral et fédérés – pour les managers administratifs occupant des postes de rang élevé contribuent aussi à infléchir le régime juridique de la fonction publique de carrière, en y instillant des éléments inspirés du

(45) C.E., arrêts *Cooreman*, n° 33.113, du 4 octobre 1989 ; *Maes*, n° 161.214, du 10 juillet 2006 ; *Becquet*, n° 173.120, du 3 juillet 2007. À ce sujet, voyez J. JACQMAIN, « Statutaires et contractuels, le Graal de l'égalité ? », in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, op. cit., p. 175 ; É. GILLET, « Très brève relation de la carrière d'un agent contractuel dans la fonction publique locale », *Rev. Dr. comm.*, 2003/4 (numéro spécial : « Le statut des agents contractuels des collectivités locales »), pp. 35 et s. ; B. LOMBAERT, I. MATHY et V. RIGODANZO, *Éléments de droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 69.

(46) C.E. (A.G.), arrêt *Becquet*, n° 192.102, du 31 mars 2009 (à lire en combinaison avec l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 89/2008, du 11 juin 2008) : l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État admet que le directeur des ressources humaines de La Poste, engagé sous contrat en vertu de la loi (du 21 mars 1991 précitée), doit être nécessairement habilité à adopter des mesures d'autorité – en ce compris le prononcé de sanctions disciplinaires – qu'impliquent sa fonction à l'égard de postiers statutaires.

système d'emploi. Lorsqu'existent des mandats, l'accès aux fonctions (« de management ») les plus élevées n'est pas nécessairement l'aboutissement d'une progression de carrière. En effet : (i) les personnes désignées peuvent provenir d'autres horizons professionnels que l'administration dans laquelle le mandat est à pourvoir : autres administrations ou organismes publics, cabinets ministériels, secteur privé, etc., (ii) les mandataires sont placés dans une position juridique différente de celles des fonctionnaires nommés définitivement : ils sont soit sous statut temporaire, soit sous contrat de travail, et (iii) ils occupent leur fonction pour une durée limitée, déterminée, éventuellement renouvelable selon les résultats de l'évaluation dont fait l'objet le manager sous mandat⁽⁴⁷⁾.

On remarque enfin que de nombreuses législations sur les conditions de travail, que ce soit sous l'influence du droit européen ou non⁽⁴⁸⁾, s'appliquent de la même manière aux travailleurs du secteur privé et à ceux du secteur public, sans considération de la nature – contractuelle ou statutaire – de leur relation de travail⁽⁴⁹⁾. Tel est le cas de la loi sur la protection de la rémunération du 12 avril 1965, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail (portant les dispositifs anti-harcèlement) telle que modifiée par la loi du 11 juin 2002, ou encore la loi du 18 décembre 2002 modifiant la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail (rendant applicable aux employeurs publics l'obligation d'édicter un règlement de travail). En somme, les travailleurs constituent de plus en plus, au regard du droit positif belge et européen, une catégorie cohérente et uniforme à laquelle s'appliquent des règles identiques ; la distinction entre secteur public et secteur privé, tout comme celle entre statutaires et contractuels, tend peu à peu à s'estomper. À un tel point que l'on peut s'interroger légitimement sur l'intérêt de conserver ces distinctions cardinales – jusqu'à présent – au sujet du régime de travail.

On le voit, la position qui consisterait à défendre à tout crin le système de carrière devient intenable ! Les exigences combinées du droit européen poussent inévitablement les États membres – en particulier ceux qui ont instauré un système de carrière – à revoir, plus ou moins à la marge, leur droit de la fonction publique. L'exigence de nationalité, dans la mesure où elle peut être admise en vertu du droit européen, participe à ce mouvement, en faisant porter l'attention sur l'emploi particulier et non plus sur l'ensemble d'une carrière administrative.

En Belgique, les inflexions apportées au régime de la carrière administrative sont telles, tant dans les services administratifs classiques que dans les entreprises publiques, qu'on peut se demander s'il s'agit encore d'un système purement de carrière. Il nous semble plutôt que ce régime est en pleine mutation ; il est devenu mixte et évolue, semble-t-il sans cesse, vers un système qui est de plus en plus teinté de conceptions

(47) À propos des mandats dans la fonction publique, voyez B. LOMBAERT, I. MATHY et V. RIGODANZO, *op. cit.*, pp. 118 et s. ; M. VAN DAMME et S. WEERTS, « Le régime juridique du mandat », in *La réforme de la fonction publique*, *op. cit.*, pp. 120 et s. ; A. FEYT et M. MARESCHAL, « Les fonctions de management », *A.P.T.*, 2005/3-4 (numéro spécial : « La fonction publique en Belgique »), pp. 270 et s.

(48) À ce sujet, voyez A. DE BECKER, « De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op de rechtspositie van het Belgische overheidsperoneel », *loc. cit.*, p. 432.

(49) Sur ce que ces distinctions sont sans pertinence du point de vue européen, voyez K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 112.

liées au régime de l'emploi. La modification récente ⁽⁵⁰⁾, dans le cadre de la Sixième Réforme de l'État, de l'article 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 risque sans doute d'amplifier ce mouvement : en dispensant les Communautés et les Régions de respecter l'arrêté royal des principes généraux (du 22 décembre 2000), le législateur spécial leur permet par la même occasion de s'écarter des hypothèses restrictives qui y sont prévues pour l'engagement d'agents par contrat de travail.

(b) La langue

14. Une connaissance de la ou des langues nationales constitue souvent une condition d'accès aux emplois de la fonction publique dans les États membres de l'Union européenne. Si, à première vue, cette exigence semble être en contradiction avec les principes relatifs à la libre circulation des travailleurs européens ⁽⁵¹⁾, il y a toutefois lieu de constater qu'elle est admise tant par le législateur européen que par la Cour de justice, moyennant certaines conditions.

15. L'article 3, 1^o, du règlement n^o 92/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union ⁽⁵²⁾ est libellé comme suit :

« Dans le cadre du présent règlement, ne sont pas applicables les dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou les pratiques administratives d'un État membre :

a) qui limitent ou subordonnent à des conditions non prévues pour les nationaux la demande et l'offre de l'emploi, l'accès à l'emploi et son exercice par les étrangers ; ou

b) qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres États membres de l'emploi offert.

Le premier alinéa ne concerne pas les conditions relatives aux connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir. »

Il est donc un principe selon lequel les conditions d'accès à un emploi relatives aux connaissances linguistiques du candidat sont permises si et seulement si elles sont justifiées par la nature de l'emploi à pourvoir.

16. Cette disposition, appliquée en matière de fonction publique, a été au cœur d'un premier litige devant la Cour de justice de l'Union européenne en 1989. Dans un arrêt *Groener* du 28 novembre 1989 ⁽⁵³⁾, la Cour a été saisie de trois questions préjudicielles,

(50) Par l'article 42 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat, *M.B.*, 31 janvier 2014, pp. 8641 et s.

(51) J.-L. BODIGUEL, « Les discriminations autres que la nationalité », *A.P.T.*, 1997, p. 67.

(52) Règlement n^o 92/2011, du 5 avril 2011, du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, *J.O.U.E.*, n^o L141/1, du 19 octobre 1968.

(53) C.J.U.E., C-379/87, du 28 novembre 1989, *Anita Groener et Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*.

relatives à l'article 3 du règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ⁽⁵⁴⁾ (actuel règlement n° 92/2011).

In casu, madame Groener était une ressortissante néerlandaise candidate au poste de professeur d'art à la *City of Dublin Vocational Educational Committee*. La législation irlandaise applicable en l'espèce stipulait que le comité ne pouvait nommer une personne à un poste permanent à temps plein relevant de certains domaines de l'enseignement, dont l'enseignement de l'art, que si cette personne était titulaire d'un certificat d'aptitude en langue irlandaise ou d'une qualification équivalente reconnue par le ministre. En l'espèce, madame Groener avait échoué à un examen destiné à évaluer ses connaissances en langue irlandaise (une des deux langues nationales du pays) et avait été refusée pour le poste, ce qui la conduisit devant la juridiction européenne.

Interrogée sur la compatibilité de la législation irlandaise avec l'article 3 du règlement n° 1612/68, la Cour de justice de l'Union européenne a procédé à un examen extrêmement casuistique. Le raisonnement de la Cour, qui est principalement fondé sur la politique de promotion de la langue en Irlande, peut être résumé comme suit :

« 18. Si la langue irlandaise n'est pas parlée par l'ensemble du peuple irlandais, la politique suivie par les gouvernements irlandais depuis de nombreuses années a eu pour objet non seulement de soutenir, mais encore de promouvoir l'usage de cette langue comme moyen d'expression de l'identité et de la culture nationale. 19. Les dispositions du traité CEE ne s'opposent pas à l'adoption d'une politique qui vise la défense et la promotion de la langue d'un État membre qui est tout à la fois la langue nationale et la première langue officielle [...]. 20. Il y a lieu de reconnaître, en vue de la réalisation d'une telle politique, l'importance que revêt l'enseignement. En effet, les professeurs ont un rôle essentiel à jouer non seulement par l'enseignement qu'ils dispensent, mais aussi par leur participation à la vie quotidienne de l'école et par les relations privilégiées qu'ils entretiennent avec leurs élèves. Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable que l'on exige d'eux une certaine connaissance de la première langue nationale. »

La Cour a dès lors conclu que l'exigence, dans le chef des enseignants d'art, d'une connaissance adéquate de la langue irlandaise, pour autant que le niveau de connaissance requis ne soit pas disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi, est une condition qui correspond aux connaissances requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir au sens de l'article 3 du règlement n° 1612/68.

En 1996, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence. Dans un arrêt *Commission c. Grand-duché de Luxembourg* du 2 juillet 1996 ⁽⁵⁵⁾, la Cour a admis que « la sauvegarde de l'identité nationale des États membres [constituait] un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire et que cette sauvegarde pouvait être assurée, notamment dans les secteurs 'sensibles' de ce

(54) Règlement n° 1612/68, du 15 octobre 1968, du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.U.E.*, n° L257, du 19 octobre 1968.

(55) *C.J.U.E.*, C-473/93, du 2 juillet 1996, *Commission c. Grand-duché de Luxembourg* (spéc. le paragraphe 35).

point de vue, tel que l'enseignement, par l'édiction de conditions de recrutement indistinctement applicables, notamment celles tenant aux conditions linguistiques »⁽⁵⁶⁾.

17. Il ressort de ce qui précède que les conditions d'accès à la fonction publique relatives à la connaissance linguistique du candidat sont fermement encadrées par le droit européen. Elles ne sont conformes au droit européen que si elles se justifient par la nature de l'emploi à pourvoir, exigence qui est interprétée de manière relativement stricte par la jurisprudence européenne. En règle, la Cour de justice examine en détail les litiges qui lui sont soumis et analyse le niveau de responsabilité du poste à pourvoir.

Quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'exigence des compétences linguistiques doit être raisonnable et nécessaire pour l'emploi concerné, l'exigence d'une compétence équivalente à un niveau de langue maternelle devrait être considérée dans la plupart des cas comme étant disproportionnée, compte tenu de la jurisprudence de la Cour à cet égard.

18. Par ailleurs, le mode de preuve des connaissances linguistiques d'un candidat à un emploi public a aussi fait l'objet d'un contrôle par la jurisprudence européenne. Dans un arrêt *Angonese* du 6 juin 2000⁽⁵⁷⁾, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'une condition qui subordonne le droit de se porter candidat à un concours de recrutement à la détention d'un diplôme de langue qui ne peut être obtenu que dans une seule province d'un État membre et interdit la production de tout autre moyen de preuve équivalent ne pourrait être justifiée que si elle était fondée « sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi ». Renvoyant à l'arrêt *Groener*, la Cour a, en l'espèce, considéré ce qui suit :

« 44. Ainsi, s'il peut être légitime d'exiger d'un candidat à un emploi des connaissances linguistiques d'un certain niveau et si la détention d'un diplôme tel que le certificat peut constituer un critère permettant d'évaluer ces connaissances, l'impossibilité d'en apporter la preuve par tout autre moyen, et notamment par d'autres qualifications équivalentes obtenues dans d'autres États membres, doit être considérée comme disproportionnée par rapport à l'objectif recherché. »

Il ne suffit dès lors pas que les conditions relatives à la connaissance linguistique d'un candidat se rapportent à une fonction dont la nature exige une telle connaissance et qu'elles soient proportionnées pour qu'elle soit considérée comme étant conforme au droit européen. Encore faut-il que le candidat puisse apporter la preuve d'une telle connaissance par des moyens qui n'entravent pas la libre circulation des travailleurs en Europe. D'aucuns se sont dès lors interrogés sur la législation belge relative à l'emploi

(56) E. HONORAT, *op. cit.*, p. 13.

(57) C.J.U.E., C-281/98, du 6 juin 2000, *Roman Angonese* et *Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*.

des langues en matière administrative et sur le monopole reconnu au Selor⁽⁵⁸⁾ quant au contrôle des aptitudes linguistiques des candidats aux emplois publics⁽⁵⁹⁾.

En mars 2010 et en mai 2011, la Commission européenne a d'ailleurs adressé à la Belgique une mise en demeure portant sur la violation de l'article 45 du TFUE, en raison du monopole conféré au Selor pour la délivrance des certificats de connaissances linguistiques pour accéder à des postes dans les administrations belges, avec l'impossibilité subséquente d'en apporter la preuve par tout autre moyen, et notamment d'autres qualifications équivalentes obtenues dans d'autres États membres. Selon la Commission, ce constat constitue une discrimination fondée sur la nationalité, compte tenu du fait que les connaissances linguistiques ne peuvent être prouvées qu'au moyen d'un certificat national unique.

Depuis lors, il semblerait que des avant-projets de loi visant à modifier l'article 53 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative et le monopole du Selor soient en préparation au niveau fédéral⁽⁶⁰⁾. Ils n'ont cependant pas abouti à ce jour⁽⁶¹⁾.

Par ailleurs, en vertu de l'article 129, § 1^{er}, 1^o, de la Constitution, la Communauté française et la Communauté flamande sont compétentes pour régler l'emploi des langues en matière administrative, respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise. Il leur revenait donc également d'adapter l'article 53, d'où les initiatives qui ont émergé au sein de ces deux entités fédérées.

Pour ce qui concerne la Communauté flamande, le mode de preuve a été étendu, en vertu du décret du 18 novembre 2011 relatif à la preuve de la connaissance de la langue, requise par les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966⁽⁶²⁾. Toutefois, sont seuls reconnus les certificats délivrés par certaines institutions belges, dont le Selor.

La Communauté française a, quant à elle, ouvert la possibilité au gouvernement de « déterminer d'autres instances compétentes pour délivrer les certificats attestant du niveau de connaissance linguistique requis [...], ainsi que les conditions auxquelles

(58) Lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, *M.B.*, 2 août 1966, art. 53 ; arrêté royal du 8 mars 2001 fixant les conditions de délivrance des certificats de connaissances linguistiques prévus à l'article 53 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, *M.B.*, 31 mars 2001. Le monopole du Selor a d'ailleurs été reconnu expressément par la Cour constitutionnelle dans un arrêt, n° 65/2006, du 3 mai 2006, considérant B.23.

(59) J. JACQMAIN, « The (wo)men who juggled with the civil service, and broke it », in S. DEPRÉ et C. MOLITOR (dir.), *État des lieux de la fonction publique, op. cit.*, p. 111.

(60) Voy. à cet égard le projet de décret relatif à la preuve des connaissances linguistiques requises par les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. de la C.F., sess. ord. 2013-14, n° 546/1, p. 4.

(61) Depuis la clôture de l'article, la Cour a expressément condamné le Royaume de Belgique, pour manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 45 TFUE et du règlement n° 492/2011 précité (C.J.U.E., C-317/14, du 5 février 2015, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*).

(62) *M.B.*, 16 décembre 2011 ; voy. aussi l'arrêté du Gouvernement flamand du 3 mai 2013 portant exécution du décret du 18 novembre 2011 relatif à la preuve de la connaissance de la langue, requise par les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, *M.B.*, 30 mai 2013.

doivent répondre les preuves de cette connaissance de la langue »⁽⁶³⁾. Le gouvernement a saisi cette opportunité en adoptant l'arrêté du 22 octobre 2014 portant exécution du décret du 7 novembre 2013 relatif à la preuve des connaissances linguistiques requises par les lois sur l'emploi des langues en manière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966⁽⁶⁴⁾.

19. Enfin, la directive n° 2005/36 du 7 septembre 2005 du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles⁽⁶⁵⁾ précise que « [l]es bénéficiaires de la reconnaissance des qualifications professionnelles doivent avoir les connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession dans l'État membre d'accueil ». Il ressort de cet article que l'État membre d'accueil peut refuser de reconnaître les qualifications professionnelles d'un candidat étranger au motif qu'il ne dispose pas des connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession en cause.

Il semblerait qu'il faille déduire de cette disposition qu'un État membre « ne peut pas exiger des intéressés qu'ils aient connaissance des autres langues du pays qui ne sont pas utilisées dans leur travail »⁽⁶⁶⁾.

(c) Les qualifications professionnelles

20. De nombreux statuts conditionnent l'accès aux emplois de l'administration à la possession de diplômes, d'attestations ou de certificats.

En l'absence d'harmonisation européenne relative aux qualifications nécessaires à l'exercice d'une profession (privée ou publique), la jurisprudence européenne a toujours reconnu aux États membres le droit de conditionner l'accès à la profession à certaines qualifications professionnelles. En revanche, véritable entrave à la libre circulation des travailleurs, l'exigence de ces qualifications a très vite été encadrée par la jurisprudence⁽⁶⁷⁾. L'objectif a toujours été de permettre à un professionnel qualifié d'exercer sa profession dans un autre État membre, malgré les différences de réglementation entre l'État d'origine et l'État d'accueil, dans le respect des exigences de qualification requises par la réglementation de l'État d'accueil.

21. La reconnaissance des diplômes est un principe ancré en droit européen depuis plusieurs décennies déjà. Si le principe était appliqué de manière relativement souple au début des années 1960⁽⁶⁸⁾, il n'a cessé de prendre de la vigueur, considéré, avec la

(63) Décret du 7 novembre 2013 relatif à la preuve des connaissances linguistiques requises par les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, *M.B.*, 3 janvier 2014, art. 1^{er}.

(64) *M.B.*, 5 décembre 2014.

(65) Directive n° 2005/36 du 7 septembre 2005 du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *J.O.U.E.*, n° L255, du 30 septembre 2005.

(66) M. CANDELA SORIANO, « Les exigences linguistiques : une entrave légitime à la libre circulation ? », *C.D.E.*, 2002, p. 35.

(67) C.J.U.E., C-11/77, du 28 juin 1977, *Richard Hugh Patrick c. Ministre des Affaires culturelles*, 11/77 ; C.J.U.E., C-22/86, du 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football et Heylens, Dewailly, Amyot, Deschodt*.

(68) S. J. F. J. CLAESSENS, « Modernisering van de Richtlijn erkenning beroepskwalificaties », *S.E.W.*, 2014, p. 2. Les différentes initiatives de cette époque ont été ensuite regroupées dans la directive n° 1999/42

condition relative à la nationalité, comme la pierre angulaire de la libre circulation des travailleurs.

22. Le premier temps fort du principe de la reconnaissance des diplômes se situe dans les années 1970-1980. Plusieurs directives sectorielles réglaient alors la reconnaissance des diplômes et qualifications professionnelles pour certains emplois ciblés (médecin⁽⁶⁹⁾, infirmier⁽⁷⁰⁾, pharmacien⁽⁷¹⁾, dentiste⁽⁷²⁾, sage-femme⁽⁷³⁾, vétérinaire⁽⁷⁴⁾ ou encore architecte⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾). Ces différentes directives étaient toutefois loin de satisfaire la volonté d'aboutir à une libre circulation des travailleurs pleine et effective. Faute de pouvoir harmoniser la formation de l'ensemble des professions réglementées, les États membres et la Commission européenne ont décidé de mettre en place un mé-

du Parlement européen et du Conseil du 7 juin 1999 instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes, *J.O.U.E.*, n° L201, du 31 juillet 1999.

- (69) Directive n° 93/16 du Conseil du 5 avril 1993 visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres, *J.O.U.E.*, n° L165, du 7 juillet 1993.
- (70) Directive n° 77/452 du Conseil du 27 juin 1977 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres d'infirmier responsable des soins généraux et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services, *J.O.U.E.*, n° L176, du 15 juillet 1977 et directive n° 77/453 du Conseil du 27 juin 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant les activités de l'infirmier responsable des soins généraux, *J.O.U.E.*, n° L176, du 15 juillet 1977.
- (71) Directive n° 85/432 du Conseil du 16 septembre 1985 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certaines activités du domaine de la pharmacie, *J.O.U.E.*, n° L253, du 24 septembre 1985 et directive du Conseil du 16 septembre 1985 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres en pharmacie, et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement pour certaines activités du domaine de la pharmacie, *J.O.U.E.*, n° L253, du 24 septembre 1985.
- (72) Directive n° 78/686 du Conseil du 25 juillet 1978 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres du praticien de l'art dentaire et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services, *J.O.U.E.*, n° L233, du 24 août 1978 et directive du Conseil du 25 juillet 1978 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant les activités du praticien de l'art dentaire, *J.O.U.E.*, n° L233, du 24 août 1978.
- (73) Directive n° 80/154 du Conseil du 21 janvier 1980 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres de sage-femme et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services, *J.O.U.E.*, n° L033, du 11 février 1980 et directive n° 80/155 du Conseil du 21 janvier 1980 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès aux activités de la sage-femme et l'exercice de celles-ci, *J.O.U.E.*, n° L033, du 11 février 1980.
- (74) Directive n° 78/1026 du Conseil du 18 décembre 1978 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres de vétérinaire et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services, *J.O.U.E.*, n° L362, du 23 décembre 1978 et directive n° 78/1027 du Conseil du 18 décembre 1978 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant les activités du vétérinaire, *J.O.U.E.*, n° L362, du 23 décembre 1978.
- (75) Directive n° 85/384 du Conseil du 10 juin 1985 visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres du domaine de l'architecture et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services, *J.O.U.E.*, n° L223, du 21 août 1985.
- (76) C. FOUASSIER, « Le système général de reconnaissance des diplômes : la confiance mutuelle et ses limites », *R.A.E.*, 2005, p. 31.

canisme de reconnaissance généralisée de diplômes, qui ne nécessiterait plus une harmonisation préalable par profession entre États membres.

C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la directive n° 89/48 du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans ⁽⁷⁷⁾, rapidement complétée par la directive n° 92/51 du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive n° 89/48 ⁽⁷⁸⁾.

Par le biais d'un examen au cas par cas des demandes de migrants, ces deux directives ont permis à des professionnels qualifiés d'exercer leur activité dans un autre État membre, malgré les différences de réglementation, en organisant la reconnaissance professionnelle des diplômes en l'absence d'harmonisation européenne des formations ⁽⁷⁹⁾. Ce système, mis en place par les deux directives, n'avait vocation à s'appliquer qu'en l'absence de directives plus spécifiques, de sorte que les directives relatives à la reconnaissance des qualifications professionnelles pour une profession précise restaient d'application.

Les directives n° 89/48 et n° 92/51 sont par ailleurs destinées à s'appliquer aux professions dites *réglementées* ⁽⁸⁰⁾, c'est-à-dire « une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées » (art. 3, § 1^{er}, a), de la directive n° 92/51 ⁽⁸¹⁾.

23. Dans un arrêt *Vlassopoulou* du 7 mai 1991 ⁽⁸²⁾, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé, de manière très pédagogique, la façon dont les États membres devaient apprécier les diplômes de tout candidat étranger à un emploi interne. Si cette jurisprudence concerne une profession réglementée du secteur privé (la profession d'avocat), le raisonnement tenu par la Cour nous semble transposable au secteur public.

Si les connaissances et les qualifications attestées par le diplôme obtenu dans l'État membre d'origine correspondent aux exigences des dispositions nationales, l'État membre d'accueil doit reconnaître que l'individu dispose des qualifications profes-

(77) Directive n° 89/48 du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, *J.O.U.E.*, n° L19/16, du 24 janvier 1989.

(78) Directive n° 92/51 du Conseil du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive n° 89/48, *J.O.U.E.*, n° L209, du 24 juillet 1992.

(79) Pour un résumé des principes établis par les directives n° 89/48 et n° 92/51, voy. E. HONORAT, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

(80) L. DUBOUIS, « La fonction publique territoriale et l'Union européenne », *R.A.E.*, 2006, p. 446.

(81) La définition de la notion de profession réglementée de la directive n° 89/48 est beaucoup moins explicite (voy. art. 1^{er}, c) : « l'activité ou l'ensemble des activités professionnelles réglementées qui constituent cette profession dans un État membre ».

(82) C.J.U.E., C-340/89, du 7 mai 1991, *Vlassopoulou* et *Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*.

sionnelles requises pour exercer la profession réglementée. En revanche, si tel n'est pas le cas, l'État membre d'accueil peut exiger une preuve que les qualifications ou expériences manquantes ont été acquises par le candidat à la profession réglementée⁽⁸³⁾.

La Cour ajoute, et ce point est essentiel, que l'État membre d'accueil qui refuserait l'accès à une profession à un candidat étranger est tenu de communiquer au candidat malheureux les motifs de refus de reconnaissance de l'équivalence des diplômes, soit dans la décision elle-même, soit dans une communication ultérieure faite sur demande.

24. En 1998⁽⁸⁴⁾, la Cour précise que lorsqu'il n'existe pas de directive applicable à la reconnaissance mutuelle des diplômes en cause, les autorités de l'État membre d'accueil doivent prendre en compte tous les diplômes du migrant, en procédant à une comparaison scrupuleuse entre les compétences attestées par les diplômes et les connaissances et les qualifications exigées par la législation nationale.

25. La Cour de justice a connu, pour la première fois en 1999, un litige en matière de fonction publique, qui mettait en jeu la reconnaissance des diplômes. La question de savoir si l'emploi en cause était réglementé ou pas n'a pas été tranchée par la Cour de justice.

L'arrêt *Fernández*⁽⁸⁵⁾ du 8 juillet 1999 concernait une ressortissante espagnole titulaire d'un diplôme anglais, candidate à un concours destiné à pourvoir à titre permanent un poste de restaurateur d'œuvres sur papier au Musée national du Prado. La candidature de madame Fernández avait été rejetée au motif qu'elle ne réunissait pas les conditions énoncées dans une convention collective conclue entre le Prado et les représentants du personnel. Cette convention mentionnait que le poste de restaurateur convoité était réservé aux personnes en possession du titre délivré par la faculté des Beaux-Arts, section restauration, ou par l'École des arts appliqués à la restauration des œuvres d'art, ou de tout autre titre délivré à l'étranger et homologué par l'organisme compétent. L'homologation était soumise à la réussite de deux épreuves, destinées à démontrer que l'intéressé possédait les connaissances suffisantes dans 24 matières. Or, ces épreuves n'avaient jamais été organisées et la demande d'homologation de madame Fernández avait été refusée.

Dans la mesure où la Cour ne pouvait pas déterminer la nature de la profession, elle a fait la distinction entre les professions réglementées dans l'État d'accueil et les professions non réglementées dans l'État d'accueil. J. Jacqmain constate ce qui suit à cet égard : « L'État membre doit reconnaître les diplômes obtenus à l'étranger s'ils donnent accès à une profession réglementée [...]. Dans les autres cas, une vérification de l'équivalence peut être organisée par l'État membre ou, à défaut, par le service public

(83) E. HONORAT, *op. cit.*, p. 11.

(84) C.J.U.E., C-193/97, du 29 octobre 2000, *Manuel de Castro Freitas et Ministre des Classes moyennes et du Tourisme* ; C.J.U.E., C-194/97, du 29 octobre 2000, *Raymond Escallier et Ministre des Classes moyennes et du Tourisme*. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt C.J.U.E., C-238/98, du 14 septembre 2000, *Hugo Fernando Hocsmán et Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*.

(85) C.J.U.E., C-234/97, du 8 juillet 1999, *Teresa Fernández de Bobadilla, Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado et Ministerio Fiscal*.

qui recrute, lequel ne peut invoquer l'absence de vérification pour refuser l'accès à un emploi » ⁽⁸⁶⁾.

26. La Cour a précisé en 2002 que lorsque l'application des directives ne permet pas d'aboutir à la reconnaissance automatique du titre du demandeur, les autorités doivent prendre en considération l'ensemble des diplômes, certificats et autres titres, mais aussi l'expérience utile du migrant, en effectuant une comparaison entre les compétences attestées par ce titre et celles qui découlent de cette expérience, et les connaissances et qualifications exigées par la législation de l'État membre d'accueil ⁽⁸⁷⁾. En 2003, elle a ajouté qu'une épreuve d'aptitude imposée par l'État d'accueil doit toujours tenir compte des autres contrôles déjà effectués dans l'État membre d'origine ⁽⁸⁸⁾.

27. Si la Commission l'a proposé en 2002 ⁽⁸⁹⁾, il a fallu attendre le 9 septembre 2003 pour que la Cour de justice précise expressément, dans un arrêt *Burbaud* ⁽⁹⁰⁾, que le système général de reconnaissance des diplômes s'applique également aux emplois publics réglementés autres que « les emplois dans l'administration publique » visés à l'article 39, § 4, du TCE. Elle fonde alors son raisonnement sur le 12^e considérant de la directive n° 89/48, ainsi que sur son article 2, second alinéa.

Madame Burbaud, de nationalités portugaise et française, était titulaire d'une licence en droit à Lisbonne, d'un titre d'administrateur hospitalier de l'École nationale de santé publique de Lisbonne et d'un doctorat en droit. Elle avait également exercé dans la fonction publique portugaise. Elle avait sollicité son intégration dans le corps des directeurs d'hôpitaux de la fonction publique française, ce qui lui avait été refusé au motif qu'elle devait réussir, au préalable, le concours d'admission à l'École nationale de santé publique en France.

La Cour a refusé l'admissibilité du concours français, qui, en réalité, aboutissait à écarter les candidats étrangers ⁽⁹¹⁾ (ce concours ouvrait à la formation et à la fonction). Elle a considéré que si le diplôme obtenu dans un autre État membre l'est au terme d'une formation équivalente à celle qui suit le concours français, ce concours ne peut être imposé pour accéder à l'emploi dans la fonction publique hospitalière :

« 106. En effet, [l]es ressortissants [d'États membres déjà qualifiés] seraient assujettis de la sorte à un concours qui a notamment pour finalité de donner accès à une formation dont ceux-ci devraient pourtant être dispensés en raison des qualifications obtenues dans un autre État membre. Il en découle que, dans ces circonstances, l'obligation de réussir ledit concours entraîne pour ces ressortissants un effet de rétrogradation qui n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. »

(86) J. JACQMAIN, « Libre circulation des travailleurs dans le secteur public », *Chr. D.S.*, 2004, p. 122.

(87) C.J.U.E., C-31/2000, du 22 janvier 2002, *Conseil national de l'ordre des architectes et Nicolas Dreessen*.

(88) C.J.U.E., C-131/01, du 13 février 2003, *Commission c. République italienne*.

(89) Communication de la Commission, « Libre circulation des travailleurs – en tirer pleinement les avantages et les potentialités », COM(2002)694, du 11 décembre 2002.

(90) C.J.U.E., C-285/01, du 9 septembre 2003, *Isabel Burbaud et Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*.

(91) J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2004, p. 79.

La Cour a démontré enfin que l'objectif légitime de sélection pouvait être atteint par d'autres méthodes, de manière à ne pas porter atteinte à la libre circulation des travailleurs car « imposer un tel concours à des ressortissants d'États membres déjà qualifiés [...] est de nature à la dissuader d'exercer leur droit à la libre circulation ».

Dans cet arrêt, la Cour ne condamne pas complètement le principe du concours, dans la mesure où elle dit que l'obligation de réussir le concours pour accéder à un emploi public ne peut, en soi, pas être considérée comme une entrave à la libre circulation des travailleurs. Comme le souligne à juste titre S. Weerts, « la Cour remet donc en cause le fait qu'une personne ayant exercé une fonction publique équivalente dans son pays d'origine et ayant déjà subi une procédure de sélection devant garantir son excellence, l'État membre d'accueil impose encore des conditions de recrutement similaires à celles imposées à une personne qui n'a jamais exercé ce type de fonction. [...] [S]eule une scission entre la formation et la procédure de sélection permet de parer à la critique. Cela ne dispenserait toutefois pas les candidats de se soumettre à une procédure de recrutement, mais les dispenserait de devoir fournir la preuve de leurs aptitudes sur la base d'une formation lors de leur entrée dans la fonction publique »⁽⁹²⁾.

Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt *Commission c. France* du 7 octobre 2004⁽⁹³⁾ relatif aux fonctions d'éducateur spécialisé de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique locale et dans une ordonnance *Kastrinaki*⁽⁹⁴⁾, relative à un poste de psychologue au sein d'un hôpital public.

28. Enfin, plus récemment, les directives n° 89/48 et n° 92/51 ont été remplacées par la directive n° 2005/36 du 7 septembre 2005 du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles⁽⁹⁵⁾. L'objectif du législateur européen a été d'étendre et de faciliter le système de reconnaissance de diplômes qui existait jusqu'alors. La notion de *profession réglementée* est rappelée à l'article 3, § 1^{er}, a), de la directive.

Le législateur européen coordonne dans cette directive les trois systèmes de reconnaissance des qualifications professionnelles applicables au sein de l'Union européenne dans un seul et même texte⁽⁹⁶⁾. Ainsi, il distingue le système de régime général de reconnaissance des titres de formation, tel que prévu dans les directives n° 89/48 et n° 92/51 (articles 10 et suivants de la directive n° 2005/36), la procédure relative à la reconnaissance de l'expérience professionnelle dans des activités professionnelles couvertes par la libéralisation⁽⁹⁷⁾, telle que développée dans les années 1960 (articles 16 et suivants de la directive n° 2005/36), et la reconnaissance sur la base de la coordi-

(92) S. WEERTS, *op. cit.*, p. 50.

(93) C.J.U.E., C-402/02, du 7 octobre 2004, *Commission c. France*.

(94) C.J.U.E., C-180/08 et 186/08, du 13 novembre 2008, *Maria Kastrinaki tou Emmanouil c. Panepistimiako Geniko Nosokomeio Thessalonikis AHEPA*.

(95) Directive n° 2005/36, du 7 septembre 2005, du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *J.O.U.E.*, n° L255, du 30 septembre 2005.

(96) S. J. F. J. CLAESSENS, *op. cit.*, p. 4.

(97) *Voy. supra*, point 21.

nation des conditions minimales de formation⁽⁹⁸⁾, qui a émergé dans les années 1970 et 1980 (articles 21 et suivants de la directive n° 2005/36).

29. La Commission européenne s'est toutefois rendu compte, en 2010, de ce que la directive n° 2005/36 n'avait qu'une influence limitée sur la libre circulation des travailleurs dans le secteur public. Au terme de son analyse, elle déclare ce qui suit :

« La directive 2005/36/CE ne s'applique que si le diplôme requis pour l'exercice d'une profession donnée sanctionne une formation qui prépare spécifiquement à l'exercice de la profession.

Les postes dans le secteur public d'un État membre requièrent souvent un autre type de diplôme, à savoir :

- un diplôme sanctionnant un certain niveau d'études, sans spécification du contenu (diplôme universitaire, bac + 3, etc.), ou
- un diplôme sanctionnant un niveau d'études dont le contenu répond à certains critères, ce contenu ne constituant pas une formation professionnelle au sens de la directive 2005/36/CE (obligation d'être titulaire d'un diplôme d'économie, de sciences politiques, de sciences ou de sciences sociales, etc.).

Ces cas ne relevant pas du champ d'application de la directive 2005/36/CE, seul l'article 45 du TFUE peut être invoqué. Pour être conformes à l'article 45 du TFUE, les procédures nationales concernées doivent respecter les principes énoncés ci-après.

Diplôme sanctionnant l'achèvement d'un certain niveau d'études ou de formation sans spécification du contenu

Lorsque seul le niveau d'études sanctionné par un diplôme est pris en compte, les autorités de l'État membre d'accueil ne peuvent tenir compte que de ce niveau et non du contenu de la formation.

Pour connaître ce niveau, il est conseillé de consulter d'abord les règles en vigueur dans l'État membre d'origine. Si un diplôme sanctionnant un niveau donné donne accès à un poste du secteur public de cet État membre ou à une procédure de sélection destinée à pourvoir un poste dans une catégorie donnée, il doit donner accès, dans les mêmes conditions, aux procédures de sélection destinées à pourvoir un poste dans une catégorie équivalente du secteur public de l'État membre d'accueil.

Pour décider de l'équivalence d'une catégorie, il y a lieu de tenir compte de la nature des fonctions auxquelles cette catégorie donne accès (encadrement, définition des politiques, mise en application des politiques, etc.). La dénomination de la catégorie est en soi sans intérêt.

Comme dans le système général de reconnaissance des qualifications et des diplômes, un garde-fou peut être prévu lorsque les diplômes requis sont trop divergents

(98) Voy. *supra*, point 22.

(baccalauréat exigé dans l'État membre d'origine et diplôme universitaire dans l'État membre d'accueil).

Diplôme sanctionnant un niveau de formation dont le contenu répond à certains critères sans constituer une formation professionnelle au sens de la directive 2005/36/CE

Le niveau sanctionné par le diplôme doit être apprécié selon la démarche précisée ci-dessus.

Quant à l'appréciation du contenu même de la formation, en général, un contenu universitaire est requis (en économie, en sciences politiques, etc.) lorsqu'il s'agit de recruter une personne qui a des connaissances générales dans la discipline en question, capable de raisonner, de s'adapter à un environnement donné, etc. En d'autres termes, le contenu de la formation suivie par le candidat ne concordera pas nécessairement en tout point avec la fonction qu'il sera amené à exercer. L'équivalence du diplôme doit être reconnue dès lors que ce diplôme sanctionne l'achèvement d'un niveau d'études ou de formation dans la discipline concernée.

Dans la mesure du possible, les travailleurs migrants devraient pouvoir introduire une demande de reconnaissance d'un diplôme à n'importe quel moment, sans devoir attendre la publication d'un poste, l'objectif étant de leur donner le temps de se préparer à une procédure de sélection. Le délai de reconnaissance des qualifications professionnelles pose souvent problème aux travailleurs migrants. Il importe que la procédure de reconnaissance soit aussi courte que possible de manière à ne pas compromettre la mobilité et les perspectives de carrière des personnes concernées. »

La directive n° 2005/36 avait donc vocation à être réformée, en vue de réagir à une faible mobilité des travailleurs et à une pénurie croissante de main-d'œuvre qualifiée. La Commission a dès lors introduit une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive n° 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché⁽⁹⁹⁾. L'objectif n'était pas d'adopter une nouvelle directive, mais de moderniser les dispositions existantes.

C'est dans ce contexte qu'a récemment été adoptée la directive n° 2013/55 du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant la directive n° 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur⁽¹⁰⁰⁾.

(99) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive n° 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, COM (2011) 883, du 19 décembre 2011.

(100) Directive n° 2013/55 du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant la directive n° 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, *J.O.U.E.*, n° L354/132, du 28 décembre 2013.

La directive n° 2013/55 apporte trois changements importants à la directive n° 2005/36 : (i) l'étendue de la directive à l'accès partiel à la profession et au stage, (ii) quelques modifications dans les procédures de reconnaissance et (iii) l'introduction de la carte professionnelle européenne ⁽¹⁰¹⁾.

30. En droit belge, c'est la loi du 12 février 2008 instaurant un nouveau cadre général pour la reconnaissance des qualifications professionnelles CE ⁽¹⁰²⁾ qui a transposé la directive n° 2005/36, tout en abrogeant la législation belge relative à la reconnaissance des qualifications alors en vigueur ⁽¹⁰³⁾.

La directive n° 2013/55 n'a, en revanche, pas encore trouvé son écho en droit belge.

31. Soulignons enfin plusieurs litiges relatifs à la reconnaissance des qualifications professionnelles qui ont déjà été soumis au Conseil d'État.

Jugé ainsi, le 9 novembre 2012, que « le requérant se trompe en l'espèce de débat lorsqu'il soutient en bref que, même sans équivalence de diplôme dûment établie, il doit pouvoir bénéficier en Belgique d'une reconnaissance de ses qualifications professionnelles de juriste, sur la base de la directive 2005/36/CE du Parlement et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ; qu'en effet, celle-ci précise expressément ne pas préjuger notamment de l'application de l'article 45, paragraphe 4 (ex-article 39, paragraphe 4, TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui prévoit une dérogation à la liberté de circulation des travailleurs prévue par le Traité, pour les 'emplois dans l'administration publique' ; que si cette catégorie d'emplois doit recevoir une interprétation stricte, il reste que la magistrature d'un État relève manifestement des 'activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique', au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ; que les missions et fonctions du pouvoir judiciaire sont ainsi visées par la dérogation précitée et que, partant, la directive précitée ne leur est pas applicable » ⁽¹⁰⁴⁾.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État applique la jurisprudence *Burbaud* précitée, qui précise que les emplois dans l'administration publique au sens de l'article 45, § 4, du TFUE ne relèvent pas du champ d'application de la directive n° 2005/36.

(101) L'examen de ces modifications dépasse le champ de la présente étude. Les auteurs se permettent de renvoyer au très bon texte de S. J. F. J. CLAESSENS sur le sujet (S. J. F. J. CLAESSENS, *op. cit.*, pp. 4 à 10).

(102) *M.B.*, 4 avril 2008.

(103) Loi du 10 mai 2006 instaurant un cadre général pour la reconnaissance des qualifications professionnelles, *M.B.*, 19 juin 2006.

Les conditions d'accès à la profession est une matière qui relève de la compétence fédérale, à l'exception des conditions d'accès aux professions des soins de santé et aux professions intellectuelles prestataires de services (loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles *M.B.*, 15 août 1980, art. 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 6^o). Les Communautés et les Régions ont donc dû transposer séparément la directive n° 2005/36 (voy. les travaux parlementaires antérieures à la Sixième Réforme de l'État, qui y faisaient déjà référence: Projet de loi instaurant un nouveau cadre général pour la reconnaissance des qualifications professionnelles CE, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2007-08, n° 282/1, p. 83).

(104) C.E., arrêt n° 221.326, du 9 novembre 2012, *Brouillard*.

Dans un arrêt n° 223.056 du 28 mars 2013 ⁽¹⁰⁵⁾, le Conseil d'État constate que la profession d'attaché juriste au sein d'une administration n'est pas considérée comme une profession réglementée au sens de la directive n° 2005/36, de sorte que cette directive ne s'y applique pas. Dans cette affaire, le requérant était un ressortissant belge, détenteur d'un diplôme de licencié en droit français. Il s'était porté candidat à la procédure de sélection comparative d'attaché juriste pour le Ministère de la Défense. Sa candidature avait été rejetée au motif que son diplôme ne répondait pas aux exigences du descriptif de fonction. L'autorité avait refusé sa demande d'équivalence du niveau de master, dans la mesure où son diplôme français de licencié en droit ne correspondait qu'à un diplôme belge de niveau de bachelier. Il avait attaqué cette dernière décision au Conseil d'État, en invoquant, dans un moyen unique, la violation de la directive n° 2005/36. Le Conseil d'État débouta le requérant pour les motifs qui suivent :

« Considérant que les dispositions de la directive 2005/36/CE, précitée, sont en substance identiques à celles de la directive 89/48/CEE ; qu'elles reconnaissent au titulaire d'un diplôme (au sens de cette directive) lui permettant d'exercer une profession réglementée dans un État membre, le droit d'exercer la même profession dans tout autre État membre ; qu'à l'instar des directives visées au § 2 du chapitre II de l'annexe à l'arrêté royal du 2 octobre 1937 précité, la nouvelle directive ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où un diplôme ou un titre étranger est présenté à l'autorité compétente de l'État d'accueil dans le cadre d'une demande d'exercice d'une profession réglementée ; que les professions réglementées font l'objet de listes qui varient selon les États ; que les autorités européennes ont mis en ligne une application permettant de vérifier si une profession déterminée est réglementée ([adresse du site internet]) ; qu'un examen de ce site révèle que la profession d'attaché juriste au sein d'une administration (juriste administratif) n'est pas reprise parmi les professions réglementées en Belgique ni en France ; que la circonstance que des conditions de diplômes sont exigées pour l'accès à certains emplois au sein de la fonction publique ne permet nullement d'assimiler ceux-ci à l'exercice d'une profession réglementée. »

Enfin, le Conseil d'État a récemment interrogé la Cour de justice de l'Union européenne afin de déterminer si la fonction de référendaire près la Cour de cassation belge était une fonction réglementée, si elle entrait dans la définition des emplois dans l'administration au sens de l'article 45, § 5, du TFUE et si elle entrait dans le champ d'application de la directive n° 2005/36 ⁽¹⁰⁶⁾.

32. Pour le surplus, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans un arrêt *Commission c. Espagne* ⁽¹⁰⁷⁾, que les autorités nationales doivent s'assurer que les titulaires d'une qualification professionnelle obtenue dans un autre État membre et reconnue dans l'État membre d'accueil afin d'exercer une profession puissent être promus selon les mêmes conditions que les titulaires de la qualification professionnelle nationale équivalente. Aucune équivalence universitaire supplémentaire à la reconnaissance professionnelle ne peut être exigée du travailleur migrant.

(105) C.E., arrêt n° 223.056, du 28 mars 2013, *de Cordes*.

(106) C.E., arrêt n° 227.414, du 15 mai 2014, *Brouillard*. L'affaire *Brouillard* est inscrite au rôle de la C.J.U.E. sous le numéro C-298/14 (*J.O.U.E.*, n° C303, du 8 septembre 2014, p. 33).

(107) C.J.U.E., C-286/06, du 23 octobre 2008, *Commission c. Espagne*.

1.2. La carrière

33. Le principe de libre circulation des travailleurs en droit européen influence également la carrière de l'agent, principalement en termes d'expérience professionnelle et d'ancienneté.

En fonction publique, l'ancienneté d'un agent, c'est-à-dire la durée de l'exercice d'un emploi public par un agent, est susceptible d'intervenir en matière d'avancement dans la carrière ou de promotion et dans le calcul de la rémunération. « Instrument objectif de gestion du personnel, il peut toutefois se révéler un outil difficile à manipuler dès l'instant où la mobilité se développe entre les différentes fonctions publiques. Cette difficulté ne peut forcément qu'aller en s'accroissant dans le cadre de la libre circulation des personnes »⁽¹⁰⁸⁾.

Lorsqu'un agent, qu'il soit belge ou ressortissant européen, exerce un emploi dans la fonction publique belge, il peut arriver qu'il dispose d'une expérience au sein de la fonction publique dans un autre État membre, qui lui permettrait de promériter une ancienneté plus élevée que si sa seule expérience belge était prise en considération.

Dès lors, comment concilier le calcul de l'ancienneté avec le principe de libre circulation des travailleurs lorsque, par exemple, un agent étranger se prévaut, en Belgique, de 10 ans d'ancienneté dans un emploi public à l'étranger ?

34. Pour rappel, le règlement n° 492/2011 prohibe « les dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou les pratiques administratives d'un État membre [...] qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres États membres de l'emploi offert »⁽¹⁰⁹⁾.

Lors de l'appréciation de l'ancienneté, les États membres ne peuvent donc pas, en principe, s'opposer directement ou indirectement à la prise en considération des activités exercées par un agent au sein d'un autre État membre⁽¹¹⁰⁾.

Si le principe paraît simple en théorie, en pratique les États membres se sont montrés extrêmement réticents à lui donner tout son sens, ce qui a valu à la Cour de justice de rendre de nombreux arrêts, sur question préjudicielle ou suite à une saisine de la Commission dans le cadre d'une procédure en infraction.

35. La première décision de justice européenne relative à la question de la reconnaissance de l'ancienneté se situe dans les années 1990. Dans un arrêt *Scholtz* du 23 février 1994⁽¹¹¹⁾, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que « le refus de prendre en considération la période de travail accomplie par [le travailleur] dans le service pu-

(108) S. WEERTS, *op. cit.*, p. 52.

(109) Règlement n° 92/2011 du 5 avril 2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, *J.O.U.E.*, n° L141/1, du 19 octobre 1968, art. 3, § 1^{er}, b).

(110) A. L. DURVIAUX, *Droit de la fonction publique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 70.

(111) C.J.U.E., C-419/92, du 23 février 1994, *Ingrid Scholz, Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*. La Cour confirmera cette jurisprudence 10 ans plus tard, dans un arrêt *Commission c. République italienne* (C.J.U.E., C-278/03, du 12 mai 2005, *Commission c. République italienne*).

blic d'un autre État membre, dans l'attribution de points additionnels prévus, en vue de son classement final, constitue une discrimination indirecte non justifiée »⁽¹¹²⁾. Si cet arrêt a été rendu en rapport avec une procédure d'accès à la fonction publique, cette jurisprudence s'est généralisée à la reconnaissance de l'expérience antérieure en cours de carrière.

36. C'est en 1998 que la Cour de justice a confirmé l'obligation pour les États membres de prendre en considération, dans le cadre de l'évolution de la carrière de l'agent, les années qu'il a prestées dans la fonction publique d'un autre État membre.

Dans une affaire *Kalliope* qui a donné lieu à un arrêt du 15 janvier 1998⁽¹¹³⁾ était en cause une agent, engagée dans le secteur public allemand en tant que médecin spécialiste à dater du 1^{er} août 1993. Entre 1986 et 1992, elle avait travaillé dans le secteur public grec, en qualité de médecin spécialiste, sous le statut applicable aux fonctionnaires de cet État. Dans la mesure où cette période n'avait pas été prise en considération dans le calcul de son ancienneté, conformément à la législation allemande applicable, elle avait introduit une demande, fondée sur le règlement n° 1612/68 (actuel règlement n° 2011/952), devant le tribunal du travail allemand afin d'être classée dans une catégorie de rémunération supérieure.

Amenée à répondre à une question préjudicielle lui posée par le juge allemand, la Cour de justice s'est exprimée comme suit :

« [L]'article 48 du traité et l'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement n° 1612/68 s'opposent à une clause d'une convention collective applicable au service public d'un État membre qui prévoit, pour les employés de ce service public, un avancement à l'ancienneté après huit années de travail dans une catégorie de rémunérations déterminée par cette convention, sans tenir compte des périodes d'emploi, dans un domaine d'activité comparable, accomplies antérieurement dans le service public d'un autre État membre ».

Dans le même sens, l'État grec a été condamné, en 1998⁽¹¹⁴⁾, par la Cour de justice pour les motifs qui suivent :

« [E]n excluant, par des dispositions réglementaires ou la pratique administrative, la prise en considération, aux fins de l'octroi de l'allocation d'ancienneté et du classement dans une catégorie de salaires d'un travailleur employé dans un service public grec, des services effectués dans une administration publique d'un autre État membre, au seul motif que ces services n'ont pas été effectués dans une administration

(112) Pour un examen des conséquences de cet arrêt sur le concours, voy. J.-L. BODIGUEL, « La libre circulation des agents publics en Europe », *Les informations administratives et juridiques*, 1995, n° 7, pts 6 et 7.

(113) C.J.U.E., C-15/96, du 15 janvier 1998, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou et Freie und Hansestadt Hamburg*. En 2003, dans un arrêt *Köbler*, la Cour de justice étend les conclusions de l'arrêt *Kalliope* aux primes de fidélité du travailleur, équivalentes à une indemnité spéciale d'ancienneté (C.J.U.E., C-224/01, du 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et République d'Autriche*) et, en 2006, au traitement (C.J.U.E., C-205/04, du 23 février 2006, *Commission c. Espagne*) et à la détermination des conditions de travail (C.J.U.E., C-371/04, du 26 octobre 2006, *Commission c. République italienne*).

(114) C.J.U.E., C-187/96, du 12 mars 1998, *Commission c. République hellénique*.

publique nationale, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire ».

37. En 2000, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé sa jurisprudence. Par un arrêt du 30 novembre 2000 ⁽¹¹⁵⁾, elle a répondu à plusieurs questions préjudicielles relatives à la législation autrichienne applicable au statut des enseignants. Contrairement à celles qu'avait connues auparavant la Cour, la législation en cause n'excluait pas la prise en compte des périodes d'activité antérieures effectuées dans d'autres États membres. En revanche, ces périodes n'étaient prises en considération dans leur intégralité que si l'intérêt général le commandait et avec le consentement des autorités compétentes. Par ailleurs, ce consentement n'était donné que si les périodes présentaient « une importance particulière pour la bonne affectation » de l'enseignant ou de l'assistant sous contrat. Ces conditions n'étaient pas applicables lorsque les périodes d'activités avaient lieu en dehors de l'Autriche. La Cour estima que la législation imposait « des exigences plus strictes aux périodes d'activité accomplies dans un État membre autre que la république d'Autriche, ce qui joue au détriment des travailleurs migrants ayant effectué une partie de leur carrière dans un autre État membre ». Malgré l'invocation de motifs impérieux d'intérêt général par l'État autrichien, la Cour a constaté une violation du droit européen.

La Commission déduit de cet arrêt que les périodes accomplies par les travailleurs migrants avant l'adhésion de l'État membre d'accueil ou d'origine doivent aussi être prises en compte ⁽¹¹⁶⁾.

38. Dans sa communication du 11 décembre 2002 ⁽¹¹⁷⁾, la Commission fait le point sur la situation de la jurisprudence européenne en matière de reconnaissance de l'expérience et de l'ancienneté professionnelles :

« Selon la jurisprudence de la Cour, la Commission considère que les périodes d'emploi accomplies par les travailleurs migrants dans un domaine d'activité comparable dans un autre État membre doivent être prises en considération par les administrations des États membres en matière d'accès à leur fonction publique et de détermination des avantages professionnels (par exemple, rémunération, grade), de la même manière que l'expérience est prise en compte dans leur propre système [...]. Dans de nombreux États membres, les avantages professionnels (par exemple, grade, rémunération, jours de congé) sont déterminés sur la base de l'expérience et de l'ancienneté professionnelles [...].

La jurisprudence susmentionnée n'exige pas qu'une nouvelle notion (de périodes d'emploi dans un domaine d'activité comparable) soit introduite dans la législation des États membres ; mais les États membres doivent adapter leurs pratiques législatives/administratives de manière à les mettre en conformité avec ce principe. Étant donné la grande diversité dans l'organisation des secteurs publics des États membres

(115) C.J.U.E., C-195/98, du 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gerwerkschaft öffentlicher Dienst et République d'Autriche*.

(116) Document de travail des services de la Commission, « Libre circulation des travailleurs dans le secteur public », SEC(2010)1609, du 14 décembre 2010.

(117) Communication de la Commission, « Libre circulation des travailleurs – en tirer pleinement les avantages et les potentialités », COM(2002)694, du 11 décembre 2002.

et des dispositions réglementaires en vigueur concernant la prise en considération de l'expérience professionnelle, et compte tenu du fait que les États membres sont seuls compétents pour organiser leur fonction publique, à condition que le droit communautaire soit respecté, la Commission s'est abstenue de proposer des dispositions précises à appliquer de la même manière dans tous les États membres [...].

Les plaintes et les recours en justice n'ont concerné jusqu'à ce jour que la prise en considération de l'expérience professionnelle acquise dans le secteur public d'un autre État membre. Néanmoins, la Commission souhaite souligner qu'en raison de la très grande diversité de l'organisation des tâches publiques (par exemple, dans la santé, l'enseignement, les services d'utilité publique, etc.) et de la privatisation continue de ces tâches, il ne peut être exclu qu'une expérience professionnelle comparable acquise dans le secteur privé d'un autre État membre doive également être prise en considération, même si l'État membre d'accueil ne tient pas compte de l'expérience acquise dans le privé. S'il y a entrave à la libre circulation pour cause de refus de prise en considération de telles expériences comparables, ceci ne pourrait se justifier que pour des raisons impératives très rigoureuses [...]. »

La Commission impose enfin aux États membres de respecter certaines orientations au moment de l'adaptation des règles nationales et pratiques administratives.

39. Comment l'ensemble des principes dégagés par la réglementation et par la jurisprudence européennes sont-ils accueillis en droit belge ?

Pour ce qui concerne la fonction publique **fédérale**, les règles idoines ont mis plusieurs années à se mettre en place.

Suite aux premiers arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne, la réglementation fédérale a été adaptée. L'article 17 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État ⁽¹¹⁸⁾ a été modifié par un arrêté royal du 13 mai 1999 ⁽¹¹⁹⁾. L'article 17 en question prévoit désormais que, lorsque l'ancienneté est prise en considération lors de la sélection, doivent être prises en compte « les aptitudes professionnelles acquises au sein d'un État faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ». Une lacune persistait toutefois toujours pour ce qui concerne la prise en considération de l'ancienneté en cours de carrière. Cette lacune a d'ailleurs valu à la Belgique de faire l'objet des foudres de la Commission, qui a émis un avis motivé, le 28 février 2000, relatif à la prise en compte de l'ancienneté acquise dans un autre État membre par un travailleur communautaire lors de son recrutement dans la fonction publique belge.

L'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État ⁽¹²⁰⁾ a ainsi été modifié par un arrêté du 19 novembre 2008 ⁽¹²¹⁾, afin d'étendre la prise en considéra-

(118) *M.B.*, 8 octobre 1937.

(119) Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État et l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public, *M.B.*, 14 juillet 1999, art. 6.

(120) *M.B.*, 8 octobre 1937.

(121) Arrêté royal du 19 novembre 2008 portant simplification de diverses dispositions réglementaires relatives à la carrière des agents de l'État, *M.B.*, 26 novembre 2008, art. 20.

tion de l'ancienneté à l'avancement et l'évolution de carrière. L'article 65, § 4, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 stipule désormais que, pour le calcul de l'ancienneté de classe ou de grade, doivent être pris en compte « les services rendus, dans une fonction reconnue par le président du comité de direction ou son délégué comme analogue, dans les services publics des États faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ».

Publiée en décembre 2008, une circulaire ⁽¹²²⁾, « de portée informative », insistait sur le fait que « sont d'office pris en compte dans l'ancienneté pécuniaire les services rendus dans les services publics, qu'ils soient fédéraux, régionaux, provinciaux, communaux... de notre pays ou de n'importe quel pays de l'Espace économique européen ». Les principes rappelés par cette circulaire ont par la suite été entérinés à l'article 11, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 octobre 2013 relatif à la carrière pécuniaire des membres du personnel de la fonction publique fédérale ⁽¹²³⁾.

En **Région wallonne**, suite à l'avis motivé rendu par la Commission en 2000, le ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique a adopté une circulaire ⁽¹²⁴⁾ invitant les autorités lui soumises à « prendre en considération les services rendus ou accomplis dans le secteur public belge mais aussi dans le secteur public d'un autre État membre de l'Union européenne (ou de l'Espace économique européen) ». En 2007, les articles 220 et 238 du Code de la fonction publique wallonne ⁽¹²⁵⁾ ont été remplacés afin d'intégrer les exigences mises en lumière par la Cour de justice de l'Union européenne en ce qui concerne l'ancienneté de niveau et l'ancienneté pécuniaire.

En **Région de Bruxelles-Capitale**, l'article 456 de l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 mars 2014 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région Bruxelles-Capitale ⁽¹²⁶⁾ précise que, pour le calcul de l'ancienneté pécuniaire, sont admis d'office « les services accomplis dans les services publics des États faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ». L'article 450 du même arrêté se veut plus restrictif pour ce qui concerne l'ancienneté administrative et soumet la prise en considération de l'expérience acquise dans un autre État membre comparable à l'expérience belge prise en compte à une décision d'admissibilité prise par le secrétaire général ou le secrétaire général adjoint. Il va de soi qu'une telle décision pourra être contestée (avec succès) si elle méconnaît les principes européens dégagés en la matière.

Pour ce qui concerne enfin la **Communauté française**, un arrêté du 23 novembre 2000 ⁽¹²⁷⁾ a inséré, dans la disposition du statut des agents de la Communauté fran-

(122) Circulaire n° 592 du 3 décembre 2008 relative à l'ancienneté pécuniaire des membres du personnel de la fonction publique fédérale administrative, *M.B.*, 8 décembre 2008.

(123) *M.B.*, 14 novembre 2013.

(124) Circulaire du 8 novembre 2000 relative à la prise en compte, dans les mêmes conditions que celles des travailleurs belges au sein du secteur public, de l'ancienneté ou de l'expérience professionnelle acquise dans un autre État membre par un travailleur communautaire, *M.B.*, 18 novembre 2000.

(125) Arrêté du gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne, *M.B.*, 31 décembre 2003.

(126) *M.B.*, 5 juin 2014.

(127) Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 23 novembre 2000 portant des dispositions modificatives et transitoires des statuts des agents des Services du gouvernement, du règlement

çaise ⁽¹²⁸⁾ relative à l'ancienneté pécuniaire, la phrase suivante : « Les services prestés au sein d'une institution étrangère correspondant à une des institutions visées aux deux alinéas précédents sont admissibles pour l'octroi des augmentations intercalaires aux mêmes conditions que celles visées aux dits alinéas lorsque cette admissibilité répond à une obligation de droit international s'imposant à la Communauté française ». Enfin, pour ce qui concerne le calcul de l'ancienneté de grade, de niveau ou de service, l'article 36 du statut des agents de la Communauté française ⁽¹²⁹⁾ stipule que le gouvernement, le ministre ou le fonctionnaire général détermine la proportion selon laquelle les services accomplis dans une institution étrangère sont admissibles.

40. Pour le surplus, et à titre plus anecdotique, la Cour de justice a jugé qu'« un travailleur migrant, ressortissant d'un État membre, qui a dû interrompre son activité dans une entreprise d'un État membre, afin de remplir ses obligations militaires nationales, a également le droit de voir prendre en compte la période ainsi passée sous les drapeaux pour le calcul de son ancienneté dans cette entreprise, pour autant que les périodes de service militaire accomplies dans le pays de l'emploi soient elles aussi prises en compte au bénéfice des travailleurs nationaux » ⁽¹³⁰⁾. L'égalité entre ressortissants des États membres de l'Union est sans limite...

1.3. Le droit à la pension publique

41. Enfin, l'évolution du droit de la fonction publique a également été marquée par la jurisprudence européenne concernant les pensions.

L'article 51 du Traité de Rome dispose, dès 1957, comme il suit :

« Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, adopte dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit :

- a. la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales,
- b. le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des États membres ».

organique du Ministère et des cadres du Ministère, de l'Office de la Naissance et de l'Enfance et du Commissariat général aux Relations internationales, *M.B.*, 22 décembre 2000, art. 11, 2^o.

(128) Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 portant statut pécuniaire des agents des services du gouvernement de la Communauté française, *M.B.*, 29 août 1996, art. 14.

(129) Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 portant statut pécuniaire des agents des services du gouvernement de la Communauté française, *M.B.*, 29 août 1996, art. 36, modifié par l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 17 juillet 2003 modifiant les statuts administratif et pécuniaire des agents des services du gouvernement de la Communauté française et des Organismes d'intérêt public relevant du comité de secteur XVII, *M.B.*, 17 septembre 2003, art. 4.

(130) C.J.U.E., C-15/69, du 15 octobre 1969, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch-Ag et Salvatore Ugliola*.

42. Le règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ⁽¹³¹⁾, a porté exécution de cet article.

Ce règlement prévoit une coordination entre les régimes de protection sociale, dont les régimes de pension, qui consiste à additionner les périodes lors desquelles le travailleur a été affilié à un régime dans deux ou plusieurs États membres. Est ensuite calculée, en l'occurrence, la pension qu'aurait pu obtenir le travailleur dans chacun des États membres, en établissant le prorata en fonction de la période durant laquelle le travailleur a presté dans l'État en cause.

Le principe, pourtant simple, a suscité de longs débats en matière de fonction publique, dans la mesure où l'article 4, § 4, du règlement n° 1408/71 prévoyait expressément qu'il ne s'appliquait pas « aux régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé ».

43. La Cour de justice de l'Union européenne a été interrogée, en 1995, sur le sens à attribuer à cette exclusion dans un arrêt *Vougiakis* ⁽¹³²⁾.

Monsieur Vougiakis était un ressortissant grec, qui avait travaillé dans des établissements hospitaliers publics en République fédérale d'Allemagne durant 5 ans. Il avait introduit une demande auprès de la direction des pensions afin de faire valoriser ces 5 années dans la pension publique allemande, ce qui lui avait été refusé. Après avoir épuisé les voies de recours internes, monsieur Vougiakis s'était pourvu en cassation : la Cour de cassation avait posé plusieurs questions à la Cour de justice quant à la validité du droit grec au regard du droit communautaire.

La Cour, au terme d'un arrêt surprenant ⁽¹³³⁾, a déclaré que le terme « fonctionnaire » figurant à l'article 4, § 4, du règlement n° 1408/71 ne se réfère pas uniquement aux fonctionnaires visés par l'article 48, § 4, du Traité de Rome (les « emplois dans l'administration publique »), mais à tous les agents employés par une administration publique et au personnel assimilé. Elle a ajouté que l'article 51 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose au refus de la prise en compte, pour l'ouverture du droit à la pension, des périodes de travail qu'une personne soumise à un régime spécial de fonctionnaires ou de personnel assimilé a accomplies dans des établissements hospitaliers publics d'un autre État membre, alors que la législation nationale autorise une telle prise en compte lorsque les périodes ont été accomplies sur le territoire national dans des établissements analogues.

44. En 1998, le Conseil a adopté un règlement qui, outre l'intention d'étendre le champ d'application du règlement de façon à y inclure les régimes spéciaux des fonc-

(131) Règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *J.O.U.E.*, n° L149/2, du 5 juillet 1971.

(132) C.J.U.E., C-443/93, du 22 novembre 1995, *Ioannis Vougioukas et Idryma Koinonikon Asfalisseon*.

(133) La Cour a d'ailleurs rendu, en 1998, un arrêt dont l'interprétation ne se concilie pas avec l'arrêt *Vougiakis* (C.J.U.E., C-194/96, du 5 mars 1998, *Hilmar Kulzer c. Freistaat Bayern*).

tionnaires et du personnel assimilé, « revoit la copie » de la Cour de justice, pour les raisons qui suivent :

« (6) considérant qu'il est nécessaire de tenir compte des spécificités de certains régimes spéciaux de pension des fonctionnaires dans certains États membres, et notamment de l'absence dans certains États membres de systèmes de coordination entre les régimes spéciaux et le régime général, de l'existence dans d'autres États membres de systèmes particuliers de coordination entre les régimes spéciaux et le régime général, de la portée limitée de ces régimes, de leurs structures budgétaires et de primes, par exemple l'existence d'un lien direct entre le droit aux prestations et de longues périodes de service ;

(7) considérant qu'il n'existe pas de définition commune de la notion de fonctionnaire et qu'il existe des disparités importantes, tant en ce qui concerne les régimes de protection sociale couvrant les fonctionnaires que dans le champ d'application matériel et personnel de ces régimes ;

(8) considérant que, pour tenir compte des spécificités de ces régimes spéciaux de pension tout en préservant l'équilibre général du système de coordination, une dérogation limitée au principe général de totalisation se justifie, de manière que, dans ces régimes, les périodes accomplies dans un autre État membre au titre d'un régime spécial ne doivent pas être prises en compte, mais que la perte de ces périodes soit évitée en demandant qu'elles soient prises en compte dans le régime général du premier État membre, même si la personne concernée n'a pas accompli de période dans ce régime ;

(9) considérant qu'il y a également lieu de tenir compte des spécificités de ces régimes spéciaux en adoptant une dérogation limitée aux dispositions habituellement utilisées pour déterminer la législation applicable, étant donné qu'il sera dans certains cas opportun pour les personnes couvertes par un régime spécial des fonctionnaires d'être soumises à la législation de plus d'un État membre »⁽¹³⁴⁾.

L'article 1^{er} du règlement n° 1606/98 du Conseil du 29 juin 1998 modifiant le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le règlement n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, en vue d'étendre leur application aux régimes spéciaux des fonctionnaires⁽¹³⁵⁾, a dès lors supprimé l'exclusion des régimes spéciaux

(134) Règlement n° 1606/98 du Conseil du 29 juin 1998 modifiant le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le règlement n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, en vue d'étendre leur application aux régimes spéciaux des fonctionnaires, *J.O.U.E.*, n° L209/2, du 25 juillet 1998.

(135) Règlement n° 1606/98 du Conseil du 29 juin 1998 modifiant le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le règlement n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, en vue d'étendre leur application aux régimes spéciaux des fonctionnaires, *J.O.U.E.*, n° L209/2, du 25 juillet 1998.

des fonctionnaires ou du personnel assimilé du champ d'application du règlement n° 1408/71.

Depuis lors, les années prestées au sein de la fonction publique d'un État membre sont prises en considération dans le calcul de la pension dans ce même État membre, mais également dans le ou les État(s) membre(s) d'accueil. Ainsi, le pensionné obtient en définitive dans chaque État une prestation correspondant à la durée des prestations accomplies dans cet État, sans que les années de carrière soient comptabilisées deux fois.

Aujourd'hui, c'est le règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ⁽¹³⁶⁾ qui régit ces questions.

2. LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

45. Les articles 10 et 11 de la Constitution érigent le principe d'égalité au rang des règles constitutionnelles. Si le principe qui y est invoqué est relativement général, le droit européen s'est très vite attaché à lui donner une consistance plus concrète en matière de droit du travail. La transposition en Belgique des nombreuses directives en la matière a eu d'inévitables conséquences dans la fonction publique belge.

46. L'article 19 du TFUE (ex-article 13 du TCE) précise que « [s]ans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

L'article 157 du TFUE (ex-article 141 du TCE) consacre, quant à lui, le principe d'égalité entre hommes et femmes, en termes de rémunération :

« 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

(136) Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.U.E.*, n° L66 du 30 avril 2004.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu l'effet direct de cette dernière disposition dans plusieurs arrêts⁽¹³⁷⁾. Dans la mesure où les États membres ont tardé à mettre l'article 157 du TFUE en œuvre, il a été jugé opportun d'adopter une directive reprenant les mêmes principes, en vue d'une transposition en droit interne. Ainsi, la directive n° 75/117 du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins⁽¹³⁸⁾ a très rapidement précisé les obligations qui incombent aux États membres en termes de protection de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes. Si elle n'est constituée que de dix articles, la directive définit pourtant de manière assez complète la portée de la protection prévue par l'article 157 du TFUE.

Outre l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, le droit européen consacre également le principe d'égalité de traitement entre les deux sexes. Le principe, bien que non expressément établi en droit primaire, a été largement précisé par des directives. Ainsi, en 1976 déjà, a été adoptée la directive n° 76/207 du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail⁽¹³⁹⁾. Cette directive a élargi le principe d'égalité entre hommes et femmes à « l'interdiction de toute discrimination fondée

(137) C.J.U.E., C-43/75, du 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne et Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* ; C.J.U.E., C-129/79, du 27 mars 1980, *Macarthy Ltd et Wendy Smith* ; C.J.U.E., C-96/80, du 31 mars 1981, *J.P. Jenkins et Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*.

(138) Directive n° 75/117 du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *J.O.U.E.*, n° L45, du 19 février 1975.

(139) Directive n° 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.U.E.*, n° L39, du 14 février 1976.

sur le sexe, soit directement, soit indirectement, par rapport notamment à l'état matrimonial ou familial »⁽¹⁴⁰⁾.

L'article 2 de la directive n° 76/207 prévoit trois exceptions au principe d'égalité entre les sexes.

« 2. La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante⁽¹⁴¹⁾.

3. La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité⁽¹⁴²⁾.

4. La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes⁽¹⁴³⁾ [...] »⁽¹⁴⁴⁾.

En vertu de l'article 19 du TFUE, en 2000, le Conseil a adopté, le 29 juin 2000, la directive n° 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique⁽¹⁴⁵⁾. Dans la foulée a été adoptée la directive n° 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de

(140) L. MARKEY et J. ROLAND, « La voie de l'égalité hommes-femmes », in J. JACQMAIN, *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 127.

(141) La Cour de justice a eu l'occasion de juger que l'exclusion des femmes dans les unités combattantes spéciales telles que les Royal Marines était justifiée en raison des conditions de travail, de la nature et des conditions d'exercice des activités en cause (C.J.U.E., C-273/97, du 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar et The Army Board et Secretary of State for Defence*). En revanche, la Cour a jugé que l'exclusion générale des femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et l'autorisation de leur accès aux seuls services de santé et aux formations de musique militaire était discriminatoire (C.J.U.E., C-285/98, du 11 janvier 2000, *Tanja Kreil et Bundesrepublik Deutschland*). Dès avant la législation européenne, le Conseil d'État avait déjà jugé, dans plusieurs arrêts, que la condition relative au sexe pouvait être discriminatoire. Ces arrêts concernaient un emploi de chimiste réservé aux femmes (C.E., arrêt n° 10.167, du 6 septembre 1963, *CPAS d'Ixelles*) ; un emploi d'inspecteur alimentaire réservé aux hommes (C.E., arrêt n° 12.124, du 21 décembre 1966, *De Meyer*) ; ou encore un emploi de contrôleur spécial de l'administration des transports réservé aux hommes (C.E., arrêt n° 15.298, du 21 juin 1973, *Baise*).

(142) Voy. aussi la directive n° 92/85 du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, *J.O.U.E.*, n° L348, du 28 novembre 1992.

(143) Cette exception figure déjà dans l'article 157 du TFUE. Voyez les controverses jurisprudentielles de la Cour de justice sur le sujet délicat de la validité des actions positives : C.J.U.E., C-450/93, du 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke et Freie Hansestadt Bremen* ; C.J.U.E., C-92/97, du 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall et Land Nordrhein-Westfalen* ; C.J.U.E., C-158/97, du 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a., Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen* ; C.J.U.E., C-408/98, du 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson et Elisabet Fogelqvist*.

(144) Nous soulignons.

(145) Directive n° 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.U.E.*, n° L180, du 19 juillet 2000.

travail ⁽¹⁴⁶⁾, qui élargit le principe d'égalité au travail aux discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. L'article 3 de ces deux directives précise qu'elles s'appliquent « tant pour le secteur public que pour le secteur privé ».

Par ailleurs, en 2006, les directives n° 75/117 et n° 76/207 ont été refondues dans un nouveau texte par le législateur européen, dans un souci de clarté et d'efficacité : la directive n° 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ⁽¹⁴⁷⁾. La directive n° 2006/54 ne fait en fait que réunir plusieurs textes européens dans un seul et même texte, en vue d'en assurer la coordination, sans en modifier le contenu. À titre d'exemple, les exceptions prévues à l'article 2 de la directive n° 76/207 figurent toutes dans la nouvelle directive.

C'est la raison pour laquelle l'article 34 de la directive stipule expressément qu'à dater du 15 août 2009, « les directives 75/117/CEE [et] 76/207/CEE [...] sont abrogées [...]». Les références faites aux directives abrogées s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe II ».

Pour le surplus, les considérants de la directive n° 2006/54 exposent de manière très structurée les évolutions législatives et jurisprudentielles du principe d'égalité de traitement en matière d'emploi en droit européen.

Enfin, en 2009, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ⁽¹⁴⁸⁾ consacre au rang des principes indérogeables au sein des États membres les principes de non-discrimination et d'égalité entre femmes et hommes en ces termes :

« Article 21 – Non-discrimination

1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite.

Article 23 – Égalité entre femmes et hommes

L'égalité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération.

(146) Directive n° 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, n° L303, du 2 décembre 2000.

(147) Directive n° 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *J.O.U.E.*, n° L204/23, du 26 juillet 2006.

(148) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, n° C83/391, du 30 mars 2010.

Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ».

47. En droit belge, au niveau fédéral, la transposition des directives n° 75/117 et n° 76/207 (et donc de la directive n° 2006/54) est assurée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes⁽¹⁴⁹⁾ (« tant dans le secteur public que dans le secteur privé »⁽¹⁵⁰⁾), tandis que la directive n° 2000/78 est transposée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination⁽¹⁵¹⁾ (« tant dans le secteur public que dans le secteur privé »⁽¹⁵²⁾). La directive n° 2000/43 est, quant à elle, transposée par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie⁽¹⁵³⁾. Un droit fédéral de la lutte contre les discriminations a ainsi été mis en place, en transposition des directives européennes⁽¹⁵⁴⁾.

Chacune des entités fédérées belges a transposé la législation européenne pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, en précisant expressément que les dispositions en cause étaient applicables tant en ce qui concerne le secteur public que le secteur privé.

En Région flamande, c'est le décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi⁽¹⁵⁵⁾ qui transpose les directives européennes relatives au principe d'égalité et de non-discrimination. En Région wallonne, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination⁽¹⁵⁶⁾ transpose tant la directive n° 2000/78 que la directive n° 2006/54. En Communauté germanophone, c'est le décret du 19 mars 2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination⁽¹⁵⁷⁾ qui transpose les trois textes. Pour ce qui concerne la Communauté française, c'est le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination⁽¹⁵⁸⁾ qui transpose les textes européens. Enfin, pour ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, trois ordonnances ont été adoptées afin de transposer les directives n° 2000/43, n° 2000/78 et n° 2006/54 : l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi⁽¹⁵⁹⁾, l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise⁽¹⁶⁰⁾ et l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise⁽¹⁶¹⁾. En outre, le décret de la Commission commu-

(149) *M.B.*, 30 mai 2007.

(150) Article 5, alinéa 1^{er}, 1^o, premier tiret, de la loi du 10 mai 2007.

(151) *M.B.*, 30 mai 2007.

(152) Article 4, alinéa 1^{er}, 1^o, premier tiret, de la loi du 10 mai 2007.

(153) *M.B.*, 8 août 1981.

(154) À ce sujet, consultez C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination/De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Bruxelles-Bruges, la Charte, 2008.

(155) *M.B.*, 26 juillet 2002.

(156) *M.B.*, 19 décembre 2008.

(157) *M.B.*, 5 juin 2012.

(158) *M.B.*, 13 janvier 2009.

(159) *M.B.*, 16 septembre 2008.

(160) *M.B.*, 16 septembre 2008.

(161) *M.B.*, 16 septembre 2008.

nautaire française du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle transpose également, pour partie, la directive n° 2000/43.

48. Par ailleurs, a été adopté en 1990 un arrêté royal portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité de chances entre les hommes et les femmes dans les services publics ⁽¹⁶²⁾, qui invite chaque service public fédéral à créer un plan d'égalité des chances (article 3). Cet arrêté royal est applicable à l'ensemble des entités fédérées, sauf pour ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale qui a adopté un arrêté, le 3 mars 2011, portant exécution de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise ⁽¹⁶³⁾.

49. Il ressort de ce qui précède que le droit européen a édicté de grands principes fondateurs en matière d'égalité et de non-discrimination, détaillés par plusieurs directives. La Belgique a fidèlement transposé les dispositions européennes en droit interne, aux différents niveaux de pouvoir compétents pour ce faire.

L'édition de ces textes ne paraît toutefois pas épuiser le sujet. La jurisprudence européenne en la matière regorge de litiges relatifs à l'application du principe d'égalité en matière de fonction publique. En 2005, un tiers des arrêts de la Cour de justice relatifs à l'égalité entre travailleurs féminins et masculins concernait les services publics ⁽¹⁶⁴⁾. Pour ne citer que deux exemples, dans un arrêt *Griesmar* du 29 novembre 2001, la Cour de justice a jugé contraire au principe d'égalité de traitement et de non-discrimination la bonification d'ancienneté accordée aux seules femmes fonctionnaires pour chacun des enfants dont elles ont assuré l'éducation ⁽¹⁶⁵⁾. Dans un arrêt *Briheche* du 30 septembre 2004, la Cour a jugé contraire au principe d'égalité de traitement et de non-discrimination le fait d'octroyer aux seules veuves non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler, à l'exclusion des veufs non mariés qui sont dans la même situation, l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics ⁽¹⁶⁶⁾.

Il n'est pas possible, dans le cadre de cette étude, de rendre compte de toutes les questions suscitées par l'application des principes d'égalité et de non-discrimination dans le secteur public ⁽¹⁶⁷⁾. Tout au plus nous paraît-il utile de rendre compte de deux arrêts du Conseil d'État intéressants à ce sujet. Jugé ainsi que pour l'emploi de chef de maison d'un internat, la condition relative au sexe de l'agent ne se justifie pas en raison de la nature ou des conditions d'exercice de cet emploi ⁽¹⁶⁸⁾.

(162) *M.B.*, 8 mars 1990.

(163) Arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 3 mars 2011 portant exécution de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, *M.B.*, 15 mars 2011.

(164) J. JACQMAIN, « The (wo)men who juggled with the civil service, and broke it », *op. cit.*, p. 114.

(165) C.J.U.E., C-366/99, du 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*.

(166) C.J.U.E., C-319/03, du 30 septembre 2004, *Serge Briheche et Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*.

(167) Voy. l'étude de L. MARKEY et J. ROLAND, *op. cit.*, pp. 141 et s.

(168) C.E., arrêt n° 76.479, du 16 octobre 1998, *Hardenne*.

Jugé également que le souci d'établir un équilibre entre hommes et femmes au sein des services publics ne peut être utilement invoqué en l'absence de toute obligation légale ⁽¹⁶⁹⁾.

3. CONCLUSION

50. Au terme de la présente étude, on aboutit, sans surprise, au constat que le droit de l'Union européenne s'est immiscé de manière relativement envahissante dans ce qui était considéré, jusqu'il n'y a pas si longtemps, comme une chasse bien gardée des États membres. Ce phénomène d'intrusion a été surtout prétorien : la Cour de justice, qui interprète les traités et les directives, est sans doute l'institution la plus audacieuse – et la plus créatrice – en matière de fonction publique.

En pratique, les institutions européennes sont parvenues à leurs fins : sans pouvoir faire adopter des textes de portée générale sur le statut de la fonction publique en Europe, elles ont néanmoins réussi à créer une sorte de droit de la fonction publique harmonisé.

Dans tout projet de réforme concernant la fonction publique belge, dans l'examen de tout règlement ou acte relatif au personnel, il faut donc désormais acquérir le réflexe d'une vérification de compatibilité des règles envisagées avec le droit de l'Union européenne.

51. L'uniformisation croissante du droit de la fonction publique en Europe amène à s'interroger sur une perte relative des spécificités de la fonction publique de chacun des États membres et, partant, sur une éventuelle érosion de la richesse, dans la diversité, des systèmes d'administration qui cohabitaient jusqu'alors en Europe.

Pour les agents, en revanche, l'harmonisation semble profitable : elle correspond, à divers égards, à un élargissement de l'accès à la fonction publique.

52. Par ailleurs, l'influence du droit européen amène à une certaine privatisation du droit de la fonction publique. Dans la mesure où la Cour de justice applique de manière croissante les principes de droit privé au secteur public, ce phénomène semble incontournable. Toutefois, il ne faut pas forcément voir cette influence d'un mauvais œil : il s'agit de l'occasion de réduire la fracture – pas toujours justifiée – entre les agents publics et les travailleurs du secteur privé et de moderniser quelque peu le statut des fonctionnaires. C'est sans doute également là qu'il faut trouver un facteur encourageant la contractualisation du secteur public en Belgique.

Qui plus est, et ce constat a déjà été fait en doctrine ⁽¹⁷⁰⁾, le droit européen remet en question le système de carrière et attache une importance grandissante à l'emploi.

(169) C.E., arrêt n° 111.123, du 8 octobre 2002, *Henni*.

(170) S. WEERTS, *op. cit.*, pp. 53 et s. Voy. aussi A. DE BECKER, « De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op de rechtspositie van het Belgische overheidspersoneel », *loc. cit.* et « De rol van de EU met betrekking tot het ambtenarenrecht: de ene ambtenaar is de andere niet, maar we zeggen het hen niet », *loc. cit.*

53. Faut-il pour autant craindre une mort annoncée du statut ou du régime de droit public ? Nous ne le pensons pas. Si l'application des règles dérogatoires de la fonction publique a été mise en cause dans une large mesure par le droit de l'Union européenne, ni la Commission ni la Cour de justice n'ont osé remettre en cause les « emplois dans l'administration publique », c'est-à-dire ces fameux emplois « qui impliquent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde de l'intérêt général de l'État ou d'autres collectivités publiques ».

En Belgique, on constate certes une évolution du régime de fonction publique qui, sous l'influence conjuguée de facteurs européens, est teintée, de plus en plus, d'éléments appartenant à la conception d'une fonction publique d'emploi. Mais si la plupart des postes de la fonction publique belge sont grandement influencés par le droit de l'Union européenne, il reste néanmoins un noyau dur, restreint, de postes qui relèvent toujours de la seule autonomie des États membres et pour lesquels le statut reste la règle en Belgique.

Le cheval de Troie de la Commission a, certes, eu une influence certaine sur le statut de la fonction publique belge. Il n'a toutefois pas éradiqué les spécificités du secteur public en termes de personnel : reste encore un noyau dur d'emplois publics qui, à l'instar d'un sympathique village gaulois d'Armorique, a pu résister, encore et toujours, à l'envahisseur européen... L'avenir nous dira ce que deviendra notre fonction publique suite à l'abandon, dans le cadre de la Sixième Réforme de l'État, du caractère obligatoire du principe statutaire proclamé par l'arrêté royal des principes généraux.